

Ano 12 | v.1 | n. 28
Janeiro/Junho 2021

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP

CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 12 | V.1 | N.28 | 2021

Porto Alegre/RS

2021

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

Centro de Estudos, de Capacitação e de Aperfeiçoamento da Defensoria Pública
do Estado do Rio Grande do Sul – CECADEP

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADEP/RS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, v. 1, n. 28 (jan./fev. 2021). – Porto Alegre: DPE, 2014–

Semestral.

Quadrimestral, até o ano 10 (set./dez. 2019)

Modo de acesso: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito. I. Rio Grande do Sul (Estado). II. Defensoria Pública.

CDD 340.05
CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Cristiano Vieira Heerdt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Rafaela Consalter

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Melissa Torres Silveira

**CENTRO DE ESTUDOS, DE CAPACITAÇÃO E DE APERFEIÇOAMENTO
DA DEFENSORIA PÚBLICA – CECADep**

Samara Wilhelm Heerdt

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Samara Wilhelm Heerdt

EDITORA RESPONSÁVEL

Lizana Dallazen

ASSISTENTES EDITORIAIS

Andréia Alves Rocha

Morgana dos Santos Becker

ESTAGIÁRIO DA REVISTA

William Pereira Rosa

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Alexandre Brandão Rodrigues

Alisson de Lara Romani

Ana Maria Marchesan

André Perin Schmidt Neto

Andrey Régis de Melo

Angelita Maria Maders

Augusto Jobim do Amaral

Clara Moura Masiero

Christiane Russomano Freire

Daniel Kessler de Oliveira

Denise Luz

Eduardo Mariotti

Eduardo Medeiros Cavalcanti

Fabiano Aita Carvalho

Fábio Vieira Heerd

Francis Moraes de Almeida

Giovana Buonicore

Helena Moura Fietz

João Batista Oliveira de Moura

João Fernando De Moraes Trois

Jorge Luís Terra da Silva

Juliano Viali dos Santos

Luciano Brasil

Leonardo Sagrillo Santiago

Mônica Medeiros Kother Macedo

Paulo César Carbonari

Renata Costa Farias Simeão

Rivana Barreto Ricarte de Oliveira

Rodrigo dos Santos Ribeiro

Sandra Beatriz Morais da Silveira

Simone Schroeder

Tássia Aparecida Gervason

Vanessa Cerezer de Medeiros
Vanessa Chiari Gonçalves
Veyzon Campos Muniz

PARECERISTAS AD HOC DA EDIÇÃO

Alberto Ruttke
Caroline Ceni
Deise Ferraz
Eduardo Baldissera Carvalho Salles
Felipe da Veiga Dias
Luiz Horn
Marina Nogueira de Almeida
Pâmela Ghisleni
Paulo Rodrigues
Simone Cruz
Thaís de Oliveira

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 – Centro Histórico
CEP 90010-100 – Porto Alegre/RS. Tel: (51) 3211-2233
<http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>

SUMÁRIO

EDITORIAL.....9

AUTOR CONVIDADO

JUSTIÇA VIRTUAL E ACESSO À JUSTIÇA

Rafael Muneratti.....12

AUTORES DA REVISTA

EXISTE “MENOR CORROMPIDO”? ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES MEDIANTE O ESTUDO DE CASO DO RHC 108.970/2011-DF

Damaris Cardoso de Souza e Tailine Hijaz.....41

AS IMPLICAÇÕES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Lauren Hanel Lang Tabolka e Lilian Hanel Lang.....62

COVID-19, DEFENSORIA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE CAPILARIZAÇÃO DO “SUS DO SISTEMA DE JUSTIÇA”

Rodrigo Casimiro Reis81

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E AS REPERCUSSÕES DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

Hortência Jesus Ferreira de Sousa109

A (IN)VALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: REFLEXOS DO PÓS-POSITIVISMO

Matheus Frantz Bruel131

A IRRECORRIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO PELO QUESITO GENÉRICO NO TRIBUNAL DO JÚRI E A CENSURA DE TESES, GERADORA DE ZONAS ABSTRATAMENTE IMPEDITIVAS DE DEFESA

Andre Esteves de Andrade.....149

OS RISCOS EPISTÊMICOS DO TRANSPLANTE JURÍDICO DE UM PLEA BARGAINING À BRASILEIRA: NECESSÁRIOS APONTAMENTOS CRÍTICOS

Michelle Girona Cabrera e Bárbara Feijó Ribeiro.....173

O AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE PARIDADE NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS: “CONSUMO INTERMEDIÁRIO” E HIPOSSUFICIÊNCIA Igor Dias de Oliveira e Luis Renato Ferreira da Silva.....	197
EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: REFLEXÕES E PROPOSTAS SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO, A PUNIBILIDADE E OS SEUS LIMITES EM RELAÇÃO ÀS MULHERES “MULAS DO TRÁFICO” Renata Martins de Sousa	220
A VIDA DA MULHER PELO DIREITO PENAL: DA “LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA” À PREVISÃO LEGAL DO FEMINICÍDIO Ana Carolina Ramos Silveira.....	239
EM TEMPOS DE AUTORITARISMOS, LIMITE É GARANTIA: A RELEVÂNCIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO Ana Carolina Mezzalira	262
REABILITAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES EM SEDE DE EXECUÇÃO CRIMINAL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO CUMPRIMENTO DA PENA COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.964/19 Alandeson De Jesus Vidal e Natália Cincotto Souto	282

EDITORIAL

A produção científica é um processo que demanda a observação de certos fatos, a capacidade de indagar-se sobre o que percebe e, sobretudo, uma disponibilidade interna para enfrentar teoricamente o que já se conhece e avançar no que ainda não dominamos. É um processo longo e árduo, mas que promove um salto na compreensão daqueles fenômenos e, certamente, produz efeitos na capacidade técnica de quem se lança na produção acadêmica e contribui para o desenvolvimento de determinada área do saber e da cultura.

Tamanho investimento precisa ser tratado com o devido respeito que as produções científicas merecem. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, neste momento, tem como uma de suas diretrizes a aproximação da instituição com o universo acadêmico e científico, a fim de trilhar um dos possíveis caminhos de qualificação de seus membros e servidores. Para tanto, a sua Revista vem se transformando sistematicamente. A Revista N.28 caracteriza a primeira produção feita totalmente sob o sistema OJS e, para nós, Comissão Editorial da Revista, é visível o crescimento da demanda de submissão, o desejo de publicação dos autores e autoras e o dedicado e criterioso trabalho dos pareceristas que colaboram gentilmente com esta causa. E o resultado é o que ora apresentamos!

Durante o período da pandemia, algumas temáticas exigiram grande atenção, como a virtualização dos processos judiciais, a violência doméstica, os crimes contra a mulher, as mediações familiares, entre outras. Muitas transformações institucionais foram necessárias para albergar estas demandas nesta fase tão radical e destrutiva da nossa história. Nesta edição, contamos com o autor convidado Rafael Muneratti, Defensor Público atuante nos Tribunais Superiores, que nos brindou com o manuscrito *Justiça Virtual e Acesso a Justiça*.

Dos doze artigos aceitos para publicação, cinco versam sobre os temas acima citados, o que revela a dimensão da grave problemática na nossa sociedade, ainda que com nuances distintas, desde a origem da nossa cultura. Há um desconhecimento sobre a condição de feminilidade dos sujeitos, superpondo esse tema à condição reduzida de que a mulher é mais frágil, menos preparada para o trabalho, voltada para os cuidados domésticos, entre outras narrativas pejorativas e depreciativas da condição feminina.

A falta de conhecimento a respeito dos motivos que subjagam a mulher sustenta crimes violentos e inadmissíveis que às vezes ficam silenciados, e outras tantas chegam ao sistema jurídico. Os artigos aqui publicados discorrem sobre medidas protetivas de urgência na Lei Maria da Penha; sobre a violência contra a mulher durante a pandemia de coronavírus e a segurança pública brasileira; o princípio basilar de intervenção mínima e algumas reflexões sobre a criminalização das mulheres denominadas “mulas de tráfico”; sobre a vida da mulher pelo direito penal; e sobre a mediação de conflito como política pública. Todas representam pertinentes contribuições científicas ao campo de pesquisa sobre crimes contra as mulheres.

A edição de número 28 aborda ainda temas como Processo Penal, Execução Penal, Direito do Consumidor, Reforma Trabalhista, Delitos de Corrupção de Menores e o Sistema de Saúde SUS na era pandêmica. Esta amplitude de artigos revela a abrangência e a pertinência de publicações como a nossa Revista, contribuindo para o constante crescimento institucional. Apoiamos a ciência como um dos caminhos que nos faz avançar com segurança, transparência e responsabilidade.

Boa leitura!

Lizana Dallazen – Editora Responsável

Samara Wilhelm Heerdt – Coordenadora da Revista



AUTOR CONVIDADO

JUSTIÇA VIRTUAL E ACESSO À JUSTIÇA

VIRTUAL JUSTICE AND ACCESS TO JUSTICE

JUSTICIA VIRTUAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

Rafael Muneratti¹

Resumo: Impulsionadas pelo volume crescente de processos, pela adoção no Direito brasileiro da sistemática de precedentes qualificados e pela pandemia de Covid19, as inovações tecnológicas mudaram a dinâmica dos processos e dos julgamentos nos Tribunais, com influências e impactos diretos no acesso à justiça. Ferramentas como inteligência artificial, robôs, peticionamento e processo eletrônico, audiências e julgamentos virtuais ou por videoconferência, atualmente, fazem parte do dia a dia dos Tribunais Superiores e dos operadores do direito. O presente artigo pretende fazer uma análise das inovações tecnológicas implementadas no sistema de justiça brasileiro, notadamente, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, e o impacto dessas medidas no acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Julgamento virtual. Processo eletrônico. Videoconferência.

Abstract: Driven by the increasing volume of cases, the adoption, in Brazilian law, of the systematic of precedents, and by the Covid19 pandemic, technological innovations changed the dynamics of processes and trials at the courts, with right influences and impacts on access to justice. Tools such as artificial intelligence, electronic process and videoconference and virtual trials, court hearings and judgments, are part of the daily life of the Superior Courts and the operators of the law. This article intends to analyze the technological innovations implemented in the Brazilian justice system, notably in the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court, and the impact of these measures on access to justice.

Keywords: Access to justice. Virtual trials. Electronic process. Videoconference.

Resumen: Impulsadas por el creciente volumen de demandas, por la adopción en la legislación brasileña de la sistemática de precedentes calificados y por la pandemia de Covid19, las innovaciones tecnológicas han cambiado la dinámica de los procesos y juicios en los Tribunales, con influencias e impactos directos en el acceso a la justicia. Herramientas como la inteligencia artificial, los robots, la petición y el proceso electrónicos, las audiencias y los juicios virtuales y por videoconferencia, son ahora parte de la vida diaria de los Tribunales Superiores y de las personas que trabajan con

¹ Defensor Público do Estado de São Paulo; Membro do Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores.

la ley en general. Este artículo pretende analizar las innovaciones tecnológicas implementadas en el sistema de justicia brasileño, en particular, en el Superior Tribunal de Justiça y en el Supremo Tribunal Federal, y el impacto de estas medidas en el acceso a la justicia.

Palabras clave: Acceso a la justicia. Juicios virtuales. Proceso electrónico. Videoconferencia.

1 INTRODUÇÃO

Tardou, mas, chegou. A tecnologia finalmente está derrubando os muros do tradicionalismo que envolve o mundo do direito. Cercado de costume e hábitos por todos os lados, o direito e seus operadores têm a fama de serem apegados a formalismos, praxes e arcaísmos resistentes a mudanças mais radicais. São práticas persistentes passadas adiante por gerações e cultivadas como se necessárias para manter a integridade e a operacionalidade costumeira do sistema.

Todavia, nem mesmo o hermético universo do direito resistiu às mudanças tecnológicas trazidas pela rede mundial de computadores, a internet, e pela possibilidade do uso de softwares de inteligência artificial para análise de grandes volumes de dados. Novidades cuja aplicação foi impulsionada pelo incessante crescimento de demandas judiciais, verificado anualmente, e pela necessidade de implementar e efetivar o sistema de precedentes qualificados definitivamente trazido ao ordenamento jurídico nacional pelo novo Código de Processo Civil de 2015, com a intenção de racionalizar o sistema e priorizar os julgados e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Mais recentemente, as implementações das novidades tecnológicas foram aceleradas em razão da mudança de hábitos imposta pela pandemia de Covid19.

Todas essas inovações, sem dúvida nenhuma, transformaram o sistema de justiça como o conhecíamos e o cotidiano dos operadores do direito. O presente artigo pretende, assim, analisar o impacto dessas mudanças no acesso à justiça. A análise será focada nas ferramentas tecnológicas implementadas e seu o impacto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não só pela importância intrínseca desses Tribunais para o sistema de justiça nacional e formação

de precedentes qualificados, mas, também, por serem Tribunais que estão bem avançados no uso de ferramentas tecnológicas nos seus processos e julgamentos.

Nos próximos capítulos serão analisados a transformação do processo em papel para o meio eletrônico, o uso da inteligência artificial na análise de recursos e na identificação de demandas repetitivas, e os julgamentos em ambiente virtual e por videoconferência; além de todo o impacto dessas inovações no acesso à justiça. Aspectos que, conjuntamente, definimos como justiça virtual.

2 O PROCESSO ELETRÔNICO E O FIM DO PAPEL

Não faz muito tempo, quem trabalhava com o direito convivia com calhamaços de papel. Todos os processos eram materializados em autos físicos, normalmente, com inúmeros volumes, que muitas vezes podiam ser medidos em metros e pesados em quilos. Carrinhos de mão levavam processos para cima e para baixo nos fóruns e tribunais. Advogados e defensores muitas vezes eram obrigados a fazer carga dos autos e, ainda, multiplicar o número de folhas de papel tirando cópia dos mesmos para tê-las sempre ao seu alcance e consulta. Além de enfrentar filas em distribuidores para protocolizar petições.

Essa é ainda uma realidade existente em algumas comarcas do nosso imenso país. Porém, não é mais o que ocorre no Superior Tribunal de Justiça e nem no Supremo Tribunal Federal. Esses Tribunais já eliminaram o papel dos seus processos em andamento e daqueles arquivados em seu acervo, na sua totalidade no STJ e em quase toda no STF.

No início da década de 2000, o STJ criou o programa “Sistema Justiça” que seria o início da adoção do processo eletrônico e da digitalização de seus feitos. As decisões já começavam a serem enviadas por meio eletrônico para publicação no Diário da Justiça, com economia de 500 mil folhas de papel por dia e, a partir de 2004, já era possível a consulta do inteiro teor de acórdãos pela internet. O acesso facilitado à consulta de jurisprudência também foi um avanço. As decisões dos Tribunais estavam muito mais acessíveis e a ampliação do seu conhecimento e uso podiam melhorar a qualidade do trabalho. Não era mais necessário perder dinheiro

recorrendo-se a volumes de Revistas dos Tribunais, ou tempo em bibliotecas, para localizar jurisprudência adequada.

Em 2007, o Diário da Justiça do STJ se tornou totalmente eletrônico e com veiculação na internet. O compromisso do Tribunal com a utilização de processo 100% digital foi assumido em 2009. Além de digitalizar todo o seu acervo, os recursos que chegavam ao Tribunal eram escaneados de imediato e passavam a correr apenas por meio eletrônico, sendo possível a consulta da sua íntegra pelos interessados a qualquer momento. Acabava a necessidade de carga de autos e tirada de cópias. De acordo com o próprio Tribunal:

A transformação dos processos físicos em arquivos digitais iniciada pelo Tribunal representou expressiva economia de espaço, recursos financeiros e tempo, marcando um forte impacto na tramitação dos trabalhos da Corte, fazendo com que a decisão judicial chegue mais rápido ao cidadão.²

A celeridade processual, sem dúvida nenhuma, é um elemento de efetivação e caminha lado a lado com o acesso à justiça.³ A digitalização de autos e o seu processamento de maneira integralmente eletrônica acelerou, de fato, a prestação jurisdicional.

Tramites em papel que existiam desde a formulação da decisão até a publicação no diário da justiça físico tomavam um tempo considerável. Além disso, a possibilidade de consulta aos autos em qualquer local e momento para advogados, defensores, juízes, promotores e servidores, também facilitou e agilizou a atividade processual como um todo. Muitas vezes, a consulta de autos físicos no STJ demandava o deslocamento do interessado até a sede do Tribunal em Brasília. Situação que dificultava o acesso para aqueles que trabalhavam em outros Estados, pois, demandava um alto custo financeiro e acabava por restringir tal possibilidade a

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A era digital**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³ MOURA, Gisele Luiza Soares. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. **Biblioteca Digital do TJMG**, 2020. Repositório institucional. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11285/1/4%20-%20Cap.%201%20-%20O%20acesso%20%C3%A0%20justi%C3%A7a%20e%20a%20celeridade%20processual.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

poucos e abastados clientes que pagavam custosos advogados. A facilidade da consulta dos autos *on line* incrementou o acesso à justiça.

Outro marco importante na adoção do processo 100% eletrônico foi a edição da Lei Federal 11.419 em 2006 que disciplinou toda a informatização do processo judicial e permitiu o peticionamento eletrônico.

No Superior Tribuna de Justiça, o peticionamento eletrônico em algumas classes processuais como habeas corpus foi disponibilizado em 2007, de modo facultativo. A partir de 2013, porém, o peticionamento eletrônico se tornou obrigatório para uma série de classes processuais.⁴ Atualmente, ainda é aceito em papel apenas o protocolo de habeas corpus.

O peticionamento eletrônico também ampliou o acesso à justiça. Além de acabar com a necessidade de ida ao Tribunal para protocolo, cortando custos e facilitando o acesso, houve de certa forma um alargamento dos prazos processuais, visto que, se antes os serviços de protocolos nos fóruns se encerravam em regra às 18h, o peticionamento eletrônico é possível até às 24h do último dia do prazo.

Ademais, as petições eletrônicas tornam viável ou facilitam a utilização de ferramentas de áudio e vídeo que não eram possíveis de serem inseridas no papel. O envio eletrônico, sempre no formato PDF, permite a inserção de QR Codes e links para arquivos de áudio ou vídeo, por exemplo, de audiências gravadas nas instâncias inferiores, ou com explicações dos principais pontos da demanda.

O objetivo dessa prática, chamada de *visual law*⁵ é facilitar a compreensão do caso e proporcionar uma aproximação mais eficiente e interativa com os julgadores. As inovações estão encontrando apoio dos magistrados que, além de receberem com bons olhos o uso de recursos audiovisuais nas petições, indicam como ideal peças objetivas, com boa formatação e quantidade menor de páginas, características proporcionadas pelo uso racional do *visual law*. Ainda, tais recursos são uma solução

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A era digital**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵ FOLHA DE SÃO PAULO. Juízes criticam textos de advogados e indicam espaço para ampliar recursos visuais em processos. **Folha de São Paulo [Portal Eletrônico]**, São Paulo, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/juizes-criticam-textos-de-advogados-e-indicam-espaco-para-ampliar-recursos-visuais-em-processos.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

para a realização de despachos, diante das restrições dos atendimentos presenciais. Alguns órgãos públicos, inclusive, já pretendem adotar tal prática oficialmente.⁶ Essa ampliação de ferramentas para auxiliar na clareza da petição e na compreensão da causa sem dúvida contribuem para a prestação da justiça.

Todavia, se mostra salutar que continue sendo permitido o protocolo de petições de habeas corpus por outros meios que não somente o eletrônico. O habeas corpus, por ser ação constitucional com possibilidade de impetração por qualquer pessoa, e justamente para preservar o mais amplo acesso à justiça, não pode ser restringido ao protocolo eletrônico, uma vez que parcela ainda significativa da população mais pobre não possui meios para fazê-lo dessa forma.

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, implementou programa e meta de digitalização de processos para se tornar 100% digital. Recentemente, segundo informações do próprio Tribunal, praticamente todo o seu acervo físico foi digitalizado. No início de março de 2021 apenas 24 processos recursais físicos ainda circulavam pelo Tribunal ou em local externo.⁷

A Resolução nº 693/2020, que regulamenta o processo judicial eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, determina que todas as classes processuais serão recebidas e processadas exclusivamente de forma eletrônica, ressalvadas algumas classes, que ainda poderão tramitar em meio físico e estão previstas no art. 20 da resolução: ação cautelar criminal, ação penal, extradição, inquérito, prisão preventiva para extradição e outras classes com grau de confidencialidade “sigiloso”.⁸

O protocolo de habeas corpus, assim como no Superior Tribunal de Justiça, ainda é aceito em meio físico. Resguardando, assim, a possibilidade de impetrações por pessoas que não tenham condições de se utilizar de recursos eletrônicos e

⁶ CONJUR. Proposta da AGU prevê utilização de QR Codes e vídeos em petições. **Conjur – Consultor Jurídico**, 25 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/proposta-agu-preve-utilizacao-qr-codes-videos-peticoes>. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Digitalização de processos avança no STF e atinge marco histórico**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461673&ori=1>. Acesso em: 16 mar. 2021.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 693 de 17 de Julho de 2020. Regulamenta o processo judicial eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dá outras providências. **DJe do STF**, n. 182, 22 jul. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-693.PDF>. Acesso em: 16 mar. 2021.

também as petições feitas de próprio punho. Porém, nesses casos, o próprio STF deverá digitalizar a petição antes da autuação e convertê-la para o meio eletrônico.

A importância da digitalização dos acervos dos Tribunais Superiores ganhou maior relevância em razão da pandemia de Covid19. Com as restrições impostas pela disseminação da doença, os Tribunais tiveram que fechar suas portas para o público externo e implementar o trabalho remoto. Assim, os processos físicos não mais podiam tramitar, já que impossível a consulta e movimentação interna e externa dos autos. A suspensão desses feitos, por certo, causa prejuízos e demora na prestação jurisdicional e afeta o amplo acesso à justiça. A tramitação eletrônica, por sua vez, permite o prosseguimento dos feitos digitalizados sem qualquer restrição.

Outro aspecto relevante da digitalização e do processo eletrônico se refere às intimações, que também passaram a ser realizadas por meio eletrônico, inclusive as intimações pessoais, dirigidas por exemplo aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público.

A intimação pessoal eletrônica, de acordo com a Lei 11.419/06, normalmente realizada ao respectivo órgão via e-mail, possui prazo de 10 dias corridos para a sua consulta, a partir do seu envio ao destinatário, antes de efetivamente ser certificada a ciência e ter início eventual prazo processual.⁹

Esse período de “carência” para a efetiva ciência tem o efeito prático de ampliar o prazo para uma eventual atividade processual, situação que, em muitos casos, auxilia os destinatários e amplia o acesso à justiça.

⁹ “Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. § 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte. § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.” BRASIL. **Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

3 O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ROBÔS

A digitalização do acervo e, principalmente, a tramitação eletrônica dos novos processos que ingressam diariamente nos Tribunais Superiores tornaram possível a análise eletrônica de grande quantidade de dados e o início da utilização de inteligência artificial pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

No Superior Tribunal de Justiça, desde 2013, começaram a ser criadas iniciativas tecnológicas para mineração de textos em peças, decisões e acórdãos. A partir de 2017, todavia, é que tiveram início os estudos para aplicações de inteligência artificial.

Em um primeiro momento, mediante parceria com o Conselho Nacional de Justiça, começou a ser realizada a classificação automática de assuntos nos processos. Com a classificação em andamento, o STJ criou os projetos Sócrates e Athos.

O projeto Sócrates, em sua versão 1.0, teve início em maio de 2019 e foi implementado nos gabinetes de 21 dos 33 Ministros da Corte. Sua função é fazer o agrupamento semântico das peças processuais com o objetivo de facilitar a triagem de processos. Ele também consegue identificar casos com matérias semelhantes e pesquisar julgamentos do Tribunal que possam servir como precedentes para o processo em análise.¹⁰

O sucesso do programa trouxe sua atualização para a versão 2.0 que, além de identificar termos relevantes nos textos analisados, passou a fazer sugestão de jurisprudência e de precedentes que possuam petição de recurso especial e de acórdão recorridos semelhantes.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaldp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Assim, Sócrates já consegue apontar na peça digitalizada, automaticamente, o permissivo constitucional utilizado pelas partes para a interposição do recurso, os dispositivos de lei descritos como violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência.

Ainda, Sócrates tem a capacidade de identificar as palavras mais relevantes nos recursos especiais e agravos que aportam no Tribunal. A apresentação das palavras mais recorrentes é feita na forma de "nuvem de palavras", que permite a rápida identificação do conteúdo do recurso pelo operador. Sócrates também consegue identificar no recurso controvérsias eventualmente já afetadas pelo STJ ao rito dos recursos repetitivos. Caso as informações passadas sejam validadas pelo usuário, Sócrates já auxiliará na confecção da minuta do relatório do Ministro.¹¹

Por fim, o programa ainda é funcional, pode “aprender”, o que permite a retroalimentação e o aperfeiçoamento contínuo do sistema.

Também foi criado pelo STJ o programa Athos, nomeado em homenagem ao ex-Ministro da Corte Athos Gusmão Carneiro, e que começou a funcionar em junho de 2019. O programa foi criado para atuação no âmbito dos precedentes qualificados e tem como função a identificação, antes da própria distribuição para um Ministro relator, de processos com o mesmo assunto e que, portanto, podem ser submetidos ao rito dos recursos repetitivos.

O Athos ainda consegue monitorar e apontar recursos com entendimentos convergentes ou divergentes entre os órgãos fracionários da Corte, casos com matéria de notória relevância, além de possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados. Segundo o STJ, o Athos já possibilitou a identificação de 51 controvérsias – conjuntos de processos com sugestão de afetação ao rito dos repetitivos – e a efetiva afetação de 13 temas.¹²

Devido ao seu sucesso, o Athos já está sendo atualizado para ser utilizado pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Federais, também para identificação e análise de temas repetitivos e de repercussão geral e envio, ou não, aos Tribunais Superiores. Iniciativa essa do Supremo Tribunal Federal, que objetiva a integração entre o STJ,

¹¹ Idem.

¹² Ibidem.

os demais Tribunais do país e a própria Suprema Corte, com maximização de resultados e redução de custos.

Outra ferramenta com inteligência artificial tem sido utilizada pelo STJ para triagem de recursos com matérias repetitivas já reconhecidas pelo Tribunal. A triagem evita a distribuição aos Ministros de recursos que não deveriam ter sido enviados ao Tribunal, mas que, ao contrário, devem permanecer suspensos em segunda instância até a decisão final do STJ nos processos repetitivos ainda não julgados, ou serem analisados pelo Tribunal de origem para adequação ou aplicação de tese repetitiva já definida.¹³

O Supremo Tribunal Federal também criou seu programa de inteligência artificial nomeado Victor, em homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal, e desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília (UnB).

O programa consegue identificar o tema de cada processo, após consultar o banco de dados do Tribunal, que já possuía mil temas gerais e mais 29 temas de repercussão geral em novembro de 2019, ano em que Victor já conseguia analisar mais de 40% dos processos em tramitação. Segundo o STF, a ferramenta facilita o trabalho dos servidores que demorariam 44 minutos para fazer a mesma tarefa de identificação de tema que Victor faz em 4 segundos.¹⁴

De acordo com os Tribunais Superiores, a utilização e o aprimoramento da inteligência artificial são fundamentais para gerir o grande volume de processos que chegam diariamente para análise dos Ministros. As ferramentas contribuem para a produtividade e agilidade da prestação jurisdicional. Elas realizam pesquisa de jurisprudência, doutrina e recuperação de decisões anteriores semelhantes para auxiliar na elaboração de novas decisões, e analisam processos com mesma temática para identificar casos que podem ser afetados ao rito dos repetitivos ou que já foram julgados com tese repetitiva.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Nova ferramenta de triagem de matérias repetitivas agiliza o fluxo processual. **STF [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 06 maio 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nova-ferramenta-de-triagem-de-materias-repetitivas-agiliza-o-fluxo-processual.aspx>. Acesso em 17 mar. 2021.

¹⁴ CRESPO, Rose. Judiciário ganha produtividade e agilidade com Inteligência Artificial. **Law Innovation [Portal Eletrônico]**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://lawinnovation.com.br/judiciario-ganha-productividade-e-agilidade-com-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

Em síntese, a inteligência artificial, ou os robôs como são chamados Victor, Sócrates e Athos, têm a função de agilizar, facilitar e auxiliar no trabalho diário dos servidores e dos Ministros.

Somente no Superior Tribunal de Justiça, conforme informações da própria Corte, o total de processos distribuídos aos Ministros caiu de 252.903 em 2018 para 222.268 em 2019, como “reflexo do trabalho do Núcleo de Admissibilidade e Recursos Repetitivos (Narer), que filtra os recursos para evitar a distribuição daqueles que contenham vícios processuais insanáveis (os processos sem condições de tramitar são remetidos ao presidente para decisão).”¹⁵

Assim, a filtragem feita pelos robôs significou uma redução de 30.635 processos encaminhados aos gabinetes dos Ministros, ou 12,11% do total, em apenas um ano. Segundo o então Presidente do Tribunal, Ministro João Otávio de Noronha: “Importante observar que essas decisões da presidência através do Narer tiveram um índice de recorribilidade de 19%, e um índice de reforma de 5%, o que justifica o investimento e a ampliação do setor”. As análises feitas pelos robôs, portanto, apenas sofreram recurso em 19% dos casos e efetiva reforma em 5%, situação que demonstraria o sucesso dos programas de inteligência artificial aplicados diretamente nos processos que chegam aos Tribunais.

Nem tudo são flores, porém, na aplicação da inteligência artificial. Os recursos especiais e os agravos em recursos especiais, no STJ, são as principais classes processuais que passam pela análise e filtragem dos robôs, e os erros ainda são inevitáveis.

Apesar da afirmação de que apenas 5% das decisões filtradas são reformadas após recursos, elas representam um número elevado de casos e acabam por exigir dos operadores do direito, principalmente de advogados e defensores, maior atenção na análise das decisões monocráticas da Presidência oriundas do Narer, núcleo no qual ocorre a atuação dos robôs.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apesar da demanda crescente, STJ reduz em 7,8% o número de processos em tramitação. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Apesar-da-demanda-crescente--STJ-reduz-em-7-8--o-numero-de-processos-em-tramitacao.aspx> Acesso em: 17 mar. 2021.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, entre março de 2020 e março de 2021, interpôs 76 agravos regimentais e internos no STJ contra decisões em Agravos em Recurso Especial que foram filtrados, passaram pela análise de robôs e não foram conhecidos por questões relacionadas à admissibilidade, mas que, no entendimento da Defensoria, haviam sido devidamente enfrentadas nas respectivas razões.

Desses 76 agravos internos e regimentais interpostos, 46 já tinham sido julgados quando da elaboração desse texto, sendo que 21 deles, depois de distribuídos para um Ministro relator, foram reconsiderados e conhecidos. Um índice de reforma de 45,65%¹⁶, muito acima do informado pelo Tribunal. Situação que revela, ainda, falha considerável na filtragem dos agravos em recurso especial pelos robôs.

A aplicação de inteligência artificial na análise e filtragem, mesmo que preliminar, de recursos que aportam aos Tribunais Superiores, em que pese diminuam o volume de trabalho levado aos gabinetes dos Ministros, ainda encontra problemas e precisa ser aprimorada para que não cause prejuízos às partes e entraves ao acesso à justiça.

Nesse sentido, as partes, sejam defensores, advogados ou membros do Ministério Público, devem redobrar a atenção e o cuidado no acompanhamento desses recursos analisados pelos robôs, que seguem um complexo caminho no Tribunal¹⁷, para que os erros cometidos pela inteligência artificial sejam de pronto reconhecidos e impugnados via agravos regimentais ou internos. Não somente para garantir o direito das partes, mas, também para aprimorar o trabalho realizado através de inteligência artificial.

¹⁶ Levantamento feito pelo Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores da Defensoria Pública do Estado de São Paulo em Brasília a partir dos relatórios dos Defensores Públicos lá em atuação, Rafael Munerati e Fernanda Maria de Lucena Bussinger.

¹⁷ OLIVEIRA, André Macedo de; MENICUCCI, Giovani. A chegada e a tramitação do REsp e do AREsp no STJ. Portal Migalhas. **Migalhas [Portal Eletrônico]**, 29 jun. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/222521/a-chegada-e-a-tramitacao-do-resp-e-do-aresp-no-stj>. Acesso em: 10 abr. 2021.

4 JULGAMENTOS VIRTUAIS E POR VIDEOCONFERÊNCIA

4.1 Julgamentos virtuais

Antes mesmo do surgimento da pandemia de Covid19, ainda no primeiro trimestre de 2020, os julgamentos virtuais já eram realizados tanto no Superior Tribunal de Justiça como no Supremo Tribunal Federal. A pandemia, por sua vez, ampliou esse tipo de julgamento além de criar, e tornar regra, os julgamentos por videoconferência.

Os julgamentos virtuais são aqueles realizados em ambiente totalmente eletrônico, ou seja, não há qualquer participação presencial ou física em plenários, nem uso videoconferência. São julgamentos realizados dentro do sistema e da rede do próprio Tribunal com acesso exclusivo aos Ministros e servidores.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento virtual teve início em 2007, com a emenda regimental nº 21 de 30/04/07, e apenas abrangia o julgamento a respeito da existência ou não de repercussão geral em recursos extraordinários. Chamado de Plenário virtual, os Ministros, após o relator, tinham prazo de 20 dias para lançarem seus votos no sistema, sendo necessários pelo menos 8 votos para ser reconhecida a existência de repercussão geral. Porém, a ausência de votos, a abstenção, era contada como sendo a favor da existência da repercussão geral.

Atualmente, com a edição da emenda regimental nº 54 de 1º/07/20, a abstenção não é mais computada como voto e, caso não seja alcançado o quórum para decisão, o julgamento virtual terá continuidade em sessão subsequente. Ainda, ficou estabelecido que somente será analisada a existência de repercussão geral se a maioria dos Ministros, seis portanto, entender que a matéria versada possui natureza constitucional. Caso se forme maioria absoluta, oito portanto, pela inexistência de matéria constitucional, já será reconhecida a ausência de repercussão geral.

Além da decisão sobre existência ou não de repercussão geral, os demais temas e classes processuais foram sendo incluídos aos poucos e no decorrer do tempo no âmbito do julgamento virtual.

Em 2016, através da emenda regimental nº 51, foram incluídas as primeiras classes recursais com possibilidade de julgamento virtual pelo STF, os agravos regimentais e os embargos de declaração. Todavia, foi com a regulamentação trazida pela Resolução nº 642 de 14 de junho de 2019¹⁸ que a ampliação do julgamento virtual tomou corpo.

De acordo com a Resolução nº 642 e suas alterações posteriores¹⁹, são possíveis de serem julgados em meio totalmente eletrônico todas as classes processuais de competência do Tribunal. Sendo que, preferencialmente, serão julgados em ambiente virtual os agravos internos, os agravos regimentais, os embargos de declaração, as medidas cautelares em ações de controle concentrado, o referendado de medidas cautelares e de tutelas provisórias, os recursos extraordinários e agravos, inclusive com repercussão geral reconhecida, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do Tribunal, e as demais classes processuais cuja matéria discutida também tenha jurisprudência dominante no âmbito da Suprema Corte.

Os processos são apresentados para julgamento em listas e as sessões virtuais ocorrem uma vez por semana, com início no primeiro minuto das sextas-feiras, momento em que o relator lança seu voto no sistema. As sessões duram cinco dias úteis, prazo durante o qual os demais Ministros, da respectiva Turma, ou Plenário, podem também lançar seus votos. Ao final do prazo regimental é publicado o resultado do julgamento, conjuntamente com os votos e o acórdão, também em ambiente virtual.

A Resolução prevê a possibilidade de destaque para retirar o processo do julgamento em ambiente virtual. Tal pedido pode ser feito por qualquer Ministro, pelas

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 642 de 14 de junho de 2019. Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. **DJe do STF**, Brasília, DF, n. 131, 17 jul. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/resolucao642.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁹ Alteraram a Resolução nº 642/19 as Resoluções 669/20, 675/20, 684/20 e 690/20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/atoNormativo/verAtoNormativo.asp?documento=2761>. Acesso em: 25 abr. 2021.

partes, ou para possibilitar realização de sustentação oral quando cabível. Nesses últimos dois casos é necessário requerimento feito até 48 horas antes do julgamento e o seu deferimento pelo Ministro relator.

A prática tem demonstrado que os deferimentos de destaque feitos pelas partes apenas são deferidos quando há a possibilidade de sustentação oral. Porém, são raros esses casos, diante da natureza das classes processuais previstas na Resolução que, em regra, não permitem, regimentalmente, a realização de sustentação oral.

O pedido de destaque deferido no início ou durante o julgamento retira o processo do ambiente virtual para ser julgado em nova oportunidade de modo presencial ou por videoconferência. Todavia, também é possível pedido de vista dos autos feito por qualquer dos Ministros durante o julgamento virtual. Tal pedido, apesar de suspender o julgamento, poderá ser retomado ainda no meio eletrônico, ou não, a critério do Ministro vistor.

A proliferação dos julgamentos virtuais trouxe uma certa preocupação dos operadores do direito no sentido de uma possível mitigação, ou mesmo anulação por completo, da colegialidade inerente a um julgamento realizado por Tribunal. Já não é de hoje a crítica de que o Supremo Tribunal Federal estaria mais próximo de um Tribunal composto por “onze ilhas julgadoras”²⁰, com decisões e votos independentes, cada vez mais afastado da busca pelo consenso, de uma decisão final debatida e discutida por todos e, efetivamente, colegiada, que indicasse o entendimento final do Tribunal e não de cada um dos Ministros individualmente e depois somadas.

Mesmo diante de tais críticas, os julgamentos presenciais realizados nas Turmas ou no Plenário do Tribunal ainda por vezes fomentam debates e discussões, algumas até acaloradas entre os Ministros. O julgamento virtual, todavia, retira até mesmo essa possibilidade, uma vez que os votos são lançados já prontos no sistema e não há qualquer discussão entre os julgadores no ambiente eletrônico. Situação que

²⁰ GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago. 2008. p.741.

pode ampliar ainda mais a sensação de que o Tribunal cada vez mais perde a sua natureza da colegialidade²¹.

Outra questão problemática na Resolução nº 642 era a previsão, copiada do julgamento da repercussão geral, no sentido de que a ausência de manifestação de Ministro no sistema durante o julgamento virtual seria considerada como anuência ao voto do relator e seria assim computada como voto ao final. O que se convencionou chamar de voto por “omissão”. Tal situação, por certo, além de não representar a realidade, uma vez que a ausência de voto é uma abstenção, não pode presumidamente ser computada como voto proferido que segue o relator. Circunstância que se agravava ainda mais quando esse voto por “omissão” acabava sendo computado em desfavor dos recorrentes²² ou, notadamente, em desfavor de paciente em sede de habeas corpus, no qual o empate é considerado em favor do paciente e implica na concessão da ordem.

Com o julgamento virtual já assimilado e incorporado pelo STF e, diante da pandemia de Covid19 que se instalou no país no início do ano de 2020, o Tribunal entendeu por bem ampliar ainda mais o seu uso e consolidou sua aplicabilidade para todas as classes processuais de competência da Corte, conforme disposto no art. 21-B do seu Regimento Interno. É apenas necessária a indicação do relator para julgamento virtual, até mesmo em casos em que ainda não haja jurisprudência dominante na Corte. Nesse sentido é o conteúdo da emenda regimental nº 53 de 18/03/20.

As normativas que vieram após a emenda regimental 53, as resoluções nº 669, 675, 684 e 690 todas de 2020, aprimoraram o julgamento virtual e acolheram pedidos dos operadores no sentido de conferir maior transparência e publicidade a esses julgamentos. Assim, foi viabilizado o envio por meio eletrônico de sustentação oral

²¹ BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. A(s) inconstitucionalidade(s) dos julgamentos virtuais no STF - Antes, durante e depois da pandemia. **Portal JOTA**, 12 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em: 12 abr. 2021.

²² LEAL, Saul Tourinho e COSTA, Leonardo Pereira Santos. O "voto por omissão" nos julgamentos virtuais do STF. **Migalhas**, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327477/o-voto-por-omissao-nos-julgamentos-virtuais-do-stf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

gravada, o acompanhamento em tempo real, diretamente no site do Tribunal, dos relatórios e votos já proferidos e divulgados e, ainda, a possibilidade de formulação de questão de fato, durante o julgamento, por petição eletrônica enviada e imediatamente juntada aos autos.

Por fim, foi extinto o chamado voto por “omissão” pela resolução 690/20. A ausência de voto agora é tida como abstenção e não será computada ao final do julgamento, sendo registrada na ata a ausência de participação do referido Ministro. Caso não seja alcançado o quórum de votação ou ocorrendo empate, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual subsequente, até que sejam colhidos os votos ausentes necessários. Salvo nos julgamentos de habeas corpus ou recurso em habeas corpus nos quais o empate será certificado como resultado, pois, favorece o paciente.

Sem dúvida nenhuma, em razão das resoluções acima referidas e já durante o período de pandemia de Covid19, houve um aumento significativo na quantidade de acórdãos proferidos em julgamentos virtuais. “Levantamento realizado com base nas estatísticas do próprio STF revelam que em 2017, de 12.883 decisões colegiadas proferidas apenas 50 tiveram origem no plenário virtual, já no período de 12/3/20 a 20/7/20 foram 6.927”.²³

Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a emenda regimental nº 27, incluindo no seu Regimento Interno os artigos 184-A a 184-H, que criaram os Órgãos Julgadores Virtuais, correspondentes às Turmas, Seções e Corte Especial, com a finalidade de procederem aos julgamentos eletrônicos dos recursos²⁴, através de uma plataforma eletrônica denominada e-Julg.

Importante salientar que, quando da edição da emenda regimental nº 27, o STJ excluiu dos julgamentos eletrônicos os recursos de natureza criminal. Exceção, porém, que viria ser derrubada após o início da pandemia de Covid19.

²³ CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. O que mudou no procedimento do julgamento virtual no STF. **Migalhas**, 05 out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/334315/o-que-mudou-no-procedimento-do-julgamento-virtual-no-stf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3310>. Acesso em: 27 mar. 2021.

Diferentemente do STF, podem ser julgados por meio eletrônico no STJ apenas os Embargos de Declaração, os Agravos Internos e os Agravos Regimentais, e as sessões virtuais ocorrem nos mesmos dias das sessões presenciais, sendo que nas Turmas elas aconteciam apenas nas terças-feiras. Ademais, as sessões virtuais têm duração de sete dias corridos.

A exclusão do feito do julgamento virtual pode ocorrer pela discordância de qualquer Ministro do respectivo órgão julgador, ou se acolhido pedido de sustentação oral ou oposição fundamentada formulada pelas partes. As partes, ainda, podem apresentar memoriais antes de iniciada a sessão virtual.

O art. 184-F do Regimento Interno do STJ traz a previsão do chamado voto por “omissão”. Assim, a não manifestação do Ministro dentro do prazo do julgamento, acarreta a adesão integral ao voto do relator.

Apesar da previsão regimental existir desde 2016, apenas no dia 21 de agosto de 2018 foi realizada a primeira sessão de julgamento virtual no STJ. A sessão ocorreu na Terceira Turma do Tribunal, com competência de Direito Privado. A expectativa da Corte era de que com os julgamentos virtuais ocorresse um melhor aproveitamento das sessões presenciais e um ganho expressivo na redução do tempo de publicação dos acórdãos.²⁵

Assim como no STF, o início da pandemia de Covid19 implicou em mudanças e ampliação dos julgamentos virtuais no STJ. Como acima mencionado, a alteração mais significativa ocorreu com a emenda regimental nº 36 de 2020, que alterou o art. 184-A do Regimento, e passou a incluir os recursos de natureza criminal no âmbito dos julgamentos virtuais. Outra alteração passou a determinar que as sessões virtuais, apenas preferencialmente, deveriam coincidir com as sessões presenciais.²⁶

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ começa a julgar recursos de forma totalmente virtual. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 19 ago. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-19_06-54_STJ-comeca-a-julgar-recursos-de-forma-totalmente-virtual.aspx. Acesso em: 27 mar. 2021.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Emenda Regimental nº 36 de 24 de março de 2020**. Altera dispositivos no Regimento Interno quanto ao julgamento virtual no STJ. Brasília, DF: STJ, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/E3ED27C04D8FE1_emenda36.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

As sessões de julgamentos virtuais do STJ ainda não contam com as ferramentas já implementadas pelo STF, como acompanhamento em tempo real dos julgamentos e acesso ao relatório e aos votos na medida em que vão sendo lançados no sistema.

Tal situação tem sido objeto de críticas pelos operadores do direito que exigem maior transparência e publicidade nas sessões virtuais do STJ, e reclamam da impossibilidade de participação e intervenção das partes, de formulação de eventual questão ou esclarecimento de fato nos julgamentos dos recursos por meio eletrônico.²⁷

Espera-se que, com a sedimentação dos julgamentos virtuais no STJ e diante do volume de feitos neles incluídos, seja afastada a possibilidade do voto por “omissão” e disponibilizadas ferramentas que viabilizem cada vez mais transparência e participação das partes em ambiente eletrônico. Providências necessárias para garantia do amplo acesso à justiça nos julgamentos virtuais.

4. 2. Julgamentos por videoconferência

Os julgamentos por videoconferência foram uma inovação trazida, efetivamente, pelo quadro de pandemia de Covid19 que começamos a enfrentar a partir do final de março e início de abril de 2020. São julgamentos presenciais, ou seja, realizados em tempo real e com a presença dos Ministros, Advogados, Defensores, Membros do Ministério Público e Servidores, mas, através de programas de informática que permitem conferência remota com áudio e vídeo.

No Superior Tribunal de Justiça, algumas experiências tinham sido realizadas anteriormente no sentido de permitir sustentação oral por videoconferência, a primeira realizada no ano de 2003 em processo que tramitava perante o Conselho da Justiça Federal. Também já haviam sido realizadas algumas audiências por videoconferência, sendo as primeiras ocorridas em 2013, uma feita pela Ministra Nancy Andrichi, que

²⁷ MIGALHAS. Plenário virtual do STJ perde em transparência para o Supremo. **Migalhas**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325225/plenario-virtual-do-stj-perde-em-transparencia-para-o-supremo>. Acesso em: 27 mar. 2021.

atendeu uma advogada em processo urgente e, em outra oportunidade, pela Ministra Eliana Calmon que colheu o primeiro depoimento por videoconferência em processo criminal originário do STJ²⁸. Casos, todavia, isolados dentro do contexto diário do volume de julgamentos no Tribunal.

Foi em razão da necessidade de permitir aos servidores o trabalho remoto e de fechar os Tribunais para o público externo, que os julgamentos por videoconferência se tornaram uma realidade e, mais que isso, a rotina dos Tribunais Superiores durante a pandemia de Covid19.

Ainda no STJ, já em 19 de março de 2020, era editada a Resolução nº 5 de 2020, suspendendo as sessões presenciais de julgamento e determinado o trabalho remoto dos seus servidores como regra.²⁹ Já no mês de abril seguinte tiveram início as sessões de julgamentos por videoconferência tanto das Turmas como das Seções e da Corte Especial.

O objetivo era não paralisar a função jurisdicional do Tribunal em razão da pandemia e da impossibilidade de frequência aos plenários nos edifícios dos Tribunais. De acordo com o próprio STJ, a intenção foi alcançada, pois, no primeiro semestre de 2020, já durante a pandemia, a Corte “ultrapassou a marca de 250 mil decisões, reduzindo em 12% seu acervo de processos.”³⁰

No Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, as sessões de julgamento por videoconferência tiveram início no mês de abril de 2020, após a edição da Resolução nº 672 de 26 de março de 2020. Nas Turmas, as primeiras sessões ocorreram no dia 14 de abril e, no Plenário, no dia seguinte.

Na primeira e histórica sessão do Plenário do STF por videoconferência, o Presidente do Tribunal na época, Ministro Dias Toffoli, ressaltou que os julgamentos

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A era digital**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>. Acesso em: 14 mar. 2021.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 5 de 18 de março de 2020. DJe do STJ, Brasília, DF, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/140829>. Acesso em: 31 mar. 2021

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 31 mar. 2021.

a distância visam viabilizar a realização das sessões até que o Supremo Tribunal Federal possa voltar a receber o público em suas dependências. O Presidente disse ainda que o uso de ferramentas digitais e de soluções de tecnologia da informação têm permitido o pleno funcionamento das atividades jurisdicionais, sendo que 95% dos processos da Corte tramitam de forma eletrônica, e que mais de 1.500 processos já tinham sido julgados de forma colegiada desde o início da pandemia de Covid19.³¹

A dinâmica dos julgamentos por videoconferência é semelhante no STF e no STJ. Os processos a serem julgados são publicados previamente em pauta e os defensores e advogados possuem o prazo de 24 horas para fazerem requerimento de participação na sessão, seja para realizar sustentação oral, seja para formular questão de fato. Os defensores e advogados habilitados, então, recebem um e-mail com o *link* para o ingresso na sessão. Ao ingressarem, ficam aguardando em uma sala de espera até que o respectivo processo seja apregoado, momento em que há a admissão na sala onde ocorre a videoconferência. O STF usa a ferramenta de videoconferência *Webex Meetings*, enquanto o STJ usa a ferramenta *Zoom*.

As sessões, em ambos os Tribunais, são transmitidas ao vivo pelos seus respectivos canais no *Youtube*, sendo que as sessões plenárias do STF também são transmitidas pela Rádio e TV Justiça.

Note-se que a participação de defensores e advogados nas sessões por videoconferência exige, contudo, que os mesmos possuam condições técnicas para tanto, como computadores, *tablets* ou celulares compatíveis com os programas de videoconferência e uma boa conexão de internet. Situação que pode, no âmbito do acesso à justiça, criar dificuldades para participação nas sessões virtuais daqueles que não têm acesso às ferramentas adequadas e aos requisitos necessários.

Por outro lado, a realização das sessões por videoconferência possibilitou a participação de defensores e advogados de suas casas ou escritórios e em qualquer local do país ou do exterior em que estiverem. Situação que ampliou o acesso aos

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Na primeira sessão plenária por videoconferência do STF, presidente se solidariza com famílias das vítimas da Covid-19. **STF [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 15 abr. 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441404>. Acesso em: 31 mar 2021.

julgamentos e à justiça, já que reduz, substancialmente, os custos de deslocamento e hospedagem em Brasília dos advogados e defensores de outros Estados, e que eram necessários para a realização de sustentação oral presencial nos edifícios dos Tribunais.

5 CONCLUSÃO

Assim como nas demais áreas do conhecimento, a tecnologia e a ciência cada vez mais se fazem presentes e avançam no universo jurídico. Ferramentas como processos e intimações eletrônicas, inteligência artificial, robôs, julgamentos virtuais e por videoconferência são realidades que já estão no cotidiano dos Tribunais e dos operadores do direito. E vieram para ficar, não há mais volta.

Rapidez e agilidade parece ser o binômio mais é salientado como benefício dessa verdadeira revolução tecnológica no sistema de justiça. Uma vez implementadas, essas ferramentas resultaram em um significativo maior número de feitos julgados em menor tempo, reduzindo o acervo dos Tribunais e o volume de processos encaminhados para decisão dos ministros e dos colegiados, e entregando à população decisões mais rápidas.

Sem dúvida nenhuma, a celeridade processual e a razoável duração do processo, elevadas ao rol dos direitos e garantias fundamentais pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal na redação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, são ganhos extremamente relevantes e significam incremento substantivo de acesso à justiça. Principalmente, em uma sociedade de cultura litigante como a brasileira e muito dependente do Poder Judiciário que, por sua vez, também diante de inúmeros problemas, não consegue dar conta do volume processual cada vez mais elevado. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, em 2019, o Poder Judiciário terminou o ano com 77,1 milhões de litígios, dos quais 68,8 % casos sem solução. “Esse índice reflete a dificuldade e a ineficiência dos tribunais ao lidar com o estoque

de processos, pois mais de 50% dos iniciados no ano de 2019 não foram finalizados e ficaram sem solução”³².

Celeridade e agilidade processual, todavia, não vêm sem custos. É preciso que sejam garantidos, ao mesmo tempo, transparência, ampla defesa e o contraditório processual, que não podem sofrer restrições ou mitigações diante das inovações tecnológicas.

O peticionamento, o processo e a intimação eletrônica facilitam o trabalho dos operadores do direito, inclusive viabilizando o acesso sempre imediato, e a qualquer tempo, aos autos e também o trabalho remoto. Porém, é preciso ainda deixar abertas vias de acesso ao Judiciário para quem não possua os meios e as ferramentas necessárias. Principalmente, a via do habeas corpus, ação de caráter constitucional e acessível a qualquer do povo e que não pode sofrer qualquer restrição ou entrave para sua impetração.

A inteligência artificial e os robôs são de grande valor para a identificação de causas semelhantes e, portanto, para efetivar o sistema de precedentes qualificados trazido ao nosso ordenamento jurídico, primeiro pela Emenda Constitucional nº 45/04, e mais recentemente sedimentado pelo Código de Processo Civil de 2015. Em uma sociedade litigante, processos idênticos se multiplicam e o reconhecimento e filtragem rápida e automática dessas ações é fundamental para a efetivação das ferramentas da repercussão geral, no STF, e dos recursos repetitivos no STJ. Sem mencionar, ainda, novas figuras de identificação e produção de precedentes qualificados nos demais Tribunais como o IRDR e o IAC, por exemplo.

A aplicação dos robôs e da inteligência artificial, todavia, ainda precisa, como evidentemente não poderia deixar de ser, de melhorias e avanços. A capacidade de aprendizagem dessas ferramentas é incrível. Porém, erros em demasia ainda ocorrem, o que causa problemas tanto para as partes como para os operadores do direito que, volta e meia, devem ficar atentos para recorrer e consertar decisões rápidas, mas, equivocadas, padronizadas e aplicadas sem ingerência humana pelo

³² LIMA, Eliza Perez dos Santos. Cultura de Litigância: você sabe o que é? **Politize!**, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cultura-de-litigancia/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

sistema. Agilidade e rapidez, por mais que acelerem os julgamentos, não justificam erros e o possível perecimento dos direitos das partes.

O julgamento virtual é outra ferramenta que necessita melhorias. Do mesmo modo, em que pese o significativo número de processos julgados dessa forma, bem maior do que se julgava quando se tinha à disposição apenas o meio físico, o volume não justifica a mitigação de garantias processuais, ampla defesa e contraditório.

É preciso que seja garantida ampla participação das partes e transparência aos julgamentos. Participação que se concretiza com a possibilidade de envio de memoriais e sustentação oral gravada, com mecanismos que impeçam o lançamento do voto sem a visualização do vídeo, e de envio de questão de fato, com a devida resposta, antes da finalização do julgamento. A transparência deve ser garantida com o amplo acesso em tempo real aos relatórios e votos, na medida em que são lançados, até para possibilitar as questões de fato e o acompanhamento do posicionamento dos Ministros durante a sessão virtual.

É certo que os julgamentos virtuais retiram a vivacidade, a emoção e o contato humano que possuem os julgamentos nos plenários físicos dos Tribunais. A presença do defensor ou do advogado na Tribuna para a sustentação oral não tem como ser substituída, sem perdas substanciais, pela sustentação oral gravada em vídeo. Não raro, após sustentações orais proferidas da Tribuna no calor do julgamento, desembargadores e ministros pedem vista dos autos para melhor analisar o processo ou mesmo mudam de opinião e voto.

A perda que se tem sem a sustentação oral ao vivo, apesar de não ser compensada com a possibilidade do seu envio gravada em vídeo, pode ser mitigada com a ampliação da possibilidade de acesso aos julgadores no decorrer da sessão virtual. Ao contrário dos julgamentos físicos onde todos os votos são proferidos na mesma oportunidade, a não ser que haja pedido de vista, no julgamento virtual a sessão dura em média uma semana, durante a qual os votos, mesmo que já proferidos, podem ser modificados, até o fim do prazo. Assim, há mais tempo hábil para que as partes busquem os julgadores para despacho e convencimento, expediente que tem mostrado resultados quando viabilizados.

Os julgamentos por videoconferência, ao que tudo indica, serão descontinuados após o fim da pandemia de Covid19 com a reabertura dos Plenários físicos dos Tribunais para o público externo, e se tornarão exceção.

O mesmo não pode ser dito, porém, com relação aos julgamentos virtuais. Com cada vez mais processos, de todas as classes e tipos, sendo encaminhados para o ambiente eletrônico e, ainda, diante do elevado número de feitos que podem ser julgados ao mesmo tempo dessa forma, desafogando a pauta física, o julgamento virtual é uma realidade que veio para ficar e, além disso, tende cada vez mais a ser ampliado e utilizado.

Já há certo tempo, o Supremo Tribunal Federal faz esse movimento para que suas sessões presenciais sejam dedicadas a processos e julgamentos de maior repercussão e relevância para a sociedade, encaminhando os demais feitos ao ambiente virtual. Lembrando sempre que a pauta do Plenário físico depende exclusivamente do Presidente do Tribunal, mas, o envio do processo ao julgamento virtual pode ser feito pelo próprio relator.

Assim, não seria surpresa que, sem percebemos e aos poucos, a regra passe a ser o julgamento virtual e a exceção os julgamentos presenciais no Plenário físico. Da mesma forma que, cada vez mais, um número maior de decisões seja proferido por robôs e inteligência artificial.

Os avanços tecnológicos são inevitáveis e não permitem retrocessos, mesmo no âmbito do judiciário. O direito, todavia, assim como o processo decisório e os julgamentos são eminentemente de natureza humana e dependem disso para serem bem realizados. Nesse aspecto, todas inovações eletrônicas e virtuais devem sempre serem implementadas com parcimônia e vistas com cuidado. Não apenas para sempre permitirem o exercício de direitos e garantias, mas, para também não restringirem e sim ampliarem o acesso à justiça e, sobretudo, para manterem a insubstituível humanidade da justiça.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Ana Carolina Andrada Arrais Caputo. A(s) inconstitucionalidade(s) dos julgamentos virtuais no STF - Antes, durante e depois da pandemia. **Portal JOTA**, 12 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-inconstitucionalidades-dos-julgamentos-virtuais-no-stf-12072020>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A era digital**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. **Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Digitalização de processos avança no STF e atinge marco histórico**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461673&ori=1> Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 693 de 17 de Julho de 2020. Regulamenta o processo judicial eletrônico no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dá outras providências. **DJe do STF**, n. 182, 22 jul. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-693.PDF>. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3310>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Emenda Regimental nº 36 de 24 de março de 2020**. Altera dispositivos no Regimento Interno quanto ao julgamento virtual no STJ. Brasília, DF: STJ, 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/E3ED27C04D8FE1_emenda36.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Apesar da demanda crescente, STJ reduz em 7,8% o número de processos em tramitação. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Apesar-da->

[demanda-crescente--STJ-reduz-em-7-8--o-numero-de-processos-em-tramitacao.aspx](#). Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Resolução nº 642 de 14 de junho de 2019. Dispõe sobre o julgamento de processos em lista nas sessões presenciais e virtuais do Supremo Tribunal Federal. **DJe do STF**, Brasília, DF, n. 131, 17 jul. 2019.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/resolucao642.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ começa a julgar recursos de forma totalmente virtual. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 19 ago. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-08-19_06-54_STJ-comeca-a-julgar-recursos-de-forma-totalmente-virtual.aspx. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Nova ferramenta de triagem de matérias repetitivas agiliza o fluxo processual. **STF [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 06 maio 2020. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nova-ferramenta-de-triagem-de-materias-repetitivas-agiliza-o-fluxo-processual.aspx>. Acesso em 17 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 5 de 18 de março de 2020. DJe do STJ, Brasília, DF, 19 mar. 2020. Disponível em:

<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/140829>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ. **STJ [Portal Eletrônico]**, Brasília, DF, 23 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. O que mudou no procedimento do julgamento virtual no STF. **Migalhas**, 05 out. 2020. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/334315/o-que-mudou-no-procedimento-do-julgamento-virtual-no-stf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

CONJUR. Proposta da AGU prevê utilização de QR Codes e vídeos em petições. **Conjur – Consultor Jurídico**, 25 abr. 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/proposta-agu-preve-utilizacao-qr-codes-videos-peticoes>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Juízes criticam textos de advogados e indicam espaço para ampliar recursos visuais em processos. **Folha de São Paulo [Portal**

Eletrônico], São Paulo, 22 abr. 2021. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/juizes-criticam-textos-de-advogados-e-indicam-espaco-para-ampliar-recursos-visuais-em-processos.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Das 11 ilhas ao centro do arquipélago: os superpoderes do Presidente do STF durante o recesso judicial e férias. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, ago. 2008.

CRESPO, Rose. Judiciário ganha produtividade e agilidade com Inteligência Artificial. **Law Innovation [Portal Eletrônico]**, 30 out. 2019. Disponível em: <https://lawinnovation.com.br/judiciario-ganha-produtividade-e-agilidade-com-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

LEAL, Saul Tourinho e COSTA, Leonardo Pereira Santos. O "voto por omissão" nos julgamentos virtuais do STF. **Migalhas**, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/327477/o--voto-por-omissao--nos-julgamentos-virtuais-do-stf>. Acesso em: 24 mar. 2021.

LIMA, Eliza Perez dos Santos. Cultura de Litigância: você sabe o que é? **Politize!**, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cultura-de-litigancia/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

MIGALHAS. Plenário virtual do STJ perde em transparência para o Supremo. **Migalhas**, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325225/plenario-virtual-do-stj-perde-em-transparencia-para-o-supremo>. Acesso em: 27 mar. 2021

MOURA, Gisele Luiza Soares. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. **Biblioteca Digital do TJMG**, 2020. Repositório institucional. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/11285/1/4%20-%20Cap.%201%20-%20O%20acesso%20%C3%A0%20justi%C3%A7a%20e%20a%20celeridade%20processual.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

OLIVEIRA, André Macedo de; MENICUCCI, Giovani. A chegada e a tramitação do REsp e do AREsp no STJ. Portal Migalhas. **Migalhas [Portal Eletrônico]**, 29 jun. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/222521/a-chegada-e-a-tramitacao-do-resp-e-do-aresp-no-stj>. Acesso em: 10 abr. 2021.



ARTIGOS

EXISTE “MENOR CORROMPIDO”? ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES MEDIANTE O ESTUDO DE CASO DO RHC 108.970/2011-DF

IS THERE "MINOR CORRUPTED"? ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF MINORS CORRUPTION CRIME ACCORDING TO CASE STUDY OF THE RHC No. 108.970 / 2011-DF

¿HAY UN "MENOR CORRUPTO"? ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES SEGÚN EL ESTUDIO DE CASO DEL RHC No. 108.970 / 2011-DF

Damaris Cardoso de Souza¹
Tailine Hijaz²

Resumo: Este trabalho pretende analisar a natureza jurídica do delito de corrupção de menores, atualmente previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, mediante o estudo de caso do RHC nº 108.970/DF, julgado pela 2ª Turma do STF no ano de 2011. O método de abordagem utilizado é o dedutivo. A pesquisa é qualitativa, técnico-bibliográfica e prescritiva, com o emprego de livros, artigos científicos, dissertações, teses pertinentes, jurisprudência e legislação.

Palavras-chave: Corrupção de menores. Criança e adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: This paper intends to analyze the legal nature of the crime of corruption of minors, currently provided for in art. 244-B, of the Statute of the Child and Adolescent - Law No. 8,069 / 1990, through the case study of the RHC No. 108,970 / DF, judged by the 2nd Panel of the STF in 2011. The approach method used is the deductible. The research is qualitative, technical-bibliographic and prescriptive, with the use of books, scientific articles, dissertations, pertinent theses, jurisprudence and legislation.

Keywords: Corruption of minors. Child and teenager. Child and Adolescent Statute.

Resumen: Este trabajo pretende analizar la naturaleza jurídica del delito de corrupción de menores, actualmente previsto en el art. 244-B, del Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley N ° 8.069 / 1990, mediante el estudio de caso del RHC N ° 108.970 / DF, juzgado por el Segundo Panel del STF en 2011. El método de abordaje utilizado es el deducible. La investigación es cualitativa, técnico-bibliográfica y

¹ Oficiala de Justiça do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Sul. Graduada em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: damariscardoso_@hotmail.com.

² Procuradora do Estado do Paraná. Mestranda em Direito e graduanda em Filosofia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: tailine@pge.pr.gov.br

prescriptiva, con el uso de libros, artículos científicos, disertaciones, tesis pertinentes, jurisprudencia y legislación.

Palabras clave: Corrupción de menores. Niño y adolescente. Estatuto del Niño y del Adolescente.

Data de submissão: 04/02/2021

Data de aceite: 01/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Existe “menor corrompido”? A pergunta pode soar estranha, a princípio, mas é o que vem em mente quando se discute a natureza jurídica do delito de corrupção de menores, atualmente previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990 (ECA).

Sem antecipar a análise que se pretende levar a efeito nesse estudo, verifica-se que o art. 244-B do ECA dispõe que quem "corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la" estará sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1990).

Diante disso - na verdade, muito antes, já que a Lei nº 12.015/2009, que revogou a Lei nº 2.252/1954, e trouxe o delito para o ECA, manteve a redação do crime - a literatura jurídica e a jurisprudência passaram a questionar se a integridade moral da vítima constituiria pressuposto para a configuração do delito.

É dizer, se a criança ou o adolescente, de acordo com o dispositivo, já era "corrompido", se já possuía antecedentes infracionais, em tese, haveria a consumação do crime? Seria um crime impossível? - chegou-se a questionar inclusive isso, como será visto.

A partir desse problema, estabeleceu-se o objetivo desse estudo: analisar a natureza jurídica do delito de corrupção de menores, atualmente previsto no art. 244-B do ECA, mediante o estudo de caso do Recurso Ordinário

em Habeas Corpus nº 108.970/DF, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no ano de 2011 (BRASIL, 2014b).

No momento próprio, explicita-se as razões pelas quais se escolheu esse julgado, mas, desde já, assinala-se que isso foi feito, primeiro, para delimitar o estudo, bem como porque considera-se que o Supremo Tribunal Federal, nessa oportunidade, julgou de forma adequada e coerente, abordando os aspectos fundamentais da questão.

Portanto, para a execução da tarefa a que se propõe, dividiu-se a pesquisa em três partes. Primeiro, busca-se realizar um breve apanhado histórico-jurídico do direito da criança e do adolescente no Brasil. Nesse capítulo, analisa-se os instrumentos jurídicos que efetivaram as duas teorias que explicam a situação da criança/adolescente em face do Direito: a doutrina jurídica da “situação irregular”, que cunhava a criança e o adolescente de “menor” (Códigos de Menores de 1927 e 1979), e a teoria da proteção integral da criança e do adolescente, prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 e no ECA, de 1990.

No momento subsequente, pretende-se estudar a natureza jurídica do delito de corrupção de menores, atualmente previsto no art. 244-A do ECA. Nessa oportunidade, expõe-se a problemática que envolve a literatura especializada, bem como a jurisprudência brasileira, no que diz respeito à natureza jurídica do delito (formal ou material), para, posteriormente, proceder-se ao estudo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 108.970/DF, julgado pelo STF.

Registre-se, por último, que o método de abordagem utilizado na pesquisa é o dedutivo. Por outro lado, a pesquisa é qualitativa, técnico-bibliográfica e prescritiva, com o emprego de livros, artigos científicos, dissertações, teses pertinentes, jurisprudência e legislação.

2 DE “MENOR” À “CRIANÇA E ADOLESCENTE”: BREVE APANHADO HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Este tópico se encontra subdividido em duas partes, por uma razão metodológica que se coaduna com a história do direito da criança e do adolescente no Brasil. É que, da análise da construção jurídica pertinente à disciplina, pode-se concluir que há dois momentos fundamentais definidores da situação da criança e do adolescente em face do Direito: um primeiro, marcado pela promulgação dos “Códigos de Menores”, quando se cunhava a criança e o adolescente como “menor” (doutrina jurídica da situação irregular); e um segundo momento, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, quando a criança e o adolescente, que antes eram deixados à margem dos interesses do Estado e da sociedade, tornam-se os protagonistas da história (teoria da proteção integral).

2.1 Doutrina jurídica da situação irregular: o “menor”

Nesse subtópico comentam-se, basicamente, três questões: o Código de Menores de 1927, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, levada a efeito em 1964, e o Código de Menores de 1979, considerados os principais instrumentos que efetivaram a doutrina jurídica da situação irregular.

Constata-se que foi apenas no final do século XIX que o Brasil começou a produzir leis de proteção à infância. O primeiro documento legal, nesse sentido, foi o Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891, que objetivou regular o trabalho das crianças e adolescentes nas fábricas do Rio de Janeiro. De acordo com Souza (2008, p. 19), “esse Decreto, que realmente nunca foi regulamentado, demarca um período importante de atenção às condições de vida de meninos e meninas brasileiras”.

Durante as duas primeiras décadas do século XX, os movimentos sociais passaram a denunciar a exploração do trabalho de crianças e mulheres nas

fábricas. Com toda essa agitação em alguns setores da sociedade, foi elaborado, posteriormente, o Código de Menores - Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927 (BRASIL, 1927) -, que concretizou, num só texto, toda a experiência representada pelas leis existentes na época sobre “menores”.

Esse diploma legal imprimia uma concepção pejorativa da criança e do adolescente que vivia nas ruas (SOUZA; SOUZA, 2010). Nas palavras de Lima e Veronese (2012, p. 32): “O Código de Menores de 1927 classificava as crianças e adolescentes com o rótulo da menoridade, sendo essa normativa legal apenas dirigida aos que eram considerados em situação de abandono e delinquentes”.

À época, a legislação se pautava na teoria da situação irregular, segundo a qual os “menores” seriam sujeitos de direito apenas quando se encontrassem em “estado de patologia social, definida legalmente” (BRASIL, 1982, p. 85.).

Entretanto, conforme explica Custódio (2008, p. 24):

[...] a concepção de situação irregular já esgotava nesta época suas potencialidades históricas pela própria incapacidade de resolver os problemas que selecionava como relevantes. Além disso, conviviam com margem de outros problemas não esperados, nem previstos e, em regra, desprezados como significativos o suficiente para serem estudados e concretizados.

Naquela oportunidade, uma vez que fosse constatada “situação irregular”, o “menor” passava a objeto de tutela do Estado. Segundo Leite (2005, p. 14), “basicamente, toda e qualquer criança ou adolescente pobre era considerado ‘menor em situação irregular’, legitimando-se a intervenção do Estado, através da ação direta do Juiz de Menores e da inclusão de ‘menor’ no sistema de assistência [...]”¹.

Nos anos 60, especificamente a partir de 1964, em virtude do Golpe Militar, o país enfrentou severas modificações nos campos político, social, cultural e econômico. No que diz respeito ao tema dessa pesquisa, no período

¹ Para uma análise aprofundada sobre as características da doutrina jurídica da situação irregular, em face do Código de Menores de 1927, conferir Veronese (1999) e Custódio (2006).

também esteve em destaque uma política assistencialista – a Política Nacional do Bem-Estar do Menor -, que significou um grande retrocesso para as crianças e adolescentes brasileiros, em todos os aspectos. De acordo com Lima e Veronese (2012, p. 36), “Para o novo governo o problema do menor não seria mais uma questão social, mas um problema de segurança nacional”.

Na década seguinte, o Código de Menores de 1979 - aprovado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (BRASIL, 1979) - adotou expressamente a doutrina jurídica da situação irregular e criou uma nova categoria para os menores em, basicamente, seis situações distintas: aqueles que se encontravam em situação de abandono, vítimas de maus-tratos, em perigo moral, desassistido juridicamente, com desvio de conduta e autor de infração penal.

A partir do final dos anos 80 e com a convocação do Congresso Constituinte² muitas experiências importantes foram estabelecidas na história do direito da criança e do adolescente, sobretudo por conta da participação dos movimentos sociais e da sociedade em geral.

Como será visto no próximo subtópico, o reconhecimento jurídico da garantia dos direitos fundamentais e da proteção integral e prioridade à criança e ao adolescente teve como marcos jurídicos, essencialmente, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988 (SOUZA; SOUZA, 2010), e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990.

2.2 Teoria da proteção integral: “criança e adolescente”

A teoria da proteção integral está disposta no artigo 227 da CRFB/88 e contempla uma nova forma de proteção compartilhada entre a família, o Estado e a sociedade, nos seguintes termos:

² Em consonância com Vieira (2010), esta pesquisa adota a nomenclatura “Congresso Constituinte”, pois não houve a convocação exclusiva de uma Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração da CRFB/88, mas somente a concessão de poderes constituintes ao Congresso Nacional.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Sobre essa nova concepção teórica, Lima e Veronese (2012, p. 9) consubstanciam:

A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas.

Para regulamentar o dispositivo constitucional, bem como contemplar, numa lei específica, a doutrina da proteção integral, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990) – que constitui um moderno instrumento jurídico-político de proteção e de promoção aos direitos da infância e da adolescência no Brasil (LIMA; VERONESE, 2012, p. 54).

Em face dessa sucinta descrição histórica do desenvolvimento jurídico do tema no País, é possível questionar, com Bazílio (2003, p. 20): "Mas, afinal, quais as principais diferenças entre essa nova lei [o ECA] e os demais códigos de menores já promulgados no curso do século XX?".

O próprio autor elabora uma resposta satisfatória. Segundo ele, com quem se concorda, um importante aspecto que caracterizou essa “Nova Era” para as crianças e os adolescentes brasileiros diz respeito à ampla participação de todos os setores da sociedade civil na mobilização e redação da nova lei.

Nas palavras de Bazílio (2003, p. 20-21):

Ao contrário dos códigos de menores elaborados por experts, o novo texto legal incorpora a ação de um movimento social. Na segunda metade dos anos 1980, impulsionados pela necessidade de mudanças, fim da censura e consequentes denúncias da ineficácia da

ação de órgãos como Funabem ou Febem, redemocratização do país e do processo constituinte de 1988, a sociedade brasileira vislumbrou um sonho. Era uma utopia ou um desejo que colocava a infância como portadora de direitos, quando se criticava o descaso, a omissão. Condenava-se a violência, os internatos, e colocava-nos em marcha na construção da cidadania.

Outro aspecto que se reputa fundamental, e distingue de forma marcante o Estatuto da Criança e do Adolescente dos Códigos de Menores, cinge-se no abandono do paradigma da "infância em situação irregular" e consequente adoção do princípio de "proteção integral à infância".

Tratando de outras questões relacionadas, e que também contribuem para a concepção do ECA enquanto instrumento único, inovador e indispensável para a promoção dos direitos das crianças e dos adolescentes, pontua Custódio:

A construção do Direito da Criança e do Adolescente proporcionou significativo processo de reordenamento institucional, com a desjudicialização das práticas de caráter administrativo; com mudanças de conteúdo, método e gestão, bem como, a integração dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da democratização na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente que, a partir daí, têm reconhecido seu *status* de sujeito de direitos, garantindo o irrestrito, amplo e privilegiado acesso à Justiça (CUSTÓDIO, 2008, p. 31).

Em suma, considera-se que esses são os elementos fundamentais que desenharam a história jurídica da criança e do adolescente no Brasil. Ressalte-se que, embora essa história possa ser contada de inúmeras outras perspectivas, como a partir do olhar histórico, sociológico, psicológico, os limites pontuados no início deste artigo não comportam uma análise mais detalhada.

Entende-se, contudo, que o resgate histórico-jurídico realizado nessa primeira parte é suficiente para se compreender os porquês da redação do tipo do delito de corrupção de menores previsto na Lei nº 2.252/1954 (BRASIL, 1954), bem como as razões pelas quais esse diploma restou revogado em 2009, pela Lei nº 12.015 (BRASIL, 2014g).

3 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

Com o advento da Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2014g), o crime de corrupção de menores, anteriormente previsto no artigo 1º da Lei nº 2.252/54 (BRASIL, 1954), passou a integrar o texto normativo do Estatuto da Criança do Adolescente (Lei nº 8.069/90), com tipificação no artigo 244-B, tendo a seguinte redação:

Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. (BRASIL, 1990)

Apesar de a estrutura principal do tipo ser mantida, o legislador excluiu a pena de multa e acrescentou os parágrafos primeiro e segundo, matérias que não encontram correspondência na legislação anterior.

O crime em análise, que só admite a forma dolosa, promoveu uma divergência acerca do momento consumativo do delito, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, discussão esta que, apesar de ensejar a edição de súmula pelo Superior Tribunal de Justiça³, ainda se sustenta.

Para uma melhor análise da situação, cumpre, inicialmente, distinguir-se as figuras de crime material e crime formal – duas formas de classificação dos delitos com base na consumação -, cujas definições estão diretamente relacionadas ao resultado do delito.

O crime material se verifica quando há uma modificação no mundo exterior (físico), ou seja, quando ocorre um resultado naturalístico. Assim sendo, só haverá um resultado se ocorrer a referida modificação. Um exemplo

³ Súmula nº 500 (BRASIL, 2014-i), analisada na sequência.

corriqueiro é o do crime de homicídio, já que a morte de uma pessoa é algo comprovável de maneira naturalística (GRECO, 2007, p. 249).

O crime formal, por sua vez, é aquele que admite um resultado, mas a sua consumação independe da obtenção do deste. Significa dizer que o crime se configura quando há, simplesmente, a realização da conduta, independente de se alcançar um resultado naturalístico. Neste caso, a ocorrência do desfecho se afigura como mero exaurimento do delito (GRECO, 2007, p. 249).

Conforme já mencionado, essas duas classificações são objeto da divergência entre juristas, no que tange ao momento consumativo do crime de corrupção de menores.

Com efeito, para alguns autores da literatura jurídica, bem como pequena parte dos magistrados, o delito trata-se de crime material, exigindo-se, portanto, um resultado naturalístico para a sua consumação. Segundo esta corrente, a integridade moral da vítima é pressuposto para a configuração do delito, de modo que a criança ou adolescente “já corrompido” não pode ser objeto de tutela desta norma penal (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 570).

Nesse sentido, afirma-se, inclusive, tratar-se de crime impossível a prática da conduta prevista no tipo, quando envolver pessoa menor de 18 anos “já corrompida”, conforme expõe Nucci (2009, p. 231):

É importante ressaltar que não comete o crime previsto neste artigo o maior de 18 anos que pratica crime ou contravenção na companhia do menor já corrompido, isto é, acostumado à prática de atos infracionais. O objetivo do tipo penal é *evitar* que ocorra a deturpação na formação da personalidade do menor de 18 anos. Se este já está corrompido, considera-se crime impossível qualquer atuação do maior, nos termos no art. 17 do Código Penal.

De outro lado, a maior parte dos julgados, mormente dos Tribunais Superiores, considera o crime de corrupção de menores um delito formal, sendo desnecessária a prova de efetiva corrupção da criança ou adolescente, bastando a sua participação em atividade criminosa.

Tal entendimento reputa que o fato de a criança ou o adolescente apresentar histórico de prática de atos infracionais é irrelevante para a

caracterização da figura delitiva capitulada no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que merece punição a nova oportunidade de inclusão do menor de 18 anos em prática delitiva. Foi dessa forma que a 5ª Tuma do STJ decidiu no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1067115/PR, por exemplo (BRASIL, 2013a)⁴.

Sob este prisma, a inclusão do crime no Estatuto da Criança e do Adolescente reclamaria a aplicação de tal entendimento, tendo em vista ser o que se coaduna com a diretriz básica do referido diploma legal, qual seja, a proteção integral, que determina a todos a responsabilidade pela concretização dos direitos das crianças e adolescentes, incluindo-se neste rol a proteção contra fatos danosos aos seus interesses (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2011, p. 405).

Atualmente, este entendimento encontra-se consolidado na Súmula nº 500 do STJ, aprovada pela Terceira Sessão do Tribunal, em outubro de 2013, cuja redação dispõe o seguinte: “A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal.” (BRASIL, 2013b).

Contudo, em que pese a edição da referida Súmula, a discussão, não foi, de todo, superada, pois alguns juristas mantêm a tese de que o crime de corrupção de menores se trata de delito material. Destoando do posicionamento dominante, por exemplo, a Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento recente da Apelação Crime nº 70057354185 (RIO GRANDE DO SUL, 2013), entendeu ser necessária a prova da efetiva corrupção das crianças envolvidas em prática delituosa, para ser possível a condenação pelo crime previsto no artigo 244-B do ECA.

No caso mencionado, os pais de duas crianças, com idade de 6 (seis) e 8 (oito) anos, praticaram o crime de furto juntamente com os filhos, sendo condenados, em primeiro grau, pelo crime de furto e absolvidos pelo delito de

⁴ Foi o caso do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1067115/PR, de Relatoria da Ministra Marilza Maynard, julgado em 05/12/2013 e publicado em 16/12/2013, oportunidade em que foi dado provimento ao Recurso Especial, para o fim de condenar o agravante às penas do crime de corrupção de menores (BRASIL, 2013a).

corrupção de menores. Em sede recursal, a absolvição foi mantida, pois, segundo o Relator, a corrupção das crianças não restou devidamente comprovada (BRASIL, 2014-j).

Consoante se colaciona do referido acórdão, o E. Tribunal Gaúcho entendeu que "[...] a simples participação, maior ou menor, em um fato criminoso, não significa que o adolescente – ou mesmo o maior – ficará corrompido para todo o sempre". E mais: "[...] a pouca idade das crianças, a gerar inclusive o pressuposto de que *ingênuas* naquela ocasião, não significa que ficaram corrompidos". Tratando dos requisitos que reputa necessários para a configuração do crime, consubstanciou que "[...] é preciso que a acusação demonstre, ainda, que a participação em um evento criminoso tenha, de tal modo, perturbado o desenvolvimento das crianças, que voltaram a praticar outros crimes, ou, melhor dizendo, atos infracionais" (BRASIL, 2014-j).

Desta feita, restam apresentados os dois entendimentos existentes na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da natureza jurídica do delito de corrupção de menores. Na sequência, aborda-se o ponto central da pesquisa.

4 ANÁLISE DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RHC nº 108.970/DF

Como adiantado, far-se-á, a seguir, uma exposição mais profunda acerca das reais implicações do reconhecimento da natureza formal do crime de corrupção de menores, a partir da análise dos argumentos que embasaram o voto do Ministro Ayres Britto, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 108.970/DF (BRASIL, 2011).

4.1 O RHC nº 108.970/DF: dados fundamentais e justificativa de escolha

Como visto, a discussão acerca da natureza jurídica do crime de corrupção de menores, seja à luz da Lei nº 2.252/1954 (BRASIL 1954) ou da Lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2014-g), não é novidade na literatura jurídica brasileira,

tampouco na jurisprudência. Inclusive, foi mencionado que há entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça dando conta que de se trata de crime formal, é dizer, que a sua configuração independe da prova efetiva da corrupção da criança ou do adolescente (Súmula nº 500). A jurisprudência majoritária de todas as instâncias, assim como a literatura especializada, também compartilha dessa aceção, como já estudado.

Sucedo que o caso escolhido para a análise – o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 108.970/DF, julgado em nove de agosto de 2011, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo relator foi o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011) - não se limita a consubstanciar que o delito de corrupção de menores se trata de crime formal, ou de fazer tal afirmativa e se apoiar, na sequência, no "entendimento consolidado do Tribunal" ou da "jurisprudência", como acontece em parte considerável dos julgados brasileiros.

Pelo contrário, como será possível perceber, considera-se que o Relator, Ministro Ayres Britto, construiu em seu voto uma argumentação consistente e correta sobre o tema. Tratou dos aspectos fundamentais da matéria e trouxe para a discussão a contraposição realizada no início desse estudo, ou seja, a relação entre a doutrina jurídica da situação irregular (o "menor") e a teoria da proteção integral (a "criança e adolescente"), bem como os efeitos desse paralelo na interpretação que se confere à natureza jurídica do delito de corrupção de menores.

Feitas tais considerações, e para a melhor elucidação dos termos analisados, colaciona-se a ementa do RHC nº 108.970/DF (BRASIL, 2011), para, na sequência, proceder-se à análise do julgamento:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. NATUREZA FORMAL DO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. REDAÇÃO DO ART. 244-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FINALIDADE IMEDIATA DA NORMA PENAL. 1. Prevalece nesta Casa de Justiça o entendimento de que o crime em causa é de natureza formal, bastando a prova, portanto, da participação do menor em delito capitaneado por adulto. 2. A tese de que o delito do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente exige prova da efetiva corrupção

do menor implica, por via transversa, a aceitação do discurso de que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) a proteção da norma penal. Conclusão inadmissível, se se tem em mente que a principal diretriz hermenêutica do cientista e operador do direito é conferir o máximo de eficácia à Constituição, mormente naqueles dispositivos que mais nitidamente revelem a identidade ou os traços fisionômicos dela própria, como é o tema dos direitos e garantias individuais. 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido.

4.2 Análise da posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso

Uma consideração preliminar. Verifica-se que, tanto o Juízo de Primeiro Grau, quanto o Tribunal de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ainda utiliza a expressão "menor" quando vai tratar da criança e do adolescente nesse caso, o que se considera equivocado.

Entende-se que tal locução deve ser substituída por "criança ou adolescente", porque "menor" reforça o conceito de incapacidade na infância, e precisa ser evitada. Segundo Volpi (2000) e Soares (2010), o conceito de infância ligado à expressão "menoridade" contém em si a ideia de não ter. Ser "menor" significa não ter dezoito anos, não ter capacidades, não ter atingido um estágio de plenitude, e não ter, em última análise, direitos. Assim, percebe-se que não se trata de questão meramente conceitual, mas essencialmente de mudança de paradigma: a criança e o adolescente deixam de ser simples objeto e passam a sujeito, protagonistas da história.

Dito isso, para iniciar a análise do julgamento do STF, é conveniente transcrever, primeiro, o argumento da defesa do réu, paciente do Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Em suma, a defesa sustentou o seguinte acerca da natureza jurídica do crime de corrupção de menores:

[...] embora o delito possa ser considerado como formal, consumando-se quando da indução de uma infração penal, o certo é que o bem jurídico protegido, qual seja, a formação moral do menor, quando da prática do fato, ainda deve existir, pois o que se pretende tutelar já não pode mais ser guarnecido. (BRASIL, 2011).

Sobre a tese da defesa, manifestou-se o Relator:

[...] não posso deixar de mencionar que a tese defensiva me fez refletir sobre a jurisprudência aqui já consolidada. Isso porque, de fato, uma leitura prefacial dos autos pode desembocar na seguinte conclusão: só se pode corromper o jovem que já não está corrompido. Lógico! Aliás, seria lógico não fosse o fato de estarmos a falar d'ua norma que não tem outro fim imediato senão a proteção da criança e do adolescente. Proteção que concretiza o conjunto de direitos e garantias constitucionais que se lê na cabeça do art. 227 da Constituição Federal. (grifou-se) (BRASIL, 2011).

De fato, o entendimento segundo o qual o delito de corrupção de menores detém a natureza jurídica de crime formal prestigia a teoria da proteção integral da criança e do adolescente. Sustentar o contrário, ou seja, que se o menino/menina já era “corrompido” não haveria a incidência da conduta delituosa, como quer a defesa, é corroborar exatamente aquela concepção de menor impressa nos antigos – e superados – Códigos de Menores. Nesses diplomas legais, como foi estudado na primeira parte do trabalho, havia uma clara diferença entre o menor e a criança.

O tratamento era diverso, tanto em termos jurídicos, quanto sociais. Menor era aquele indivíduo com menos de 18 anos que, de uma forma ou de outra, estava em “situação irregular” (algumas daquelas subjetivamente estabelecidas pela Lei). Seria o menor corrompido (?).

Desta feita, levar em consideração a “formação moral do menor”, nas palavras da defesa, para fins de tipificação do delito de corrupção de menores é, em suma, selecionar crianças e adolescentes para ser objeto de proteção, raciocínio que não pode mais ser admitido em face do cenário jurídico-constitucional vigente. De acordo com o voto do Relator: “acolher a tese de que o delito em causa exige prova da efetiva corrupção do menor implica, por via transversa, a aceitação do discurso de que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) a proteção da norma penal” (BRASIL, 2011, p. 5-6).

E a Constituição Federal, em seu artigo 227, não diferencia crianças ou adolescentes. Dispõe apenas que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade [...]”

todos aqueles direitos previstos no *caput* (BRASIL, 1988 (salvo engano, aqui não é possível citar a página porque se trata da Constituição Federal – o artigo foi citado (227) logo acima). Desta feita, o agente que pratica a conduta descrita no crime de corrupção de menores, além de atacar o bem penalmente tutelado, atinge de forma flagrante a própria Constituição, já que é dever da sociedade, também, assegurar o bem estar da criança/adolescente, com prioridade absoluta.

Entende-se que, ainda que a criança e o adolescente já tenham um histórico de prática de condutas delitivas, o fato de o agente praticar um crime com ela, ou induzi-la a executar a conduta delituosa, só exaspera a situação, agravando o suposto e eventual “corrompimento” da criança ou adolescente. Nesse sentido, extrai-se do voto do Relator do caso estudado: “[...] antes de se criminalizar o adulto que, na companhia de menor de dezoito anos, comete crime, acabar-se-ia precarizando (com a desproteção) aquele que a Constituição quis mais fortemente proteger” (BRASIL, 2011, p. 6).

Encerrando a análise do julgamento, e com base em todos os fatos e fundamentos aqui expendidos, considera-se que interpretação contrária àquela consubstanciada no voto do Relator implicaria num *retorno* à doutrina do menor em situação irregular, completamente superada em face do ordenamento jurídico em vigor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente trabalho, considera-se que os objetivos inicialmente propostos foram atingidos. Com efeito, o escopo principal consistia em analisar a natureza jurídica do delito de corrupção de menores, que se encontra tipificado no artigo 244-B do Estatuto da Criança do Adolescente, por meio do estudo de caso do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 108.970/DF, julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, fazia-se necessária uma breve exposição histórico-jurídica sobre o direito da criança e do adolescente no Brasil, bem como um esclarecimento acerca da divergência existente e quase totalmente superada quanto à natureza jurídica do delito de corrupção de menores, para, finalmente, se analisar os argumentos contidos no voto do Ministro Ayres Britto no julgamento estudado neste trabalho.

Quanto ao direito da criança e do adolescente, foram estudadas, no primeiro capítulo, as suas principais características, ao longo do tempo, relacionadas ao contexto sociocultural e político em que se desenvolveu. Dessa forma, foi visto, em princípio, que a tardia produção legislativa referente à proteção à infância colocou crianças e adolescentes sob o rótulo da menoridade, até que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito da criança e do adolescente sofre uma quebra de paradigma e a criança e o adolescente passam a sujeitos de direito, de fato.

No segundo capítulo, procedeu-se à apresentação dos aspectos gerais do delito de corrupção de menores, com ênfase na natureza jurídica do crime, a qual foi e ainda é (com menor intensidade) objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Em suma, verificou-se que, apesar de o entendimento majoritário (e consolidado pelo STJ, na Súmula nº 500), no sentido de tratar-se de crime formal, o qual dispensa prova acerca da integridade moral da criança ou adolescente com o qual se pratica crime ou que é induzido a praticá-lo, alguns juristas ainda sustentam posição contrária.

Já no terceiro capítulo, houve a apresentação do caso prático utilizado no estudo, o julgamento do Recurso Ordinário Em Habeas Corpus nº108.970/DF, e posterior análise dos argumentos utilizados pelo Ministro Ayres Britto. Na oportunidade, foi possível observar, em síntese, que se considerou a proteção à criança e ao adolescente que o texto constitucional preconiza, demonstrando que entendimento diverso do ali desenvolvido acabaria por criar uma seleção de quais crianças e adolescentes seriam merecedores da tutela

penal, trazendo à tona a teoria da situação irregular, quando se nega a mesma proteção aos menores de 18 anos “já corrompidos”.

Por fim, cumpre destacar que, em que pese o tratamento dispensado pela grande parte da doutrina e da jurisprudência, no que tange ao crime de corrupção de menores, traduzir os preceitos constitucionais – que no âmbito do direito da criança e do adolescente têm como diretriz a teoria da proteção integral –, a tipificação penal dessa conduta se mostra uma forma ainda ineficiente de se lidar com o problema.

Isso porque é fato que o corrompimento de crianças e adolescentes, com o ingresso na vida delituosa, é, em sua maior parte, gerado por fatores diversos dos abrangidos na norma penal. Fatores sociais, econômicos, culturais e históricos criam uma realidade, muitas vezes, propícia à incidência criminal, por parte de crianças e adolescentes.

Dessa forma, o direito penal não deve ser a primeira e única opção no tratamento do contato da criança e do adolescente com a vida criminosa, sendo necessária a adoção de uma série de medidas preventivas. Certamente, o desenvolvimento de ações que, efetivamente, contribuam para evitar a inserção de crianças e adolescentes em prática de atos infracionais, geraria uma necessidade muito menor da ação repressiva (característica do direito penal), o que traria maior concretização de direitos e atendimento real da teoria da proteção integral. É incontroverso que a proteção passa, antes da reparação do dano, pela prevenção dele.

Ressalte-se, por fim, que com isso não se afirma que a conduta deva descriminalizada. Pelo contrário, destaca-se apenas a necessidade de se lançarem olhares mais sérios à proteção merecida e elencada no texto constitucional à infância e adolescência, de modo a se prevenir a corrupção, a qualquer título, de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri. Avaliando a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: BAZÍLIO, Luiz Cavalieri; KRAMER, Sonia. **Infância, educação e direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19-28.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 108970/DF**. Relator(a): Min. Ayres Britto. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1641450/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 17.934-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Brasília, DF: Presidência da República, 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 28 fev. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Código de Menores**: Lei n. 697/79, comparações, anotações, histórico. Brasília, DF: Senado Federal, 1982.

BRASIL. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 28 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 fev. 2014.

BRASIL. **Lei 2.252, de 1º de julho de 1954**. Dispõe sobre a corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, 1954. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2252.htm. Acesso em: 06 mar. 2014.

BRASIL. **Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art7. Acesso em: 06 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1067115/PR**. Relatora: Ministra Marilza Maynard

(Desembargadora Convocada do TJ/SE), julgado em 05/12/2013. Brasília, DF: Supremo Tribunal de Justiça, 2013a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801331371&dt_publicacao=16/12/2013. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 500**. 3ª Sessão, out. 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2013b. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=\(\(@NUM+=%22500%22\)\)+E+@CDOC=%221280965%22&thesaurus=](https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=((@NUM+=%22500%22))+E+@CDOC=%221280965%22&thesaurus=). Acesso em: 13 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70057354185**. Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel, julgado em 26/02/2014. Porto Alegre, 2013. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70057354185&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 13 abr. 2021.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 28 fev. 2014.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil**: limites e perspectivas para sua erradicação. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88949/227981.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 mar. 2014.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - anotado e interpretado**. 2. ed. São Paulo: FDT, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2007. 1 v.

LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. **Juizado da Infância e da Juventude**, Porto Alegre, ano 3, n. 5, p. 9-24, mar. 2005. Disponível em: <http://jj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-05.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente. A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. (Coleção Pensando o Direito no Século XXI, Vol. V). Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais: comentadas.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado, Lei 8.069/1990 - artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

SOARES, Vacy Ribeiro. Desconstruindo o mito da impunidade no estatuto da criança e do adolescente (Eca). **Revista Vox - Fadileste**, Manhauçu, n. 2, jan/jul. 2010. Disponível em: <http://www.revistavox.fadileste.edu.br/download/artigo7.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

SOUZA, Ismael Francisco de. **A erradicação do trabalho infantil e as responsabilidades do Conselho Tutelar no Município de Florianópolis.** Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Curso de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91086/251942.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 mar. 2014.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA; Marli Palma. **O Conselho Tutelar e a erradicação do trabalho infantil.** Criciúma: Unesc, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente.** São Paulo: LTR, 1999.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Partidos políticos brasileiros: das origens ao princípio da autonomia político-partidária.** Criciúma: Unesc, 2010.

VOLPI, Mário. [abertura; sem título]. *In*: ENCONTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO SOCIAL NA RUA, 1., 2000, São Paulo. **Anais [...]** UNICEF, 2000. (Palestra).

AS IMPLICAÇÕES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA

*THE IMPLICATIONS OF PROTECTIVE
URGENCY OF THE MARIA DA PENHA LAW*

*LAS IMPLICACIONES DEL PROTECTOR
URGENCIA DE LA LEY MARIA DA PENHA*

Lauren Hanel Lang Tabolka¹

Lilian Hanel Lang²

Resumo: O artigo busca analisar a eficácia das medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha. Desta forma, considerou-se a violência como sinônimo de força, ameaça, dano e sofrimento, demonstrando-se em casos complexos e variadas causas, de ação intencional tanto em forma física como psicológica, acarretando, inclusive, no resultado morte. A violência doméstica tem registrado dados alarmantes, conforme aponta o Conselho Nacional de Justiça brasileiro. Por sua vez, a Lei Maria da Penha, em suas medidas protetivas de urgência, tem apresentado alterações e inovações para coibir essas práticas violentas perpetradas contra mulher. Essas medidas, em seu caráter preventivo e protetivo, buscam assegurar garantias de proteção à mulher em situação de ameaça no meio doméstico, perpassando pelo imediato afastamento do agressor do meio familiar até a prisão pelo descumprimento da decisão judicial. A Lei Maria da Penha prevê mecanismos protetivos em âmbitos civil, trabalhista, previdenciário, penal, processual e administrativo. Assim, suas medidas protetivas de urgência, unidas às alterações e inovações de caráter preventivo acarretaram num aumento de aplicabilidade nos últimos anos, o que demonstra sua eficácia. Contudo, isso revela que a violência doméstica também tem indicado crescimento nos estados brasileiros.

Palavras-chave: Eficácia. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Violência doméstica.

¹ Aluna do Programa de Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas – UFFS. Pós Graduada em Direito Previdenciário – UPF. Graduada em Direito – URI. Docente Faculdade Anglicana de Tapejara. Email: adv.advogados@bol.com.br Advogada OAB/RS 69.693.

² Mestre em História – UPF. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Seguridade Social - UPF; em Gestão Pública – UFSM; em Gestão Pública das Organizações de Saúde – UFSM. Graduada em Direito - URI. Docente da Faculdade IDEAU/Getúlio Vargas-RS. Email: lilianlang@ideau.com.br .Advogada OAB/RS 74282.

Abstract: The article seeks to analyze the effectiveness of emergency protective measures for women in situations of domestic violence, established in the Maria da Penha Law. Thus, violence was considered synonymous with strength, threat, damage and suffering, showing itself in complex cases and varied causes, of intentional action both physically and psychologically, even resulting in death. Domestic violence recorded alarming data, as pointed out by the Brazilian National Council of Justice. In turn, the Maria da Penha Law, in its urgent protective measures, has presented changes and innovations to curb these violent practices perpetrated against women. These measures, in their preventive and protective nature, seek to ensure guarantees of protection for women when they are in a situation of threat from violent acts in the domestic environment, from the immediate removal of the aggressor from the family environment to the arrest for failure to comply with the judicial decision. The Maria da Penha Law sets out provisions that support various legal natures, which contributes to observing protective mechanisms in civil, labor, social security, criminal, procedural and administrative areas. It is concluded, therefore, that the emergency protective measures, listed in the Maria da Penha Law, with its preventive and protective changes and innovations, have shown an increase in applicability in recent years, due to the number of lawsuits in progress in the courts, which demonstrates its effectiveness. However, this reveals that domestic violence has also shown growth in Brazilian states.

Keywords: Effectiveness. Maria da Penha Law. Protective measures. Domestic violence.

Resumen: El artículo busca analizar la efectividad de las medidas de protección de emergencia para mujeres en situaciones de violencia doméstica, establecidas en la Ley Maria da Penha. Así, la violencia fue considerada sinónimo de fuerza, amenaza, daño y sufrimiento, manifestándose en casos complejos y causas variadas, de acción intencionada tanto física como psicológicamente, llegando incluso a la muerte. La violencia doméstica ha registrado datos alarmantes, como señaló el Consejo Nacional de Justicia de Brasil. A su vez, la Ley Maria da Penha, en sus medidas de protección urgentes, ha introducido cambios e innovaciones para frenar estas prácticas violentas perpetradas contra las mujeres. Estas medidas, en su carácter preventivo y protector, buscan asegurar garantías de protección a las mujeres en situaciones de amenaza en el ámbito doméstico, incluyendo la remoción inmediata del agresor del ámbito familiar hasta la detención por incumplimiento de la decisión judicial. La Ley Maria da Penha prevé mecanismos de protección en los ámbitos civil, laboral, de seguridad social, penal, procesal y administrativo. Así, sus medidas de protección urgentes, combinadas con cambios e innovaciones preventivas, han dado como resultado un aumento de la aplicabilidad en los últimos años, lo que demuestra su efectividad. Sin embargo, esto revela que la violencia doméstica también ha mostrado un crecimiento en los estados brasileños.

Palabras clave: Efectividad. Ley Maria da Penha. Medidas de protección. La violencia doméstica.

Data de submissão: 10/03/2021

Data de aceite: 01/04/2021

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, n. 11.340, de 2006, em seu caráter protetivo de urgência, inaugura a efetiva prevenção de providências de proteção, com a finalidade de firmar obrigações nos atos do agressor, aliadas a pronto atendimento à mulher ofendida e agredida (BRASIL, 2006).

No seu teor, a Lei n. 11.340 apresenta uma série de mecanismos de cautela de urgência com o objetivo de travar a violência doméstica, por meio de condutas que possam inibir atos provocados por infratores, que possam atingir e abalar fisicamente e moralmente a mulher (BRASIL, 2006).

Entretanto, dados estatísticos têm pontuado que a violência contra a mulher mostra crescimento considerável nos últimos anos, a partir de indicadores que revelam que o número de processos sobre violência doméstica, no decorrer de 2018, era de milhão de ações, sendo que 5,1 mil processos de feminicídio transitando na justiça brasileira. Em ocorrências de violência doméstica, o crescimento foi em torno de 10%, com o recebimento de 563,7 mil novos processos. Os casos de feminicídio que deram entrada no judiciário aumentaram 5% se confrontados com o ano de 2018. Esses dados estão indicados no Painel de Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2020).

Dados também revelam que o número de medidas de proteção concedidas aumentou, demonstrando 70 mil a mais do que em 2018, perfazendo um crescimento de 20%. O estado com maior número de medidas concedidas foi São Paulo, com 118 mil, sendo seguido pelo Rio Grande do Sul, com 47 mil e depois o Paraná com 35 mil. Ainda foi observado o aumento no índice de

sentenças processuais, com 35% a mais nos casos de feminicídio e 14% nas situações de violência doméstica (CNJ, 2020).

A partir de tal constatação, este estudo traz como problema da pesquisa: as medidas protetivas de urgência, estabelecidas na Lei n. 11.340 de 2006, no que compete ao seu caráter preventivo e de atendimento, têm demonstrado sua eficácia na sua prática protetiva à mulher?

Este tema, inicialmente, justifica-se por seu caráter de contribuição no que diz respeito a informações e elucidações à área acadêmica; mostra-se relevante, também, em cenário social, ao apresentar números de efetivas estatísticas sobre a violência doméstica com agressões à mulher; e, por fim, em seara da justiça, quando busca mostrar a função e atribuição dos órgãos competentes para que sejam postas em prática as medidas de proteção, calcadas na Lei 11.340.

Como objetivo, esta pesquisa busca verificar se as ações que tangem às medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha, têm demonstrado sua eficácia.

O método de pesquisa escolhido foi o dedutivo, que parte da generalização e confirma-se na particularidade, embasado por material bibliográfico que inclui autores, leis e dados que dizem respeito ao tema em estudo.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: CARACTERIZAÇÕES

A prática da violência doméstica vem se mostrando no decorrer da vida em sociedade como um procedimento que se tipifica sob várias formas agressoras, em especial à mulher, muito embora avanços em lei, no que diz respeito a medidas de proteção, tenham sido firmados com a finalidade de impedir e também penalizar essa prática condenável.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) caracteriza a violência como força, ameaça, dano e sofrimento, sendo um procedimento que mostra o uso intencional da força física, de poder, de ameaça grupo que pode provocar lesão, dano psicológico e morte, entre outras afetações. Dessa forma, a violência se

caracteriza por atos ou atitudes que provocam lesão em outrem via objeto ou força (OMS, 2002).

Conforme expressa Cavalcanti, os atos violentos tipificam-se em práticas de “abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidação pelo medo e terror” (CAVALCANTI, 2008, p. 31).

Nessa contextualização, listam-se situações violentas que, segundo Schraiber e outros (2006) acontecem no meio doméstico e que são impetradas contra a mulher, em uma desigualdade nas relações de gênero, afetando a sua saúde física e psicológica, com conseqüente abalo à sua qualidade de vida. Essas situações que ocorrem no ambiente de família, de acordo com Santi e outros (2010), mostram posturas de dominação psicológica, física ou sexual.

De acordo com Vasconcelos e Pimentel (2009), na esfera familiar, a violência ocorre não por ser em local privado do lar, mas sim, porque envolve pessoas que se ligam por laços consanguíneos e de convivência. Marca-se, dessa forma uma efetiva inversão de valores que se apresentam sob situações de violência.

Em cenário demonstrativo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, caracterizada como Convenção de Belém do Pará, descreve que essa tipificação da violência engloba a agressão “física, sexual ou psicológica: a) perpetrada no âmbito do ambiente doméstico e familiar; b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa; e c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”. (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018, p. 5). Nesse sentido, a veia identificadora que configura a violência doméstica e familiar impetrada contra a mulher é a prática real por entes que mostram ou já tiveram uma relação íntima com quem sofre a agressão.

Por sua vez, a Lei n. 11.340, de 2006, chamada Maria da Penha, em seu artigo 5^o, caracteriza a violência, denominada de doméstica ou familiar, contra a mulher, norteadas por gênero, e que pode provocar-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006).

Essa Lei também tipifica, em seu artigo 7^o, as violências que podem ser impetradas em âmbito doméstico, sendo incluídas a física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. A física, conforme Dias (2013), agrava a saúde do corpo e, ainda que, por vezes, não mostre sinais, a sua força de violência atinge o corpo e saúde da mulher. Por sua vez a psicológica é outra prática de agressão que se demonstra em qualquer comportamento que afeta o lado emocional da ofendida, por meio de ameaça, atos humilhantes e constrangedores.

Já a violência sexual é outra forma de agredir por meio de força e coação e que, segundo Cunha e Pinto (2014), manifesta-se em muitos atos que buscam

³Art. 5^o Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar n. 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

⁴ Art. 7^o São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

não só obrigar como intimidar a ofendida. Por fim, o patrimonial, de acordo com Porto (2007), expressa-se em práticas para reter, subtrair e destruir de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou valores econômicos.

Em seguimento, o próximo item mostra índices de registros e indicadores dos atos de violência doméstica, praticados contra as mulheres nos últimos anos, bem como número crescente de casos que ingressam nos Tribunais de Justiça brasileiros.

3 ESTATÍSTICAS INDICADORAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica tem demonstrado as suas práticas e seu crescimento considerável nos últimos anos, no Brasil, conforme pontuam os Tribunais de Justiça dos estados brasileiros.

Registros do CNJ e seu Departamento de Pesquisas (2018), nesse sentido, consideram aumento considerável e graves de práticas de violência doméstica contra a mulher por todo o Brasil. Ou seja, em 2017, indicadores revelam o ingresso nos tribunais de justiça dos estados brasileiros no total de 452.988 casos novos que caracterizaram esse tipo de prática de violência, perfazendo um índice de 12% maior que o pontuado em 2016, que foi de uma marca de 402.695. O estado de São Paulo indicou maior número de casos, com 541, seguido pelo Rio Grande do Sul, com 66.355 processos. Após, Minas Gerais apresentou 47.320 à frente do Rio de Janeiro, que verificou 46.340 processos. Já em número menor, o estado do Amapá mostrou 2.936 casos novos, Rondônia, com 1.409 e Alagoas com 1.300 casos novos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

O CNJ aponta que tais indicadores mostram um panorama populacional feminino que reside em cada Estado, e isso revela o Mato Grosso do Sul como o estado que demonstra maior demanda, com registros de 13,2 casos novos a cada mil mulheres que ali residem. Esse percentual pode ser registrado, a seguir, no Distrito Federal que apresenta 11,9 processos novos, sendo, após o Rio

Grande do Sul, com mostras de 11,5, o Mato Grosso com 10,5 e o Acre, com 10,2. Os menores percentuais, em valoração por mil, são mostrados na Bahia e em Alagoas, em índice de 0,6 e 0,7 de novos processos, respectivamente a cada mil mulheres. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018).

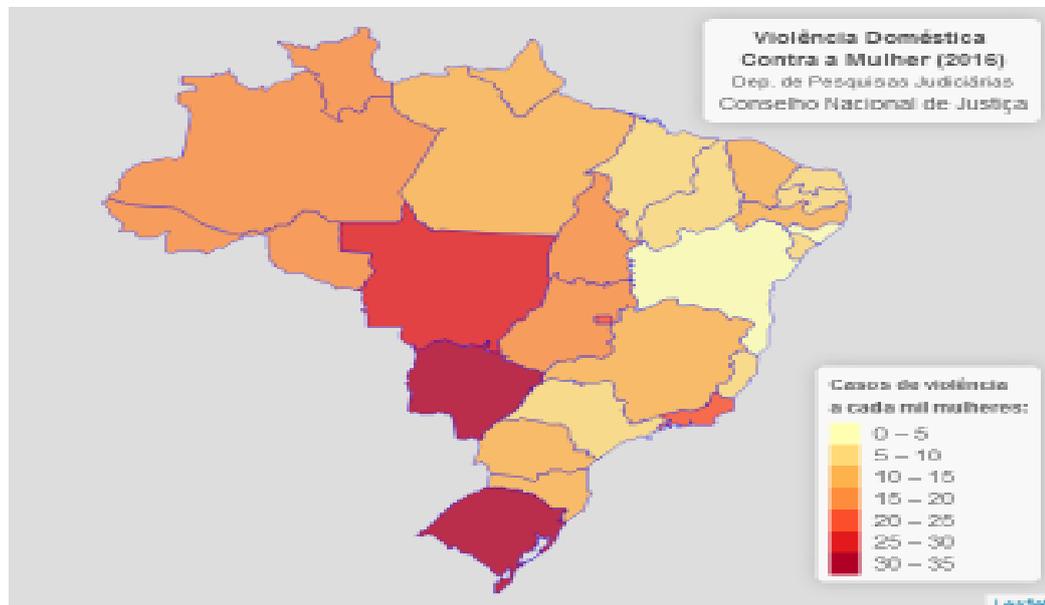
O Ministério da Saúde, através do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), que registra dados sobre doenças e agravos, indica que a violência física contra as mulheres marca predominância e crescimento. Em 2011, foram 43.559 casos, em 2012, 62.869; em 2013, 75.614; 2014, 84.589; 2015, 92.199; e, em 2016, foram afetadas 101.218 mulheres (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

No que se refere à violência psicológica, o SINAN pontuou em 2011, 22.726 casos; 2012, com 33.793; 2013, com 40.220; 2014, com 42.891; 2015, com 48.441; e 2016, com 50.955. Já a violência sexual também mostrou crescimento, sendo que, em 2011, foram 14.237 casos; em 2012, 18.642; em 2013, 21.966; em 2014, 23.475; em 2015, 23.914; e em 2016, 27.059 (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

O SINAN aponta também situações de violência patrimonial, sendo em 2011, com 1.527; 2012, com 2.135; 2013, com 2.364; 2014, com 2.352; 2015, com 2.620; e 2016, com 3.055 situações (PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL, 2018).

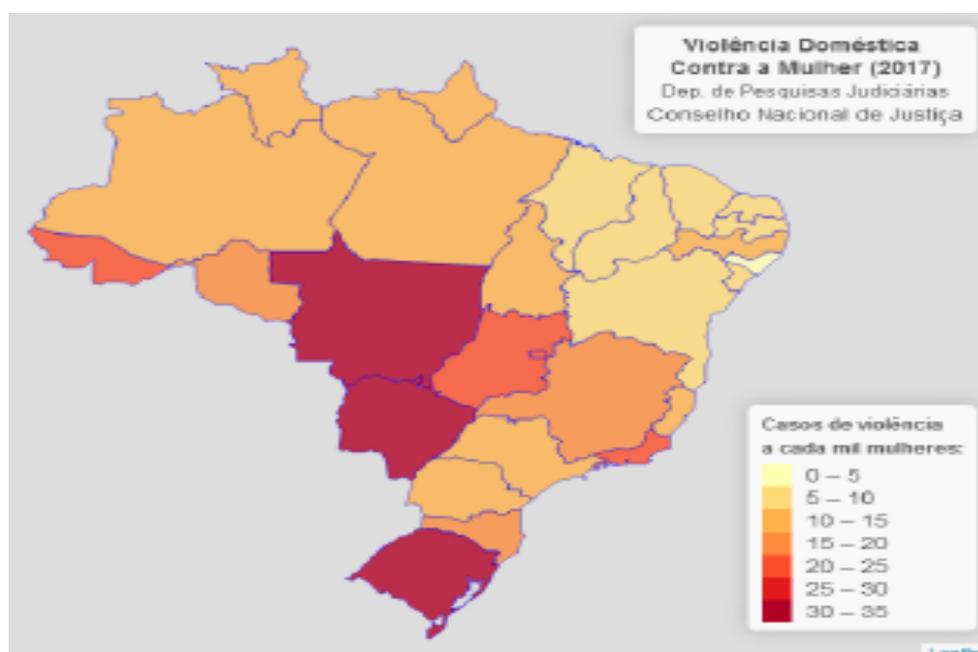
O CNJ, a partir do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias (2018) mostra um quadro de casos de feminicídio, no Brasil, em 2016 e 2017, em uma contagem de cada mil mulheres residentes, conforme apresentam a Figura 1 e 2.

Figura 1 – Casos de violência doméstica a cada mil mulheres em 2016



Fonte: CNJ (2018, p. 14).

Figura 2 – Casos de violência doméstica a cada mil mulheres em 2017



Fonte: CNJ (2018, p. 14).

Em seguimento, a Figura 3 apresenta como está sendo feito o monitoramento da Política Judiciária Nacional no que se refere ao enfrentamento da violência contra as mulheres.

Figura 3 – Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres

Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres



BRASIL	2018	2019	Variação (%)
Violência Doméstica			
Processos Novos no ano	512.973	563.698	9,9% ↑
Processos Novos por 100 mil mulheres no ano	483	530	9,7% ↑
Sentenças em Processos no ano	363.771	413.901	13,8% ↑
Processos Baixados / Encerrados no ano	596.606	706.113	18,4% ↑
Processos em Tramitação em 31/12	978.611	1.036.746	5,9% ↑
Feminicídio			
Processos Novos no ano	1.851	1.941	4,9% ↑
Processos Novos por 100 mil mulheres no ano	1,7	1,8	5,9% ↑
Sentenças em Processos no ano	1.953	2.632	34,8% ↑
Processos Baixados / Encerrados no ano	1.026	1.804	75,8% ↑
Processos em Tramitação em 31/12	3.921	5.127	30,8% ↑
Medidas Protetivas			
Medidas concedidas no ano	336.640	403.646	19,9% ↑
Medidas concedidas por 100 mil mulheres no ano	316	378	19,6% ↑

Fonte: CNJ (2020, não paginado).

Esses dados sobre a violência doméstica, no Brasil, apontam o crescente número de processos novos em 2019 em relação a 2018, bem como a prática do feminicídio e a adoção das medidas protetivas concedidas por 100 mil mulheres ao ano.

O próximo item faz uma abordagem sobre as medidas protetivas e sua aplicabilidade obrigatória a quem é agredido, bem como as tomadas de providências quanto à sua segurança e instrumentos para coibir o agressor.

4 AS MEDIDAS PROTETIVAS E SUA APLICABILIDADE

No seu caráter de proteção, as medidas alargaram seus mecanismos jurisdicionais de aplicabilidade com a finalidade de assegurar maior resguardo

da vida em meio as relações familiares, diante da constatação crescente da violência impetrada contra a mulher.

A Lei 11.340/06, na consolidação de medidas protetivas, expõe no seu artigo 19 § 3^o sobre a concessão de medidas de urgência ou revisão das já concedidas diante da necessidade da proteção da ofendida, bem como de seus familiares e de seu patrimônio, sendo que tal deve acontecer quando os direitos e as garantias da ofendida forem atingidos, conforme dispõe o art. 22 §1^o.

Refere Bianchini (2013) que as medidas protetivas se somam aos juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, graças às novas determinações, firmadas na Lei Maria da Penha, o que consolida a prevenção no sentido de combater a violência. Tais determinações traduzem-se em naturezas jurídicas, que podem observar mecanismos que decorrem de âmbitos civil, trabalhista, previdenciário, penal, processual e administrativo.

Conforme assinala Dias (2013), as medidas de proteção são consideradas na detenção do agressor como também para a garantia pessoal e patrimonial da mulher agredida e seus filhos, se houver. Esse efeito protetivo compete, além da polícia, ao juiz e Ministério Público, o que não implica somente as atribuições protetivas postas na Lei Maria da Penha, em seus artigos 22, 23⁷ e 24⁸, o que demanda regulamentos das leis esparsas que abordam sobre proteção.

⁵ Art. 19 § 3^o. Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público. (BRASIL, 2006).

⁶ Art. 22 [...] § 1^o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público (BRASIL, 2006).

⁷ Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos. (BRASIL, 2006).

⁸ Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

Souza (2013) pontua a urgência das medidas protetivas em um dos principais instrumentos, estabelecidos na Lei n. 11.340, que podem amparar a mulher e que busca assegurar a integridade psicológica, física, moral e patrimonial, para que ela, sendo vitimada, possa procurar a proteção estatal e jurisdicional.

Na sua característica de urgência, as medidas protetivas observam a decisão do magistrado quando a concede em um prazo de 48 horas, norteado pelo art. 18⁹ da Lei 11.340. Tal concessão, conforme o art. 19¹⁰ § 1^o é solicitada pela vítima do agravo sofrido à autoridade policial ou Ministério Público, sendo firmada pelo art. 20¹¹, que refere o decreto do juiz, sem necessidade de audiência ou decisão do Ministério Público. Estabelece, ainda, o artigo 19 § 2^o, a possibilidade sobre a sua substituição desde que a medida mostre eficácia, tanto isolada como cumulativa.

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, 2006).

⁹ Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis (BRASIL, 2006).

¹⁰ Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1^o As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2^o As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados. [...] (BRASIL, 2006).

¹¹ Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006).

Por sua vez, o art. 22¹², da Lei Maria da Penha, expõe as determinações que são atribuídas ao agressor, na prática de violência doméstica contra a mulher, e que devem ser decididas pelo juiz, de imediato. São cinco incisos que se iniciam pela determinação da suspensão de posse de armas e que, segundo Cunha e Pinto (2014), mostra-se evidenciado o alerta sobre a condição física da vítima e diante do aumento considerável de atos criminosos contra a mulher, com arma de fogo.

Após, o inciso II, que determina o afastamento do agressor do meio familiar, de acordo com Belloque (2011), traz no seu bojo a preocupação com a saúde física e psicológica da mulher, bem como o cuidado com a preservação do seu patrimônio. Nesse sentido, Biachini (2013) refere a finalidade de tornar o meio familiar mais tranquilo, em especial, para os filhos.

O III inciso, nas suas determinações, proíbe o agressor ter aproximação com a vítima, incluindo seus familiares e testemunhas. Nesse sentido, Dias

¹² Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 2006).

(2013) refere que tal determinação inibe a possibilidade de reiterados atos agressivos, bem como ameaças e intimidações que possam prejudicar o processo investigativo.

Já o inciso IV restringe e pode até suspender as visitas do agressor aos seus dependentes menores. Para Dias (2013), isso foi estabelecido em razão de possibilidade de haver ameaça à segurança da ofendida e de seus filhos, quando houver. É uma situação, consoante Didier Júnior e Oliveira (2010), que pode provocar risco para o meio familiar e que ter decisão por via liminar, sendo desnecessário procedimento técnico anterior ao provimento da justiça.

Por fim, o inciso V traça normas sobre a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, esclarecendo a sua fixação pelo juiz criminal ou pelo juizado de Violência Doméstica e Familiar. Nessa contextualização, Porto refere que

[...] alimentos provisórios são aqueles fixados imediatamente pelo juiz, a título precário, ao receber a inicial, na ação de alimentos do rito especial disciplinada pela Lei 5.478/68, ao passo que, provisionais, são aqueles reclamados pela mulher ao propor, ou antes de propor, a ação de separação judicial ou de nulidade de casamento, ou de divórcio direto, para fazer face ao seu sustento durante a demanda (PORTO, 2007, p. 47).

Em 2018, a Lei 11.340 insere em seu teor, por meio da Lei 13.641, o art. 24-A¹³, na seção IV, tornando crime o descumprimento de medida protetiva, sendo passível de decretação de prisão preventiva, conforme determina o art. 313, III¹⁴, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011.

¹³ Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

1º. A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

2º. Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

3º. O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) (BRASIL, 2018).

¹⁴ Art. 313 III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941).

Recentemente, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei Federal n.º 13.827, de maio de 2019, estabelecendo alguns regulamentos na Lei Maria da Penha, com o objetivo de trazer mais rigor ao efeito protetivo para a mulher quando se encontra em situação de violência doméstica e familiar.

Em nova publicação, o art. 2º, do capítulo III do título III da Lei Maria da Penha, apresenta o acréscimo do 12-C¹⁵, dispondo sobre várias medidas urgentes a serem observadas quando a mulher se encontra na iminência de risco à sua integridade física e também de seus dependentes, o que decorre no imediato afastamento do agressor do meio familiar.

Na sua redação, o art. 12-C determina que o agressor deve ter afastamento imediato do meio familiar em que convive com a ofendida, e isso pode ser feito, na sua prerrogativa, pela autoridade judicial, pelo delegado de polícia e também por policial. Nas hipóteses dos incisos. Também o juiz terá de ser comunicado em prazo de 24 horas, decidindo sobre a manutenção ou a revogação da aplicação da medida, cientificando, ainda, o Ministério Público.

Também a Lei n.º 13.827/19 introduz na Lei Maria Penha o art. 38-A¹⁶, dispondo sobre as competências do juiz para registro da medida protetiva de

¹⁵ Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

I – pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019). (BRASIL, 2019).

¹⁶ Art. 38-A. O juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência.

Parágrafo único. As medidas protetivas de urgência serão registradas em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019). (BRASIL2019).

urgência em banco de dados com a finalidade de efetiva acesso e fiscalização dos órgãos de segurança e de assistência social.

A Lei Maria da Penha também tem contribuído para sejam instituídas delegacias especializadas, por todo o Brasil, com o objetivo de oferecer atendimento às mulheres que são vítimas da violência doméstica bem como facilitando o seu acesso para poderem apresentar seus relatos sobre as ameaças e agressões sofridas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua proposta, este estudo buscou verificar se as ações que tangem às medidas protetivas de urgência à mulher em situação de violência doméstica, estabelecidas na Lei Maria da Penha, têm demonstrado sua eficácia.

Considerou-se, assim, em teor inicial, que violência envolve sentido de força, ameaça, dano e sofrimento, sendo vista pela OMS, como situação complexa e de múltiplas causas e que se mostra pela força intencional, em forma física ou psicológica, causando lesão ou morte a partir de uma conjunção de comportamentos e atitudes.

Observou-se, assim, que dados do CNJ apresentam cada vez mais novas situações de violência doméstica contra a mulher, registradas pelos Tribunais de Justiça do Brasil, em um índice demonstrativo e considerável de crescimento. Desde 2016, os índices de violência têm se mostrado em elevação em levantamento a cada mil mulheres nos estados brasileiros.

O legislador brasileiro, embasada pela Lei Maria da Penha, tem feito alterações e inovações, com a finalidade de coibir os atos de violência contra mulher. Nesse sentido, podem ser registradas as recentes modificações elencadas pela Lei 13.641/2018, com inclusão do art. 24-A sobre a detenção diante de descumprimento de medida protetiva, e a Lei n. 13.827/2019, com o art. 12.C, sobre a decretação do imediato afastamento do agressor do domicílio.

As medidas protetivas de urgência buscam inibir esses atos violentos, para garantir que a mulher não seja vítima de violência em ambiente familiar,

estabelecendo determinações que possam realmente serem protetivas e que possibilitem ao juiz decisões que mostrem o seu sentido preventivo.

Verificou-se, ainda, que a Lei Maria da Penha compõe-se de vários dispositivos que são norteadores para diversas naturezas jurídicas, e isso conduz a mecanismos que podem levar em consideração os âmbitos civil, trabalhista, previdenciária, penal, processual e administrativo. Logo, as medidas protetivas devem não só coibir os atos de violência como assegurar que a mulher e seus filhos tenham seu resguardo e patrimônio, pelas decisões do juiz, Ministério Público e do que se encontra posto em outras leis de caráter de proteção.

Registros também consideram a instituição de delegacias especializadas por todo o Brasil para amparar as mulheres que sofrem violência doméstica, quando necessitam relatar as agressões sofridas.

Em conclusão, fica exposto que as medidas protetivas de urgência, elencadas na Lei Maria da Penha, com suas alterações e inovações de caráter preventivo e protetivo, na sua eficácia, têm demonstrado aumento de aplicabilidade nos últimos anos, em especial, no ano de 2019, conforme dados do CNJ. No entanto, isso mostra que a violência doméstica também tem pontuado crescimento nos estados brasileiros.

As considerações construídas foram pertinentes e significativas, no entanto, não esgotam este tema que apresenta grande interesse social e jurídico, uma vez que diante da constatação do crescimento da violência doméstica, devem ter sua atenção quanto ao cumprimento de medidas de proteção, com normatizações e regulamentos de garantias de prevenção à mulher.

REFERÊNCIAS

BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – arts. 27 e 28. In: CAMPOS, Carmen Hein. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: lei n. 11.340/2006 – aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.827, de maio de 2019**. Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Faria. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2df3ba3e13e95bf17e33a9c10e60a5a1.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Processos de violência doméstica e feminicídio crescem em 2019**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-de-violencia-domestica-e-feminicidio-crescem-em-2019>Acesso em: 06 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Freddy.; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civil na lei Maria da Penha (Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). In: PEREIRA, R. C. (Coord.). **Família e Responsabilidade: Teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister; IBDFAM, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra, 2002.

PANORAMA DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL. **Indicadores nacionais e estaduais, n. 1 (2016)**. Brasília: Senado Federal; Observatório da Mulher Contra a Violência, 2016. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTI, Liliane do Nascimento et al.. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. **Texto & Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 19, n. 3, p. 417-424, 2010.

SCHRAIBER, Lilia Blima et al. Violência e saúde: estudos científicos recentes. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 40, p. 122-120, 2006.

SOUZA, Sergio Ricardo de. **A lei Maria da Penha comentada: sob a perspectiva dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2013.

VASCONCELOS, Ruth. PIMENTEL, Elaine Cristina. **Violência e criminalidade: em mosaico**. Maceió: UFAU, 2009.

COVID-19, DEFENSORIA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE CAPILARIZAÇÃO DO “SUS DO SISTEMA DE JUSTIÇA”

COVID-19, PUBLIC DEFENSE AND THE NEED FOR CAPILLARIZATION OF THE “SUS OF THE SYSTEM OF JUSTICE”

COVID-19, DEFENSA PÚBLICA Y NECESIDAD DE CAPILARIZACIÓN DEL “SUS DEL SISTEMA DE JUSTICIA”

Rodrigo Casimiro Reis¹

Resumo: A pandemia causada pela Covid-19 reforçou o relevante papel desempenhado pela Defensoria Pública no cenário jurídico nacional, revelando que a instituição, nas unidades judiciárias em que se encontra instalada, está estruturada em bases sólidas, apta a promover os direitos humanos (atribuição outorgada à instituição pela Constituição da República¹) e a prestar um serviço público de assistência jurídica capaz de tutelar a população necessitada, revelando-se necessário que o Poder Público envide esforços no sentido de assegurar o fortalecimento da Defensoria, resguardando sua consequente presença em todas as unidades judiciárias do país.

Palavras-chave: Pandemia. Assistência jurídica. Direitos Humanos

Abstract: The pandemic caused by Covid-19 reinforced the relevant role that the Public Defender plays in the national legal scenario, revealing that the institution, in the judicial units in which it is installed, is structured on solid foundations, capable of promoting human rights (attribution conferred to the institution by the Constitution of the Republic) and the provision of a public legal assistance service capable of protecting the needy population, demonstrating that it is necessary that the Public Power endeavors to ensure the strengthening of the Ombudsman, safeguarding its consequent presence in all judicial units from the country.

Keywords: Pandemic. Legal assistance. Human Rights.

Resumen: La pandemia provocada por el Covid-19 reforzó el rol relevante que juega la Defensoría Pública en el escenario jurídico nacional, revelando que la institución,

¹ Defensor Público do Estado do Maranhão, ex-Assessor da Corregedoria Nacional de Justiça e da Presidência do STJ, especialista em Direito Constitucional.

¹ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função 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 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

en las unidades judiciales en las que está instalada, está estructurada sobre bases sólidas, capaces de promover los derechos humanos (atribución otorgada a la institución por la Constitución de la República) y brindar un servicio público de asistencia legal capaz de proteger a la población necesitada, demostrando que es necesario que el Poder Público se esfuerce por asegurar el fortalecimiento de la Defensoría, salvaguardando su consecuente presencia en todas las unidades judiciales del país.

Palabras clave: Pandemia. Asistencia legal. Derechos humanos.

Data de submissão: 11/03/2021

Data de aceite: 27/04/2021

1 INTRODUÇÃO

A contaminação causada pela Covid-19 (com o consequente reconhecimento do *status* pandêmico da doença no dia 11 de março de 2020¹), para além de constituir um fato histórico, tem se caracterizado como um verdadeiro teste de fogo para o SUS (Sistema Único de Saúde), instituído pelo art. 198 da Constituição da República e regido pela Lei n. 8.080/90, que presta serviço público gratuito de cobertura universal e que representa o porto seguro de grande parcela da população brasileira que necessita de alguma espécie de tratamento de saúde².

Durante todo o período de duração da pandemia tornaram-se recorrentes nos noticiários reportagens revelando a sobrecarga de trabalho dos profissionais de saúde e a procura de leitos em hospitais por cidadãos acometidos de tal enfermidade, tudo a revelar a extrema relevância do SUS em nosso país e a consequente necessidade de sua defesa como política pública³, pois representa

¹ UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS – UNA-SUS. Organização mundial de saúde declara pandemia do novo coronavírus. **UNA-SUS**, 11 mar. 2020. Portal Eletrônico.

² Assinale-se que 60% dos brasileiros auferiram renda mensal inferior a um salário mínimo no ano de 2018.

ÉPOCA. Renda média de mais da metade dos brasileiros é inferior a um salário mínimo. **Época Negócios**, 16 out. 2019. Portal Eletrônico.

³ BETIM, Felipe. Meio século na linha de frente da vacinação no Brasil: “A pandemia nos lembrou o valor do SUS”. **El País**, 07 fev. 2021. Portal Eletrônico.

um sistema capilarizado presente nos mais diversos rincões do Brasil⁴, sendo o atual responsável por levar a termo o programa nacional de imunização contra a Covid-19.

Em paralelo aos impactos sentidos na saúde pública, o novo coronavírus desencadeou uma verdadeira revolução no sistema de justiça brasileiro que, fazendo uso da tecnologia, conseguiu se alinhar às necessidades desse novo tempo e viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional, serviço público essencial que constitui direito fundamental de primeira dimensão erigido pelo Poder Constituinte originário ao patamar de cláusula pétrea⁵.

Releva salientar que, embora a síndrome respiratória aguda causada pelo novo coronavírus tenha, no âmbito nacional, atingido de forma indistinta e igualitária todos os brasileiros (independente de credo, origem geográfica e renda), a referida doença prejudica de forma bastante gravosa (como de costume, infelizmente) as camadas do estrato social que constituem o público-alvo da Defensoria Pública (hipossuficientes e hipervulneráveis⁶) e que dependem única e exclusivamente do SUS para ter acesso a um tratamento de saúde.

Digno de nota, ainda, que, além de refletir no direito à saúde, a pandemia causada pela Covid-19 apresenta repercussões em outros direitos sociais, que estão compreendidos no âmbito dos direitos humanos e que constituem a esfera de atuação primordial da Defensoria Pública.

Soma-se a essas ponderações o fato de que dentre todos os atores do sistema de justiça, a instituição defensorial (justamente a mais jovem dentre as demais previstas no capítulo IV da Constituição da República) é a que tem tido o maior incremento no volume de trabalho nos últimos meses - já que a pandemia agravou a crise econômica vivenciada em nosso país e gerou um

⁴ FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Pense SUS**. 2021. Portal Eletrônico.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2021. Arts. 5º, XXXV e 60, §4º, IV.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **REsp 1192577/RS**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 21 de outubro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 13 nov. de 2015.

grande volume de desempregados que passaram a depender única e exclusivamente da Defensoria Pública para ter acesso à Justiça e a outros direitos fundamentais, por consequência.

A essa realidade agrega-se a constatação de que a Defensoria Pública, amparada em sua autonomia administrativa, ajustou-se rapidamente para que houvesse o retorno gradual das atividades presenciais, tudo com vistas a atender a população assistida (que nem sempre dispõe de meios de contato remoto) e a cumprir fielmente com seu *mister* constitucional, qual seja, materializar o Estado Democrático de Direito (fomentando a igualdade material entre os cidadãos por meio da prestação de assistência jurídica) e viabilizar, no contexto da pandemia, a promoção dos direitos humanos e a garantia do direito fundamental à saúde.

No decorrer do presente artigo serão expostos alguns casos concretos de atuação da Defensoria Pública durante o período pandêmico que autorizam concluir que a instituição defensorial (incumbida constitucionalmente de prestar assistência jurídica integral e gratuita à população vulnerável) constitui, ao fim e ao cabo, o “SUS do sistema de justiça”.

Tal como o Sistema Único de Saúde – política pública descentralizada e regionalizada⁷ que visa, nos termos do art. 7º, I, II e IV, da Lei n. 8.080/90⁸, prover a assistência à saúde, de forma integral e gratuita, aos brasileiros e estrangeiros que se encontrem no território nacional – a Defensoria Pública representa o fôlego de esperança de milhões de cidadãos em ter direitos a ter direitos efetivos,

⁷ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPE 672).

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

⁸ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; (...)

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

munus que somente poderá ser devidamente exercitado à medida que houver o fortalecimento e a consequente capilarização da Defensoria em todas as unidades judiciárias do país (providência que nada mais representa do que o cumprimento do art. 2º da EC n. 80/2014⁹).

2 DEFENSORIA PÚBLICA E COVID-19: PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E APRIMORAMENTO NA PRESTAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

Toda crise vivenciada pelo ser humano (individual e coletivamente considerado) traz em si uma oportunidade de aprendizagem, devendo ser encarada com foco no viés positivo, a fim de que, passado o período de dificuldade (que, via de regra, é transitório), haja um ganho mental e/ou comportamental que reflita em aprimoramento no modo de vida até então vivenciado.

E não é de outra forma que a pandemia causada pela Covid-19 vem sendo enfrentada pela Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado que tem, mesmo diante das conhecidas dificuldades orçamentárias, pautado sua atuação na defesa intransigente dos direitos da população assistida, cidadãos que, em razão de situação de vulnerabilidade (hipossuficientes, indígenas, comunidades quilombolas, pessoas em situação de rua ou privadas de liberdade, dentre outras constantes das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condições de Vulnerabilidade¹⁰) foram e continuam sendo duramente atingidos pela falta de oxigênio, de leitos e de equipamentos na rede pública de saúde.

⁹ Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 98:

"Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população.

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo."

¹⁰ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. ANADEP, 2008. Portal Eletrônico.

Especificamente no que tange aos direitos humanos, tem-se que o Poder Constituinte, nos termos do art. 134, *caput*, da CF/88, erigiu a Defensoria Pública ao patamar de ente responsável pela sua promoção a nível nacional (estando legitimada, inclusive, a acionar os sistemas internacionais de proteção¹¹), instituição do sistema de justiça que, justamente por estar em permanente contato com a população desassistida de políticas públicas em nosso país, primeiro tem conhecimento acerca de eventuais abusos e omissões estatais, estando legitimada (diria até vocacionada) a agir com o fim de ver observado o direito à vida e à saúde da população vulnerável (núcleo do superprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que, nos termos do art. 3º-A, I, da LC n. 80/94¹², orienta a atuação defensorial).

Nesse sentido, Franklin Roger *et al*, preceitua que:

Sem dúvida, a atuação ativa e permanente da Defensoria Pública nesse campo aumenta a expectativa de resposta efetiva às graves violações dos direitos humanos, aprimorando a sistemática acional de proteção da vida humana digna.

Como expressão e instrumento do regime democrático, a Defensoria Pública desempenha a importante função de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos”, além de “representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos” (art. 4º, III e VI, da LC nº 80/1994).

Dissertando sobre o conceito de direitos humanos, André de Carvalho Ramos assevera que tais direitos “consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade,

¹¹ LC n. 80/1994

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).
[...]

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...)

III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (...)

VI – representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

¹² Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (...)

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”¹³.

Neste ponto, colhe-se lapidar trecho de artigo jurídico de autoria do Defensor Público Pedro González, que destaca a extrema relevância da atuação defensorial na promoção dos direitos humanos¹⁴:

Isso porque, pode-se dizer que cada defensor público no dia-a-dia da sua atuação está promovendo, protegendo ou reparando direitos humanos⁵⁴. Afinal, diuturnamente busca a tutela de direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade, sendo certo ainda que os marginalizados são as vítimas mais frequentes de violações dos direitos humanos⁵⁵, vez que submetidas muitas vezes a desigualdades estruturais⁵⁶. [...]

Em tal cenário, a defesa dos direitos humanos pela Defensoria Pública assume muitas vezes um caráter contramajoritário. Essa tem o condão de reafirmar a própria democracia, vez que ao tutelar o direito das minorias excluídas promove a inclusão e a observância do princípio da supremacia da vontade popular. [...]

Há, portanto, grande afinidade entre o público atendido pela instituição defensorial e os direitos humanos, podendo-se dizer que “a missão maior da Defensoria Pública, em um país marcado por desigualdades sociais e negação de direitos no cotidiano, é a defesa de *direitos humanos*”⁶¹.

Constata-se que o próprio direito de acesso à Justiça e de representação perante os órgãos públicos competentes encontra-se inserido no conceito de direitos humanos, sob pena de não haver como se falar em dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, prescreve André de Carvalho Ramos¹⁵:

Uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos. Arendt e, no Brasil, Lafer sustentam que o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos. No Brasil, o STF adotou essa linha ao decidir que “direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades” (ADI 2.903, rel. Min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, Plenário, DJe de 19-9-2008).

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 31.

¹⁴ GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, ed. Comemorativa, 2018. p. 99/102.

¹⁵ Op. cit. P. 33.

Na mesma toada, Tiago Fensterseifer afirma que¹⁶:

É, em última instância, a efetividade do conjunto de direitos humanos (das diferentes dimensões ou gerações: liberais, sociais e de solidariedade ou ecológico) que se encontra obstada e esvaziada ante a ausência de condições (fáticas e normativas) para o acesso à justiça em condições plenas de igualdade para todos os indivíduos. A sua essencialidade para a proteção dos direitos humanos em termos gerais – mesmo que por um viés instrumental – é que torna imperioso o reconhecimento do acesso à justiça como direito humano pela ordem jurídica internacional.

Sobre o tema, confira-se trecho de voto proferido pelo relator Min. Carlos Ayres Britto nos autos da ADI n. 3.643/RJ¹⁷, em que Sua Excelência ressalta a relevância da função desempenhada pela Defensoria Pública na ordem constitucional vigente:

Logo, são elas, as defensorias públicas, que verdadeiramente democratizam o acesso às instâncias judiciárias, efetivando o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). Fazendo de tal acesso um direito que se desfruta às expensas do Estado, de modo a se postarem (as defensorias) como um luminoso ponto de interseção do constitucionalismo liberal com o social. E assim tornando a prestação jurisdicional do Estado um efetivo dever de tratar desigualmente pessoas economicamente desiguais. (...)
De sorte que bem aparelhar as defensorias públicas é servir ao desígnio constitucional de universalizar e aperfeiçoar a própria jurisdição como atividade básica do Estado e função específica do Poder Judiciário.

Não há, portanto, exagero em afirmar que os defensores públicos, primordialmente em um país como o Brasil - que é marcado pela desigualdade de oportunidades e pela corriqueira ineficiência do Estado em prestar serviços públicos essenciais de qualidade (relacionados à segurança, saúde, educação) - são os agentes do sistema de justiça incumbidos de primeiro fiscalizar e cobrar a execução das políticas públicas, dentre as quais a relacionada ao adequado funcionamento do SUS.

¹⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 163-162.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3643, Relator (a): CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006, DJ 16-02-2007

E foi imbuída da consciência acerca do *status* constitucional da Defensoria Pública (e de suas relevantes atribuições para com a população vulnerável), que a instituição adotou uma série de medidas com o escopo de assegurar o atendimento dos assistidos, de promover os direitos humanos e de tutelar, judicial e extrajudicialmente¹⁸, o direito à saúde dos cidadãos.

No que tange especificamente à rotina de trabalho dos membros, servidores e colaboradores da Defensoria Pública, a Covid-19 obrigou a instituição a adotar medidas de distanciamento social que alteraram, em um primeiro momento, o perfil institucional de portas abertas¹⁹, fazendo com que a demanda dos assistidos pudesse ser veiculada pela população vulnerável via aplicativo de mensagens²⁰, *call centers*, *emails* e endereços de sítios na *internet*, meios de contato que permitiram a continuidade da prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita²¹.

Com o retorno gradual das atividades presenciais no âmbito da Defensoria Pública e tendo em vista o nível de aprovação da população assistida ao teleatendimento²², tais recursos foram devidamente incorporados ao dia-a-dia da instituição e terminaram por representar mais uma via de acesso para que os assistidos possam ter suas pretensões levadas ao Poder Judiciário.

Delineados, em breve síntese, os desafios enfrentados pela Defensoria Pública para assegurar o atendimento da população assistida durante o período de pandemia, vale mencionar alguns casos concretos que comprovam o firme

¹⁸ Art. 4º, II, da LC n. 80/94:

São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

¹⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. DPRJ cria 110 polos de atendimento remoto e fecha serviço presencial. **DPERJ**, 20 mar. 2020. Portal Eletrônico.

²⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. Imperatriz: atendimento virtual em imperatriz atende mais de mil cidadãos na área criminal. **DPEMA**, 16 dez. 2020. Portal Eletrônico.

²¹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. Aplicativo Defensoria RJ: A Defensoria do Rio na palma da sua mão. **DPERJ**, 2021. Portal Eletrônico.

²² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO – DPEMT. Pesquisa revela que 94,4% dos cidadãos aprovam atendimento remoto da Defensoria Pública durante pandemia. **DPEMT**, 6 out. 2020. Portal Eletrônico.

proceder da instituição defensorial na tutela do direito à saúde e na promoção dos direitos humanos durante a calamidade provocada pelo novo coronavírus.

Com o fim de assegurar a imunização da população brasileira contra a Covid-19, as Defensorias Públicas de 21 unidades da federação ingressaram com pedido de intervenção em ação de controle concentrado movida pelo Estado da Bahia (ADI n. 6.661/DF, em curso perante o STF), visando, na modalidade de *amicus curiae*, agregar argumentos que viabilizem a liberação do uso de vacina russa no território nacional²³.

No tocante ao direito fundamental à saúde dos cidadãos privados de liberdade, tem-se que a Defensoria Pública do Espírito Santo impetrou *habeas corpus* coletivo perante o STJ com o escopo reduzir a superlotação das unidades penitenciárias daquela unidade federativa e diminuir o risco de propagação do novo coronavírus nesse ambiente, que convive reconhecidamente com o estado de coisas inconstitucional²⁴.

Nos autos do mencionado *writ*, a DPU foi admitida como *custos vulnerabilis*²⁵, tendo a Terceira Seção do STJ concedido a ordem pleiteada²⁶, com extensão para todo o território nacional, determinando-se a soltura, independentemente do pagamento da fiança, de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento da mencionada caução.

Ainda no que tange à tutela dos direitos humanos, destaca-se o *habeas corpus* coletivo no qual a Segunda Turma do STF, diante da persistência do quadro de emergência sanitária decorrente da Covid-19, concedeu em parte a liminar pleiteada pela Defensoria Pública da União para resguardar, desde que cumpridos determinados requisitos, o direito dos condenados que estejam no regime semiaberto e dos presos provisórios a terem, respectivamente,

²³ METRO1. **Sputnik V: Defensoria da Bahia e mais 20 estados se mobilizam para apoiar ação do governo no STF.** METRO 1, 25 jan. 2021. Portal Eletrônico.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC.** Relator(a): Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe do STF em 19 fev. 2016.

²⁵ Instituto que teve sua teoria criada e desenvolvida pelo Defensor Público Maurílio Casas Maia

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 568.693/ES,** Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de out. 2020. DJe do STJ, 16 out. 2020.

progressão antecipada da pena e concessão da liberdade provisória ou substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar (HC n. 188.820, julgado em 24/02/2021)²⁷.

No campo do direito social à moradia, ressalte-se decisão proferida em sede de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, na qual o STF suspendeu o cumprimento de ordens de despejo, reintegrações, imissões de posse e remoções no Estado do Rio de Janeiro durante a pandemia, determinação que impede o aumento do número de pessoas em situação de rua durante o estado de calamidade causado pela Covid-19²⁸.

A suspensão do corte de fornecimento de energia elétrica de consumidores inadimplentes também foi objeto de atenção por parte da instituição, tendo o Poder Judiciário acolhido pleitos formulados pelas Defensorias Públicas dos Estados do Maranhão²⁹ e do Rio Grande do Sul³⁰, resguardando que os cidadãos, prejudicados com os efeitos deletérios causados pela pandemia na área econômica, pudessem se manter de forma digna em isolamento social.

Pedidos de *lockdown* foram igualmente formulados em Juízo pelas Defensorias Públicas dos Estados do Maranhão³¹ e do Pará³², tudo com o objetivo de reduzir o risco de contágio da doença, resguardar o direito à saúde da população e propiciar que o SUS tivesse tempo para melhor se estruturar e atender o crescente número de cidadãos acometidos da síndrome respiratória causada pelo novo coronavírus.

²⁷ CONSULTOR JURÍDICO — CONJUR. 2ª Turma confirma liminar que manda presos do grupo de risco para domiciliar. **CONJUR**, 26 fev. 2021. Portal Eletrônico.

²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. STF concede liminar que suspende despejos e remoções na pandemia. **DPERJ**, 30 dez. 2020. Portal Eletrônico.

²⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. DPE/MA obtém liminar para que seja restabelecida energia elétrica em residência de consumidor durante a pandemia de COVID-19. **DPEMA**, 24 abr. 2020. Portal Eletrônico.

³⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DPERS. Justiça aceita pedido da Defensoria e proíbe concessionárias de cortar energia elétrica de consumidores inadimplentes. **DPERS**, 07 ago. 2020. Portal Eletrônico.

³¹ **FRÓES, Rafaelle.** Defensores públicos protocolam pedido de 'lockdown' para todo Maranhão. **Portal G1**, 2 fev. 2021. Portal Eletrônico.

³² DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ – DPEPA. Nota da Defensoria Pública a respeito da decisão judicial da Ação do Lockdown. **DPEPA**, 5 maio 2020. Portal Eletrônico.

Destaque-se neste ponto que a atuação defensorial, além de tutelar os direitos fundamentais da população assistida (hipossuficientes e hipervulneráveis), culmina por promover os direitos humanos de toda a sociedade, legitimidade conferida à instituição pelo art. 134, *caput*, da Lei Fundamental.

Vale ressaltar que, partindo do pressuposto de que “a lei não contém palavras inúteis” e de que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir” (princípios basilares de hermenêutica jurídica), ressoa inequívoca a legitimidade da Defensoria Pública para atuar coletivamente em situação que possa repercutir no direito à vida dos brasileiros (direito humano fundamental do que decorrem todos os outros) e que verse sobre o adequado funcionamento do SUS, política pública responsável pelo atendimento de milhões de cidadãos.

A suspensão total das atividades não essenciais também foi objeto de recomendação por parte das Defensorias Públicas dos Estados da Bahia³³ e de Santa Catarina³⁴, providência adotada com o fim de solucionar de forma extrajudicial (e célere) a situação crítica então vivenciada pela comunidade local, procedimento que se amolda ao comando do art. 4º, II, da LC n. 80/94³⁵, confere protagonismo à instituição defensorial e reduz a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário.

Agrega-se a todos esses exemplos práticos de atuação coletiva a eficaz forma com que a Defensoria Pública da União se organizou para atender o aumento vertiginoso do número de assistidos interessados em contestar a

³³ CORES, Tunisia. CORONAVÍRUS – *Lockdown* em Santo Amaro é recomendado pela Defensoria para conter avanço local da Covid-19. **DPEBA**, 15 jul. 2020. Portal Eletrônico.

³⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. SC: Com ocupação de leitos perto dos 100%, Defensoria Pública recomenda *lockdown* por sete dias no município. **ANADEP**, 23 jul. 2020. Portal Eletrônico.

³⁵ Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...)

II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

negativa de recebimento ao auxílio emergencial criado pelo art. 2º da Lei n. 13.982/20³⁶.

Ainda no campo da tutela jurídica do direito fundamental à saúde, releva mencionar o sem número de demandas protocoladas pela Defensoria Pública com o fim de assegurar o tratamento individual de assistidos acometidos da Covid-19 e que necessitaram de provimento jurisdicional que assegurasse desde o fornecimento de insumo básico³⁷ (oxigênio) por parte do Estado até mesmo transferência para hospitais localizados em diferentes municípios e unidades federativas³⁸, tudo a comprovar que a instituição defensorial, munida das garantias e ferramentas legais outorgadas pelo Poder Constituinte, tem respondido à calamidade pública de forma responsável e eficiente nas unidades judiciárias em que se encontra instalada.

3 A IMPERIOSA NECESSIDADE DE CAPILARIZAÇÃO DO “SUS DO SISTEMA DE JUSTIÇA”

Demonstrada a forma coesa e séria com que a Defensoria Pública brasileira tem enfrentado as adversidades impostas pela pandemia, faz-se importante reforçar a necessidade de capilarização da instituição por meio do cumprimento do art. 98, §1º, do ADCT³⁹, medida que irá assegurar que o direito constitucional de acesso à justiça⁴⁰ seja franqueado a todos os cidadãos, na

³⁶ BARBOSA, Marina. Auxílio emergencial: DPU vai ajudar quem teve pedido negado. **Correio Brasiliense**, 19 jun. 2020. Portal Eletrônico.

³⁷ DEFENSORIA OBTÉM LIMINAR PARA GARANTIR FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO A PACIENTES DO 'MELHOR EM CASA'. **Portal a Crítica**, 2021. Portal Eletrônico.

³⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS – DPEAM. Defensoria obtém liminar para transferência de paciente de Covid-19 em estado grave de Coari. **DPEAM**, fev. 3, 2021. Portal Eletrônico.

³⁹ Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014);

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...];

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

esteira do que dispõe o princípio constitucional da proibição da proteção deficiente⁴¹ (viabilizando tanto o exercício de direitos por parte de um número significativo de pessoas quanto a progressividade no reconhecimento de novos direitos por parte da população assistida).

Importante registrar que à Defensoria Pública cabe o papel de viabilizar o acesso da população vulnerável aos direitos mais mezinhos, providência que não só confere cidadania a um grande contingente de brasileiros e estrangeiros que aqui habitem (conferindo visibilidade a um sem número de pessoas negligenciadas pelo Poder Público), mas que também culmina por promover a redução das desigualdades sociais, objetivo comum à Defensoria Pública⁴² e à República Federativa do Brasil⁴³.

Nesse sentido, confira-se trecho de voto exarado pelo relator Min. Celso de Mello nos autos da ADI n. 2.903⁴⁴, oportunidade em que Sua Excelência retratou de forma categórica a relevância dos serviços prestados pela Defensoria Pública e a necessidade de que a instituição seja tratada de forma responsável pelo Poder Público:

É por essa razão que a Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de modo incoseqüente pelo Poder Público, pois a proteção jurisdicional de milhões de pessoas - carentes e desassistidas -, que sofrem inaceitável processo de exclusão jurídica e social, depende da adequada organização e da efetiva institucionalização desse órgão do Estado. - De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apóiam - além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares - também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas

⁴¹ Reconhecendo a incidência do referido princípio no Brasil, conferir julgados do STF no RE 971.959 (Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020) e no RE 581.352 AgR (Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013).

⁴² Art. 3º-A, I, da LC n. 80/94

⁴³ Art. 3º, III, da CF/88.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2903**. Relator(a): Celso de Mello, 01 dez. 2005, DJe do STF, 19 set. 2008.

necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

O relevante *munus* conferido à instituição de viabilizar a tutela judicial e extrajudicial de direitos titularizados por milhões de cidadãos outorga à Defensoria a função de provedora de justiça⁴⁵, fato que, somado ao caráter permanente da instituição - tal como reconhecido pelo legislador constituinte -, resulta no natural reconhecimento da Defensoria Pública como cláusula pétreia.

Dissertando sobre o tema, confira-se lição de Franklin Roger *et al*⁴⁶:

Por constituir garantia instrumental que materializa todos os direitos fundamentais e assegura a própria dignidade humana, a Defensoria Pública deve ser considerada requisito necessário ou indispensável do sistema constitucional moderno, integrando o conteúdo material da cláusula pétreia estabelecida no art. 60, §4º, IV, da CRFB.

O cotejo entre a Lei Orgânica da Defensoria Pública e a Constituição Federal autoriza concluir, sem margem de dúvidas, que a Defensoria foi a instituição incumbida pelo legislador de garantir a essência do próprio Estado Democrático de Direito⁴⁷, viabilizando a efetiva participação dos cidadãos não só na vida política do Estado (por meio do exercício do direito ao voto), mas também na vida jurídica (exigindo o respeito a direitos individuais e coletivos reconhecidos na Carta Magna).

Nesse diapasão, confira-se trecho de voto exarado pela relatora Min. Rosa Weber nos autos da ADI n. 5.296⁴⁸ que, ao julgar improcedente ação direta em que se questionava a autonomia conferida à DPU e à Defensoria Pública do DF pela EC n. 74/13, firma entendimento pela essencialidade da Defensoria

⁴⁵ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 75.

⁴⁶ Op. Cit. P. 74

⁴⁷ Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009). [...]

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5296**. Relator(a): Rosa Weber, 04 nov. 2020, DJe do STF de 26 nov. 2020.

Pública na instrumentalização do acesso ao próprio Estado Democrático de Direito:

Nesse contexto, lembro que a assistência jurídica aos hipossuficientes foi alçada, pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Política, à condição de direito fundamental prestacional, na linha do amplo acesso à Justiça também nela consagrado. No desempenho do seu mister, as Defensorias Públicas concretizam esse direito fundamental que, além de se tratar de um direito de inclusão em si mesmo, traduz mecanismo pelo qual é garantido o exercício, por toda uma massa de cidadãos até então sem voz, dos demais direitos assegurados pela Constituição do Brasil e pela ordem jurídica.

Na mesma toada, o Ministro Herman Benjamin, em voto exarado nos autos do REsp 931.513/RS⁴⁹, consignou que:

Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente.

Em um Estado como o brasileiro, em que há violação massiva de direitos fundamentais de grande parcela da população, a Defensoria Pública é naturalmente destinada a garantir a assistência jurídica das pessoas necessitadas e a promover a dignidade de grande parcela da população.

Conforme ressaltado pelo Ministro Herman Benjamin, nos autos do AgInt no REsp 1.573.481/PE⁵⁰:

A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população – aos pobres sobretudo – nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível.

Delineado o *munus* constitucional que norteia a atuação defensorial e tendo em vista o vigilante comportamento da instituição no período de calamidade causado pela Covid-19, revela-se imprescindível que seja viabilizada

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 931.513/RS**. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Relator Acórdão: Min. Herman Benjamin, 25 nov. 2009. DJe do STJ 27 set. 2010.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1573481/PE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 26 abr. 2016. DJe do STJ 27 maio 2016.

a interiorização (capilarização) da Defensoria Pública (com a instalação de núcleos em todas as Comarcas e Subseções Judiciárias), a fim de que a instituição possa efetivamente fiscalizar a execução das políticas públicas (dentre as quais a relativa ao SUS) e assegurar a todos que aqui residem o direito fundamental à assistência jurídica, providência que se amolda às Resoluções de nºs 2.887/2016⁵¹ e 2.928/2018⁵² editadas pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Sobre a legitimidade do controle de políticas públicas por parte da Defensoria Pública, Tiago Fensterseifer afirma que⁵³:

Diante dessa realidade, está posta a possibilidade do controle judicial de políticas públicas a ser efetuado pela Defensoria Pública, nas hipóteses em que o Estado se omitir ou atuar de forma insuficiente (à luz do princípio da proporcionalidade) na implementação de políticas públicas sociais. O enfrentamento de tal situação de violação de direitos é uma das missões constitucionais mais importantes conferidas à “instituição cidadã”, valendo-se, para cumprir com tal objetivo e dever constitucional, tanto de uma atuação jurídico-processual individual quanto coletiva (judicial ou extrajudicial).

A ausência da Defensoria Pública em determinadas unidades jurisdicionais (além de caracterizar enfraquecimento na promoção dos direitos humanos e praticamente inviabilizar a tutela coletiva de direitos da população assistida) afronta, ainda, o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) divulgado no ano de 2018⁵⁴, documento no qual esse órgão destaca a importância da DPU e das Defensorias Estaduais e conclama o Estado brasileiro a fortalecer o acesso à justiça e às políticas públicas.

⁵¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. #DefensoriaSim: OEA aprova nova resolução para a autonomia e fortalecimento da Defensoria Pública. **ANADEP**, 23 jun. 2016. Portal Eletrônico.

⁵² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. Nova Resolução: OEA destaca autonomia da Defensoria Pública como salvaguarda para integridade e liberdade das pessoas em situações de vulnerabilidades. **ANADEP**, 22 de jun. 2018. Portal Eletrônico.

⁵³ Op. Cit. P. 116.

⁵⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU. Relatório da CIDH pede fortalecimento da Defensoria Pública da União. **DPU**, 30 nov. 2018. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/47709-relatorio-da-cidh-pede-fortalecimento-da-defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em: 26 fev. 2021.

No mesmo sentido, a CIDH publicou, em fevereiro de 2021, relatório⁵⁵ no qual aborda a específica situação dos direitos humanos no Brasil, documento em que o referido órgão da OEA destaca que “as Defensorias Públicas Estaduais e a Defensoria Pública da União desempenham um imprescindível papel para a efetiva garantia dos direitos humanos e para a manutenção da ordem democrática no país”⁵⁶, que as Defensorias contam com recursos humanos insuficientes para atender a população⁵⁷, consignando, ao final, recomendação para que o Estado brasileiro assegure “orçamento específico tanto à Defensoria Pública da União quanto às Defensorias Estaduais, posto que a autonomia de organização e gestão é um aspecto essencial para garantir a independência institucional e para fortalecer o acesso pleno e livre à justiça por parte de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade”⁵⁸.

Nesse diapasão, André de Carvalho Ramos destaca a valorização a Defensoria Pública pela OEA e preceitua que⁵⁹:

[...] foi editada pela OEA a Resolução n. 2.656/2011, intitulada “garantias de acesso à justiça: o papel dos defensores públicos oficiais”, na qual se enfatizou a importância do trabalho realizado pelos defensores públicos oficiais, em diversos países do Hemisfério, na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, que assegura o acesso de todas as pessoas à justiça, sobretudo daquelas que se encontram em situação especial de vulnerabilidade. [...]

Também incentivou os Estados-membros que ainda não disponham da instituição da defensoria pública oficial (modelo brasileiro) que considerem a possibilidade de criá-la em seus ordenamentos jurídicos e ainda pugnou pela celebração de convênios para a capacitação e formação de defensores públicos oficiais. [...]

Apesar de não possuírem força vinculante, essas resoluções indicam a posição da OEA sobre as defensorias, delineando o dever dos Estados de promover os direitos humanos por intermédio da adoção do modelo de defensoria pública oficial.

A interiorização da Defensoria Pública possui, ainda, um importante efeito concreto na realidade das Comarcas que contam com núcleo defensorial

⁵⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. CIDH lança relatório e reafirma a importância da Defensoria Pública. **ANADEP**, 10 mar. 2021. Portal Eletrônico.

⁵⁶ Fl. 16

⁵⁷ Fl. 67

⁵⁸ Fl. 195

⁵⁹ Op. Cit. p. 332.

instalado, qual seja, de contribuir para a melhoria do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) da comunidade, fato, inclusive, reconhecido pelo legislador constituinte que, no art. 2º, § 2º, da EC n. 80/2014, determinou que a lotação dos defensores públicos ocorra “prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional”.

Tal mandamento constitucional deriva da constatação de que nas localidades em que a população aufera menor renda e enfrente maiores óbices no acesso à educação de qualidade, a taxa de litigiosidade é menor e, conseqüentemente, há um possível incremento na violação de direitos que poderiam ser tutelados em juízo.

Referida conclusão encontra embasamento empírico em artigo jurídico no qual Cristiano Brilhante de Souza, examinando dados do IDH referentes ao ano de 2015 e no relatório Justiça em Números elaborado pelo CNJ, aponta que a taxa de litigiosidade é menor nas unidades da federação em que o IDH é mais baixo⁶⁰:

Os dados empíricos processados permitiram visualizar que os cinco estados nos quais a média anual de casos novos é maior (Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Distrito Federal, São Paulo e Santa Catarina) o IDH também está entre os maiores do País.

Por outro lado, os dados demonstram que nos estados nos quais a média anual de casos novos é mais baixa (Pará, Piauí, Maranhão, Alagoas e Bahia), o IDH está entre os menores do Brasil. Diante dos resultados encontrados na pesquisa, restou evidenciado, no Brasil, o descompasso entre o direito e a realidade social.

Aflorou a influência dos fatores educacionais e de renda na taxa de demanda por unidade da federação. Portanto, para que o acesso à justiça caminhe em direção ao pleno atendimento, além de dotar as Defensorias Públicas de estruturas adequadas e compatíveis com as respectivas demandas regionais, é extremamente recomendável que o poder público estimule a disseminação de informações, por meio de políticas educacionais, que permitam às pessoas mais carentes compreender quais são seus direitos e onde eles podem ser buscados.

⁶⁰ SOUZA, Cristiano Brilhante de. Indicadores de acesso à justiça no Brasil: um olhar para a capacidade atual das Defensorias Públicas estaduais considerando as peculiaridades regionais das populações (carentes) das unidades federativas. **Revista da Defensoria Pública da União**. v. 13, p. 162, jun. 2020.

Dissertando sobre as barreiras no acesso à justiça, Mauro Cappelletti *et al* afirma que a compreensão acerca da titularidade dos direitos está diretamente relacionada ao grau de educação do cidadão⁶¹:

A capacidade jurídica pessoal se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (se não a maior parte das pessoas comuns) não podem - ou, ao menos não conseguem - superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos.

É preciso ressaltar que de nada valerá o extenso rol de direitos fundamentais previsto na Carta Magna se os titulares desses direitos não tiverem conhecimento ou meios legais para reivindicá-los perante o Poder Público.

Dissertando sobre o tema, o Defensor Público César de Oliveira Gomes ressalta que⁶²:

A dimensão democrática de uma sociedade que tem na diversidade uma de suas maiores características, pode ser aferida pelo nível de possibilidades que as pessoas têm a sua disposição para lutar por seus objetivos éticos e políticos. O acesso à justiça perfaz uma dessas possibilidades, a partir da atuação da Defensoria Pública no seu papel de assegurar aos grupos vulneráveis o exercício da cidadania e a ativa participação na comunidade política.

A capilarização da Defensoria Pública constitui, portanto, vetor civilizatório que materializa a função de instrumento do regime democrático da instituição⁶³, revelando-se apta, (i) por meio da atividade ordinária dos membros, (ii) dos atendimentos realizados nos núcleos, nas unidades do sistema socioeducativo e prisional e (iii) na interação com a comunidade local, a conscientizar a população dos seus direitos, tutelar judicial e extrajudicialmente, de forma

⁶¹ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 22.

⁶² GOMES, César de Oliveira. **Institucionalidades da Defensoria Pública da União para o enfrentamento do racismo institucional a partir do sistema de justiça**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2020. p. 107-108.

⁶³ Art. 134, *caput*, da CF.

individual e coletiva⁶⁴, os direitos da população assistida e atuar como agente de transformação social na Comarca/Subseção Judiciária (função de anteparo da instituição⁶⁵).

A título de reforço argumentativo, vale ressaltar levantamento publicado no ano de 2020 no qual o *site* Migalhas aponta que, segundo a ANADEP – Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – cerca de 88% da população brasileira se enquadra como potencial usuária do serviço prestado pela Defensoria Pública (de acordo com o critério de renda de até 03 (três) salários-mínimos, fixado pelo Ministério da Justiça) e que apenas 04 (quatro) unidades da federação - Distrito Federal, Tocantins, Roraima e Mato Grosso do Sul - atendem a proporção fixada pelo Ministério da Justiça de 01 (um) defensor para cada 15 (quinze) mil habitantes⁶⁶.

A Defensoria Pública, instituição caracterizada pela cultura de portas abertas, pela inerente proximidade com sociedade civil (oxigenada pela atuação de membro não integrante da carreira com assento no Conselho Superior⁶⁷ - fato que a identifica, ainda mais, com o SUS, nos termos do 198, III, da CF/88⁶⁸), que tem por funções a educação em direitos⁶⁹ e a defesa mais ampla dos direitos fundamentais dos assistidos⁷⁰ pode, sem margem de dúvidas, ser designada como o “SUS do sistema de justiça”, já que, de forma análoga à missão constitucional outorgada ao sistema único de saúde, a instituição defensorial

⁶⁴ Arts. 1º, 4º, VII, VIII, X e XI, da LC n. 80/94

⁶⁵ Termo que utilizamos para designar o fato de que a efetiva atuação da Defensoria Pública na Comarca/Subseção Judiciária obsta a perpetuação da violação de direitos em relação às futuras gerações que utilizarão determinado serviço público. Tal fato se dá, por exemplo, quando uma escola pública é reformada após ação institucional. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. BA: Colégio Estadual é reformado após atuação da Defensoria Pública. **ANADEP**, 23 mar. 2017. Portal Eletrônico; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. Atuação da DPE/MA garante conclusão de obras em escola em Trizidela do Vale. **DPEMA**, 5 maio 2020. Portal Eletrônico.

⁶⁶ MIGALHAS. Paraná é o Estado com menos defensores públicos por habitante no Brasil. **Migalhas**, 22 jan. 2020. Portal Eletrônico.

⁶⁷ Arts. 101, *caput* e 105-B, *caput*, ambos, da LC n. 80/94

⁶⁸ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672) [...]

III - participação da comunidade.

⁶⁹ Art. 4º, III, da LC n. 80/94

⁷⁰ Art. 4º, X, da LC n. 80/94

estende a mão a toda uma gama de cidadãos vulneráveis (brasileiros e estrangeiros que aqui se encontrem), sendo incumbida, no campo jurídico, de manter viva a chama (verde) da esperança de grande parcela da população historicamente negligenciada por políticas públicas de qualidade.

4 CONCLUSÃO

A pandemia decorrente da contaminação causada pela Covid-19 instou a Defensoria Pública a buscar (e implementar) alternativas céleres de contato com a população assistida, meios que reduziram o risco de propagação do novo coronavírus e que foram incorporados à rotina da instituição, representando mais um avanço em direção à população necessitada e à tutela (individual e coletiva) dos direitos dos cidadãos vulneráveis.

A calamidade pública ora vivenciada pela sociedade serve, ainda, como marco de firme atuação da Defensoria Pública que, desafiada por todos os percalços envoltos no contexto da pandemia, adotou uma série de providências com o fim de proteger, de forma harmônica, os direitos fundamentais dos vulneráveis nas mais diversas unidades da federação, fato que reflete o grau de profissionalismo da instituição em caráter nacional e o compromisso com a promoção dos direitos humanos.

Revela-se, pois, imperioso que o Poder Público, tal como deve ser feito com o SUS, valorize e proporcione a necessária estruturação da instituição defensorial, viabilizando o cumprimento da EC n. 80/2014 e assegurando, por consequência, o aprimoramento na execução das políticas públicas e o tratamento isonômico a todos os cidadãos por meio da progressiva concretização do direito à assistência jurídica integral e gratuita.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. #DefensoriaSim: OEA aprova nova resolução para a autonomia e fortalecimento da Defensoria Pública. **ANADEP**, 23 jun. 2016. Portal Eletrônico.

Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=28460>.
Acesso em: 26 fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. Nova Resolução: OEA destaca autonomia da Defensoria Pública como salvaguarda para integridade e liberdade das pessoas em situações de vulnerabilidades. **ANADEP**, 22 de jun. 2018. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=37626>. Acesso em: 26 fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. **ANADEP**, 2008. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/site/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 25 abr. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. SC: Com ocupação de leitos perto dos 100%, Defensoria Pública recomenda *lockdown* por sete dias no município. **ANADEP**, 23 jul. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=45279>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. CIDH lança relatório e reafirma a importância da Defensoria Pública. **ANADEP**, 10 mar. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=47598>. Acesso em 11 mar. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS – ANADEP. BA: Colégio Estadual é reformado após atuação da Defensoria Pública. **ANADEP**, 23 mar. 2017. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=32697>. Acesso em 26 abr. 2021.

BARBOSA, Marina. CORREIO BRAZILIENSE. Auxílio emergencial: DPU vai ajudar quem teve pedido negado. **Correio Brasiliense**, 19 jun. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/economia/2020/06/19/internas_economia,865219/auxilio-emergencial-dpu-ajuda-quem-teve-pedido-negado.shtml. Acesso em: 15 fev. 2021.

BETIM, Felipe. EL PAÍS. Meio século na linha de frente da vacinação no Brasil: “A pandemia nos lembrou o valor do SUS”. **El País**, 07 fev. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-02-07/meio-seculo-na-linha-de-frente-da-vacinacao-no-brasil-a-pandemia-nos-lembrou-o-valor-do-sus.html>. Acesso em 08 fev. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1573481/PE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 26 abr. 2016. DJe do STJ 27 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 568.693/ES**. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de out. 2020. DJe do STJ, 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 931.513/RS**. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias. Relator Acórdão: Min. Herman Benjamin, 25 nov. 2009. DJe do STJ 27 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5296**. Relator(a): Rosa Weber, 04 nov. 2020, DJe do STF de 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC**. Relator(a): Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe do STF em 19 fev. 2016.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Plantão criminal da Defensoria atende detidos em delegacias de Porto Alegre. **CNJ**, 27 mar. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plantao-criminal-da-defensoria-atende-detidos-em-delegacias-de-porto-alegre/>. Acesso em: 26 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO — CONJUR. 2ª Turma confirma liminar que manda presos do grupo de risco para domiciliar. **CONJUR**, 26 fev. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-26/stf-confirma-liminar-manda-presos-grupo-risco-domiciliar>. Acesso em: 26 fev. 2021.

CORES, Tunisia. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. CORONAVÍRUS – *Lockdown* em Santo Amaro é recomendado pela Defensoria para conter avanço local da Covid-19. **DPEBA**, 15 jul. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/coronavirus-lockdown-em-santo-amaro-e-recomendado-pela-defensoria-para-conter-avanco-local-da-covid-19/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DEFENSORIA OBTÉM LIMINAR PARA GARANTIR FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO A PACIENTES DO 'MELHOR EM CASA'. **Portal a Crítica**, 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/coronavirus/news/defensoria-obtem-liminar->

[para-garantir-fornecimento-de-oxigenio-a-pacientes-do-melhor-em-casa.](#)

Acesso em: 10 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO – DPU. Relatório da CIDH pede fortalecimento da Defensoria Pública da União. **DPU**, 30 nov. 2018. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-institucional/233-slideshow/47709-relatorio-da-cidh-pede-fortalecimento-da-defensoria-publica-da-uniao>. Acesso em: 26 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO – DPEMT. Pesquisa revela que 94,4% dos cidadãos aprovam atendimento remoto da Defensoria Pública durante pandemia. **DPEMT**, 6 out. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/-/15599910-pesquisa-revela-que-94-4-dos-cidadaos-aprovam-atendimento-remoto-da-defensoria-publica-durante-pandemia>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS – DPEAM. Defensoria obtém liminar para transferência de paciente de Covid-19 em estado grave de Coari. **DPEAM**, fev. 3, 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.defensoria.am.gov.br/post/defensoria-obtem-liminar-para-transferencia-de-paciente-de-covid-19-em-estado-grave-de-coari>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. Atuação da DPE/MA garante conclusão de obras em escola em Trizidela do Vale. **DPEMA**, 5 maio 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/6829/atuacao-da-dpe/ma-garante-conclusao-de-obras-em-escola-em-trizidela-do-vale>. Acesso em 26 abr. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. Defensoria aciona Poder Judiciário por *lockdown* em Imperatriz. **DPEMA**, 15 mai. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/6843/defensoria-aciona-poder-judiciario-por->. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. DPE/MA obtém liminar para que seja restabelecida energia elétrica em residência de consumidor durante a pandemia de COVID-19. **DPEMA**, 24 abr. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/6814/dpe/ma-obtem-liminar-para-que-seja-restabelecida-energia-eletrica-em-residencia-de-consumidor-durante-a-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO – DPEMA. Imperatriz: atendimento virtual em imperatriz atende mais de mil cidadãos na área criminal. **DPEMA**, 16 dez. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/7102/imperatriz-atendimento-virtual-em-imperatriz-atende-mais-de-mil-cidadaos-na-area-criminal>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ – DPEPA. Nota da Defensoria Pública a respeito da decisão judicial da Ação do Lockdown. **DPEPA**, 5 maio 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: http://www.defensoria.pa.gov.br/portal/noticia.aspx?NOT_ID=4252. Acesso em 10 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ – DPEPA. Nota da Defensoria Pública a respeito da decisão judicial da Ação do *Lockdown*. **DPEPA**, 07 mai. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: http://www.defensoria.pa.gov.br/portal/noticia.aspx?NOT_ID=4252C. Acesso em: 10 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. Aplicativo Defensoria RJ: A Defensoria do Rio na palma da sua mão. **DPERJ**, 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/Institucional/app-defensoria-rj>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. DPRJ cria 110 polos de atendimento remoto e fecha serviço presencial. **DPERJ**, 20 mar. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10089-DPRJ-cria-109-polos-de-atendimento-remoto-e-fecha-servico-presencial>. Acesso em: 09 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DPERJ. STF concede liminar que suspende despejos e remoções na pandemia. **DPERJ**, 30 dez. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10974-STF-concede-liminar-que-suspende-despejos-e-remocoes-na-pandemia>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – DPERS. Justiça aceita pedido da Defensoria e proíbe concessionárias de cortar energia elétrica de consumidores inadimplentes. **DPERS**, 07 ago. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/justica-aceita-pedido-da-defensoria-e-proibe-concessionarias-de-cortar-energia-eletrica-de-consumidores-inadimplentes>. Acesso em: 23 fev. 2021.

ÉPOCA. Renda média de mais da metade dos brasileiros é inferior a um salário mínimo. **Época Negócios**, 16 out. 2019. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais->

[da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html](#). Acesso em: 26 fev. 2021.

ESTEVEES, Diogo. ; SILVA, Franklin Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRÓES, Rafaelle. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO. Defensores públicos protocolam pedido de 'lockdown' para todo Maranhão. **Portal G1**, 02 fev. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2021/02/02/defensores-publicos-protocolam-pedido-de-lockdown-para-todo-maranhao.ghtml>. Acesso em 10 fev. 2021.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Pense SUS**. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/sus>. Acesso em: 25 abr. 2021.

GOMES, César de Oliveira. **Institucionalidades da Defensoria Pública da União para o enfrentamento do racismo institucional a partir do sistema de justiça**. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, p. 107-108, 2020. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9479/C%20de%20Oliveira%20Gomes_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 26 abr. 2021.

GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. In **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, eEdição Comemorativa, 2018.

METRO1. Sputnik V: Defensoria da Bahia e mais 20 estados se mobilizam para apoiar ação do governo no STF. **METRO 1**, 25 jan. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.metro1.com.br/noticias/saude/102570.sputnik-v-defensoria-da-bahia-e-mais-20-estados-se-mobilizam-para-apoiar-acao-do-governo-no-stf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MIGALHAS. Paraná é o Estado com menos defensores públicos por habitante no Brasil. **Migalhas**, 22 jan. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/318863/parana-e-o-estado-com-menos-defensores-publicos-por-habitante-no-brasil>. Acesso em: 26 abr. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Eded. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA, Cristiano Brilhante de. Indicadores de acesso à justiça no Brasil: um olhar para a capacidade atual das Defensorias Públicas estaduais considerando as peculiaridades regionais das populações (carentes) das unidades federativas. **Revista da Defensoria Pública da União**. vV. 13, p. 162, jun. 2020. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/276/2188>. Acesso em: 25 abr. 2021.

UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS – UNA-SUS. Organização mundial de saúde declara pandemia do novo coronavírus. **UNA-SUS**, 11 mar. 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em 08 fev. 2021.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E AS REPERCUSSÕES DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THE REPERCUSSIONS OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC ON BRAZIL'S PUBLIC SECURITY

LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LAS MUJERES Y LAS REPERCUSIONES DE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS EN LA SEGURIDAD PÚBLICA BRASILEÑA

Hortência Jesus Ferreira de Sousa¹

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo o estudo da violência doméstica contra a mulher e a aplicação da Lei Maria da Penha durante a pandemia do coronavírus no Brasil, a partir de uma análise das problemáticas sociológicas emergentes nesse período, das alterações recepcionadas pela Lei n. 11.340/2006 através da Lei n. 14.022/2020 e dos projetos realizados pelos órgãos de Segurança Pública como maneira de conscientizar a população acerca da violência doméstica e coibir os delitos que vitimizam as mulheres. Para isso, realizou-se uma reflexão tanto sobre os aspectos teóricos relativos à violência, como acerca dos dados estatísticos gerados durante o período da pandemia de COVID-19, partindo de uma premissa genérica sobre a concepção histórica da violência doméstica até as informações atuais acerca da temática. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. A forma de abordagem aplicada na pesquisa foi a qualitativa, descritiva e bibliográfica.

Palavras-chave: Coronavírus. Lei Maria da Penha. Violência doméstica

Abstract: This research aims to study domestic violence against women and the application of the Maria da Penha Law during the coronavirus pandemic in Brazil, based on an analysis of the sociological problems that emerged during this period, the changes received by Law no. 11.340 / 2006 through Law no. 14,022 / 2020 and the projects carried out by the Public Security agencies as a way to raise awareness among the population about domestic violence and curb the crimes that victimize women. For this, a reflection was made both on the theoretical aspects related to violence, as well as on the statistical data generated during the period of the pandemic of COVID-19, starting from a generic premise on the historical conception of domestic violence until the current information about thematic. The hypothetical-deductive method was used. The approach applied in the research was qualitative, descriptive and bibliographic.

Keywords: Coronavirus. Domestic violence. Maria da Penha law.

¹ Graduada em Direito-Universidade Federal da Bahia e Pós-graduanda em Direito civil e Processo civil pela Faculdade 2 de Julho-CEJAS.

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo estudiar la violencia doméstica contra las mujeres y la aplicación de la Ley Maria da Penha durante la pandemia de coronavirus en Brasil, a partir de un análisis de los problemas sociológicos que surgieron durante este período, los cambios recibidos por la Ley no. 11.340 / 2006 mediante Ley no. 14.022 / 2020 y los proyectos desarrollados por los organismos de Seguridad Pública como una forma de concienciar a la población sobre la violencia intrafamiliar y frenar los delitos que victimizan a las mujeres. Para ello, se hizo una reflexión tanto sobre los aspectos teóricos relacionados con la violencia, como sobre los datos estadísticos generados durante el período de la pandemia COVID-19, partiendo de una premisa genérica sobre la concepción histórica de la violencia intrafamiliar hasta la información actual. sobre temática. Se utilizó el método hipotético-deductivo. El enfoque aplicado en la investigación fue cualitativo, descriptivo y bibliográfico.

Palabras clave: Coronavirus. Ley Maria da Penha. Violencia intrafamiliar.

Data de submissão: 18/03/2021

Data de aceite: 03/05/2021

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha surgiu como o resultado de uma série de eventos que evidenciaram a necessidade de oferecer uma proteção mais ampla à mulher no que tange à violência doméstica. Nesse sentido, a Lei n. 11.340 de 2006 consolidou-se como um conjunto de medidas que oferece à mulher vulnerável uma maior garantia quanto à responsabilização penal do seu agressor.

Para que essa Lei tivesse aplicabilidade prática foram necessárias muitas manifestações em defesa da mulher, como as mobilizações feministas, que pautaram a importância de romper com a mentalidade machista construída ao longo do processo histórico.

O ano de 2020 foi marcado por uma série de eventos que gerou diversas repercussões em todos os aspectos da sociedade, inclusive em relação à violência doméstica e à Lei Maria da Penha. Com a pandemia do COVID-19, a Lei Maria da Penha sofreu atualizações, bem como todos os órgãos que trabalham no combate à violência doméstica tiveram que reestruturar seus trabalhos.

Com o isolamento social, a sociedade mundial teve que se adaptar a uma nova realidade. No entanto, para as mulheres que sofrem com a violência doméstica, se manterem em contato constante com o agressor tem sido um grande desafio. O que fez os órgãos de proteção à mulher criarem mecanismos para facilitar as denúncias e oferecem atendimentos céleres para essas vítimas.

O discurso que coloca a mulher como sujeito inferior ao homem foi desenvolvido durante muito tempo e vem sendo reiterado ao longo dos séculos em decorrência de uma cultura de desigualdade de gênero, que subjuga a mulher como um ser dominado pelo homem e responsável, exclusivamente, pelas atividades domésticas e o cuidado dos filhos.

Ao discutir acerca do direito, a liberdade e até mesmo a própria concepção de igualdade, ao longo do processo histórico, é notório que ambos possuíam a sua aplicação limitada aos homens, tendo em vista, que a mulher tinha um papel inferior na visão social e política, pois não tinha a plena liberdade de expressão

no âmbito social. Mas, a constitucionalização social e democrática oriunda da Constituição Federal de 1988, enfatizou uma reformulação social brasileira, que começou a pensar de forma mais ampla acerca dos direitos femininos, como também, acerca da igualdade material e formal para as mulheres, e da necessidade de estabelecer medidas responsáveis pelo combate a todos os meios discriminatórios e violentos contra as mulheres.

Nesse trabalho foram empregados métodos de pesquisa já consagrados, isto é, a priori, o método científico hipotético-dedutivo, metodologia teórica e analítica. No que se refere aos métodos jurídicos, foram aplicados o jurídico-teórico e argumentativo. A forma de abordagem aplicada na pesquisa foi a qualitativa, descritiva e bibliográfica, tendo como base a análise teórica e dogmática da doutrina, legislação e de documentos pertinentes.

2 A LEI MARIA DA PENHA E A SUA EFICÁCIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

A formulação da Lei Maria da Penha está relacionada à necessidade de ver a mulher como detentora de direitos fundamentais e de influência social. Dessa forma, tais parâmetros sociais possibilitaram que demandas relacionadas à violência contra a mulher começassem a ter uma maior repercussão no cenário social e judicial.

Cumprir destacar que a violência doméstica contra a mulher não se iniciou no contexto de promulgação e elaboração da Lei, mas sim desde dos primórdios das relações humanas. No entanto, apenas com as novas perspectivas legislativas, como a Lei n. 11.340/06, a violência contra a mulher foi tratada de forma mais incisiva.

De 2003 a 2010 as políticas públicas são ampliadas e passam a incluir ações integradas, tais como: criação de normas e padrões de atendimento, aperfeiçoamento da legislação, incentivo à constituição de redes de serviços, o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2013, p. 32)

A instituição da Lei Maria da Penha possibilitou a integração dos poderes do Estado, ao estabelecê-los como responsáveis, dentro dos seus respectivos âmbitos de competência, por fomentar medidas de combate a toda espécie de violência contra a mulher no âmbito doméstico. Segundo Fernandes (2015, p. 2), “a Lei Maria da Penha constituiu um importante marco, mas a erradicação da violência exige repensá-la: repensar os papéis do homem e da mulher na sociedade e na família”.

Nesse sentido, existe o entendimento de que a supracitada Lei foi formulada com o intuito de estabelecer uma ótica protetiva específica em favor das mulheres, tendo em vista que, anteriormente à Lei Maria da Penha, os delitos relacionados à violência doméstica contra mulher eram tratados na Justiça comum, por meio dos Juizados Especiais Criminais, disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. (MISTRETTA, 2011, p.2).

A Lei Maria da Penha estabelece expressamente no seu art.41 que os crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher não estão interligados à Lei.9.099/95, isto é não estão submetidos ao rito procedimental da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A ênfase em afastar a incidência da Lei dos Juizados Especiais nada mais significa do que reação à maneira absolutamente inadequada com que Justiça cuidava da violência doméstica. A partir do momento em que a lesão corporal leve foi considerada de pequeno potencial ofensivo, surgindo a possibilidade de os conflitos serem solucionados de forma consensual, praticamente deixou de ser punida a violência intrafamiliar. [...] (AZEVEDO; VASCONCELOS, 2012, p. 8).

A estudada legislação abarcou uma maior rigidez para o processo de crimes que envolvem a violência doméstica, dificultando a possibilidade de acordos e a aplicação de métodos consensuais e extrajudiciais, diante dos princípios que envolvem os procedimentos dos Juizados Especiais Criminais, como o caso da informalidade e celeridade processual.

Uma das grandes novidades trazidas pela mencionada Lei foi a criação de medidas protetivas de urgência, a serem aplicadas pelo juiz com o intuito de oferecer maior proteção física e psicológica para a vítima, dado o entendimento que a mulher deve ter os seus direitos assegurados, principalmente quando se

fala em um ambiente de tamanha vulnerabilidade como o doméstico (BRASIL, 2006). Haja vista, a violência contra a mulher, frequentemente, ocorrer por pessoas mais próximas da sua convivência, isto é, cônjuge, companheiro(a) ou parentes.

Em 2020, essa importante legislação, responsável por oferecer à mulher um trâmite processual mais célere e estipular medidas protetivas, que estabeleceram a possibilidade do distanciamento do agressor, além de uma penalização mais rígida, em detrimento da legislação anterior, completou 14 (catorze) anos da sua promulgação.

Ao longo desse período, as demandas envolvendo esse tipo de violência receberam maior enfoque e, com isso, o número de casos noticiados aumentou. O crescimento do debate acerca da temática esteve diretamente relacionado à ênfase dada ao tratamento interdisciplinar e global, tanto pela ótica judicial como extrajudicial, às demandas que envolvem violência doméstica.

Conforme relaciona o Núcleo Judiciário da Mulher, ligado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, “somente em 2019, O NJM contabilizou 5.245 medidas protetivas concedidas – total ou parcialmente – e 439 mandados de prisão expedidos em casos de violência doméstica (dados até 25/07)” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, 2019, s.p).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família analisou os dados acerca da repercussão da Lei nos últimos 14 anos, constatando que estes corroboram à afirmação de que a referida legislação, considerada uma das melhores do mundo, é um marco decisório no tratamento da violência doméstica contra a mulher.

Com efeito, a mulher adquire maior força de levar a violência doméstica a que era submetida ao conhecimento das autoridades e consegue ver os resultados. Constata-se um maior número de inquéritos instaurados, nos 14 anos da vigência da lei, como se pode exemplificar, com dados obtidos na Delegacia de Atendimento à Mulher de Aracaju-DEAM, que atende mulheres de 18 a 59 anos. No ano 2006, ano em que foi editada a Lei Maria da Penha, foram instaurados apenas 71 Inquéritos Policiais – IPs. Em 2007 foram 248 IPs, com crescimento contínuo, verificando-se que apenas no primeiro semestre de 2020, na DEAM de Aracaju já foram instaurados mais de 600 IPs, aponta. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2020).

Tal resultado, pode ser aferido pelo fato de que a legislação se dedicou a oferecer à mulher um amplo serviço de proteção e assistência. Tendo em vista, é certo, que a mulher vítima não necessita apenas de uma assistência jurídica, mas também de assessoramento psicológico e social para lidar com as todas as problemáticas que envolvem o ciclo de violência.

3 O CRESCIMENTO DO CICLO DE VIOLÊNCIA DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

O ano de 2020 foi considerado um ano atípico, tendo em vista várias perspectivas. E uma delas diz respeito ao aumento da violência doméstica contra a mulher no Brasil e mundo. Esse tipo de violência já é considerado uma das grandes problemáticas a serem combatidas no âmbito do Poder Judiciário e também por todos os órgãos responsáveis pela Segurança Pública no Brasil.

A violência doméstica contra a mulher se desenvolve em um contexto de formação de um ciclo que perpassa, na maioria das vezes, todos os tipos de violência estipulados na Lei Maria da Penha. Com base na supracitada legislação, a mulher pode vir a ser vítima de cinco tipos de violência, são elas: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Quando inserida em um ciclo de violência, anteriormente, à violência física, a mulher começa a ser agredida por meio da violência psicológica, isto é, por meio de xingamentos, ameaças e torturas emocionais. O ambiente em que essa violência se dá, na maioria das vezes, a residência da vítima, dificulta a denúncia e até mesmo a visibilidade da ocorrência da agressão.

A relação afetivo-conjugal, a proximidade entre vítima e agressor (relação doméstica, familiar ou íntima de afeto) e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdade de gênero, quando comparado a outros sistemas de desigualdade (classe, geração, etnia). (BIANCHINI; BAZZO; CHACKIAN, 2019, p. 23).

Uma das grandes dificuldades que a mulher Vítima encontra para denunciar o agressor(a) é o medo, pois frequentemente, o sujeito ativo ameaça

essa mulher, assim como oferece uma manutenção financeira para mesma. A dependência econômica é um outro fator que impede que a mulher denuncie a agressão (COSTA, 2020).

Quando se analisa a ocorrência da violência doméstica e a forma que a mulher é agredida, nota-se que a violência é cometida de forma cíclica, perpassando por fases, isto é, primeiramente, a violência ocorre dentro do campo da “tensão”, na qual a mulher é submetida a uma sequência de ameaças, pressões psicológicas e injúrias. Muitas vezes, o agressor menospreza a mulher pela sua aparência física, expõe seus filhos, gerando uma alienação parental, além de utilizar de mecanismos que proporcionem uma baixa auto-estima na mulher em relação à sua imagem.

Posteriormente, a agressão passa para a dimensão física, seja as vias de fato ou a lesão corporal, em grande parte. E, por fim, o agressor, através de mecanismos manipuladores, leva a mulher a acreditar que ele se arrependeu de toda a sucessão de agressões.

No que tange ao isolamento social em decorrência da pandemia do coronavírus, muitas problemáticas foram evidenciadas, como o crescimento da vulnerabilidade da mulher. Anteriormente, a esse fato extraordinário, muitos casos de violência doméstica não eram devidamente documentados, visto que muitas mulheres não vão às delegacias especializadas (DEAMs) para a feitura de um termo circunstanciado de ocorrência. Assim, sendo o quantitativo de casos que envolve esse tipo de violência ainda é muito menor do que se tem na realidade.

Não obstante a isso, quando se analisa as circunstâncias do isolamento social, percebe-se os impactos diretos na ocorrência desse tipo de violência, tendo em vista que a mulher violentada teve que conviver por um período muito maior de tempo com seu agressor, seja este seu cônjuge ou parente. Dessa forma, a mulher passou um maior tempo sob manipulação e agressão, o que também aumenta a insegurança para buscar ajuda e assistência jurídica. Segundo Morais e Rodrigues (2016, p.101), “muitas mulheres que sofrem violência dentro de casa ficam amedrontadas, envergonhadas e, ao mesmo

tempo, se sentem responsáveis pela continuidade da família. Por isso, elas pensam dez vezes antes de tomar uma atitude”.

A pandemia e, conseqüentemente, todas as medidas necessárias de segurança impostas pelo Estado foram fundamentais para a diminuição do índice de contaminação de pessoas pelo vírus COVID-19, mas, em contrapartida, obstou o acesso de muitas mulheres aos órgãos de Justiça responsáveis pela apuração desse tipo de delito, haja vista terem dificuldade de sair das suas casas. O que ocasionou uma baixa do número de casos contabilizados pelas instituições de segurança pública.

Esse fato demonstra que os números evidenciados estão distante da realidade, pois com o isolamento a mulher estava muito mais vulnerável a sofrer a violência por parte do agressor. Conforme dados fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em análise e comparação das denúncias referentes à violência doméstica entre os anos de 2019 e 2020, enfatizando o período de quarentena de 2020, foi detectado que:

Com exceção do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul, todos os estados analisados tiveram redução no número de denúncias de violência contra a mulher registradas via ligue 180 na comparação entre março de 2019 e março de 2020. Os estados com maior queda foram o Pará e o Rio Grande do Norte, com reduções de 39,3% e 33,3%, respectivamente. No Rio Grande do Sul, a diferença foi de apenas uma denúncia a mais em março de 2020, enquanto no Mato Grosso as denúncias aumentaram em 9,5%. No Brasil, o número total de denúncias caiu de 8.440 em março de 2019 para 7.714 em março de 2020 – uma redução de 8,6%. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Em relação às medidas protetivas, de acordo com o supracitado Fórum, também ocorreu uma diminuição na concessão delas:

As Medidas Protetivas de Urgência concedidas pelos Tribunais de Justiça não apresentam grande variação no primeiro trimestre deste ano na comparação com o ano passado, mas a partir do final de março e primeiros dias de abril verifica-se a queda no número de MPUs concedidas. No Pará, a redução foi de 32,9%, em São Paulo de 31,5% e no Acre a redução chegou a 67,7% (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

É notório que a diferença desses números demonstram a realidade em que o Brasil se encontrou durante o ano de 2020, principalmente em referência aos primeiro e segundo trimestres. A dificuldade de as vítimas se locomoverem para as delegacias e varas especializadas demonstrou o grau de vulnerabilidade em que as mesmas se encontraram.

A diminuição desses números não se refere à diminuição da violência, mas na diminuição de acesso aos mecanismos de denúncia, sejam por telefone, como, principalmente, de forma presencial. O que ratifica essa afirmativa é que, em análise aos número de feminicídios, foi perceptível o crescimento do número desses.

Diante disso, foi necessário ao Estado estabelecer medidas que facilitassem o uso de mecanismos mais eficazes de busca à assistência social de maneira mais eficiente, se adaptando à nova realidade proporcionada pelo isolamento social:

Isto posto, convém destacar que não basta que os profissionais atuantes na Justiça e na Segurança Pública dominem tecnicamente os preceitos legais, faz-se necessário que compreendam as razões históricas e políticas de suas proposições e que conheçam e levem em consideração a opinião e a percepção das mulheres acerca de sua implementação (SAMPAIO, 2017, p. 44).

É o que tem acontecido no Tribunal de Justiça do Paraná, de acordo com a Desembargadora Priscilla Plachá Sá:

Também estão sendo adotadas, no âmbito das Comarcas do Estado, medidas com o intuito de garantir celeridade, economia e eficiência na prestação jurisdicional nos Juízos que atendem a matéria atinente à Lei nº 11.340/2006, privilegiando a utilização de recursos e meios tecnológicos para citação, notificação e intimação das partes, especialmente das vítimas (SÁ, 2020).

Um dos importantes projetos inaugurados no âmbito do Estado da Bahia, que tem facilitado de forma muito pontual a prestação jurisdicional em casos de violência doméstica foi o desenvolvimento da alternativa de a mulher vítima de violência doméstica realizar pedidos de medidas protetivas e registrar crimes através da Delegacia Digital da Polícia Civil na Bahia, a partir do mês de agosto de 2020.

Essa é uma grande vitória de todas as mulheres hoje. Foi uma luta de toda a sociedade civil, da Defensoria e de todas as instituições comprometidas com a erradicação da violência de gênero. Mas que isso não signifique a diminuição do serviço presencial e que a Secretaria de Segurança Pública se comprometa com a manutenção do serviço quando a pandemia passar. Desde o início, a Defensoria se colocou como parceira para o estabelecimento de um fluxo de funcionamento. Nossa preocupação também foi com todas as colegas da Polícia Civil, afirma a coordenadora da Especializada de Direitos Humanos da DPE/BA, a defensora Lívia Almeida (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, 2020).

Esse novo veículo é de fundamental importância para fornecer a essas vítimas uma maior rapidez no serviço e facilidade em buscar os meios necessários no combate às agressões. O projeto é oriundo de um importante trabalho da Secretária de Segurança Pública do Estado da Bahia, que compreendeu a necessidade emergencial de lidar com os casos de violência doméstica e prevenir o feminicídio.

É necessário compreender que, anteriormente a esse mecanismo, a mulher tinha que se dirigir à delegacia especializada para realizar o termo circunstanciado de ocorrência, após o ocorrido ou ir a vara especializada para entrar em contato com a Defensoria Pública, nos casos de não ter condições de custear com os serviços advocatícios, responsável por tomar as medidas necessárias com base no caso. No entanto, em decorrência do isolamento social, o acesso a esses órgãos foi dificultado, razão pela qual se tornou tão importante a aplicação dessas medidas digitais para acelerar a denúncia e apuração desses delitos.

3.1 A aplicabilidade da Lei n. 14.022/2020 na proteção da mulher vítima da violência doméstica

A pandemia de COVID-19, que impactou o mundo, gerou não só diversas consequências econômicas, mas também sociais. A violência doméstica, como já dito, foi um dos delitos que sofreu um aumento quanto a sua ocorrência.

Em fevereiro de 2020, entrou em vigor a Lei n. 13.979, que dispôs sobre medidas de proteção resultantes das orientações fornecidas pelos órgãos de

saúde, dentre elas, duas medidas imediatas com o intuito de diminuir a proliferação do vírus COVID-19.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020b).

Diante do incentivo para aplicar essas duas medidas, que objetivaram evitar a saída das pessoas das suas residências e diminuir a interação social, de modo a evitar a transmissão do vírus, criou-se o dilema de manter as mulheres vítimas de violência doméstica em contato constante com seus agressores.

Globalmente, assim como no Brasil, durante a pandemia da COVID-19, ao mesmo tempo em que se observa o agravamento da violência contra a mulher, é reduzido o acesso a serviços de apoio às vítimas, particularmente nos setores de assistência social, saúde, segurança pública e justiça. Os serviços de saúde e policiais são geralmente os primeiros pontos de contato das vítimas de violência doméstica com a rede de apoio. Durante a pandemia, a redução na oferta de serviços é acompanhada pelo decréscimo na procura, pois as vítimas podem não buscar os serviços em função do medo do contágio (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 3).

Mesmo com todo o crescimento do estudo e da ênfase em relação à temática, a concepção de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher” ainda é um obstáculo a ser enfrentado e ultrapassado. Muitos ainda têm essa percepção de que a intimidade do casal não deve ser “invadida”, mesmo quando se está presente a violência. E, com a ocorrência da pandemia, a incidência desses conflitos teve um crescimento exponencial.

O Direito, como ciência social aplicada, deve acompanhar as demandas sociais e a realidade dos acontecimentos que impactam diretamente a sociedade. E essa atuação diz respeito a diversas formas de aplicação de

instrumentos que visem proteger os direitos individuais e fundamentais resguardados pelo sistema normativo interno.

Como forma de instituir mecanismos de acesso célere da vítima de violência doméstica à justiça, foi publicada a Lei n. 14.022, em 07 de julho de 2020, responsável por combater de forma mais incisiva esse tipo de violência, não apenas contra a mulher, mas no que tange ao público mais vulnerável, como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência.

Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019:

I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão; II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública; Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do *caput* deste artigo serão considerados de natureza urgente (BRASIL, 2020a).

A legislação trouxe uma prioridade processual e de tratamento em relação aos processos, medidas protetivas e apuração de casos que envolvem violência doméstica. Assim, estabelecendo esse tipo de violência como questão de ordem pública e ressaltando a necessidade de celeridade no seu tratamento.

Nesse sentido, essa agilidade deve se pautar tanto no atendimento presencial, como também no atendimento online, por meio de instrumentos digitais de comunicação, com o intuito de facilitar o acesso para as mulheres que tem dificuldade de sair das suas residências durante o período de isolamento social.

A Lei nº. 14.022 também especificou o atendimento presencial para os casos de violência doméstica que envolvem delitos graves, como é o caso da lesão grave e gravíssima, feminicídio e estupro de vulnerável. Isto é, aqueles

crimes que necessitam de uma investigação mais detalhada e ferem os bens mais importantes do indivíduo.

Assim sendo, a Lei 14.022/2020 teve o relevante papel de regulamentar o funcionamento dos órgãos competentes para o trâmite de medidas que visem a conferir proteção específica para mulheres, crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, adaptando o procedimento das respectivas normas aplicáveis para deferir-lhes uma mais adequada proteção de seus direitos. Os principais pontos da lei se referem à possibilidade de solicitação e concessão de medidas protetivas por meios eletrônicos, prorrogação automática das medidas até o final da pandemia e, ainda, o estabelecimento da necessidade de realização de campanha informativa sobre tais questões (CALMON, 2020).

Tal lei estabeleceu o importante papel dos órgãos de segurança pública em fornecer canais de comunicação e interação para denúncias, solicitação, concessão e prorrogação de medidas protetivas. Além disso, a lei enfatizou os canais de denúncia, como a Central de Atendimento à Mulher, possibilitando a ampliação da comunicação da vítima com os órgãos policiais e judiciais para a salvaguarda da sua proteção.

4 A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO COMO PROBLEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA

A violência doméstica contra a mulher é uma das temáticas mais discutidas no âmbito jurídico na atualidade. A expansão das elementares desse tipo de violência se dá, essencialmente, pelo crescimento da complexidade dos delitos que envolvem essa espécie de agressão, como também pelo crescimento da influência social da mulher.

Quando se aprofunda na temática da violência doméstica, engloba-se o estudo e a reflexão acerca da violência de gênero, pois esta está totalmente interligada com a violência cometida no âmbito doméstico, visto que o elemento gênero é elementar, base fundamental de caracterização desse tipo de violência.

No Brasil, a violência doméstica tem tido crescimento exponencial, o que impulsionou uma maior regulamentação sancionatória e de entendimento do

contexto em que essa violência ocorre, na maioria das vezes cometida pelos cônjuges e companheiros (as).

Entre os anos de 2018 e 2019, duas grandes atualizações legislativas provocaram mudanças significativas no âmbito da aplicação e da eficiência dessas medidas protetivas. A primeira seria a Lei n. 13.641/2018, que tipificou o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2018). Essa mudança foi de extrema importância para dirimir diversos questionamentos acerca das consequências desses descumprimentos, tendo em vista existir na doutrina e jurisprudência divergências.

A segunda alteração, que resultou na Lei nº 13.827/2019, autorizou a aplicação das medidas protetivas pela autoridade policial, e esta palco de grandes questionamentos acerca da sua constitucionalidade (BRASIL, 2019). A base das discussões se fundamentou em entender se a restrição dos direitos fundamentais essenciais é de competência exclusiva dos magistrados ou também poderia ser função do delegado de polícia.

Essas duas mudanças foram de grande repercussão no que tange ao âmbito da segurança pública, o que enfatizou a aplicabilidade das medidas protetivas e o seu devido cumprimento. Com isso, entendendo que a violência doméstica atinge toda a sociedade, deve essa temática ser objeto de debates em relação às suas medidas protetivas e sanções.

A problemática acerca da violência e a necessidade de aplicação de medidas eficientes representam um ponto que atinge toda a sociedade. Ao analisar o contexto em que a violência doméstica é apresentada, percebe-se que não é apenas a mulher que é vítima, mas todos os que convivem no mesmo ambiente que essa mulher, isto é, seus filhos e parentes.

Um ponto a ser analisado em relação à aplicabilidade das medidas protetivas e cautelares estabelecidas pela Lei Maria da Penha é referente ao público que tem acesso a elas, pois o que se analisa nos dados fornecidos pelos Atlas de violência, especificamente o Atlas da violência do ano de 2019, que reflete as taxas de mortalidade das mulheres em decorrência da violência doméstica e do feminicídio, é que a taxa de homicídios de mulheres negras entre

os anos de 2007 e 2017 cresceu em 29,9% e que, em relação às mulheres não negras, cresceu em 4,5% (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

O que se analisa é que a Lei Maria da Penha ainda tem um impacto significativo em relação às mulheres negras e de classe mais baixa, que constitui o público que possui menor acesso ao Poder Judiciário, como também não dispõe de tantos recursos para se distanciar do agressor(a), em decorrência da sua condição financeira.

O acesso à justiça constitui um direito fundamental segundo o qual todos devem ter as mesmas oportunidades de acesso aos mecanismos de justiça. Contudo, essa premissa constitui um importante desafio a ser enfrentado pela segurança pública, tendo em vista que, se menos pessoas possuem acesso às medidas protetivas e judiciais, um quantitativo considerável de pessoas não são alcançadas pela segurança pública.

O “Projeto Justiceiras” é um importante projeto criado pela Promotora de Justiça de São Paulo, Gabriela Mansur, com o intuito de combater a violência doméstica durante a pandemia, que oferece um apoio completo à mulher, isto é, apoio jurídico, psicológico, médico e de acolhimento online. A ajuda é realizada pelos meios digitais e conta com um número considerável de voluntárias para atender essas mulheres.

A campanha “Sinal Vermelho” também representa um importante projeto de fomento a políticas na área de segurança pública encabeçado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, em parceria com Conselho Nacional de Justiça, que visa incentivar e facilitar as denúncias através de meios sutis, como um sinal vermelho na mão em formato de “X”. Isto é, a mulher pode utilizar desse meio como forma de alertar as pessoas e buscar ajuda em caso de violência doméstica. (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2020, s.p).

Quando se expõe essa problemática em um contexto de isolamento social, como tem acontecido durante o ano de 2020, ratifica-se a necessidade de refletir sobre e estabelecer formas de democratizar o acesso às medidas dispostas na Lei Maria da Penha.

O Atlas da violência, em relação ao ano de 2019, demonstrou que os homicídios de mulheres, em uma porcentagem significativa, acontecem no âmbito das residências. Nesse sentido, tem-se que, no que tange à taxa de homicídios entre os mesmos anos, é notório que os homicídios ocorridos fora de casa caíram em 3,3% e os ocorridos dentro de casa em 17,1%. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Perante esses dados, é notório que durante a pandemia de COVID-19 as mulheres tiveram um maior contato com o ciclo de violência e com o agressor (a). Com isso, existe a fundamental percepção da necessidade de haverem instrumentos que assegurem à vítima os meios eficazes de proteção e de combater o femicídio.

A expansão do número de delegacias e juizados especializados de proteção à mulher constitui uma das possibilidades para oportunizar maior acesso à justiça, pois o número ainda é muito pequeno em relação à demanda crescente de casos.

A aplicação das medidas protetivas representa um importante marco no que se refere à segurança pública, pois evita que a mulher vítima de violência doméstica tenha contato direto com seu agressor(a). No entanto, não é apenas a mulher, mas todos os que a circundam os favorecidos com medidas como essas.

Tendo em vista, que a violência doméstica é um delito interdisciplinar e que envolve diversos sujeitos no âmbito da relação conflituosa, é oportuno uma integração da sociedade no enfrentamento dessa violência e também no processo de reeducação do agressor (a). As mídias digitais, principalmente, aqueles vinculados aos órgão de segurança pública, são importantes instrumentos de comunicação pela sociedade no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente, pela celeridade na comunicação realizada por esses veículos.

Diante desses fatos, o aparato a essas vítimas, no que tange a uma perspectiva de segurança pública, não deve se pautar apenas nas medidas protetivas, cautelares, processuais e nas sanções penais convencionais, como

prisão preventiva, prisão em flagrante e pena privativa de liberdade, mas também em políticas que incentivem uma celeridade no oferecimento da necessária proteção à mulher durante a pandemia.

5 CONCLUSÕES

No decorrer do presente trabalho foram enfatizadas as problemáticas relacionadas à violência doméstica contra a mulher em decorrência da pandemia de COVID-19, ocorrida no ano de 2020.

O mundo foi impactado pela contaminação do coronavírus, as muitas mortes e os altos números de infectados, impulsionaram as autoridades estatais, orientadas pelos protocolos de segurança, a incentivarem o isolamento social, fazendo com que as pessoas se mantivessem nas suas casas.

No Brasil, as autoridades estatais, no âmbito dos três poderes, se uniram com o objetivo de fornecer os recursos necessários para coibir a expansão do vírus.

Em contrapartida, as mulheres vítimas da violência doméstica ficaram mais vulneráveis por estarem em convivência constante com seu agressor e também por terem dificuldades, para acessar presencialmente, os órgãos responsáveis pela proteção à mulher. Além disso, a concepção história de desigualdade de gênero foi mais evidenciada durante esse período.

Um dos grandes desafios da mulher vítima ao denunciar o seu agressor(a) é a dependência econômica. E com a crise financeira desencadeada pela pandemia esse foi um fator que dificultou ainda mais a ocorrência das denúncias. Os números apresentados durante a pandemia comprovaram a diminuição das denúncias e da solicitação das medidas protetivas em relação ao mesmo período em anos anteriores.

Com o intuito de amplificar os recursos e as possibilidades disponíveis à mulher vítima para que essa possa buscar os atendimentos necessários para coibir a violência doméstica durante o período de quarentena, foi publicada a Lei n. 14.022/2020, que alterou a Lei Maria da Penha, de forma a incentivar os meios

digitais para denúncias, concessão de medidas protetivas, investigações em relação aos delitos que envolvem a violência doméstica contra a mulher.

É de suma importância a propagação desses meios digitais como forma de respeitar o princípio da celeridade no âmbito do Poder Judiciário, bem como o trâmite das denúncias e das medidas protetivas.

No entanto, existem casos que precisam ser tratados presencialmente, mesmo durante a pandemia. E, tendo isso em vista, os órgãos precisam ser eficientes na prestação dos seus serviços, para que a mulher vítima de violência doméstica tenha acesso a toda assistência o mais breve possível, sendo uma dessas opções uma maior rotatividade dos servidores que prestam esses serviços no Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público e Delegacias.

Além disso, a publicidade acerca do combate da violência doméstica é um importante instrumento para coibir esses delitos. Isto é, ainda é necessário conscientizar a mulher a buscar seus direitos e não aceitar os relacionamentos abusivos, principalmente, durante esse período de maior vulnerabilidade. A união de todos os órgãos da segurança pública é primordial para diminuir a incidência da violência doméstica.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Sinal vermelho contra a violência**. Brasília, DF. 2020. Disponível em: <https://www.amb.com.br/sinalvermelho/>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra Mulheres: Lei Maria da Penha Crimes Sexuais Femicídio**. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06 de 07 de agosto de 2016**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra

a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.022/2020 de 07 de Julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional. Brasília, DF, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.641/2018 de 03 de Abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Brasília, DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13641.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

CALMON, Patricia Novais. Revista **Consultor Jurídico**. **Lei 14.022 é essencial para o combate à violência contra vulneráveis na Covid-19**. **Consultor Jurídico – CONJUR**, São Paulo, 23 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/patricia-novais-papel-lei-14022-crise-covid-19>. Acesso em: 10 ago. 2020.

COSTA, Patrícia Rosalba Salvador Moura. Violências contra mulheres em tempos de COVID-19. **Universidade Federal de Sergipe**, 02 abr. 2020. Sergipe. Portal Eletrônico. Disponível em: <http://www.ufs.br/conteudo/65089-violencias-contra-mulheres-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 03 abr. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. A Lei

Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: Inovação ou reforço do modelo penal tradicional?. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 4, p. 549-568, 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA – DPE/BA. **Delegacia Virtual baiana passa aceitar registros de crimes de violência doméstica após pedidos de diversas instituições, dentre elas da Defensoria**. DPE/BA, Bahia, 20 ago. 2020. Disponível em:

<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/delegacia-virtual-baiana-passa-aceitar-registros-de-crimes-de-violencia-domestica-apos-pedidos-de-diversas-instituicoes-dentre-elas-da-defensoria/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo no caminho da efetividade – abordagem jurídica e multidisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência 2019**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal>. Acesso em: 05 ago. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. São Paulo, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domesticacovid-19-v3.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

HAMILTON, Norma Diana. **Rompendo o ciclo da violência**: vozes femininas da literatura contemporânea afrodescendente anglófona. 2018. 237 f. Tese (Doutorado em Literatura e Práticas Sociais) – Departamento de Teoria Literária, Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p.152-165.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Cartilha Lei Maria da Penha e direitos da mulher**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/mulher/cartilha-maria-da-penha-e-direitos-da-mulher-pfdc-mpf>. Acesso em: 01 ago. 2020.

MISTRETTA, Daniele. **Lei Maria da Penha**: por que ela ainda não é suficiente. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP**, Marília, SP, v. 8, p. 1-8, 2011.

MORAIS, Milene Oliveira; RODRIGUES, Thais Ferreira. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. **Revista de Ciências Humanas**, Viçosa, v. 16, n. 1, p.89-103, jun. 2016.

SAMPAIO, Sara Gama. **Quem protege nossas vidas: A percepção das mulheres em situação de violência doméstica sobre a atuação do sistema de justiça e de segurança pública-Comarca de Salvador/BA.** 2017. 75 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

SÁ, Priscilla Placha. **Isolamento social e violência contra a mulher: a diferença entre fato ocorrido e fato comunicado.** A diferença entre fato ocorrido e fato comunicado. **TJPR**, Paraná. 18 de maio de 2020. Portal Eletrônico. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/isolamento-social-e-violencia-contr-a-mulher/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 20 ago. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – TJDFT. Núcleo Judiciário da Mulher. Lei Maria da Penha 13 anos. **TJDFT**, Brasília, DF, 2019. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/lei-maria-da-penha-completa-13-anos-1>. Acesso em: 29 jul. 2020.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo. v. 23, 2020.

**A (IN)VALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA EM KANT E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL:
REFLEXOS DO PÓS-POSITIVISMO**

*THE (IN) VALIDITY OF LABOR REFORM IN THE LIGHT OF THE DIGNITY OF
THE HUMAN PERSON IN KANT AND OF SOCIAL RETROCESS:
REFLECTIONS OF POST-POSITIVISM*

LA (IN) VALIDEZ DE LA REFORMA LABORAL A LA LUZ DE LA DIGNIDAD
DE LA PERSONA HUMANA EN KANT Y EL SELLO DEL RETROCESO
SOCIAL: REFLEXIONES DEL POSPOSITIVISMO

Matheus Frantz Bruel¹

Resumo: Neste trabalho, analisou-se a (in) validade da reforma trabalhista, especialmente no que tange às normas que flexibilizaram os direitos dos trabalhadores, à luz da dignidade da pessoa humana (em uma leitura kantiana) e da proibição do retrocesso social (efeito cliquet), previstos em diplomas internos e internacionais. Estudou-se, também, a vinculação da precarização dos direitos trabalhistas ao recrudescimento do sistema penal, mecanismo de controle das classes indesejadas pelo Poder Econômico e pelo Poder Político. Utilizou-se, para esse fim, do método hipotético dedutivo, visto que, a partir da hipótese, verificou-se pertinência. Ao final, conclui-se que a Lei 13.467/2017 é inconstitucional e, portanto, há de ser declarada inválida.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Inconstitucionalidade. Kant. Reforma Trabalhista. Sistema Penal.

Abstract: In this paper, the (in) validity of labor reform was analyzed, especially with regard to the rules that made workers' rights more flexible, in the light of the dignity of the human person (in a Kantian reading) and the prohibition of social retrogression (cliquet effect). It also became tangible with the link of precarious labor rights to the resurgence of the penal system, a mechanism for controlling unwanted classes to Economic and Political Power. For this purpose, the hypothetical deductive method was used, since, from the hypothesis, pertinence was verified. In the end, it is concluded that L. 13.467 / 2017 is unconstitutional and, therefore, must be declared invalid.

Keywords: Human Dignity. Kant. Labor Reform. Unconstitutionality. Penal System.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: matheusfrantz@hotmail.com.

Resumen: En este trabajo se analizó la (in) vigencia de la reforma laboral, especialmente en lo que respecta a las normas que flexibilizaron los derechos de los trabajadores, a la luz de la dignidad de la persona humana (en una lectura kantiana) y la prohibición de los derechos sociales. retroceso (efecto cliquet).), previsto en los diplomas internos e internacionales. También se estudió el vínculo entre la precariedad de los derechos laborales y el resurgimiento del sistema penal, mecanismo de control de clases no deseadas al Poder Económico y Político. Para ello se utilizó el método hipotético deductivo, ya que a partir de la hipótesis se verificó la pertinencia. Al final, se concluye que la L. 13.467 / 2017 es inconstitucional y, por tanto, debe ser declarada nula

Palabras Clave: Dignidad de la Persona Humana. Inconstitucionalidad. Kant. Reforma Laboral. Sistema penal

Data de submissão: 20/02/2021

Data de aceite: 19/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, uma sociedade pautada pelo capitalismo econômico, especialmente em um viés neoliberal. Vale dizer, há constante prática de flexibilização de direitos em prol do “mercado”, isto é, do capital financeiro. Em outras palavras, a “proposta neoliberal de instaurar o império do mercado, desmantelar o Estado de Bem-Estar social e reduzir direitos (...) direcionam-se unicamente à obtenção de lucro e aos interesses do mercado” (CASARA, 2017, p. 48).

Nesse contexto, em um período histórico conturbado, marcado por posições políticas controvertidas e autoritárias, com supressão velada de direitos e garantias fundamentais, especialmente das camadas vulneráveis da sociedade, surgiu a reforma trabalhista, litigiosa por si só, que foi ao encontro das reclamações da classe econômica, a qual, em diversos dispositivos, flexibilizou ou, até mesmo, suprimiu direitos trabalhistas.

Há, ressalte-se, constante vilipêndio aos direitos trabalhistas, tanto na iniciativa privada quanto no setor público. Por exemplo, neste ano (2021), aprovou-se a PEC 186 (que gerou a emenda constitucional nº 109), que dá azo

a potenciais retrocessos no serviço público canarinho. Há, ainda, no horizonte, a “reforma administrativa” (PEC 32/2020), que visa à supressão, por exemplo, da estabilidade dos funcionários públicos detentores de cargo público (à exceção do chamado “cargo típico de Estado”), submetendo-os, conseqüentemente, a pressões, muitas vezes autoritárias, da maioria política eventual.

Nesse cenário, verifica-se, também, concomitantemente à flexibilização dos direitos trabalhistas e, conseqüentemente, à inevitável concentração de riqueza, a potencialização do papel repressor do sistema penal pátrio¹, que, em uma sociedade dividida por classes, marcada pela preponderância do Poder Econômico – inclusive, sobre o Poder Político –, direciona-se à manutenção do estado *quo*².

Com efeito, no Brasil, país reconhecido mundialmente pela extrema desigualdade social enfrentada, há, ainda, sensível crise carcerária, com uma das maiores populações prisionais do mundo, inclusive, sendo declarado, em sede cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, o “estado de coisas inconstitucional”³ instaurado no sistema prisional.

Assim, neste trabalho, no qual se utilizou do método hipotético dedutivo, pesquisou-se acerca da validade (ou, em outro aspecto, da legitimidade) das

¹ Por exemplo, a recente Lei 13.964/2019, intitulada de “Pacote Anticrime”, apesar de avanços processuais, aumentou o limite máximo das penas (em abstrato) constantes de preceitos secundários de tipos penais incriminadores; majorou o limite de cumprimento da pena privativa de liberdade para 40 anos; alargou o rol de crimes hediondos, constante do artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.072 de 1990, positivando diversos crimes patrimoniais, a exemplo dos tipificados nos artigos 155, §4-A, e 157, § 2º, V, § 2º-A, I, § 2º-B e § 3º, todos do Código Penal.

² Isso já foi percebido pelo movimento “criminologia crítica”, que é pautada pela doutrina marxista. Em apertada síntese, estudando as estruturas de poder na compreensão criminológica, verificou-se que o sistema penal é voltado à preservação dos interesses da classe dominante, e não em um consenso entre as classes, as quais estão em conflito (VIANA, 2020, p. 333). A criminologia crítica pauta-se em “crítica do sistema político-econômico que configura o sistema punitivo: denúncia da funcionalidade do sistema penal para a manutenção do sistema capitalista; demonstração da relação de dependência existente entre o sistema político-econômico e o sistema de controle social punitivo” (CARVALHO, 2013, p. 283)

³ Trata-se de categoria jurídica desenvolvida pela Corte Constitucional Colombiana. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes, o estado de coisas inconstitucional é verificado quando, ante a insuficiência das autoridades públicas em contornar o problema, verifica-se “quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar determinadas conjunturas” (FERNANDES, 2020, p. 2.010)

referidas alterações à luz da dignidade da pessoa humana em Kant e da vedação ao retrocesso social (efeito *cliquet*), bem como em virtude da irradiação das normas principiológicas pelo ordenamento jurídico (pós-positivismo jurídico).

2 DA REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017)

Em 13 de julho de 2017, menos de um ano após o conturbado processo de Impeachment da Presidenta Dilma Rousseff⁴, publicou-se a Lei 13.467, a famigerada reforma trabalhista⁵, a qual alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452/43) e das Leis nº 6.019/74 (dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas,) 8.036/1990 (trata do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço,) e 8.212/91 (refere-se, dentre outros tópicos, à organização da Seguridade Social), a fim de, segundo constante da própria lei, “adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

Com efeito, modificaram-se, exemplificativamente, estes institutos *justralhistas*: i) intervalos intrajornada e interjornadas, os quais, além de poderem ser reduzidos por acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 611-A, inc. III, da CLT⁶), se suprimidos, serão indenizados (verba de natureza indenizatória), e não integrados à remuneração do empregado, vale dizer, sem natureza salarial⁷; ii) extinção das horas *itinere*⁸; iii) inclusão do trabalho

⁴ Importante notar que, desde do processo de impedimento da presidente eleita, realizaram-se reformas trabalhista e previdenciária. Em ambas, houve significativa redução de direitos dos trabalhadores e dos segurados, o que vai de encontro às modernas políticas de redistribuição de riquezas. Ora, tais direitos são direcionados, substancialmente, às classes vulneráveis da sociedade, vítimas, muitas vezes, da ferocidade de um sistema econômico pautado no capital.

⁵ Mencione-se que, desde 2017, houve outras “reformas trabalhistas”, a exemplo da empregada pela “Lei da Liberdade Econômica”, de 2019 (Lei nº 13.874);

⁶ Art. 611-A da CLT. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre - III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas

⁷ Art. 71, § 4º, da CLT: “A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho”

⁸ Art. 58, § 2º, da CLT: “A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro

intermitente⁹, o qual é despido de continuidade e certeza ao trabalhador, visto que a prestação de serviço dá-se a bel prazer do empregador; iv) retirada da natureza salarial de várias verbas¹⁰, as quais possuíam reflexos remuneratórios; e v) supressão do caráter obrigatório da contribuição sindical, que, agora, exige prévia e expressa anuência do empregado¹¹, deixando, portanto, de ter natureza tributária¹².

Ressalte-se que tais normas, em uma relação pautada pela subordinação do trabalhador ao empregador (ou, em uma visão macro, do vulnerável ao capital), visam (deveriam, pelo menos) à proteção do hipossuficiente – não apenas economicamente –, concretizando, em última análise, o princípio

limite - § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador

⁹ Art. 443, § 3, da CLT: “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”

¹⁰ Art. 458, § 2º, da CLT: Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas – § 2º I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada; VIII - o valor correspondente ao vale-cultura.

¹¹ Art. 545 da CLT: “Os empregados ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas aos sindicatos, quando por estes autorizados”. Ressalte-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 5794, por maioria, julgou constitucional a referida alteração, sustentando que não houve: a) violação à autonomia sindical; b) retrocesso social; c) atentado aos direitos dos trabalhadores. Porém, para os fins deste trabalho, cita-se este trecho do voto do relator, Ministro Edson Fachin, vencido: “sob a perspectiva da inconstitucionalidade material argumento também ganha relevo em face da real possibilidade de frustrar e fazer sucumbir o regime sindical reconhecido como direito fundamental social pelo constituinte de 1988”.

¹² Nesse sentido, são as lições de Sabbag: “a modificação introduzida pela Reforma Trabalhista retirou a compulsoriedade da exação. Para Leandro Pulsen, sendo a compulsoriedade elemento conceituação do Tributo, pode-se dizer que já não mais existe contribuição de natureza tributária” (SABBAG, 2019, p. 601).

constitucional da isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente em sua feição material¹³.

Ora, por exemplo, em relação aos intervalos durante a jornada de trabalho, que, classicamente, eram tidos como normas de ordem pública – a fim de evitar a alteração gravosa ao empregado do *quantum* mínimo de fruição –, tem-se que visam à proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores, que são direitos fundamentais, conforme se depreende do art. 7º, inc. XXII, da Constituição Federal de 1988¹⁴. Especialmente o intervalo interjornada objetiva viabilizar a fruição, por parte do empregado, de período mínimo de convivência social e familiar.

Assim, a permissão legal, constante do art. 611-A, III, da CLT de, por meio de negociação coletiva, reduzir-se este período para o limite mínimo de 30 minutos, além de desconsiderar o enfraquecimento dos sindicatos dos trabalhadores com a supressão da obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical, vai de encontro às exigências da saúde dos empregados, submetidos a extensas jornadas de trabalho.

Com efeito, em relação ao contrato de trabalho intermitente, legalmente conceituado, nos termos do 443, § 3º, da CLT como: “(...) o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade (...)”, tem-se que se trata de modalidade contratual que não atende aos anseios constitucionais, especialmente em razão da incerteza da efetiva prestação de serviço, apesar da sua constituição formal, obstando a fruição, pelo trabalhador, de direitos sociais constitucionalmente previstos. Assim,

O contrato de trabalho intermitente não assegura condições mínimas para existência digna do trabalhador brasileiro, além de não assegurar a fruição de direitos fundamentais sociais básicos como salário mínimo,

¹³ Em outras palavras, buscou-se, juridicamente, equiparar situações que, no plano fático, são desiguais. Vale dizer, não se objetiva colocar o empregado em situação exorbitantemente vantajosa, mas, apenas, igualá-lo, no plano jurídico, ao hipersuficiente fático: o empregador capitalista.

¹⁴ Art. 7º, XXII, da CRFB: “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

férias remuneradas, 13º salário e previdência social. Reduz o trabalhador a coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender (ALVES, 2018, p. 13).

Portanto, houve clara flexibilização das regras trabalhistas, o que consiste, nas palavras de Garcia, na “forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas, referentes, no caso, ao Direito do Trabalho” (GARCIA, 2018, p. 88). Em outras palavras – e a grosso modo – a reforma trabalhista resultou na piora dos direitos laborais (em um viés do empregado, vulnerável da relação). Vale dizer,

Em suma, a flexibilização das leis trabalhistas deveria consistir basicamente em um conjunto de regras mínimas que garantiriam a sobrevivência da empresa, por intermédio da modificação de comandos legais, isto é, uma mudança no texto que fosse capaz de trazer um maior equilíbrio entre empregado e empregador, e não uma retirada brusca de direitos como ocorreu na Lei 13.467/2017 (MOURÃO, 2017, p. 24).

Ato contínuo, mister mencionar o incremento de hipóteses de terceirização, as quais, a partir de 2017, passaram a ser permitidas em atividades fim e meio. Dito de outro modo, admite-se que haja terceirização nas atividades periféricas da sociedade empresária – por exemplo, relacionadas à limpeza, à segurança etc. – e nas atividades principais do empregador, aquelas operadas com o intuito de geração de lucro. Ressalte-se que o processo de terceirização, com afastamento da mão de obra do capital, é extremamente prejudicial ao trabalhador, visto que este fica mais vulnerável frente ao processo de produção econômica¹⁵.

Dessa forma, conclui-se que, com a reforma trabalhista, houve flexibilização das normas protetivas do direito do trabalho, aproximando-se, assim, a mão de obra à mera mercadoria à disposição do capital, contribuindo-

¹⁵ Em homenagem à honestidade acadêmica, em 2018, o STF, na ADPF 324, assentou a constitucionalidade da terceirização em todas as atividades do empregador, fixando este tese: I – É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre contratante e o emprego da contratada; II – A terceirização, competente à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da L. 8.212/1993.

se, conseqüentemente, para o aumento da desigualdade socioeconômica verificada em *terrae brasilis*.

3 DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL (EFEITO *CLIQUET*)

Como visto, o escopo primordial das alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista foi flexibilizar as normas protetivas existentes na relação de trabalho, em prol de uma suposta modernização. Porém, além de não lograr êxito em potencializar os postos de trabalho existentes, a Lei 13.467/2017 majorou a desigualdade socioeconômica presenciada no país.

Dessa forma, pode-se sustentar ofensa à vedação ao retrocesso social. Com efeito, diversos documentos internacionais preveem o chamado efeito *cliquet*, também conhecido como *entrenchment* ou entrincheiramento, que se refere à “preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinamento ou diminuição de suas prestações à coletividade” (RAMOS, 2020, p. 105).

Ato contínuo, segundo o referido autor, do ordenamento positivo interno, extrai-se o referido princípio dos artigos 1º, caput e inc. III, 5º, inciso XXXVI e § 1º, e 60, § 4º, IV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil. Do plano internacional, consta expressa previsão na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 29), que, consoante notória decisão do Supremo Tribunal Federal, possui *status* supralegal no ordenamento jurídico pátrio.

Dito isso, em doutrina, advoga-se pela existência de três requisitos para se verificar se determinada alteração legislativa foi legítima, à luz do efeito *cliquet*: a) a existência de justificativa de estrutura *jusfundamental*; b) a superação do crivo da proporcionalidade, em seus três aspectos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e c) a preservação do núcleo essencial do direito protegido (RAMOS, 2020).

Em um primeiro momento, verifica-se que inexistia justificativa de estrutura *jusfundamental* para tamanha flexibilização, especialmente

considerando o fato de ser o trabalho um direito fundamental (artigos 6º e 7º da Constituição da República Federativa do Brasil), constante, portanto, da mais alta categoria axiológica do ordenamento jurídico pátrio.

No mais, as modificações introduzidas pela Lei 13.467/2017 não resistem a uma filtragem constitucional à luz do princípio da proporcionalidade, especialmente nos particulares necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, dado que não se tratava do meio menos gravoso para se atingir os fins almejados, tampouco, após cerca de quatro anos da sua efetivação, os benefícios mostraram-se superiores aos malefícios produzidos. Por fim, não se pode dizer que se garantiu o núcleo essencial dos direitos modificados, tendo em vista o flagrante e, muitas vezes, velado enfraquecimento da proteção do vulnerável.

Em resumo, houve evidente retrocesso social com as modificações introduzidas pela reforma trabalhista, a qual aproximou a relação de trabalho de mera mercadoria, objetificando-a, especialmente quando da análise do contrato de trabalho intermitente, como visto, previsto no art. 452-A da CLT¹⁶, o que vai, também, de encontro ao princípio constitucional do valor social do trabalho, previsto no artigo 1º, inc. IV, primeira parte, da CRFB/88¹⁷.

4 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM KANT

Immanuel Kant, nascido em 22 de abril de 1724, na cidade de Königsberg, na Prússia (hoje, Alemanha), foi um dos principais filósofos da modernidade. Seu

¹⁶ Em relação ao contrato de trabalho intermitente, ressalte-se que há, no Supremo Tribunal Federal, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 5826, 5829 e 6154, buscando a declaração, em controle abstrato de constitucionalidade, da incompatibilidade da referida modalidade de contratação trabalhista com a Constituição da República Federativa do Brasil. Hoje, 19 de março de 2021, o julgamento encontra-se suspenso, em razão do pedido de vista da Ministra Rosa Weber. Até o momento, o Ministro relator, Edson Fachin, votou pela inconstitucionalidade da referida modalidade, ao passo que os Ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes sustentaram a compatibilidade do trabalho intermitente com o texto constitucional de 1988

¹⁷ Art. 1º da CRFB: 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 – inc. IV: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

pensamento, especialmente na última metade de sua vida, foi baseado em uma ótica iluminista e liberal (MASCARO, 2019). Juridicamente, uma de suas principais contribuições deu-se acerca do conceito de dignidade da pessoa humana, cerne dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

No entanto, a positivação, em constituições, da dignidade da pessoa humana, é recente. Em regra, apenas após a segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948)¹⁸, que as cartas políticas passaram a, expressamente, reconhecer o referido postulado (SARLET, 2019, p. 74), concomitantemente ao desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, com a criação da ONU¹⁹ e a entrada em vigor internacional do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) bem como, no âmbito regional, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH). Em outras palavras, a dignidade humana “só vai emergir e se consolidar no vocabulário jurídico como uma reação da comunidade internacional ao totalitarismo dos regimes nazifascistas e às atrocidades por eles cometidas no contexto da Segunda Guerra”²⁰ (WEYNE, 2013, p. 88)

Não obstante, Kant, em lição clássica, desde o século XVIII, adverte que o homem há de ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso desta ou daquela vontade, ou seja, como um mero instrumento. Portanto, o homem “tem de ser avaliado não meramente como um meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) [...]” (KANT, 2013). Em última análise, veda-se a coisificação do ser humano.

¹⁸ Há exceções: a Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), assim como a portuguesa de 1933, por exemplo, já previam, de forma expressa, o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹ O artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) diz que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

²⁰ Em sentido semelhante, são as lições de Flávia Piovesan: “A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo” (PIOVESAN, 2018, p. 211).

Pode-se, ainda, no pensamento de Kant, centralizar o conceito da dignidade na capacidade de autodeterminação da pessoa, que é racional, a fim de que esta consiga desenvolver, plenamente, sua personalidade²¹. Nesse sentido, Schramm aduz que, em Kant, a norma da dignidade da pessoa humana está ligada intimamente “com a autonomia da vontade do ser humano, o ser racional. Essa autonomia, entendida como a faculdade de se autodeterminar e agir de acordo com determinadas leis (leis universais)” (SCHRAMM, 2010, p. 152).

Nessa seara, são as lições de Moraes, no sentido de que dignidade da pessoa humana é “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas [...]” (MORAES, 2013, p. 48). Com efeito, em razão de sua condição humana e, por consequência, de sua dignidade, qualidade inerente, o ser humano tem o direito de decidir, de forma autônoma, sobre seus projetos existenciais e, principalmente, sobre a sua felicidade.

Merece destaque, ainda, este conceito de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham lhe garantir as condições existenciais mínima para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integra a rede da vida (grifos nossos) (SARLET, 2019, p.70-71)

²¹ Aliás, Werner Goldschmidt assevera que “el principio supremo de la justicia estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad; La justicia protege al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su libertad de desarrollar su personalidad” (GOLDSCHMIDT, 1986, p. 189). Percebe-se, então, que a função da justiça é garantir o livre desenvolvimento da personalidade do ser humano. Fala-se, inclusive, que o principal objetivo do direito contemporâneo é “assegurar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e à sua realização” (SCHREIBER, 2019, p. 97).

Ainda, mister destacar que a dignidade humana é uma qualidade inerente à pessoa humana, pelo simples fato de ser *Homo sapiens*, isto é, não se escalona seres humanos em níveis de dignidade. Assim, “todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações” (SARLET, 2019, p. 53).

Neste trabalho, portanto, adotar-se-á a matriz kantiana de dignidade da pessoa humana, no sentido de que o cerne do princípio fundamental ora em estudo encontra-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa, a fim de que haja pleno e integral desenvolvimento de sua personalidade. Lembre-se, também, que o indivíduo é um fim em si mesmo, e não um meio para a vontade de outras pessoas (instrumento).

Aliás, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, adentrou-se no período chamado de neoconstitucionalismo, no qual os princípios constitucionais, inclusive a dignidade da pessoa humana, passaram a ter força normativa imediata. Pontue-se, ainda, que a dignidade humana é vinculada, de forma indissociável, aos direitos humanos e fundamentais. Aqui, mister mencionar as didáticas lições de Binjenbojm

Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a *ductibilidade* necessária para a acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança (BINENBOJM, 2014, p. 64)

Como fundamento filosófico ao neoconstitucionalismo, surge o pós-positivismo, marcado pela (re) aproximação do direito à moral, que tem como principal ponto, pelo menos para os fins deste trabalho, o reconhecimento de força normativa autônoma aos princípios jurídicos, o que, obviamente, inclui a dignidade da pessoa humana, princípio (ou fundamento) maior da Carta Política de 1988.

Dessa forma, afrontando-se princípio jurídico constitucional, independente do grau de abstração ou concretização deste, é viável a declaração da inconstitucionalidade da norma²² (ou inconvenção, no plano do direito internacional dos direitos humanos).

Em resumo, a proteção da dignidade da pessoa humana é meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito (SARLET, 2019, p. 29). Dessa forma, leis que atentam contra princípios constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, além de ilegítimas, são inconstitucionais e, portanto, inválidas, devendo ser excluídas do ordenamento jurídico.

5 DA INVALIDADE/ILEGITIMIDADE DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO PENSAMENTO KANTIANO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Consoante visto no primeiro tópico, as normas extraídas da L. 13.467/2017, que alteraram, dentre outros diplomas, a CLT, flexibilizaram (pioraram) as leis trabalhistas, no que tange ao polo vulnerável da relação: o trabalhador subordinado ao capital. Assim, houve desvalorização da mão de obra frente ao capital, processo típico do neoliberalismo econômico. Em outras palavras,

Não há dúvida de que esta reforma trabalhista representa uma estratégia político-econômica conservadora e 'ultraneoliberal' voltada a tornar ainda mais incisivo o controle da força de trabalho pelo mercado, ou, em outros termos, o controle da classe trabalhadora pelo capital. A ideia é desnaturar o Direito do Trabalho para fragilizar e pressionar, individualmente, os trabalhadores, eliminando-se do mercado de trabalho mecanismos considerados 'anticompetitivos' sob o prisma empresarial e limitativo à potencialização do livre mercado, no aspecto político-ideológico (BARROSO; ROCHA; RIBEIRO, 2018, p.64).

²² A título exemplificativo, cite-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle incidental de constitucionalidade, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 646.721, que reconheceu, com base na dignidade da pessoa humana e em outros princípios jurídicos, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que previa tratamento sucessório mais gravoso ao companheiro em relação ao cônjuge.

Dessa forma, com a precarização da mão de obra, há inevitável empobrecimento das classes trabalhadoras, que, paulatinamente, retiram fração menor do produzido com seu trabalho, deixando as riquezas, substancialmente, ao detentor dos meios de produção.

Com isso, considerando a inerente transformação da mão de obra em mera mercadoria posta à disposição do capital (nesse sentido, por exemplo, os lamentáveis institutos da terceirização e do contrato de trabalho intermitente), que vai de encontro à dignidade da pessoa humana, visto que transforma o trabalhador em meio para a finalidade econômica – processo inerente às relações trabalhistas, que, no entanto, foi sensivelmente majorado com a lei em comento –, tem-se que, inevitavelmente, houve direta afronta à dignidade da pessoa humana (em uma matriz kantiana), em razão de que, a um só tempo, violou-se i) a proibição do retrocesso social; ii) o valor social do trabalho, reconhecido constitucionalmente (art. 1º, inc. I, primeira parte); além de iii) potencializar a desigualdade social, em descompasso com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. III, da Carta Magna de 1988).

No mais, não se pode perder de vista que, com o vilipêndio de direitos trabalhistas, reduz-se o grau de autonomia – cerne da dignidade humana kantiana, como visto acima – do trabalhador em uma sociedade dividida em classes, especialmente à luz das novas tendências do neoliberalismo, que são pautadas pelo poderio econômico. Vale dizer, não se pode falar – se é que já se pôde no atual modelo econômico – em plena autonomia, quando se está, de forma heterônoma, vinculado ao Poder Econômico por condicionantes advindas do modo de produção.

Por outro lado, tem-se visto, recentemente, recrudescimento das políticas penais, as quais, inegavelmente, em razão da notória seletividade do sistema

criminal²³, tanto em relação à criminalização primária²⁴ quanto à criminalização secundária²⁵, visam ao controle dos excluídos pelo Poder Econômico. Dito de outra forma, com a flexibilização das normas trabalhistas, aumentar-se-á o nível de concentração de renda e, considerando que a riqueza é finita, majorar-se-á a espessura da camada vulnerável da sociedade, à qual se reserva o direito penal punitivo. Vale dizer:

O poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e econômico. [...] hoje tem a finalidade política de neutralizar inimigos e atender à razão neoliberal. O neoliberalismo, aliás, percebido como um modo de governar a sociedade, tem que recorrer ao poder penal para sustentar o projeto capitalista (CASARA, 2019, p. 92-93).

Portanto, as mencionadas alterações legislativas, em razão da flagrante ilegitimidade, não de ser declaradas, incidental ou autonomamente, inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, inclusive, menciona-se que, no Supremo Tribunal Federal, há ações abstratas de controle de constitucionalidades objetivando a declaração da invalidade das referidas normas. Por exemplo, citam-se as ações diretas de constitucionalidade 58 e 59, que tratam do índice de correção monetária dos créditos trabalhistas, e as ações diretas de inconstitucionalidade 6002, que impugna a necessidade de valor certo do pedido para a propositura de reclamações trabalhistas, bem como as 5870, 6082, 6050 e 6069, que se referem ao tabelamento dos danos extrapatrimoniais relativos às relações de trabalho.

²³ Sobre o tema, com maestria, leciona Nilo Batista: “o sistema penal é apresentado como igualitário [...] quando na verdade é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas” (BATISTA, 2011, p. 25)

²⁴ Dá-se quando da definição, em abstrato, das condutas tipificadas, pelo legislador, como passíveis de repressão penal. Diz-se que há evidente seletividade dado que, por exemplo, vários delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, quando afrontam ao bem jurídico patrimônio, caro à sociedade capitalista, são rigorosamente sancionados, ao passo que outras condutas, especialmente reprováveis em uma sociedade de classe, como a demissão em massa, são, inclusive, legitimadas e, constantemente, facilitadas pelo direito positivo.

²⁵ Refere-se ao processo de aplicação, pelas instâncias formais e informais, de controle do direito penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, portanto, verificou-se a ilegitimidade/invalidade da reforma trabalhista, especialmente no que tange aos dispositivos restritivos/excludentes de direitos dos trabalhadores, visto que estes, subordinados ao capital, foram reduzidos a meros instrumentos utilizados pela busca incessante do capital pela aquisição de renda.

Além disso, demonstrou-se que, em razão do pós-positivismo jurídico, no qual os princípios morais possuem eficácia irradiante no ordenamento jurídico, bem como em virtude da expressa previsão constitucional do postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/88), faz-se mister que a reforma trabalhista, no que tange aos dispositivos prejudiciais aos trabalhadores, seja declarada, pelo Poder Judiciário, inconstitucional²⁶ e inconvenção, visto que

i) afronta diretamente a dignidade da pessoa humana, fundamento normativo da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88), coisificando o empregador perante o capital;

ii) vai de encontro ao valor social do trabalho, princípio previsto no art. 1º, IV, da Carta Política de 1988, na medida em que majora a aceção de mera mercadoria à força de trabalho alienada pelo empregado;

iii) viola o efeito *cliquet*, dado que consubstancia evidente retrocesso social em relação aos direitos sociais e fundamentais, vedado pela Carta Magna e por tratados internacionais do qual o Brasil é signatário, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do Protocolo de São Salvador.

REFERÊNCIAS

²⁶ Aliás, ressalte-se que conclusão idêntica depreende-se de enunciado aprovado na a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, organizada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), no sentido de que: “A Lei no 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material.”

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Síntese Trabalhista**, v. 29, abril, 2019. p. 13.

BARROSO, F.T.; ROCHA, C.L.; RIBEIRO, A. A reforma trabalhista e a desnaturação do Direito do Trabalho. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, v. 58, p. 51-66, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 de nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de nov. 2020.

CARVALHO, Salvo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, p. 279-303, 2013.

CASARA, Rubens R R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)**. Buenos Aires. Depalma, 1986.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis, RJ: Universitária São Francisco, 2013.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOURÃO, Natália Lemos. A inconstitucionalidade da jornada do trabalho na reforma trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 184, p. 19-36, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SCHRAMM, Jenice Pires Moreira da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a experiência ética e a sua concretização através das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 72, p. 151-190, jul./set. 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.

**A IRRECORRIBILIDADE DA ABSOLVIÇÃO PELO QUESITO GENÉRICO NO
TRIBUNAL DO JÚRI E A CENSURA DE TESES, GERADORA DE ZONAS
ABSTRATAMENTE IMPEDITIVAS DE DEFESA**

*THE IRRECORRIBILITY OF ABSOLUTION BY THE GENERIC QUESTION IN THE
COURT OF THE JURY AND THE CENSORSHIP OF THESES, GENERATING
ABSTRACTLY IMPEDITIVE DEFENSE AREAS*

**LA IRRECORRIBILIDAD DE LA ABSOLUCIÓN POR LA CUESTIÓN GENÉRICA
EN LA CORTE DEL JURADO Y LA CENSURA DE ESTAS, GENERANDO
ÁREAS DE DEFENSA ABSTRACTAMENTE IMPEDITIVAS**

Andre Esteves de Andrade¹

Resumo: Análise da admissibilidade de recurso por decisão manifestamente contrária à prova dos autos em face da absolvição pelo quesito genérico no procedimento do Tribunal do Júri, trazido pela Lei nº 11.689/2008. Exame da viabilidade constitucional e convencional da limitação da decisão dos jurados por meio da criação de zonas abstratamente impeditivas de defesa, proibindo a utilização de teses pelo defensor e pelo acusado, direta ou indiretamente, como deferido liminarmente pelo STF na ADPF 779/DF, vedando-se a utilização da tese da legítima defesa da honra na seara da violência de gênero contra a mulher. Utiliza-se, como método de pesquisa, a apuração das razões da existência do instituto do júri, por meio de sua construção histórica, aferindo a possibilidade de se limitar sua decisão, substituindo-a, ainda que em juízo meramente rescidente, pelo poder centralizado. Efetiva-se, ainda, ponderação da compatibilidade, com os princípios constitucionais atinentes ao júri, da alteração legal da forma de colher a decisão dos jurados, criando-se quesito genérico de absolvição. Conclui-se pela impossibilidade do recurso, face a soberania dos veredictos, bem como o julgamento por íntima convicção, sendo inclusive impossível sindicá-lo, após a acertada reforma do sistema de quesitação, as razões da decisão. Passa-se a se examinar, então, os direitos e garantias fundamentais atrelados ao direito de defesa, refletindo não só sobre a plenitude resguardada ao júri, mas sobre sua própria existência, chegando-se à conclusão pelo descabimento da censura geral e abstrata.

Palavras-chaves: Tribunal do júri. Soberania dos veredictos. Íntima convicção. Admissibilidade de recurso. Plenitude de defesa.

Abstract: Analysis of the admissibility of an appeal by decision manifestly contrary to the evidence in the case in view of the acquittal for the generic item in the procedure of the Jury Court, brought by Law No. 11,689 / 2008. Examination of the constitutional and conventional feasibility of limiting the jury's decision through the creation of abstractly impeding defense zones, prohibiting the use of theses by the defender and the accused, directly or indirectly, as deferred by the Supreme Court in ADPF 779/DF,

¹ Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduado em processo pela Faculdade Integradas de Jacarepaguá. Ex-dirigente do Núcleo de Defesa Criminal (NUDECRIM) da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: andre.esteves.andrade@gmail.com.

prohibiting the use of the thesis of the legitimate defense of honor in the field of gender-based violence against women is used. As a research method, it is used to ascertain the reasons for the existence of the jury institute, through its historical construction, assessing the possibility of limiting its decision, replacing it, even in a merely rescuing judgment, with centralized power. It is also effective to consider the compatibility of the alteration of the way in which the decision of the jurors is taken, creating the generic question of acquittal, with the constitutional principles related to the jury. It is concluded that the appeal is impossible, given the sovereignty of the verdicts, as well as the judgment by intimate conviction, and it is even impossible to unionize, after the correct reform of the questioning system, the reasons for the decision. Then, the fundamental rights and guarantees linked to the right of defense are examined, reflecting not only on the fullness of the jury, but on its own existence, reaching the conclusion that general and abstract censorship is unreasonable.

Keyword: Jury court. Sovereignty of verdicts. Admissibility of an appeal. Prohibition of defensive theses. Full defense.

Resumen: Análisis de la admisibilidad de un recurso de apelación por decisión manifiestamente contraria a la prueba del caso en vista de la absolución por ítem genérico en el procedimiento del Juzgado de Justicia, interpuesto por la Ley N° 11.689 / 2008. Examen de la viabilidad constitucional y convencional de limitar la decisión del jurado mediante la creación de zonas de defensa de impedimento abstracto, prohibiendo el uso de tesis por parte del defensor y el imputado, directa o indirectamente, según difiere el Tribunal Supremo en ADPF 779 / DF, prohibiendo Se utiliza la tesis de la legítima defensa del honor en el ámbito de la violencia de género contra la mujer. Como método de investigación, se utiliza para conocer las razones de la existencia del instituto del jurado, a través de su construcción histórica, valorando la posibilidad de limitar su decisión, sustituyéndola, incluso en un juicio meramente salvador, por el poder centralizado. También resulta eficaz considerar la compatibilidad, con los principios constitucionales relacionados con el jurado, de la alteración jurídica de la forma de recabar la decisión de los jurados, creando un requisito genérico de absolución. Se concluye que la apelación es imposible, dada la soberanía de los veredictos, así como la sentencia por íntima convicción, e incluso es imposible sindicalizar, luego de la correcta reforma del sistema de interrogatorios, los motivos de la decisión. Luego, se examinan los derechos y garantías fundamentales vinculados al derecho de defensa, reflexionando no solo sobre la plenitud del jurado, sino sobre su propia existencia, llegando a la conclusión de que la censura general y abstracta es irrazonable.

Palabras clave: Tribunal de jurado. Soberanía de los veredictos. Convicción íntima. Admisibilidad de recurso. Defensa completa.

Data de submissão: 21/03/2021

Data de aceite: 16/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Apesar das dificuldades de se apontar com exatidão o marco histórico da existência de julgamentos de crimes não diretamente pelo poder regente, mas pelos integrantes da própria comunidade em que foram cometidos, é seguro entender que remonta há muito antes do IV Concílio de Latrão, que em 1215 aboliu as ordálias (juízos de Deus) como forma de aferição de culpa, e da assinatura da Magna Carta inglesa pelo rei João “Sem-Terra”, nesse mesmo ano, trazendo no art. 48 a garantia de julgamento pelos pares.

No entanto, a despeito da origem histórica controversa, convém apontar que o instituto do júri está diretamente ligado ao afastamento do poder do déspota, exercido diretamente ou por meios de seus magistrados, transferindo-o diretamente a população reflexamente atingida pela ação criminosa. Tal transferência, entretanto, dificilmente é realizada de bom grado por quem detém o poder. Tanto é assim que o direito ao julgamento pelos pares foi oficializado justamente por monarca enfraquecido, em razão de revolta dos barões ingleses, tendo sido obrigado a firmar o documento imposto sob pena de perder a coroa¹.

Nos Estados Unidos, o júri é contemporâneo à colonização, tendo aplicação muito antes de constituir nação independente. Com a emancipação, manteve-se como um dos valores máximos, tendo inclusive constado na Declaração de Independência, aprovada em 1776, que um dos motivos da decisão foi o fato de a Grã-Bretanha “privar-nos, em muitos casos, dos benefícios do julgamento pelo júri”. Foi posteriormente incluído na Constituição Americana de 1787, mantendo-se até os dias atuais como garantia fundamental do cidadão.

O conceito de julgamento pelo próprio povo também se enquadrou nos ideais iluministas da Revolução Francesa. Não podia mais ser tolerado, na nova ordem legal, que o ofício jurisdicional penal fosse realizado nos moldes antes praticados por magistrados do regime monárquico, oriundo das castas nobres,

¹ Sobre as condições em que a Magna Carta de 1215 foi firmada, consultar: CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: Conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, Ano 23 n. 91 jul./set., 1986.

distantes do povo. Assim, dentro do ideário republicano, estabeleceu-se o julgamento popular na França, como símbolo contra o absolutismo. A partir de então se espalhou pelo mundo, juntamente com as máximas de liberdade, igualdade e fraternidade.

No presente trabalho, em que se propõe a análise da amplitude da soberania das decisões do Conselho de Sentença, tanto no tocante a possibilidade de sua revisão, quanto da suposta existência de fatos ou teses proibidas de serem por ele examinadas, parte-se justamente do pressuposto da própria existência do Tribunal do Júri: trata-se de instituto que visa subtrair da casta dominante (outrora, reis, senhores feudais e seus representantes, hodiernamente, magistrados togados) o poder de julgar criminalmente o indivíduo, passando-o diretamente ao povo. Constitui mecanismo de exercício direto da soberania, essencial à afirmação da participação do indivíduo na aplicação do poder, sendo sua real observância bandeira da liberdade gozada por uma determinada população. Como bem apontado por Rui Barbosa:

A zona ocupada pelo júri através do mundo contemporâneo traça quase exatamente o meridiano jurídico da civilização, e, pela nitidez com que a sua realidade se acentua de país a país, se poderia determinar a situação da liberdade individual no seio de cada povo².

Tal sinalização é ainda mais importante quando se direciona ao Direito Penal, instrumento histórico de dominação utilizada pela classe privilegiada (social, política ou economicamente), tanto do ponto de vista abstrato, com a escolha das condutas a serem criminalizadas³, quanto da notória seletividade da criminalização secundária, tão bem analisada por Zaffaroni e Nilo Batista⁴. Com efeito, é evidente que a clientela habitual do Direito Penal tem cor e condição socioeconômica perfeitamente identificáveis, e não são as mesmas dos juízes

² BARBOSA, Rui. **Obras Completas**, vol. XXIII, 1896. Tomo III. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 171-172.

³ Basta analisar, aqui, a pena de latrocínio e do homicídio, para se ver nítido o caráter patrimonialista de nosso Código Penal, publicado em 1940, preocupado em proteger quem detém o patrimônio de quem não tem.

⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 40-53.

togados.

Nesse ponto, não se deixa de concordar que a realidade demonstra que o jurado habitual não pode ser descrito como “par” daquele que vai julgar. Como ponderado por Paulo Rangel⁵, o grosso daqueles que constam na lista de jurados são funcionários públicos, profissionais liberais e comerciantes. Indivíduos com empregos, bem alimentados, com nível cultural ao menos mediano e inseridos socialmente. Já os réus são majoritariamente compostos por pessoas pobres, incultas e residentes de periferias, vilas e favelas. Vivem em ambientes extremamente violentos e carentes das mínimas condições de existência digna. A justa crítica, no entanto, não afasta o raciocínio de que a distância do juiz togado para os acusados é muito maior, uma vez que se tratam de funcionários da mais alta cúpula do poder, integrando a classe média alta, com ganhos dezenas de vezes superiores ao salário mínimo nacional. Não possuem a mesma cor dos réus, nem possuem em suas vivências experiências similares às dificuldades enfrentadas por eles. Muito mais factível buscar meios para aperfeiçoar a representatividade popular dos sete jurados que comporão o Conselho de Sentença, do que tentar diminuir a distância dos mundos do magistrado togado e do sujeito passivo habitual do Direito Penal.

Obviamente, não se trata apenas de falta de identificação. Em realidade, entende-se que o Tribunal do Júri, composto diretamente por pessoas do povo que não necessariamente possuem conhecimento jurídico, decidindo por íntima convicção e utilizando-se de elementos extrajurídicos, possibilita julgamento mais humanizado. A observância prática evidencia que o processo penal se encontra contaminado pela automaticidade, em que cada sentença significa somente menos um na pilha, em razão da sobrecarga de trabalho e da repetição infinita de casos. Em uma sociedade em que o tempo da vida entra cada vez mais em conflito com o tempo do processo, na qual todos estão adestrados, pelo uso diário de ferramentas de comunicações instantâneas, a não esperar por

⁵ RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**: visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

nada, as respostas aos anseios também devem ser imediatas. Cada vez mais se privilegia a quantidade em desfavor da qualidade, e não é de espantar que o juiz não “perca tempo” para examinar cada alegação feita pela defesa, cada peculiaridade do caso concreto. Ao contrário, é coerente com todo esse contexto a realização da atividade judicial em linha de produção fordista, na base do colar e copiar⁶, abusando-se de chavões como “ordem pública”, “gravidade do delito”, “legitimidade da palavra dos policiais”, “conjunto probatório” e tantos outros que são de evidente conhecimento de todos que atuam na área jurídica. Não surpreende que as diversas alterações legislativas dos últimos anos, buscando que as alegações das partes sejam efetivamente lidas e consideradas, afastando verdadeiras pseudecisões que não atendem materialmente ao dever constitucional de fundamentação, tenham obtido pouco sucesso, mantendo-se, mesmo após a entrada em vigor do novo CPC, inclusive do importante art. 489, o conhecido não está o juiz “obrigado a manifestar-se sobre todas as teses aventadas pelas partes, mas apenas àquelas capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador”⁷.

O que também não espanta, entretanto, é que no procedimento do júri, evidentemente não encaixado na lógica da notícia transmitida na velocidade da

⁶ Aponta-se a apreensão de que caminhe nesse sentido a cada vez mais comum (e inafastável) utilização da inteligência artificial como auxílio ao julgador (instrumento de apoio à tomada de decisões judiciais), inclusive com a catalogação automática das teses trazidas pelas partes e sugestão de decisão, bem como cálculos automáticos de penas, prescrição e verificação de reincidência. Nesse sentido, espera-se que seja dada real observância ao art. 23 da Resolução Nº 332 de 21/08/2020 do CNJ, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário: “art. 23. A utilização de modelos de Inteligência Artificial em matéria penal não deve ser estimulada, sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas”. Entende-se, entretanto, que na seara penal tais ações não deveriam somente ser desestimuladas, mas sim vedadas, uma vez que não é possível massificar o processo penal, que tem objeto absolutamente diverso do que, por exemplo, o Direito Previdenciário. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução n. 332 de 21/08/2020 do CNJ. **DJe/CNJ**, Brasília, DF, n. 274, de 25/08/2020. p. 9.

⁷ “[...]. 2. Ausência de violação do art. 489 do NCPC. O Tribunal estadual não está obrigado a manifestar-se sobre todas as teses aventadas pelas partes, mas apenas àquelas capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Precedentes. 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2020/0059084-0. Relator: Min. Moura Ribeiro. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 24 set. 2020. Disponível em: Acesso em: 29 abr. 2021.

luz e da automação gerada pela enfadonha repetição, tenha-se maior possibilidade de se conseguir julgamento justo, humanizado e coerente com os reais anseios sociais. Tal atenção diferenciada ao caso em julgamento talvez surja como uma das principais razões das diversas vezes em que o Conselho de Sentença alcança decisão absolutamente diversa daquela a que chegaria o juiz togado. Tivesse este analisado os fatos sem pré-julgamentos decorrentes não só da atuação na fase de inquérito daquele feito, mas de milhares de outros, se tivesse escutado por horas as alegações da acusação e da defesa, com a necessária atenção, despida de rotina, mantendo-se em brasas a singularidade de se estar ponderando a liberdade de outro ser humano, talvez a decisão obtida seria a mesma.

Assim, no presente trabalho se analisará o Tribunal do Júri na forma como previsto em nossa Constituição Federal: direito individual e coletivo fundamental, cláusula pétrea, verdadeiro símbolo da liberdade, essencial para que o real detentor do poder possa exercê-lo diretamente, sem submissão a figuras de autoridade, buscando-se um julgamento – demorado, custoso e complexo, é verdade –, mas humanizado.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA NA FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS QUESITOS AO CONSELHO DE SENTENÇA, CULMINANDO NA CRIAÇÃO DO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO PELA LEI Nº 11.689/2008

No Brasil, o júri nasceu 1822, embora em descompasso com valores a ele atribuídos pela revolução francesa, já que foi primeiramente previsto para julgar apenas crimes de imprensa, e os jurados seriam 24 “homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”, não sorteados, mas escolhidos para exercer a função. Somente poderia ser jurado quem tivesse direitos políticos, o que afastava da função a esmagadora maioria da população, deixando o cargo somente para a

classe dominante⁸.

A constituição de 1824 previu o júri no capítulo referente ao Poder Judiciário, na forma que os códigos o determinarem. Houve então o Código de Processo Criminal de 1832, passando a ser ampla a competência. Com a proclamação da república, foi mantido o instituto pela Constituição de 1891 (agora na parte dos direitos e garantias individuais), e posteriormente pela de 1934 (com retorno ao capítulo dos órgãos do Poder Judiciário). Comprovando, mais uma vez, que o respeito ao júri é inequívoco estandarte da efetiva liberdade gozada por um povo, o instituto não constou na Constituição outorgada em 1937, fruto da Ditadura Vargas, influenciada pela ideologia totalitária que se espalhava pela Europa. Houve dúvida, então, se a omissão importaria em extinção. Editou-se o Decreto-Lei nº 167 de 1938, mantendo o instituto, mas permitindo a apresentação de recurso quanto ao mérito. Era possível a apelação da decisão considerada injusta, “por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”, sem a previsão de novo júri nesse caso (o que era possível somente no provimento da apelação por motivo de nulidade). Decretou-se a morte, assim, da soberania da decisão popular, em prevalência da centralização do poder, não por coincidência em momento de evidente restrição da liberdade da população. Como bem apontado por Paulo Rangel:

O Tribunal de Apelação, na época, sofria fortes influências do ditador Vargas, que exercia controle sobre ele. Por isso, o júri era manipulado pelo exercício abusivo do poder, perdendo sua origem de tribunal popular, democrático, criado para retirar das mãos do déspota o poder de decisão sobre a vida dos súditos⁹.

Com o final da segunda guerra mundial e a derrota dos regimes fascistas, o mundo e o Brasil passaram a respirar ares mais democráticos. A Constituição de 1946 novamente elencou o júri como garantia fundamental, porém agora expressamente resguardando o sigilo das votações, a plenitude da defesa e a soberania dos veredictos, bem como garantindo a competência mínima para o

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁹ Rangel, 2018, p. 72.

juízo dos crimes dolosos contra a vida. Em observância a alteração constitucional, foi editada a Lei nº 263/48, a qual modificou o art. 593 do Código de Processo Penal. A possibilidade de apelação quanto ao mérito foi mantida, agora utilizando os termos “decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”, mas determinando que o tribunal não podia mais realizar juízo rescisório da decisão. Constatado que a mesma é manifestamente contrária à prova dos autos, somente poderia haver juízo rescisivo, determinando-se a realização de novo júri, o que só poderia ocorrer uma vez. Entendeu-se, assim, que com a proibição da reforma da decisão diretamente pelo tribunal, haveria compatibilização com o princípio da soberania dos veredictos.

Com o retorno da ditadura, as constituições de 1967 e 1969 mantiveram o Tribunal do Júri, mas somente a primeira permaneceu garantido expressamente sua soberania.

A Constituição de 1988, considerada a Constituição Cidadã, em razão da evidente primazia dos direitos e garantias fundamentais, manteve o júri com esse status, reconhecendo os quatro princípios basilares que constaram expressamente na constituição de 1946.

Quanto à decisão a ser proferida pelos jurados, a mesma era e continua sendo por íntima convicção. Aos jurados são apresentados quesitos, em que respondem apenas sim ou não, sem a exigência de qualquer motivação. Com a Lei nº 11.689/2008, entretanto, houve enorme modificação na forma como o Conselho de Sentença se manifesta sobre as teses defensivas. No sistema anterior, era feito um quesito para cada tese apresentada pela defesa que “por lei isente de pena ou exclua o crime”. Com a reforma, passou-se a se aglutinar todas as teses defensivas, salvo negativa de fato, objeto do primeiro quesito, e negativa de autoria, objeto do segundo, em questionamento genérico, sendo apenas indagado: “O jurado absolve o acusado?”. Como se vê do art. 483, III, do Código do Processo Penal (CPP), trata-se de quesito obrigatório, devendo ser aplicado mesmo se a defesa não apresentar qualquer tese passível de absolvição.

Trata-se, portanto, de alteração que visou a simplificação, evitando que

ao Conselho de Sentença fosse imposta longa lista de quesitos, complexos, diminuindo inclusive as chances de respostas contraditórias. É mais adequado, ainda, ao sigilo da votação e a decisão por íntima convicção, sem fundamentação, e à própria soberania. Em verdade, os jurados não estão adstritos às teses apresentadas pela acusação ou pela defesa para absolver ou condenar, adstrição que existe, obviamente, quando se condiciona a decisão a quesitos específicos para cada possibilidade de absolvição.

Não se concorda, assim, com as críticas de parte da doutrina à inovação legislativa, aduzindo que se trouxe parcialmente o *guilty or not guilty* do sistema anglo-saxão, mas sem também importar as discussões realizadas pelos jurados, a portas fechadas, para chegarem a uma decisão, ou mesmo no sentido de que os jurados deveriam ser questionados tese a tese, atendendo-se, assim, ao dever de fundamentação de toda decisão jurisdicional, nos termos do art. 93, IX, da CF/88¹⁰.

Tais exigências não estão de acordo com a própria razão da existência do Tribunal do Júri, isto é, dos motivos de se retirar do juiz togado a análise de determinados delitos e o entregar à própria sociedade. Evidente que não faria sentido tal distinção se fosse exigido um julgamento técnico, baseado apenas nas hipóteses legais, de um juiz que não possui necessariamente conhecimento jurídico. Ora, se o desejo é por técnica jurídica, diz o mínimo bom senso que a decisão deve ser deixada ao técnico. No júri se deseja justiça, mas não no campo estritamente legal; o que se busca é o justo aos olhos do povo, real detentor do poder.

Aliás, não é sequer compatível com a plenitude de defesa prevista constitucionalmente vedar a utilização de motivação extrajurídica para decidir, uma vez que a distinção com a ampla defesa, deferida aos acusados em geral, é justamente quanto à utilização de argumentos que não estão adstritos à técnica jurídica, como de ordem social, religiosa, econômica e, porque não, pelo sentimento de comiseração. Caso se fosse ficar adstrito às hipóteses do art. 386

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz, 2001, p. 170-175.

do CPP para a absolvição, não haveria lógica em se determinar o julgamento pelo júri popular, muito menos deferir ao instituto a plenitude de defesa.

Juiz togado não pode manifestar sua vontade pessoal no processo. Ele atua dentro dos limites da lei, aplicando aquilo que a sociedade espera dele. E o jurado? É da essência da liberdade de sua decisão, inclusive de parâmetros meramente legais¹¹, julgar por íntima convicção, logo sua motivação não está sujeita ao escrutínio – e por isso mesmo não deve ser conhecida. Saliente-se que não existem direitos absolutos; isso vale tanto para a soberania dos veredictos, quanto para a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, incompatível com a liberdade de julgamento por sentimento ou valor de justiça inerente ao Tribunal do Júri.

Demais disso, entender que o jurado somente pode julgar com base nas alegações trazidas pela defesa e que forem individualmente questionadas é outro contrassenso. Primeiro, porque importaria em fazer do Conselho de Sentença, soberano por força constitucional, menos do que o juiz togado, que pode, dentro do seu convencimento motivado, fundamentar de forma livre sua decisão, não estando adstrito aos argumentos utilizados pela defesa ou pela acusação. Jurado não está obrigado a seguir exatamente as raias determinadas pelas partes e pelo juiz presidente, sob pena de se transferir a esses o poder que a Constituição o confere. Segundo, porque ignora a existência da própria autodefesa trazida pelo réu. Pode o jurado entender, por exemplo, por meio de suas respostas ao juiz e o modo de se comportar, que se encontra regenerado, não sendo mais necessária a pena. Pode, ainda, compadecer de um pedido de desculpas, entendendo-o sincero, ou acreditar nas alegações de que seus filhos ficarão sem sustento caso seja preso. Todos esses elementos devem ser passíveis de serem levados em conta pelos jurados, independentemente de

¹¹ Como bem posto por Roberto Lyra: "o Júri decide por sua livre e natural convicção. Não é o jurado obrigado, como o juiz, a decidir pelas provas do processo, contra os impulsos da consciência. [...]. O Júri não está adstrito ao alegado e provado nos autos, nem à estreiteza dos textos, e não seria Júri se deixasse de sentir o conjunto das realidades individuais e sociais". LYRA, Roberto. Prefácio. In: BARBOSA, Ruy. **O Júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950. p. 15-16.

terem sido trazidos pela defesa técnica.

Destarte, entende-se que a adoção do quesito genérico de absolvição realizado pela Lei nº 11.689/2008 é a que mais se adequa aos ditames do júri conforme previsto constitucionalmente, atendendo a liberdade do juiz soberano para aplicar sua íntima convicção acerca do caso a ele apresentado, sem amarras a teses provenientes da acusação e da defesa.

3 DA INSINDICABILIDADE DA MOTIVAÇÃO DA ABSOLVIÇÃO, RESULTANDO NA IMPOSSIBILIDADE LÓGICA DA APRESENTAÇÃO DE RECURSO EM RAZÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Estabelecido que o jurado responderá obrigatoriamente a quesito de absolvição genérico, havendo ou não teses defensivas de absolvição diversas da negativa de materialidade ou de autoria, resta patente a impossibilidade de se sindicarem o fundamento dessa decisão.

A verdade é que a resposta negativa ao terceiro quesito não absolve por legítima defesa, inexigibilidade de conduta diversa, clemência, senso de justiça do julgador ou qualquer outro motivo – o réu é simplesmente absolvido. O óbvio precisa ser repisado: a decisão não é motivada. Nada impede, inclusive, que cada um dos jurados profira seu voto por uma razão diferente¹². Não é exigido do jurado, nesse questionamento, nenhuma análise de matéria de fato. Ele não está adstrito a nenhuma tese defensiva, por mais que tenha sido muito trabalhada em plenário, já que não é válido realizar um exercício de adivinhação para saber qual foi o fundamento adotado.

Não sendo possível sindicarem o motivo da absolvição, emerge inafastável a impossibilidade lógica de se entender que é manifestamente contrária à prova

¹² JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. **Revista EMERJ**, v. 18, n. 67, jan./fev. 2015. p. 23.

dos autos. Incabível, portanto, o recurso do Ministério Público com base no art. 593, III, “d”, do CPP. Nesse sentido, bem discorreu o Ministro Rogério Schietti Cruz, em voto no Resp 1716881:

Se a resposta for SIM ao quesito do art. 483, III, "d", do CPP – por fatores diversos (desnecessidade da pena, inexigibilidade de conduta diversa, falta de provas, clemência etc.) –, o jurado não só não precisa como, em verdade, não pode explicar o motivo pelo qual votou. Dessarte, por conclusão lógica, na hipótese de absolvição do réu pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, no terceiro quesito obrigatório estabelecido no art. 483, III, "d", do Código de Processo Penal, é indevida a inferência pela Corte revisora de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos¹³.

Mesmos para aqueles que criticam a opção legislativa quanto ao quesito genérico, não se pode discordar que, enquanto estiver previsto, é um absoluto contrassenso que a lei determine ao jurado responder a quesito aberto, sem motivação, e ao mesmo tempo permita recurso quando esta decisão é supostamente divorciada da prova dos autos. Sobre tal paradoxo, já discorreu o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, em seu voto-vista no Habeas Corpus nº. 350.895/RJ:

A prevalecer a possibilidade do recurso contra tal indagação genérica ao corpo de jurados, cairíamos num paradoxo insuperável de, por um lado, autorizar a absolvição direta e sem motivação, e, por outro, permitir o reexame da deliberação porque não suportada no conjunto probatório¹⁴.

Ademais, o recurso é contra a prova, e não contra o entendimento do jurado que encontra motivo íntimo, é bom que se se ressalte, para absolver, a *despeito* da prova produzida, e não de forma *contrária* a ela. O questionamento genérico de forma alguma é direcionada a matéria de fato, e somente a este se conecta a necessidade de prova, inclusive do ponto de vista ontológico do termo. Absolutamente incompatível medir o sentimento de justiça do jurado de acordo com a prova de autoria e materialidade existente nos autos. Tanto é assim que

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1716881/PR. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 07 mai. 2019. p. 9.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 350.895/RJ. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 14 mar. 2017. p. 24

não se pode indicar qual a comprovação exigida para uma decisão de clemência, ou de empatia com o réu. Estar mais provado ou menos provado um fato afasta ou permite o perdão? Podemos definir quantas testemunhas devem existir, ou a qualidade de uma gravação, para se possibilitar absolvição por entender o jurado que a conduta realizada está em consonância com seu senso pessoal de justiça? Será que a decisão de um jurado a respeito da ausência de potencial consciência de ilicitude de um réu inculco passa pelas provas apresentadas pelo Ministério Público acerca da ocorrência do fato e de quem o cometeu?

Em realidade, quem defende o recurso por decisão manifestamente contrária à prova dos autos na absolvição ao quesito genérico, não o faz porque essa decisão é contrária à prova dos autos, mas porque o senso de justiça realizado pelo corpo de sentença não seria compatível com o manifestado pelo juiz togado acerca dos mesmos fatos. Trata-se de mera substituição do veredicto do povo, representado pelo Conselho de Sentença, pelo do tribunal, que representa o poder centralizado, subvertendo a base principiológica em que se funda a própria instituição do júri. Tal raciocínio não é afastado pela impossibilidade da rescisão do mérito pelo próprio órgão que julga o recurso, ao qual é permitido somente a determinação da realização de novo júri, já que subtrai do primeiro a força de sua decisão, com base na falsa premissa de que é manifestamente contrária à prova dos autos. Falsa porque não se sabe a motivação, e nem o quesito é adstrito a fatos que necessitam ser comprovados por provas.

Convém deixar claro que tal impossibilidade recursal não alcança os quesitos que são relacionados a fatos, como ocorre com o primeiro (materialidade) e ao segundo (autoria), seja da acusação ou da defesa. Com efeito, nessas hipóteses, sendo a decisão manifestamente contrária à prova, legitima-se a relativização da soberania dos veredictos. Tal relativização mostra-se possível, ainda, quanto ao recurso da defesa em razão da repostagem negativa ao quesito genérico (que é de absolvição e não de condenação), ou mesmo à revisão criminal, tendo em vista que o júri é destinado não só ao exercício da soberania diretamente pela população, mas também a tutelar o direito de

liberdade, como resta evidente de sua posição topográfica na Constituição Federal de 1988.

Importante clarificar, ainda, que a vedação de recurso quanto ao mérito da absolvição pelo quesito genérico não importa de forma alguma em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. A uma, não há falar em princípios absolutos, sendo que existem outras situações em que não há previsão de órgão revisor da decisão, como ocorre nos casos de prerrogativa de função no STF. A duas, e mais importante, a garantia de duplo grau de jurisdição não é direcionada às partes, mas, sim ao acusado, tanto que é previsto nos diplomas internacionais nos capítulos referentes aos direitos e às garantias do réu¹⁵.

Em nossas cortes superiores, a questão vem sendo acirradamente debatida. A terceira seção do STJ já se manifestou em 2018, com quórum extremamente apertado (5x4), pelo cabimento do recurso¹⁶. Em contrapartida, existem decisões recentes do STF em sentido contrário. O HC 185068, julgado em 20.10.2020, pela maioria da Segunda Turma¹⁷, e o HC 178777, julgado em 11.12.2020, pela maioria da Primeira Turma¹⁸. No dia 23.02.2021, a Segunda Turma julgou os RHCs 192431 e 192432, e manteve a orientação.

Como há entendimento pelo descabimento pela maioria da Primeira e Segunda Turmas do STF, parece ser este, portanto, o caminho que será adotado pelo Plenário, uma vez que a questão se encontra já afetada para julgamento pelo sistema da repercussão geral no ARE 1225185.

4 DA IMPOSSIBILIDADE DA CENSURA E DA CRIAÇÃO DE ZONAS ABSTRATAMENTE IMPEDITIVAS DE DEFESA

¹⁵ Nesse sentido, o voto do relator, no seguinte julgamento: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1716881/PR. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 07 maio 2019. p. 12-20.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 313.251/RJ. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 28 fev. 2018.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 185068. Relator: Min. Celso de Mello. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 20 out. 2020.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 178777. Relator: Min. Marco Aurélio. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 29 st. 2020.

Tendo em vista a alteração do entendimento jurisprudencial a respeito da possibilidade de recurso contra a absolvição pelo quesito genérico manifestamente contrária à prova dos autos, observa-se tentativa de compatibilização, buscando retirar da esfera de decisão do Conselho de Sentença teses consideradas inconstitucionais. Isso é, não sendo possível reformar a resposta ao quesito, já que não se sabe a motivação, cuida-se para que o defensor não utilize a argumentação, buscando evitar que possa servir de fundamento ao jurado.

Tal ocorreu na ADPF 779/DF, que tem como objeto excluir dos arts. 23, II, 25, *caput*, do CP, e art. 65, do CPP, interpretação que permita a chamada “legítima defesa da honra”, no caso de feminicídios realizados em razão de adultério, isto é, a argumentação de que a ofensa à vida da mulher é meio lícito para repelir a ofensa a honra gerada pela infidelidade. O Relator, ministro Dias Toffoli, ao examinar o pedido antecipatório, manifestou entendimento de que a tese é inconstitucional, por ofensa à dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como não se coaduna com os requisitos de proporcionalidade exigidos pelo art. 25 do CP para a legítima defesa, já que não se trata do uso moderado dos meios necessários para se afastar a agressão injusta atual ou iminente. Deferiu-se liminar, então, ratificada pelo pleno do STF, no sentido não só de afastar interpretação que acolha a tese, mas também obstando que a defesa (e os demais autores processuais) a sustente, direta ou indiretamente, em qualquer momento, mesmo na fase pré-processual, sob pena de nulidade do ato e do julgamento¹⁹.

¹⁹ Decisão liminar referendada da ADPF 779, proferida em 15/03/2021: “O Tribunal, por unanimidade, referendou a concessão parcial da medida cautelar para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, *caput* e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator”.

Com efeito, mantendo-se a discussão a nível da efetiva necessidade de se reconhecer a violência estrutural contras às mulheres e de se combater de forma enérgica os feminicídios e outras formas de agressão de gênero, irretocável a decisão. A estatísticas demonstram que as mulheres são coisificadas em suas relações, mantendo-se em muitos níveis a sociedade patriarcal que acompanha a história de nossa nação, não havendo que se perpetuar a desumana ideia de que um homem tem direito a pagar com sangue a mulher que ousou manchar sua honra. Obviamente, não há nesse caso legítima defesa, já que não há a proporcionalidade exigida pelo art. 25 do CP quanto a utilização moderada dos meios necessários para repelir a agressão injusta, nem assim pode ser enquadrado de pronto um adultério.

No entanto, observa-se que não foi somente a legítima defesa da honra que foi considerada inconstitucional, mas a própria *tese defensiva*, isto é, foi tolhido o próprio direito de alegação pelo defensor, de forma direta ou indireta. Apesar disso, pouco se ponderou nos votos que suportaram a decisão sobre a plenitude defesa e a própria soberania dos veredictos.

Ao se proibir de forma generalizada e *a priori* determinada tese - de modo direto ou indireto -, institui-se forma de censura sem precedente em nossa ordem pós-constituição de 1988²⁰, uma vez que se cria situações abstratamente indefensáveis. Não poderá o defensor e o próprio réu, em sua autodefesa, realizar a argumentação que entender cabível. Não se trata da plausibilidade jurídica das justificações apresentadas, mas sim do direito de as apresentar. Geram-se zonas em que não há ampla, ou plena, mas qualquer defesa, e isso em julgamento em que a Constituição Federal expressamente destina o maior grau de proteção a esta garantia processual. Para os acusados em geral, o art.

²⁰ Ao contrário da fundamentação posta em alguns dos votos da decisão em análise, não é possível comparar a proibição realizada pelo art. 478, I e II, do CPP, quanto a utilização, em plenário, como argumento de autoridade, da decisão de pronúncia, prisão, ou do uso de algemas, ou mesmo do silêncio do réu, em seu prejuízo. Evidentemente, tal linha argumentativa somente interessa ao órgão acusador, sendo absolutamente coerente se proibir o uso. A limitação, portanto, é dirigida prioritariamente à acusação. Muito diferente é se limitar o uso de teses defensivas daquele que é justamente o detentor da plenitude de defesa, garantia que não aproveita à parte acusadora.

5, LV, prevê a ampla defesa, enquanto no inciso XXXVIII, “a”, de forma específica ao Tribunal do Júri, é dispensada a plenitude da defesa. A diferença está em relação ao grau, justamente na possibilidade de serem alegadas teses jurídicas ou extrajurídicas. Guilherme de Souza Nucci, ao comparar os dois institutos, diz que “amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro”²¹

Não se entende, com a proibição gerada pela decisão, essa sim ampla e plena (além de imprecisa), como poderá o defensor apresentar aos jurados os fatos que circundam o crime, não para pedir a absolvição por ausência de ilicitude, mas para buscar a diminuição de pena pelo art. 121, §1º, do CP, ou mesmo a atenuante da violenta emoção. Saliente-se que o próprio art. 59 do CP define o comportamento da vítima como uma das circunstâncias judiciais que devem ser levadas em conta para a fixação da pena-base. Apontar a existência desse comportamento, para fins de aplicação de pena, será considerado alegação indireta da tese da legítima defesa da honra?

Tratam-se de circunstâncias que não podem deixar de ser levadas em conta pelo julgador, a fim de evitar punições absolutamente desproporcionais e anti-isonômicas. Não é possível receber o mesmo grau de reprimenda um indivíduo que, não aceitando o pedido de separação e o fato de a mulher ter outro relacionamento, a mata, daquele que é interpelado por ela aos gritos no ambiente de trabalho, perante os colegas, distribuindo fotos de traição e utilizando o fato para injuriá-lo. Em ambos, não é possível advogar pela licitude da conduta de matar, mas obviamente deve cada situação ser reprovada de acordo com suas peculiaridades.

Cortar abstramente o direito do defensor de trazer as teses e fatos que entende pertinentes trata-se de evidente censura, realizada ao arrepio da plenitude de defesa e de diversos dispositivos legais que evidenciam que em nosso ordenamento, como não podia deixar de ser em um Estado que se define

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 155.

como democrático de direito, possui extrema importância o ato de se defender. O art. 133 da CF/88 garante ao advogado a inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. O art. 7º, §2º, da Lei nº 8.906/94, prevê a imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação qualquer manifestação no exercício de sua atividade, no juízo ou fora dele. O art. 142 do CP também exclui o crime de injúria ou difamação pela ofensa irrogada em juízo pela parte ou por seu procurador. O objetivo do ordenamento jurídico é claro: fornecer total liberdade à exposição de pensamento do advogado (e da própria parte), na medida necessária para o exercício da atividade defensiva.

Não se pode esquecer que a liberdade de expressão, embora não irrestrita, não existe somente para aquilo que é agradável. Ao contrário, direciona-se justamente para garantir confronto de ideias, não se podendo estabelecer assuntos tabus, que não possam ser discutidos de forma equilibrada e sem o ânimo de ofensa. Nesses termos, bem se manifestou Alexandre de Moraes²²:

A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, de tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.

A criação de zonas impeditivas de defesa, inclusive, vai ao encontro da própria satanização da atuação do defensor, muitas vezes confundido com o próprio criminoso, encontrando-se de mãos dadas com a tendência de se criminalizar o ato de defender. Com a censura, tal condenação toma outra dimensão, pois, a depender dos fatos e teses que o defensor escolher para exercer seu trabalho, poderá trazer nulidade ao ato e, quiçá, sujeitar-se a multas e a responder processos disciplinares.

Ademais, a defesa no processo penal se desdobra em defesa técnica e

²² MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 141.

autodefesa. Absolutamente teratológico negar ao réu, em seu interrogatório, meio de defesa por excelência, a transmissão ao julgador dos motivos que entendeu válidos para sua ação. Em última análise, a censura retira materialmente do acusado o direito de ser ouvido por seu julgador, ofendendo-se claramente o disposto no art. 8.1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos²³ e no art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. De que adianta permitir o direito de audiência, e vedar, ainda que parcialmente, a transmissão da informação?

Censura também existe quanto ao próprio Conselho de Sentença, ofendendo a soberania dos veredictos. Retira não a possibilidade de decisão dos jurados (já que é imotivada), mas o próprio conhecimento acerca do fato que vão julgar. Aponta-se que a liminar deferida pelo STF não permite sequer que a tese seja levantada de forma indireta. Aplicada como posta, não permitirá que o defensor narre a situação que o acusado entendeu como ofensiva a sua honra, chegando-se ao absurdo de ser proibido levar ao conhecimento do julgador (supostamente soberano) circunstâncias fáticas ligadas à causa.

O entendimento, inclusive, pode servir de enorme paradigma para tolher da defesa outras teses consideradas perniciosas, como o próprio homicídio realizado na atividade de vigilante (possivelmente realizado em legítima defesa ou podendo configurar relevante valor social), tese tão violadora da dignidade da pessoa humana quanto da legítima defesa da honra, embora aceita por parte da sociedade.

Não se pode utilizar o Direito Penal, fragmentário e subsidiário, para resolver todas as desigualdades e problemas sociais existentes. Não passa necessariamente por esse ramo do direito construir uma comunidade em que não seja possível, jamais, que tal tese discriminatória fosse socialmente aceita, a tal ponto que nenhum jurista a apresentaria em plenário, uma vez que

²³ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

absolutamente contraproducente e até constrangedor. Tal já ocorre no presente, uma vez que são casos absolutamente excepcionais, inclusive históricos, em que efetivamente houve a absolvição por tal motivo. Um agente de acusação minimamente competente, e normalmente o são os membros do Ministério Público, é capaz de facilmente constranger o advogado que ousar a levantar a voz para defender tal odiosa tese. Com a qualificação do feminicídio, ademais, passou-se até a ser contraditório que o defensor aponte o adultério como motivo do crime, para legitimar a conduta, e ao mesmo tempo alegue que o fato não foi realizado por motivo de gênero, afim de afastar a qualificadora.

Naturalmente, assim, com a evolução da sociedade, e a promoção da igualdade, deixa-se ao esquecimento tal suposta legítima defesa da honra.

Cabe apontar, ainda, que a vedação da alegação de qualquer tese não condiciona a decisão do Conselho de Sentença, já que continua podendo o jurado absolver por qualquer razão que lhe pareça válida, não estando adstrito ao trazido pelas partes. Logo, a criação da zona impeditiva de defesa, em resposta à impossibilidade de recurso pela acusação, não atinge sua finalidade. Atinge-se, contudo, e utilizando-se do enorme escudo gerado pelo nobre motivo de se reconhecer a violência estrutural contra a mulher, o próprio direito de defesa, servindo de perigoso paradigma para a criação de novas teses que serão censuradas ao defensor e tolhidas de serem apresentadas ao Conselho de Sentença.

Cabível, aqui, o correto mais amedrontador pensamento de Nadir Mazloum: “parece que, no fundo, não é a tese da legítima defesa da honra em si que incomoda, mas o fato de o Tribunal do Júri ser o mais independente do governo e o fato de suas decisões gozarem de proteção constitucional privilegiada²⁴.”

De se indagar, portanto: quais outras teses defensivas serão a partir de então proibidas?

²⁴ MAZLOUM, Nadir. Fundamentos políticos do Tribunal do Júri. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 14 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/nadir-mazloum-fundamentos-politicos-tribunal-juri>. Acesso em 15 mar. 2021.

6 CONCLUSÃO

Com arrimo na exposição acima, chegamos às seguintes conclusões:

1) A evolução histórica do júri demonstra a estreita relação entre a sua amplitude em determinado ordenamento jurídico e a efetiva liberdade gozada pela população a ele submetido. Em um sistema que se quer democrático, no qual o poder esteja no povo, qualquer tentativa de diminuir sua decisão, substituindo-a pelo entendimento do poder centralizado, caminha em sentido contrário às próprias razões de sua existência;

2) O quesito genérico de absolvição é a melhor forma de colher o entendimento do Conselho de Sentença, uma vez que atende materialmente a soberania dos veredictos, proferidos por íntima convicção, não se podendo amarrar a decisão dos jurados às teses trazidas pelas partes;

3) Não sendo possível sindicar o motivo da absolvição no quesito genérico, emerge a impossibilidade lógica de se admitir recurso em razão de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Há, inclusive, paradoxo entre se permitir o julgamento sem fundamentação e, ao mesmo tempo, possibilitar a anulação pelo tribunal pela incompatibilidade com a prova nos autos;

4) Emerge inviável, em resposta ao descabimento do recurso, a criação de zonas abstratamente impeditivas de defesa, com o objetivo claro de buscar diminuir a margem de decisão do Conselho de Sentença, determinando a censura prévia de determinadas teses, inclusive impedindo que as partes levem ao julgador soberano conhecimento acerca dos fatos que circundam a conduta e dos motivos que o réu entendeu justificadores de sua atitude, independentemente da plausibilidade jurídica. Trata-se de ofensa clara não só à ampla ou à plena defesa, mas à própria existência de defesa, gerando zonas de exclusão, o que evidentemente contraria o arcabouço constitucional e legal que tutela justamente o direito de todo acusado utilizar livremente a argumentação que entende capaz de lhe defender da acusação. Constitui, ainda, meio ineficaz para atingir a finalidade, uma vez que os jurados continuam a ter liberdade de decidir conforme sua consciência, de forma não fundamentada. Há outros meios

proporcionais para se afastar teses que promovam a desigualdade e a discriminação, que não a censura ao direito de defesa, devendo ser respeitados o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que não é o remédio adequado para todos os males.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Obras Completas, vol. XXIII, 1896. Tomo III.** Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Direito Penal Brasileiro I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003., p. 40-53.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2020/0059084-0. Relator: Min. Moura Ribeiro. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 24 set. 2020. Disponível em: Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 178777. Relator: Min. Marco Aurélio. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 29 st. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 185068. Relator: Min. Celso de Mello. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 313.251/RJ. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 28 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 350.895/RJ. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 14 mar. 2017. p. 24.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1716881/PR. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 07 mai. 2019. p. 9.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1716881/PR. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. **DJe do STJ**, Brasília, DF, 07 maio 2019. p. 12-20.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: Conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, DF, Aano 23 n. 91 jul./set., 1986.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. Resolução n. 332 de 21/08/2020

do CNJ. **DJe/CNJ**, Brasília, DF, n. 274, de 25/08/2020. p. 9.

JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan./fev. 2015.

LYRA, Roberto. Prefácio. *In*: BARBOSA, Ruy. **O Júri sob todos os aspectos**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950. p. 15-16.

MAZLOUM, Nadir. Fundamentos políticos do Tribunal do Júri. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 14 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/nadir-mazloum-fundamentos-politicos-tribunal-juri>. Acesso em 15 mar. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OS RISCOS EPISTÊMICOS DO TRANSPLANTE JURÍDICO DE UM PLEA BARGAINING À BRASILEIRA: NECESSÁRIOS APONTAMENTOS CRÍTICOS

THE EPISTEMIC RISKS OF THE LEGAL TRANSPLANTATION OF A PLEA BARGAINING IN THE "BRAZILIAN WAY": CRITICAL NOTES REQUIRED

LOS RIESGOS EPISTÉMICOS DEL TRASPLANTE LEGAL DE UN PLEA BARGAINING A LA BRASILEÑA: NOTAS CRÍTICAS NECESARIAS

Michelle Gironda Cabrera¹

Bárbara Feijó Ribeiro²

Resumo: A presente pesquisa busca avaliar os problemas decorrentes da incorporação vertical e acrítica do instituto do plea bargaining enquanto modelo de justiça penal negocial no Brasil. Mesmo dentro de um sistema acusatório/adversarial de processo, o debate a respeito da ampliação dos espaços de consenso na justiça penal não é imune a críticas. Neste sentido, o texto, utilizando-se de revisão bibliográfica e análise histórico-comparativa, faz uma apreciação entre os modelos brasileiro e estadunidense de processo penal, para, a partir da mirada crítica à disparidade de armas no atual modelo vigente no Brasil, demonstrar que sem uma reforma global (legislativa e de mentalidade quanto à atuação dos agentes do sistema de justiça criminal), a incorporação de um acordo penal como o plea bargaining poderá causar consequências nefastas e agravar, ainda mais, a desigualdade que é marca registrada do processo penal no país.

Palavras-chave: Plea bargaining. Acordo penal. Justiça Penal Negocial.

Abstract: This research seeks to evaluate the problems arising from the vertical and uncritical incorporation of the plea bargaining institute as a model of negotiated criminal justice in Brazil. Even within an accusatory/adversarial procedural system, the debate regarding the expansion of spaces for consensus in criminal justice is not immune to criticism. In this sense, the text, using a bibliographic review and historical-comparative analysis, makes an appreciation

¹ Doutora em Direito Socioeconômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com pesquisa financiada pela CAPES (2019). Professora de Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário Curitiba e na Faculdade de Pinhais. Professora do curso de Introdução ao Processo Penal do Introcrim. Coordenadora do Grupo de Estudo Antipatriarcalismo do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogada criminalista. E-mail: michellegironda@hotmail.com.

² Estagiária de Pós-Graduação no Núcleo de Política Criminal e Execução Penal (NUPEP) da Defensoria Pública do Paraná. Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo CEI e Introcrim. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada criminalista. E-mail: barbarafeijoribeiro@hotmail.com.

between the Brazilian and American models of criminal procedure, in order to demonstrate, from the critical point of view of the disparity of weapons in the current model in Brazil, that without a global reform (legislative and mentality regarding the performance of the agents of the criminal justice system), the incorporation of a penal agreement such as plea bargaining could cause harmful consequences and aggravate, even more, the inequality that is a trademark of the process in the country.

Keywords: Plea bargaining; Criminal agreement; Negotiated Criminal Justice.

Resumen: Esta investigación busca evaluar los problemas derivados de la incorporación vertical y acrítica del instituto del plea bargaining como modelo de justicia penal negociada en Brasil. Incluso dentro de un sistema procesal adversarial, el debate sobre la ampliación de los espacios de consenso en la justicia penal no es inmune a las críticas. En este sentido, el texto, a través de una revisión bibliográfica y un análisis histórico-comparativo, hace una apreciación entre los modelos procesales penales brasileño y estadounidense, con el fin de demostrar, desde un punto de vista crítico, la disparidad de armas en el modelo actual. en Brasil, que sin una reforma integral (la legislación y la mentalidad sobre la actuación de los agentes del sistema de justicia penal), la incorporación de un acuerdo penal como el plea bargaining podría tener consecuencias perjudiciales y agravar, aún más, la desigualdad que es una marca registrada del proceso en el país.

Palabras clave: Plea bargaining; negociación judicial; justicia penal.

Data de submissão: 21/03/2021

Data de aceite: 26/04/2021

1 INTRODUÇÃO

É crescente o espaço negociado dentro do processo penal e esse fenômeno se escusa no afogamento judiciário, um conhecido problema dos operadores do direito de todos os seus ramos. Nesse sentido fora apresentada a proposta de implementação do *plea bargaining* a partir da criação do artigo 395-A ao Código de Processo Penal pelo Anteprojeto do popularmente chamado “Pacote Anticrime” (Projeto de Lei nº 882/2019 e nº 1.864/2019) e do artigo 283 que ainda se estuda no Projeto de Lei nº 8.045/2010.

Apesar do artigo 395-A do Anteprojeto do Pacote Anticrime não ter sido aprovado e implementado, a criação de um instituto similar ao *plea bargaining* ainda é uma tendência no direito processual brasileiro, um dos exemplos desse crescimento está no já citado PL nº 8.045/2010, que busca também implementar um novo Código de Processo Penal no País. Em que pese esse projeto esteja em trâmite há quase uma década, ainda é possível a aprovação de seu texto e do seu artigo 283.

O presente texto, tem por objetivo questionar – utilizando-se de revisão bibliográfica e análise histórico-comparativa – a forma como o referido instituto pretende ser incorporado ao sistema processual penal brasileiro sem maiores reflexões epistêmicas, e se isto colocaria em risco, de alguma forma, preceitos democráticos de um processo penal acusatório.

A barganha sugerida no artigo 395-A do Anteprojeto de Lei Anticrime previa a possibilidade de um acordo entre o Ministério Público – ou o querelante – e o acusado, que poderia ocasionar na aplicação imediata da pena, antes da instrução processual. Os requisitos do acordo, previstos em seu parágrafo primeiro, seriam a confissão do acusado da prática da infração; a aplicação da pena dentro dos parâmetros legais, com a sugestão de penas em concreto ao juiz; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recurso. Frisa-se ainda que o artigo não delimitava para quais crimes o acordo poderia ser proposto, não tendo fixado os limites de pena.

Outrossim, o acordo proposto pelo artigo 283 do projeto do novo Código de Processo Penal possui como requisito a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente de eventual incidência de agravantes ou causas de aumento de pena; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas. Contudo, essa proposta está prevista no capítulo III dentro das disposições sobre o procedimento sumário, sendo, portanto, aplicável somente para esse rito. Assim, acordo pode ser firmado até

o início da instrução entre o Ministério Público e o acusado, podendo as partes requererem a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.

Ambas as redações propostas possuem problemas jurídicos e trazem a importação desse instituto ao Brasil sem suas garantias essenciais, fazendo, portanto, um transplante jurídico sem as devidas traduções jurídicas.

Assim, este estudo possui como objetivo central demonstrar que as propostas de implementação da barganha foram feitas de maneira “à la carte”, em que o legislador escolheu de maneira seletiva quais características e garantias do *plea bargaining* gostaria de importar. Além disso, pretende-se destacar as implicações fáticas e jurídicas de um transplante jurídico feito dessa maneira.

2 APORTES EPISTEMOLÓGICOS PRELIMINARES

O estudo da incorporação do instituto da barganha no processo penal brasileiro, remete-nos à investigação de alguns aspectos metajurídicos antes de adentrar no tema específico da presente pesquisa. Para se compreender essa modalidade de negociação e para que possa ser possível, ao final, realizar alguma reflexão crítica sobre o tema, é preciso percorrer alguns caminhos epistemológicos a respeito do que se está a enfrentar.

O direito processual penal, mais do que todas as demais disciplinas das ciências criminais normativas, será o responsável por regular e controlar o poder punitivo estatal. Encontra-se aqui, o verdadeiro âmbito de contenção do *jus puniendi* estatal, que só restará legitimado se satisfizer os restritos ditames legais e constitucionais do devido processo. Conquanto só exista pena legítima na medida em que reste provado, sem nenhuma dúvida razoável, o fato que se coloca como acusação, o enlace entre fato, linguagem e sujeito requer certa concepção semântica de verdade, que supõe uma distinção entre linguagem e metalinguagem.

A epistemologia apresenta-se como de extrema importância para o estudo do direito porque propõe um caminho para se entender e validar o conhecimento, e, no direito processual penal, especificamente o conhecimento que proporcionará ao julgador uma correta decisão sobre fatos. Como bem ressalta Haack (2009, p. 363; HAACK, 2014, p. 28 *apud* BADARÓ, 2018, p. 24), “o direito está até o pescoço mergulhado na epistemologia”. BADARÓ (2018, p. 53) entende que a aplicação da epistemologia do processo não trata da epistemologia pura, mas sim de uma “epistemologia aplicada, no caso, uma epistemologia judiciária”, que aporta “os critérios e os instrumentos usados pelo julgador para obter o material fático sobre o que recai a escolha decisória” (UBERTIS, 2015, p. 28-29 *apud* BADARÓ, 2018, p. 49).

Neste contexto, FERRAJOLI (2002) busca traçar o caminho que deve ser percorrido pelo processo penal para encontrar a suposta “verdade processual” a partir da epistemologia, assim como faz BADARÓ (2018, p. 45) em seu estudo, ressaltando que o resultado do processo penal ocorrerá de maneira justa se houver a observação dos seguintes fatores: “um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados; um correto juízo do direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos” e, por último, seria necessário observar “o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal” (BADARÓ, 2018, p. 46), o que nos remete para a importância do exercício da hermenêutica.

Assim, a epistemologia deve caminhar junto ao processo penal, auxiliando-o em sua jornada de busca por uma correta (ou mais justa) reconstrução dos fatos, nunca perdendo de vista que a busca utópica da verdade real se aproxima daquela clássica lenda do pote de ouro no final do arco-íris: trata-se de um caminho eterno com uma ilusória linha de chegada. Logo, tem-se que a epistemologia apresenta uma influência necessária ao caminho da atividade investigativa, para tentar comprovar os fatos, interpretar o direito e aplicar a norma ao fato (BADARÓ, 2018, p. 54).

Grande parte dos estudos que ressaltam a importância da epistemologia jurídica voltam-se à análise probatória do processo penal, uma vez que para um bom funcionamento dos sistemas jurídicos e, aqui, especialmente, o sistema de justiça criminal, para que as “prescrições normativas continuem a ser um bom motivo para direcionar a conduta dos agentes no interior de um determinado ordenamento jurídico, imperiosa a determinação correta dos fatos” (MATIDA, 2009, p. 30).

Importa resgatar, ademais, que o foco do presente trabalho é o instituto do *plea bargaining*, um acordo penal do qual o juiz não participa efetivamente das negociações, mas perante o qual também se faz necessária a presença de compromissos epistemológicos do processo penal, pois deverão ser sopesados pelo magistrado no momento de homologar ou não referido acordo.

Esse compromisso epistemológico do juiz com o que está sendo dito nos autos se mostra relevante para os acordos penais, na medida em que alguns deles – como o *plea bargaining* e o acordo de não persecução penal – pressupõem que o réu confesse a prática do crime que se lhe está sendo imputado³. Contudo, as regras que fundamentam o processo penal preveem que a mera confissão do acusado, sem qualquer prova que fundamente a acusação, não poderá gerar a punição do réu⁴, o que também se aplica para impedir que o magistrado homologue tais acordos. Além disso, embora o sistema inquisitório⁵ coloque a defesa em um patamar de desigualdade em relação à acusação, no caso das negociações, é necessário que ambas as partes gozem de paridade de armas, na medida em que eventual desigualdade pode acarretar a aceitação de acordos pelo imputado e sua defesa apenas para evitar os riscos de uma condenação mais grave, ainda que o mesmo seja inocente.

³ Sobre o acordo de não persecução penal, ver Lopes Junior (2020, p. 220).

⁴ O artigo 197 do Código de Processo Penal em vigor dispõe que “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Portanto, a mera confissão não é suficiente para garantir a condenação do acusado, uma vez que não é prova absoluta e não possui valor maior do que as demais provas.

⁵ Sobre as características do sistemas acusatório e inquisitório, ver Coutinho (1998).

Assim, as premissas epistemológicas são estritamente necessárias para o bom andamento dos acordos penais, caso contrário – sem um verdadeiro compromisso do juiz na homologação de tais acordos –, será dado poder excessivo ao Ministério Público, que é um órgão estatal com poderes limitados pela Constituição Federal, e seu aumento de poder ocasionará em um desequilíbrio.

Portanto, é possível compreender que é de extrema importância que o juiz analise todos os elementos de prova trazidos ao processo – ou a falta deles –, não sendo permitido que ele atue apenas como uma figura simbólica que homologa todos os acordos firmados de maneira automática. O magistrado é, sobretudo, um fiscal da legalidade processual penal durante esses acordos.

Conclui-se que, assim como na análise probatória do processo penal, os contributos da epistemologia jurídica devem ser levados em consideração pela doutrina e pelos agentes do sistema de justiça criminal, especialmente os juízes, quando da análise dos requisitos dos acordos penais, dado que o juiz deve realizar uma análise combinada entre os elementos que baseiam a denúncia e a confissão que fundamenta o acordo penal, de forma que sejam evitadas condenações de sujeitos inocentes que optem pelo acordo somente para evitar a possibilidade de punição ao fim do processo.

3 DA DISPARIDADE DE ARMAS

A realidade do sistema penal brasileiro é marcada por desigualdades e na específica realidade do processo penal, essa questão pode ser notada a partir da disparidade de armas entre acusação e defesa. Não há, em um sistema processual penal que ainda profundamente carrega permanências inquisitoriais, igualdade no trato entre as partes. As diferenças já são notadas quando se entra em uma sala de audiências ou em um plenário do Tribunal do Júri e se observa as posições das partes. O membro da acusação está posicionado ao lado direito do juiz, enquanto a defesa se encontra em lugar afastado, assim, observa-se que a equidistância do juiz com as partes não ocorre sequer no plano físico.

Um dos exemplos dessa desigualdade em matéria processual é vista ao se observar os prazos no processo. De fato, o Código de Processo Penal prevê os prazos de cada parte; quando a defesa perde seu prazo, pode ocorrer a preclusão consumativa, contudo, quando o prazo não é respeitado pelo Ministério Público, não há qualquer consequência processual para essa parte. O único que sofre consequências com a demora da acusação é o acusado que é “punido” com a demora em seu processo.

Com relação à Defensoria Pública, nota-se que além das disparidades que a advocacia privada também sofre, há também a desigualdade que se inicia no orçamento dispendido para o Ministério Público e para a Defensoria⁶.

Esses são apenas alguns dos problemas observados no Brasil sobre a questão da disparidade de armas, entretanto, infelizmente não são os únicos. Essa desigualdade é uma das características do sistema inquisitório e encontra-se presente no processo penal em todas as suas fases.

A paridade de armas dentro do processo penal visa garantir oportunidades iguais para as partes, sendo assim essencial para que se tenha um processo justo e em conformidade constitucional. Sobre o tema, Ferrajoli (2002) afirma que para uma disputa leal e com paridade de armas é necessária a perfeita igualdade entre as partes. Em primeiro lugar, o autor destaca a necessidade de que a defesa tenha as mesmas capacidade e poderes da acusação. Em segundo lugar, destaca a importância do contraditor, devendo esse papel ser admitido “em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações” (FERRAJOLI, 2002, p. 490).

O debate sobre a disparidade de armas não é novo, mas recentemente tem vindo à tona em razão da necessidade de meios que facilitem a investigação defensiva, para que assim se possa tentar dirimir essas questões. Com relação ao tema, foi publicado o provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do

⁶ Sobre essa problemática desigualdade, ver Defensores (2014) e Roque (2014).

Brasil que dispôs sobre a prerrogativa funcional do advogado a realização de diligências investigatórias para que se possa instruir ações administrativas e judiciais.

Neste contexto, destaca Moraes da Rosa (2020) que com a tendência democrática à paridade de armas “pode-se defender que paralelamente a defesa está autorizada a inventariar e investigar os elementos materiais e testemunhais da ação penal por ausência de ‘justa causa’ ou a absolvição sumária” (MORAIS DA ROSA, 2020, p. 363). Sobre a questão no âmbito da justiça negocial, o autor ainda aponta que “no ambiente da delação premiada / acordo de não persecução penal, o momento de produção de elementos probatórios é o da investigação preliminar, novo palco da culpa” (MORAIS DA ROSA, 2020, p. 363-2).

Com relação ao instituto do *plea bargaining*, o exemplo estadunidense possui diversas falhas que são apontadas pela doutrina daquele país⁷, entretanto, desde o início do instituto da barganha, o sistema adversarial estadunidense e a jurisprudência da Suprema Corte trouxeram algumas garantias para os acusados e limites para a atuação dos membros da acusação⁸. O principal mecanismo do *plea bargaining*, que foi reconhecido pela Suprema Corte e que busca garantir uma negociação mais justa, é o *full disclosure*⁹, o qual consiste na obrigação do acusador de apresentar todas as provas que possui e que possam condenar ou absolver o indivíduo¹⁰.

⁷ Sobre as críticas da doutrina estadunidense, ver Fisher (2000) e Roberts (2020).

⁸ Sobre as decisões da Suprema Corte, ver *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, (1963), *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

⁹ A garantia do *full disclosure* obriga o órgão acusador a apresentar para a defesa todas as provas produzidas no processo, ainda que possam ser suficientes para inocentar o réu, podendo, inclusive, a ocultação de provas gerar a nulidade do julgamento. Portanto, essa obrigação de transparência por parte da acusação influencia no *plea bargaining*, considerando que acarreta na diminuição da disparidade entre as partes e em uma forma de frear a atuação do acusador, obrigando que esse – ao realizar o *full disclosure* – dê ao réu ciência de todas as provas obtidas para que possa analisar as vantagens e desvantagens da aceitação do acordo no caso concreto, impedindo assim que a acusação omita evidências com o intuito de coagir o acusado a aceitar o acordo e diminua as chances de uma acusação sem fundamentos probatórios. Essa garantia foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, (1963).

¹⁰ Ressalta-se que o *plea bargaining* possui outras garantias que o limitam naquele país e que também não foram traduzidas nas propostas brasileiras, contudo, optou-se pela análise do *full disclosure* por se entender que esta é uma garantia essencial para uma eventual implementação

O *plea bargaining* pressupõe a existência de uma negociação entre as partes, mas não há qualquer possibilidade de se chegar a uma negociação justa feita entre partes desiguais. O *full disclosure* garante que as negociações sejam feitas de forma “limpa”, uma vez que impede a acusação de barganhar se baseando em provas inexistentes e dá à defesa a possibilidade de tomar sua decisão com a ciência de todos os elementos que podem ocasionar em uma condenação da parte.

No Brasil, a garantia do *full disclosure* não foi traduzida ao se propor o *plea bargaining* no Anteprojeto do Pacote Anticrime ou no Projeto do novo Código de Processo Penal e entende-se que não há qualquer possibilidade de implementação desse instituto negocial sem que se traduzam também as suas garantias essenciais.

Vieira (2019), ao analisar a implementação do instituto da barganha no Brasil, aponta que não seria possível apenas seguir o exemplo estadunidense de soluções negociadas na maioria dos casos penais sem levar em consideração o contexto daquele país. O autor observa que lá “existe uma séria disciplina em relação às regras de descobrimento da prova, que impõem às partes, no *pre-trial*, a obrigação de revelar às outras os elementos de prova que detém” (VIEIRA, 2019, p. 278). Essa garantia mencionada se trata do *disclosure of evidence* que, segundo o autor, “permitirá à parte contrária conhecer todo o acervo probatório em poder da outra, para daí ter a condição buscar provas em sentido contrário, além de investigar a fiabilidade e a licitude da prova em poder da outra parte” (VIEIRA, 2019, p. 278-2).

A solução recente que busca diminuir as desigualdades entre as partes e implementar o *full disclosure* no Brasil está na PL 5.282/2019¹¹, conhecido como

do *plea bargaining* no Brasil e por estar diretamente interligada com o problema da disparidade de armas.

¹¹ O Projeto de Lei busca implementar ao artigo 156 os parágrafos 1º e 2º que possuirão as seguintes redações: “§ 1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa; §2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo”.

Projeto Anastasia-Streck, que busca a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal atualmente em vigor para “estabelecer o dever de o Ministério Público, ciente de elementos na investigação criminal que possam interessar à defesa do investigado, diligenciar no sentido do esclarecimento da verdade” (PRADO, 2020a).

PRADO (2020a) aponta que a proposta considera que o órgão acusador, que possui uma posição mais favorável durante a fase investigativa, tenha também o dever de “descobrir” e “revelar” ao investigado aqueles elementos informativos que foram colhidos durante a investigação, inclusive, aqueles que possam ser convergentes com as teses defensivas, impedindo assim a omissão de informações e o *unfair surprise*.

A proposta do Projeto de Lei Anastasia-Streck traz mais garantias aos acusados, na medida em que busca evitar excessos como o *overcharging* e a ação penal sem justa causa. PRADO (2020b) analisa, ainda, a necessidade de se criarem mecanismos que busquem frear os excessos durante toda a fase processual. Segundo o autor, “o excesso de acusação é empregado pelo acusador como facilitador da prisão durante e depois do processo de conhecimento” e aponta que esses mecanismos de controle surgiram na jurisprudência americana a fim de se evitar as práticas negociais abusivas com o *plea bargaining*.

Entre as vantagens que justificam o Projeto de Lei, o Senador Anastasia aponta que, caso aprovado o *plea bargaining*, a nova redação do artigo 156 traria imensa vantagem para a implementação desse instituto, uma vez que não seria possível esconder do indiciado provas que existem, o que tornaria a barganha brasileira isonômica e republicana. Nessa justificativa ainda é afirmado que, por ter as mesmas garantias que a magistratura, o membro da acusação deveria ter também as mesmas obrigações, como a isenção (BRASIL, 2019).

Frise-se que nos Estados Unidos a negociação entre as partes pode ser realizada em qualquer momento processual, o que favorece à defesa, porque é possível que em algum momento da instrução processual surjam provas mais contundentes do que a acusação e que por isso se negocie uma pena mais

baixa. Entretanto, a proposta brasileira de implementação permite que o acordo seja firmado apenas até o início da instrução, o que denota evidente prejuízo ao imputado. É notório que ao início do processo a defesa ainda não teve oportunidade ou até mesmo tempo de buscar todas as provas que possam inocentar o réu, enquanto o órgão da acusação teve mais tempo e recursos para colher provas.

No modelo brasileiro atual não há posição de igualdade entre as partes para que haja uma negociação plena; portanto, é necessário que se implementem mecanismos que busquem dirimir esse problema, a fim de que se evitem negociações de acusações sem provas ou com penas mais elevadas. Assim, entende-se como garantia essencial da barganha o *full disclosure*, porque essa obrigação se mostra como um limite para as práticas seletivas e parciais do membro da acusação.

O que se pretende demonstrar é que a importação do instituto do *plea bargaining* ignorou garantias básicas estadunidenses como a obrigação do órgão da acusação de apresentar todas as provas produzidas, inclusive, aquelas que possam favorecer o investigado, bem como alterou o momento da negociação, permitindo que haja uma pressão para que o acusado aceite o acordo no início do processo, porque caso não aceite não terá mais essa oportunidade de diminuição de pena.

O transplante jurídico de um instituto que, a despeito de ser vigente em um sistema processual adversarial, se faz de maneira “*à la carte*”, acarreta um aumento da disparidade de armas entre as partes e, conseqüentemente, uma desconformidade do processo penal com os ditames constitucionais. O *plea bargaining* pressupõe que as partes estejam em igual patamar para que assim possam negociar, e essa igualdade deve incluir a ciência das informações e o poder de produção de provas. Não há *plea bargaining* minimamente justo sem o *full disclosure*.

Optou-se neste estudo por abordar mais especificamente a garantia do *full disclosure* dentro das disparidades de armas entre as partes, visto que esta garantia – que visa dirimir as desigualdades entre as partes – está diretamente

ligada ao *plea bargaining* e possui uma nova solução legislativa no país. Contudo, frise-se que as demais disparidades mencionadas no início deste item e outras que são debatidas pela doutrina pátria, também são prejudiciais às negociações e precisam ser solucionadas antes que se implemente um instituto como a barganha.

4 DO IMPACTO CARCERÁRIO

É sabido que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo¹², porém, acredita-se que esse dado é deveras ignorado quando se observa, no Brasil, a importação de maneira vertical e sem maiores reflexões críticas, de institutos que sequer são unanimidade naquele país. A “americanização” do sistema penal brasileiro deve ser debatida desde um ponto de vista da realidade processual penal brasileira: ainda carregada de permanências inquisitoriais profundas. Há, ainda, a hipótese de que os admiradores daquele país, ao importarem institutos penais sem quaisquer debates, acreditam que ter um sistema carcerário superlotado é sinônimo de ter uma justiça penal eficaz, o que diminuiria a criminalidade de um país. Nada mais equivocado.

Existem diversos estudos estadunidenses que apontam o instituto do *plea bargaining* como um dos grandes responsáveis pelo encarceramento em massa no país¹³, uma vez que atualmente o *plea bargaining* tem sido o responsável por 94% das condenações¹⁴. A padronização de um sistema de justiça apenas para buscar a celeridade na resolução dos casos pode gerar condenações equivocadas e desigualdades, assim como se observa pelo exemplo estadunidense.

¹² Sobre o problema do encarceramento em massa, ver Sawyer (2020).

¹³ Sobre a relação do instituto do *plea bargaining* e o encarceramento em massa, ver Bohm (2006, p. 129).

¹⁴ Sobre as estatísticas, ver USSC, 2019.

O juiz federal Sarokin (2012) analisou o caso Brian Banks, qual foi condenado injustamente e exonerado após cumprir cinco anos de prisão por um crime de estupro que não cometeu¹⁵ e avaliou em seu texto a seguinte pergunta: “Por que pessoas inocentes se declararam culpadas?”¹⁶. Para responder à questão, o autor realiza uma análise de diversos fatos da realidade estadunidense e entende-se aqui necessária a menção de alguns de seus pontos.

Sarokin (2012) aponta que aproximadamente 20% dos indivíduos exonerados confessaram os crimes pelos quais foram condenados, sendo que a maioria dessas pessoas passa pelos julgamentos, entretanto, essa é a forma de resolução de apenas 5% dos casos estadunidenses, enquanto os demais são solucionados por acordos. No caso de Brian Banks, ele teria se declarado como “*no contest*”¹⁷ que seria o mesmo que não contestar às acusações ou admitir o que lhe fora imputado, contudo, Sarokin aponta que nos casos em que o acusado se declara culpado, ele deve se apresentar em frente ao magistrado e detalhar como os fatos ocorreram. Uma das questões apresentadas por Sarokin é de que nos casos em que o réu é inocente, não se pode deixar de imaginar quem teria lhe repassado informações suficientes para que o magistrado se desse por satisfeito a crer que o réu de fato cometeu aqueles crimes. Para os casos de *no contest*, nem sempre é obrigatório que o acusado descreva os fatos, mas o autor diz não ter detalhes do caso de Brian Banks (SAROKIN, 2012).

¹⁵ Casos de pessoas que foram condenadas injustamente em razão do *plea bargaining*, como ocorreu com Brian Banks, são normalmente solucionados após o indivíduo ter cumprido anos de prisão, mas essas exonerações costumam ser possíveis fruto do trabalho de instituições como o *Innocence Project* que prestam serviços gratuitos para condenados injustamente. A reversão dessas condenações costuma ocorrer a partir das provas de DNA, mas esse é um meio de prova caro e que não é possível de ser colhido em todos os casos.

¹⁶ Essa é justamente uma das perguntas feitas pelos defensores do *plea bargaining* para aqueles que o criticam. Seus defensores muitas vezes entendem que uma pessoa só se declararia culpada se de fato fosse, porque acreditam que ninguém assumiria fatos que não cometeu, por isso entendem o *plea bargaining* como uma ótima resolução de conflitos. Acredita-se que só pode seguir esse entendimento quem não tem a menor noção da realidade dos sistemas de justiça.

¹⁷ O *nolo contendere* (*no contest*) traduz-se como “sem contestação”. Nessa variação do *plea bargaining* estadunidense, o réu aceita a culpa após negociar com a acusação e a defesa que a confissão judicial não terá efeitos civis. Nesse caso, não é permitido que a vítima de um crime utilize a confissão criminal ao postular contra o réu no âmbito civil.

Os casos de condenações equivocadas a partir de acordos são compreendidos pelo autor como “*Ins of Court – intimidation by the prosecution and incompetence by the defense*” que se traduz como a intimidação pelo membro da acusação ou incompetência da defesa. Em que pese reconheça que nem sempre é culpa da defesa, Sarokin (2012) aponta que os acusados em sua maioria possuem perfis de pobreza, baixa educação e são informados de que um julgamento poderá ocasionar em uma pena muito mais alta do que aquela que se conseguirá pelo acordo. Apesar do acusado insistir em sua inocência, é comum que os advogados atarefados e mal pagos sugiram que o cliente opte por uma forma mais rápida de resolução do caso do que por um longo julgamento. Sarokin (2012) observa que até mesmo os advogados mais dedicados precisam apresentar aos seus clientes essa escolha draconiana de ter que optar por uma sentença curta contra uma mais longa – que pode até ser de prisão perpétua.

É sabido que o sistema de justiça é seletivo e possui como clientela preferencial pessoas pobres e de baixa escolaridade, daí porque o *plea bargaining* se mostra como mais um meio para que se continue condenando o mesmo perfil de pessoas. Ao analisar as consequências do *plea bargaining* nos países latino-americanos, Zaffaroni, em 2007, já dizia que “*no llevarían más que a un proceso penal destinado a la rápida y barata condenación de pobres, perfectamente compatible con el modelo economicista incompatible con la dignidad de la persona*” (ZAFFARONI, 2007 *apud* CÓRDOBA; TERÁN, 2013, p. 127).

Assim, é possível que se faça essa previsão de que o acordo de barganha – chamado pelos seus defensores de “mal necessário” – acentuará as desigualdades do nosso sistema de justiça, assim como continua fazendo nos Estados Unidos.

Considerando que o *plea bargaining* é responsável pela resolução de quase a totalidade dos casos penais estadunidenses e que o país é “dono” da maior população carcerária do mundo, se mostra notório que esse modo de

resolução de conflitos é apenas uma forma rápida e econômica de se encarcerar pobres, como Zaffaroni já apontava para a América Latina.

Em que pese mereça críticas o posicionamento instrumentalista de que o sistema penal deva ser econômico, faz-se necessário analisar a afirmação dos defensores do *plea bargaining* de que esse modelo de resolução penal traria alguma eficiência desde um ponto de vista econômico.

A ideia de uma economia com a adoção da barganha possui diversas contradições. Não há hoje um cálculo de quanto custa um único processo do âmbito penal no Brasil e esse seria um cálculo quase impossível de ser feito, contudo, o Ministério de Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União já possuem uma estimativa de quanto “custa” um preso no Brasil, apontando que custaria anualmente R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) manter um indivíduo preso (MADEIRO, 2010). Portanto, as condenações de pessoas a penas privativas de liberdade não consubstanciam uma ideia “barata”. Sendo assim, por não haver qualquer comprovação de economia do instituto da barganha, essa afirmação se mostra absolutamente frágil.

Por fim, retorna-se à pergunta do ex-Juiz Sarokin e se entende que os indivíduos inocentes que se declaram culpados assim o fazem porque não possuem outra alternativa. Quando não se tem condições financeiras para se enfrentar um julgamento, quando se sente coagido a aceitar um acordo em troca de uma pena menor, quando se pensa na possibilidade de cumprir uma pena perpétua, quando se é vítima do sistema de justiça, quando se é minoria e quando não enxerga provas que o ajude, é claro que o indivíduo optará por um acordo, ainda que seja por um crime que não cometeu.

Sobre o tema, faz-se necessário ressaltar a seguinte análise de ZAFFARONI:

Quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amazena con una pena mucho más grave. De este modo se logra reducir el número de presos preventiva, puesto que se los condena a todos rápidamente. Además se trata de otro recurso que llena otro requisito fundamental podrá la selectividad estructural del poner punitivo: perjudica solo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él. En tercer lugar, los jueces pueden

seguir ejerciendo el manejo de la prisión preventiva como pena, aunque ya a modo de pena formal. (ZAFFARONI; CARRANZA, apud CÓRDOBA; TERÁN, 2013, p. 127)

Portanto, por também possuir um sistema de justiça extremamente precário, resta claro que o Brasil enfrentará os mesmos problemas que os Estados Unidos – isso se não enfrentar casos ainda piores –, como a condenação de pessoas inocentes e o aumento exponencial da população carcerária. Não há qualquer exemplo fático de que o *plea bargaining* é um método eficaz, econômico e justo de resolução de conflitos.

5 TRANSPLANTE JURÍDICO À BRASILEIRA

A transferência de institutos de um país para o outro pode ser explicada a partir de três metáforas, sendo elas “tradução legal” (*legal translation*), “irritação jurídica” e “transplante legal” (*legal transplant*). Langer (2004) adota a expressão “tradução legal” e esclarece as diferenças entre as três metáforas. Segundo o autor, “a metáfora do transplante é poderosa por causa de sua natureza comparativa inerente” e aponta que o transplante pode ser entendido como uma metáfora médica ou botânica, uma vez que pressupõe a ideia de “um corpo ou um ambiente original e um receptor” (LANGER, 2004, p. 65). O poder dessa metáfora estaria justificado por ressaltar a necessidade de adaptações das regras jurídicas transferidas para as práticas já existentes, tendo em conta que a falta de adaptação poderia ocasionar na rejeição do sistema jurídico receptor – assim como ocorre na medicina e na botânica com seus ambientes e organismos.

Uma alternativa seria a incorporação da ideia de “tradução jurídica”, considerando que, “mantém a dimensão comparativa que fez a metáfora do transplante tão poderosa e que falta à metáfora da ‘irritação jurídica’”, entendendo ainda que “a metáfora da tradução distingue a linguagem fonte ou sistema jurídico – de onde a ideia ou instituição jurídica é traduzida” (LANGER, 2004). Do mesmo modo afirma que esta metáfora possui o poder de permitir uma

distinção entre o “texto original” – sendo essa a fonte do instituto – e o texto traduzido. O autor ainda observa a abrangência da expressão ao mencionar que faz uma distinção das transformações que a ideia jurídica sofre inicialmente em sua transferência, analisando as perspectivas que surgem no momento da tradução do texto de um instituto jurídico. Ainda, Langer (2004, p. 71-72) entende que a metáfora “também captura as transformações que a prática ou ideias jurídicas podem sofrer em suas trocas com o sistema jurídico alvo depois da sua tradução inicial” e que também é capaz de “descrever a transformação que as práticas linguísticas e sociais receptoras podem sofrer sob a influência do texto traduzido”.

Opta-se, nesta pesquisa, pela adoção das expressões “tradução jurídica” e “transplante jurídico”, porém, em diferentes momentos. A ideia de “transplante jurídico” é aqui utilizada de forma crítica ao abordar uma importação sem adaptações adequadas ao sistema jurídico que recebe o objeto importado, sem a tradução de significados desse instituto, quando se transmite a noção de um “copia e cola” e quando se entende que desta importação pode ocorrer uma “rejeição do sistema jurídico receptor”. Por outro lado, a ideia de tradução entende-se que possa ser utilizada neste texto quando se analisa uma verdadeira adaptação do sistema transferido para a realidade jurídica e fática do país que o recebe e dos significados que o instituto propõe em sua origem.

A importação de institutos estadunidenses é uma tendência mundial, entretanto, “essas importações de institutos e doutrinas não reproduzem propriamente o chamado *american modelo of criminal procedure*, tampouco acarretam efetiva aproximação desses outros países ao modelo acusatório/adversarial” (VIEIRA, 2019, p. 277). Sendo assim, podemos chamá-los de verdadeiros transplantes jurídicos e que “no caso brasileiro, por exemplo, as importações feitas – longe de ‘adversarializar’ nosso modelo – têm contribuído para deixar o sistema processual ainda mais inquisitivo” (VIEIRA, 2019, p. 277).

Um dos maiores problemas da importação do *plea bargaining* pelo Brasil é analisado por VIEIRA (2019, p. 277) ao criticar a forma seletiva deste fenômeno. Segundo ele, “transplanta-se os institutos ou ferramentas que

maximizam as possibilidades de punição, deixando de fora os mecanismos de controle que lhe são associados em seu sistema de origem”, e a retirada de garantias desses institutos gera um desequilíbrio entre as partes e afeta a ideia do *fair trial*.

Assim, um transplante jurídico sem a observação dos mecanismos de controle utilizados no sistema de origem poderá gerar rejeições do próprio sistema jurídico, assim como ocorre no corpo humano quando o organismo receptor rejeita o órgão transplantado. As rejeições que aqui se pretende analisar são as do sistema jurídico brasileiro à importação do instituto do *plea bargaining* sem as devidas adaptações que o acordo exige e com a retirada de diversas garantias necessárias.

Nas palavras de Coutinho (2019, p. 25), “tudo o que se importar – só para começar – deve ser exaustivamente adaptado ao Brasil, mas sempre com o ônus e bônus, logo, sem reduções execráveis de uma *americanização à brasileira*”.

As propostas de implementação do *plea bargaining* no Brasil, buscam “copiar” um instituto retirando as suas garantias básicas, como por exemplo o direito de firmar o acordo em qualquer momento processual antes da sentença, permitindo somente que esse seja entabulado somente até o início da fase instrutória. Torna-se difícil imaginar um cenário bem-sucedido em que um instituto que já se mostra falho em outros países pudesse funcionar no Brasil, inclusive com menos garantias aos réus. A estrutura proposta do acordo de barganha pelo Pacote Anticrime reforça um risco de coação e de ameaças que os acusados podem sofrer.

Portanto, nota-se que a importação seletiva de um instituto de sistema processual penal adversarial para o Brasil não “transforma magicamente” o sistema jurídico do país em acusatório, pelo contrário, esse transplante jurídico demonstra ter graves riscos de tornar o sistema brasileiro ainda mais inquisitivo. O *plea bargaining* importado de maneira acrítica e com menos garantias, se mostra como uma proposta de tornar o processo penal brasileiro de fato adversarial, mas que esconde dentro de si diversos aspectos da mentalidade inquisitória.

Nesse sentido, o *plea bargaining* nos formatos propostos e sem uma verdadeira tradução jurídica é completamente incompatível com o modelo processual penal brasileiro atual, que é predominantemente inquisitório. Ainda que o Código de Processo Penal de 1941 tenha passado por reformas processuais, a sua matriz inquisitória permanece enraizada, ao contrário dos demais países que adotaram o acordo de barganha. Desse modo, nota-se que a mera adoção de institutos oriundos do sistema adversarial não possui poder de transformar o sistema brasileiro como um todo. A ideia de trazer um instituto de sistema adversarial para o direito brasileiro, é de fato um grande “transplante jurídico à brasileira”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto propôs-se a demonstrar que a metamorfose de um sistema processual penal ainda com permanências inquisitoriais tão profundas, como o brasileiro, não deve continuar a contemporizar com a importação e a adoção, sem maiores debates ou reflexões críticas, de institutos jurídicos não condizentes com o padrão processual penal que se tem no país.

Enquanto não houver uma verdadeira formação jurídica de justiça negocial e, neste sentido, também, uma capacitação dos agentes do sistema de justiça criminal em direção a um modelo acusatório de processo, a simples importação de ferramentas ao “estilo ianque de adversarialidade” (SILVA, 2019, p. 293) não levará à adoção, por si só, de um modelo mais justo de processo penal e de resolução de conflitos.

Do mesmo modo que os operadores do direito não estão preparados para essas negociações, a estrutura desigual entre as partes também não está. É necessário que se diminuam as disparidades de tratamento, de meios de investigação e de estrutura para que as partes negociem de forma equânime. E tal mudança somente ocorrerá quando houver uma verdadeira reforma global do processo penal brasileiro, ou seja, uma mudança que se coloque não apenas com a ênfase legislativa (com a necessária reforma legislativa do código de

processo penal brasileiro, que ainda remonta a 1941), mas também, uma mudança que reflita na atuação dos agentes do sistema justiça criminal (CHOUKR, 2017). Após isto, pode-se, e deve-se pensar a adoção do instituto do *plea bargaining*, vez que, quando bem realizada, pode dar maior relevância ao papel das partes no processo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018.

BOHM, Robert M. “McJustice”: on the McDonaldization of criminal justice. **Justice Quarterly**, v. 23, n. 1, p. 127-146, 2006. Disponível em: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/mcjustice-mcdonaldization-criminal-justice>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto do Senado de nº 5282, de 2019**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>. Acesso em: 21 mar. 2021.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista. In: **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, p. 21-34, jul./dez. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, a. 30, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Para tentar entender uma refundação do CPP do Brasil na direção do sistema acusatório. In: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; COSTA DE PAULA, Leonardo (Orgs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Escritos Em Homenagem Ao Prof. Dr. Jacinto Nelson De Miranda Coutinho**. Volume 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 25.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; COSTA DE PAULA, Leonardo; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Volumes 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); COSTA DE PAULA, Leonardo (Org.); NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. Volume 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DEFENSORES dizem ganhar menos que juízes e promotores por protegerem pobres. **Revista Consultor Jurídico — Conjur**, 24 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-24/defensoria-ganhar-magistratura-mp-protoger-pobres>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISHER, George. **Plea bargaining's triumph**. *Yale Law Journal*, v. 109, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol109/iss5/1/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 27. Ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HAACK, Susan. Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology. New: Prometheus Books, 2009. p. 362.

HAACK, Susan. Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in Law. New York: Cambridge Un. Press, 2014.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 01, 2004. p. 01-65. Tradução de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça Criminal e Democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MADEIRO, Carlos. Superlotadas, prisões no Brasil gastam R\$ 15,8 bilhões ao ano, diz TCU. **UOL Notícias**, Maceió, 17 jul. 2019. Notícias: Cotidiano. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas->

noticias/2019/07/17/superlotadas-prisoas-no-brasil-gastam-r-158-bilhoes-ao-ano-diz-tcu.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

MATIDA, Janaína. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) — Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; COSTA DE PAULA, Leonardo (Orgs.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal No Brasil**: Escritos Em Homenagem Ao Prof. Dr. Jacinto Nelson De Miranda Coutinho. Vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

PRADO, Geraldo. O estatuto jurídico da acusação e o Projeto de Lei Anastasia-Streck – parte I. **Consultor Jurídico — Conjur**, Mar. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/geraldo-prado-estatuto-acusacao-pl-anastasia-streck>. Acesso em: 21 mar. 2021.

PRADO, Geraldo. O estatuto jurídico da acusação e o Projeto de Lei Anastasia-Streck – parte II. **Consultor Jurídico — Conjur**, Mar. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/geraldo-prado-estatuto-acusacao-pl-anastasia-streck-ii>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ROBERTS, Anna. Convictions As Guilt. **Fordham Law Review**, v. 88, n. 6, p. 2501-2550, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3389597>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ROQUE, Igor. Em defesa da valorização da Defensoria Pública do Brasil. *Revista Consultor Jurídico*. **Consultor Jurídico — Conjur**, 25 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-25/igor-roque-defesa-valorizacao-defensoria-publica-brasil>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SAROKIN, H. Lee. Why Do Innocent People Plead Guilty? **Huff Post.**, 29 jul. 2012. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/innocent-people-guilty-pleas_b_1553239. Acesso em: 21 mar. 2021.

SAWYER, Wendy; WAGNER, Peter. Mass Incarceration: The Whole Pie 2020. **Prison Policy Initiative**, 24 mar. 2020. Reports. Disponível em: <https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html>. Acesso em 21 mar. 2021.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. Quem nos salvará da bondade dos bons? O problema da instituição dos acordos pré-processuais sobre a pena fora das balizas da adversariedade e do marco da justiça restaurativa. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; POSTIGO, Leonel González, SILVEIRA, Marco

Aurelio Nunes da. **Relexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay**: Hacia la Justicia Penal Acusatoria en Brasil. Curitiba: Observatório da mentalidade Inquisitória, 2019. p. 293.

USSC – United States Sentencing Commission. **2019 annual report and sourcebook of federal sentencing statistics**. Disponível em: <https://www.ussc.gov/research/sourcebook-2019>. Acesso em: 02 mar. 2021.

VIEIRA, Antonio. Crítica à Americanização Seletiva do Processo Penal Brasileiro: da necessária adoção de regras de discovery e as consequências jurídicas de sua inobservância. NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Org.); COSTA DE PAULA, Leonardo (Org.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Volume 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 275.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CARRANZA, Elías (Coords.). Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. México: Porrúa, ILANUD y Raoul Wallenberg Institute, 2007,

CÓRDOBA, Lea Marina Meza; TERÁN, Sérgio J. Cuarezma. ¿La Justicia Penal para la economia? *In*: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). **Justiça Criminal e Democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

O AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO DE PARIDADE NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS: “CONSUMO INTERMEDIÁRIO” E HIPOSSUFICIÊNCIA

THE REMOVAL OF THE PRESUMPTION OF PARITY IN BUSINESS RELATIONSHIPS: "INTERMEDIATE CONSUMPTION" AND HYPO SUFFICIENCY

EL AISLAMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE PARIDAD EN LAS RELACIONES EMPRESARIALES: “CONSUMO INTERMEDIO” E INSUFICIENCIA

Igor Dias de Oliveira¹

Luis Renato Ferreira da Silva²

Resumo: Este artigo faz uma análise crítica dos julgados do Superior Tribunal de Justiça que mitigaram o conceito de consumidor oriundo da Teoria Finalista. A pesquisa identificou que este tribunal utiliza as normas do Código de Defesa do Consumidor, nas relações interempresariais quando uma das partes apresenta-se em situação de hipossuficiência, ainda que ela adquira bens ou contrate serviços como instrumento para o desenvolvimento da sua atividade empresária. Assim, mesmo sem ser consumidora pela Teoria Finalista, visto que não é destinatária final econômica do objeto do negócio, os Tribunais aplicam as normas consumeristas para restabelecer o equilíbrio contratual. Diante disso, o presente trabalho analisa a necessidade de utilizar as normas do Código de Defesa do Consumidor nas relações interempresariais. Isso porque, com o advento do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015 e com a Lei da Liberdade Econômica o legislador reconhece a assimetria contratual existente além das relações de consumo e possibilita maneiras de equilibrar os contratos empresariais assimétricos.

Palavras-chave: Consumo Intermediário. Contratos Interempresariais Assimétricos. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: This article makes a critical analysis of the precedents of the Brazilian Superior Court of Justice that mitigated the concept of consumer from the Finalist Theory. The research identified that this Court uses the provisions of the Consumer Defense Code, in the relations between companies when one of the parts presents itself in a hypo sufficiency situation, even in contracts related to the acquisition of assets or services as an instrument for the development of its

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi bolsista de iniciação científica voluntário (2020). Membro da equipe de UFRGS Arbitration Team. Estagiário da Defensoria Pública do Estado na Subdefensoria Pública-Geral para Assuntos Institucionais

² Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela UFRGS. Doutor em Direito Civil – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. luis.ferreira@ufrgs.br.

company activities. This way, even without being considered a consumer by the Finalist Theory, once it is not the final economic destination of the contract, the Courts apply the consumer provisions to reestablish the contractual balance. Faced with this phenomenon, this article analyses the need to use the Consumer Defense Code provisions on intercompany relations. Since the advent of the 2002 Civil Code, the 2015 Code of Civil Procedure and the Law of Economic Freedom, the legislator acknowledges the contractual asymmetry existent beyond the consumer relations and allows ways of balancing the asymmetrical company contracts.

Keywords: Intermediate Consumption. Asymmetrical Intercompany Contracts. Consumer Defense Code.

Resumen: Este artículo hace un análisis crítico de los juzgados de Tribunal Superior de Justicia de Brasil que mitigaron el concepto de consumidor procedente de la Teoría Finalista. La investigación identifica que este tribunal utiliza las normas del Código de Defensa del Consumidor, en las relaciones interempresariales cuando una de las partes se encuentra en situación de vulnerabilidad, incluso si adquiere bienes o contrata servicios como instrumento para el desarrollo de su actividad empresarial. Así que, incluso sin ser consumidor por la Teoría Finalista, al no ser el último destinatario económico del objeto empresarial, los tribunales aplican reglas del Código de Defensa del Consumidor para restablecer el equilibrio contractual. Delante de esto el presente trabajo analiza la necesidad de utilizar el Código de Defensa del Consumidor en las relaciones interempresariales. Esto se debe a que, con la promulgación del Código Civil de 2002, el Código de Procedimiento Civil de 2015 y la Ley de Libertad Económica (Ley 13.874/19), el legislador reconoce la asimetría contractual existente además de las relaciones con los consumidores y habilita formas de equilibrar los contratos comerciales asimétricos.

Palabras clave: Consumo Intermedio. Contratos Interempresariales Asimétricos. Código de Defensa del Consumidor.

Data de submissão: 22/03/2021

Data de aceite: 17/05/2021

1 INTRODUÇÃO

As relações empresariais são marcadas pela preservação da autonomia das partes em virtude da presunção de paridade e simetria de poder contratual. No entanto, com o agigantamento de multinacionais e de grupos econômicos, esse ideal de igualdade mostra-se cada vez menos presente nas relações

mercantis. Desse modo, apesar do estudo de direito comparado não ser o método deste trabalho, é importante frisar que a doutrina italiana, ao analisar esse fenômeno, desenvolveu duas correntes.

A primeira debruça-se sobre os contratos interempresariais e nomeia aqueles assimétricos como “*O Terceiro Contrato*”³. Segundo Giuseppe Amadio, seguidor desta vertente, entre os contratos B2B (*Business to Business*) – nos quais há ampla autonomia das partes pela paridade de forças – e os contratos B2C (*Business to Consumer*) – nos quais há significativa disparidade de poder contratual – surge um novo gênero: os contratos B2b (*Business to business*) – nos quais o “*B*” representa a parte forte, pessoa, jurídica ou física, que exerce atividade empresária com alto poder de barganha, enquanto o “*b*” representa a parte débil, pessoa, jurídica ou física, que exerce atividade empresária com baixo poder contratual⁴.

Por outro lado, a segunda analisa as relações díspares como “*Contratos Assimétricos*”. Vincenzo Roppo, defensor desta corrente, explica a diferença entre contratos B2B e B2C e ressalta que, em determinadas relações B2C, o “*C*” não representa um consumidor pessoa física, mas sim uma pessoa, física ou jurídica, que embora exerça atividade empresária, encontra-se em uma posição similar à dos consumidores. Assim, ele propõe a expressão S2C (*Supplier to Costumer*) para classificar esses contratos, de modo que o “*C*” representa um cliente que pode ou não ser consumidor⁵.

Nessa senda, buscou-se verificar como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisa as relações entre fornecedores e clientes quando estes são pessoas jurídicas que exercem atividade empresária. Essa pesquisa identificou que, até meados de 2004, a Primeira e a Terceira Turmas do STJ adotavam a Teoria

³ PARDOLESI, Roberto. **I' Abuso di Dipendenza Economica tra Disciplina della Concorrenza e Diritto dei Contratti. Un'analisi Economica e Comparata**. Turim: Giappichelli, 2004. Disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

⁴ GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il Terzo Contratto**. Bolonha: il Mulino, 2008.

⁵ ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. **European Review of Contract Law**, v. 3, p. 304-349, 2009.

Maximalista para classificar o consumidor⁶. Desse modo, aplicavam-se as normas consumeristas quando identificado o final fático do objeto. Já a Quarta Turma seguia a Teoria Finalista, considerando como consumidor somente aquela pessoa, física ou jurídica, que não tivesse o contrato como instrumento que fomentasse a sua atividade econômica, ou seja, o bem adquirido ou serviço contratado deveria ser totalmente distinto da sua atividade empresária⁷.

Essa controvérsia só chegou ao fim em 26 de junho de 2004, quando a Segunda Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 541.867/BA, por maioria, decidiu adotar a Teoria Finalista como fundamento para a classificação de consumidor⁸. Contudo, o tribunal não deixou de reconhecer a assimetria de poder contratual existente nessas relações interempresariais e as classificou como “consumo intermediário”, ou seja, quando o objeto não tem as características próprias de consumo, mas de insumo, considera-se consumo intermediário. Outrossim, quando a parte consumidora intermediária se apresenta em situação de hipossuficiência frente à fornecedora esse tribunal aplica as normas do Código de Defesa do Consumidor para restabelecer o equilíbrio contratual⁹.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 286.441/RS**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07.11.2002.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 488.274/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 22 maio 2003.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n. 263229/SP**. Relator: Min. José Delgado, julgado em 14 nov. 2000.;

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 218.505/MG**. Relator: Min. Barros Monteiro, julgado em 16 set. 1999.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 264126/RS**. Relator: Min. Barros Monteiro, julgado em 08 maio 2001.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial n. 541.867/BA**. Relator: para Acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 26 jun. 2004.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.591.803/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08 fev. 2021.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.212.302/PR**. Relator: Min. Raul Araújo, julgado em 21 nov. 2019.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.669.638/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 jun. 2018.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 728.797/RS**. Relator: Min. Marco Buzzi, julgado em 22 maio 2018.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.;

A partir da análise realizada, identificou-se (i) divergência nos critérios utilizados pelos tribunais pátrios para reconhecer ou afastar a hipossuficiência da pessoa que exerce atividade empresária e, por consequência, (ii) certa insegurança jurídica quanto a aplicabilidade das normas consumeristas às relações empresariais. A identificação dos critérios para o reconhecimento da assimetria contratual nas relações empresariais torna-se necessário; porém, não para legitimar a incidência das normas consumeristas às relações puramente mercantis, mas sim para acionar outros remédios jurídicos capazes de restabelecer o equilíbrio contratual sem o desvirtuamento da essência da relação jurídica posta em análise.

Por essas razões, o objetivo deste trabalho é debater a respeito (i) das vias alternativas às leis consumeristas para equilibrar essas relações interempresariais; (ii) da necessidade de estipulação de critérios objetivos para a análise da hipossuficiência econômica da parte vulnerável da relação; e (iii) da necessidade de analisar outros elementos capazes de caracterizar a vulnerabilidade da parte, para além da hipossuficiência financeira.

2 MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA PARA INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

A Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor (CDC), completou 30 anos no dia 11 de setembro de 2020. Não obstante, desde o início de sua vigência, o art. 2º do CDC – que traz o conceito de consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como

-
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.010.834/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 03 ago. 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.080.719/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 10 fev. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 807159/SP**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 09 out. 2007.;
- e
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 661.145/ES**. Relator: Min. Jorge Scartezini, julgado em 22 mar. 2005.

destinatário final” – ensejou amplo debate doutrinário, o qual refletiu significativamente nos Tribunais. Nesse sentido, embora não seja o objetivo deste artigo sustentar uma ou outra teoria, é necessário resumir as mais relevantes.

A Teoria Finalista, ou subjetiva, interpreta o elemento “*destinatário final*” de modo restritivo, ou seja, essa corrente afirma que o termo “*final*” se refere não à finalidade literal, fática, mas à econômica¹⁰. Neste caso, o consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire bens ou contrata prestações de serviços com o objetivo de satisfazer uma necessidade própria, sem visar ao desenvolvimento econômico: o lucro¹¹. Dessa forma, as pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade empresária não são consumidoras nas relações que firmam para a persecução do seu objeto social. Portanto, são consumidores somente aqueles agentes que põe fim à cadeia econômica do serviço ou produto.

Essa teoria manifesta-se, por exemplo, no voto proferido pelo Min. Barros Monteiro no Recurso Especial n.º 218.505/MG, julgado em 16 de setembro de 1999, quando a Quarta Turma, por decisão unânime, decidiu que a sociedade limitada que atuava como revendedora de veículos e peças não era consumidora do mútuo bancário realizado, visto que “não utilizou o capital mutuado como destinatária final e, sim, para emprego em finalidade gerencial, voltado ao fomento de sua produção”¹². Assim, não foram aplicadas as normas consumeristas para reduzir a multa contratual prevista no contrato¹³.

De outro lado, a Teoria Maximalista, ou objetiva, interpreta o “*destinatário final*” em seu sentido amplo, ou seja, entende o termo “*final*” de forma literal. Assim, para essa teoria, o uso profissional do bem ou serviço não afasta

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na pós-modernidade: em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29 do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, p. 104-106, 2000. p. 104-106.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 54.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 218.505/MG**. Relator: Min. Barros Monteiro, julgado em 16 set. 1999.

¹³ *Ibidem*.

existência de relação de consumo, excetuando-se apenas as situações em que o bem ou serviço compõe diretamente ou por transformação o objeto social do agente que exerce atividade empresária¹⁴.

Antes da consolidação da Teoria Finalista no STJ, a Primeira e a Terceira Turma deste tribunal seguiam a doutrina da Teoria Maximalista para interpretar o art. 2º do CDC¹⁵. O *leading case* da aplicação desta teoria é o Recurso Especial n.º 208.793/MT, julgado em 28 de novembro de 1999, sob a relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Neste caso discutia-se a incidência das normas do CDC na relação existente entre a fornecedora de adubo e o agricultor que utilizava este bem para o incremento de sua atividade empresária¹⁶.

No caso supramencionado, o adubo foi considerado como necessário para o desenvolvimento da atividade empresária do agricultor; porém, o produto não foi entendido, pelo STJ, como uma matéria-prima, visto que fora consumido pelo próprio adquirente. Desse modo, o tribunal entendeu que, após o ciclo de produção, o bem não participou diretamente do produto final oferecido ao mercado. Por isso, o agricultor, em que pese utilizasse o objeto do negócio para desenvolver a sua atividade empresária, foi considerado como destinatário final, por consequência: consumidor¹⁷.

Após exaustiva controvérsia quanto às teorias supramencionadas, em 26 de junho de 2004, a Segunda Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial 541.867/BA, por maioria, decidiu adotar a Teoria Finalista como fundamento para classificação de consumidor¹⁸. Nada obstante, a consolidação da Teoria Finalista

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de competência n. 41.056**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 23 abr. 1999.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 286.441/RS**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07.11.2002.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 488.274/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 22 maio 2003.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n. 263229/SP**. Relator: Min. José Delgado, julgado em 14 nov. 2000.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 208.793**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 28 nov. 1999.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Recurso Especial n. 541.867/BA. Relator: para Acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 26 jun. 2004.

pelo STJ não encerrou o debate quanto à aplicabilidade do CDC nas relações interempresariais.

Isso porque, diante da flagrante assimetria contratual existente em certas relações que não estariam cobertas pelo CDC, de acordo com a Teoria Finalista, o STJ passou a mitigar essa teoria¹⁹. Assim, nas relações de consumo intermediário, nas quais, em tese, não incidiriam as normas consumeristas, caso o consumidor intermediário seja considerado hipossuficiente, será mitigado o conceito de consumidor para aplicar as normas do CDC²⁰.

O julgamento do Recurso Especial n.º 716.877/SP, sob a relatoria do Min. Ari Pargendler, foi o marco inicial da mitigação da Teoria Finalista para tutelar o agente hipossuficiente que exerce atividade empresária nas relações de consumo intermediário²¹. Neste mencionado caso, o empresário adquiriu um caminhão para o seu sustento e o da sua família. Assim, o tribunal reconheceu que o objeto era utilizado como instrumento para desenvolvimento da atividade empresária do adquirente; porém, diante da sua hipossuficiência técnica e

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.591.803/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08 fev. 2021.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.212.302/PR**. Relator: Min. Raul Araújo, julgado em 21 nov. 2019.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.669.638/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 jun. 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 728.797/RS**. Relator: Min. Marco Buzzi, julgado em 22 maio 2018.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.010.834/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 03 ago. 2010.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.080.719/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 10 fev. 2009.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 807159/SP**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 09 out. 2007.; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 661.145/ES**. Relator: Min. Jorge Scartezzini, julgado em 22 mar. 2005.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 716877/SP**. Relator: Min. Ari Pargendle, julgado em 22 mar. 2007.

econômica frente à fornecedora, foram aplicadas as normas consumeristas para julgar a lide²².

3 VIAS ALTERNATIVAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA GARANTIR O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES INTEREMPRESARIAIS ASSIMÉTRICAS

A aplicação do CDC às relações interempresariais, de consumo intermediário, quando a pessoa empresária se figura como hipossuficiente, justificava-se pela ausência de normas no Código Civil de 1916 para restabelecer o equilíbrio contratual nessas relações²³. Ocorre que, conforme identificado na presente pesquisa e bem leciona a ilustre Prof.^a Dr.^a Paula Forgioni, a nebulosidade existente entre as fronteiras do direito empresarial e do direito consumerista “deriva de questão prática ligada [i] ao ônus da prova nos processos judiciais e [ii] ao foro competente para a propositura da ação contra o fornecedor”²⁴.

Atualmente, entretanto, o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 e, inclusive, a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) possibilitam vias alternativas para garantir o equilíbrio contratual nas relações interempresariais assimétricas.

O Código Civil de 2002, por sua vez, passou a assegurar o equilíbrio contratual nos contratos de adesão. Assim, o art. 423 deste diploma legal garante que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”²⁵.

É necessário ressaltar que o contrato assimétrico não é sinônimo de contrato de adesão. Isso porque, ainda que todo contrato de adesão guarde certa

²² *Ibidem*.

²³ PASQUALOTTO, Adalberto. O Destinatário Final e O "Consumidor Intermediário". **Revista de Direito do Consumidor**, v. 74, p. 70-42, 2010. p.3.

²⁴ FORGIONI, Paula P. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 31.

²⁵ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

assimetria, por ausência de poder negocial, a recíproca não é verdadeira. Segundo Orlando Gomes, o contrato de adesão, na realidade, é um instrumento com cláusulas prontas que são propostas à outra parte, a qual, por sua vez, manifesta a sua vontade aderindo ao contrato ou não²⁶. Já o contrato assimétrico não necessariamente se resume a uma pré disposição de cláusulas de uma parte sobre a outra. Nestes há espaço para a negociação; porém, durante as tratativas ou a execução do contrato, uma das partes é ou torna-se muito mais forte, do ponto de vista do poder contratual, do que a outra.

Já em relação às questões pertinentes ao direito processual, o art. 190 do atual Código de Processo Civil garante que, quando o processo versar sobre direitos que admitem autocomposição, as partes plenamente capazes podem estipular mudanças no procedimento para “ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”²⁷. Entretanto, o parágrafo único deste dispositivo não se omite ante as relações assimétricas, possibilitando a revisão, inclusive de ofício, do juiz “quando alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”²⁸.

Além disso, no tocante ao ônus probatório, o art. 373, § 1º, do mesmo diploma legal, prevê que o juiz, diante das peculiaridades da causa, “poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada”²⁹.

²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 128.

²⁷ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

²⁸ Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Destarte, o atual CPC possibilita a revisão de ofício do juiz dos negócios processuais quando presente a vulnerabilidade de uma das partes. Outrossim, este diploma garante também que, nos casos em que a vulnerabilidade da parte tornar excessivamente difícil o cumprimento do seu encargo probatório, poderá o juiz redistribuir o ônus da prova. Frisa-se que, em nenhum dos dois casos, o código processual associou a vulnerabilidade à condição de consumidor.

Por fim, a Lei 13.874, de 2019, denominada como Lei da Liberdade Econômica, traz ao ordenamento jurídico normas visando à proteção da autonomia das partes nas relações interempresariais. Entretanto, essa liberdade não é absoluta, visto que para a garantia da própria autonomia da vontade é essencial a intervenção estatal para garantir a equidade nas relações empresariais. Isso porque, em relações assimétricas, seja de consumo, de trabalho ou empresarial, quando uma das partes se encontra em posição superior à outra, do ponto de vista do poder negocial, e abusa dessa posição, não há autonomia de vontade, há uma imposição de vontade.

Assim, a Lei da Liberdade Econômica traz em seu art. 3º a garantia do desenvolvimento econômico assegurando o tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, conforme determina o art. 170 da Constituição Federal³⁰. Nesse sentido, o inciso VIII, do art. 3º da Lei da Liberdade Econômica garante que “os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública”³¹. Novamente, a lei frisa que os contratos empresariais não paritários devem ter uma atenção maior dos juristas.

³⁰ Art. 3º são direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal.

³¹ Art. 170. A ordem econômica, 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:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Ademais, a Lei da Liberdade Econômica acrescenta ao Código Civil de 2002 o art. 421-A, o qual, por sua vez, dispõe que os contratos empresariais se presumem paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção³².

Dessa forma, a Lei da Liberdade Econômica define que a presunção de paridade e simetria nas relações empresariais é *ius tantum*. Assim, a referida Lei avança positivamente no reconhecimento de contratos empresariais assimétricos; porém, peca em não estipular quais são os elementos concretos capazes de afastar a presunção de paridade e simetria nessas relações.

Em suma, nota-se que o Código Civil e o Código de Processo Civil ingressaram no ordenamento jurídico trazendo consigo garantias às partes vulneráveis para além do Código de Defesa do Consumidor. Outrossim, a Lei da Liberdade Econômica reconhece a assimetria de poder contratual nas relações interempresariais. Nada obstante, é necessário analisar quais são os critérios necessários para reconhecer a vulnerabilidade de uma das partes para afastar essa presunção.

4 A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ANALISAR A EXISTÊNCIA DE VULNERABILIDADE DA PESSOA QUE EXERCE ATIVIDADE EMPRESÁRIA

Ante a omissão sobre as circunstâncias que envolvem a vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, buscou-se analisar as decisões em que foi reconhecida a vulnerabilidade da parte consumidora intermediária e aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, bem como os critérios utilizados para afastá-la.

A mitigação da Teoria Finalista, notoriamente, buscou readequar o desequilíbrio de poder contratual existente nas relações interempresariais. Entretanto, pecou em não utilizar critérios objetivos e uniformes para classificar

³² Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

a pessoa que exerce atividade empresária como vulnerável, o que trouxe insegurança jurídica às relações mercantis.

Antes de analisarmos a problemática dessa questão é importante lembrar que, conforme o voto proferido pela Min. Nancy Andrighi no Recurso Especial n.º 1.358.231/SP, a vulnerabilidade do consumidor se manifesta pela hipossuficiência: (i) técnica; (ii) jurídica ou científica; (iii) fática ou socioeconômica; ou (iv) informacional³³.

A primeira fundamenta-se na inexistência de conhecimento específico a respeito do produto adquirido. Já a segunda se refere à ausência de conhecimentos jurídicos ou contábeis para realização de negócio, o que dificulta a ponderação de vantagens e desvantagens do contrato. A terceira, por sua vez, diz respeito à insuficiência financeira, econômica ou até mesmo psicológica que torna a relação consumidor-fornecedor desigual. E, por último, surge uma nova categoria, a qual reconhece a fragilidade do consumidor ante a escassez informacional, não sendo somente quantitativa, mas também qualitativa³⁴.

Embora essa vulnerabilidade tenha surgido para qualificar o consumidor, não se desconhece a possibilidade da pessoa, física ou jurídica, que exerce atividade empresária enquadrar-se também nesses requisitos. Além disso, esses critérios são exemplificativos, podendo surgir novos elementos capazes de classificar o agente que adquire bens ou contrata serviços como vulnerável³⁵.

Em relação à hipossuficiência econômica da pessoa jurídica que exerce atividade empresária, a pesquisa identificou certa fragilidade a respeito da sua comprovação. Isso porque, nos julgados analisados foram identificados diferentes critérios para reconhecer ou negar essa hipossuficiência do empresário individual ou da sociedade empresária.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.

³⁴*Ibidem*.

³⁵*Ibidem*.

Nesse sentido, nota-se que a Terceira Turma do STJ, no julgamento do AgInt no AREsp 1591803/PR, em 08 de fevereiro de 2021³⁶, manteve a decisão do tribunal de origem que aplicou as normas consumeristas ao caso *sub judice*. O reconhecimento da hipossuficiência técnica, jurídica e econômica da transportadora, sociedade limitada de pequeno porte, pelo juízo de origem foi fundamentado nos seguintes termos:

No caso em comento, resta caracterizada a vulnerabilidade do apelante em seus três aspectos, vez que a autora é pessoa jurídica de pequeno porte, com capital social de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (fls. 07/11). Tal vulnerabilidade fica ainda mais evidente quando considerado o grande porte das empresas requeridas. Deste modo, tendo em vista a vulnerabilidade da autora, e considerando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, são aplicáveis ao caso em questão as normas do Código de Defesa do Consumidor³⁷.

Observa-se que o Tribunal de origem considerou a hipossuficiência técnica, jurídica e econômica com base exclusivamente no capital social da sociedade. Já no julgamento do Recurso Especial n.º 1.195.642/RJ, a Terceira Turma do STJ utilizou critérios diferentes para analisar a vulnerabilidade da sociedade limitada revendedora de veículos frente à sociedade anônima de telecomunicações, consoante o Acórdão lavrado³⁸:

No aspecto fático, não se constata nenhuma insuficiência capaz de colocar a recorrida em situação de desvantagem frente à [...]. Note-se, por oportuno, que a recorrida não pode ser considerada economicamente hipossuficiente, na medida em que, segundo suas próprias assertivas, em apenas 45 dias, gastou mais de R\$55.000,00 (em valores de 2007) apenas com anúncios em jornal (fl. 04, e-STJ), circunstância reveladora do porte da empresa.

Diferentemente daquele julgado, este não levou em consideração o capital social da sociedade limitada, mas sim o seu investimento realizado em

³⁶ STJ. Terceira Turma. AgInt no AREsp 1591803/PR. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08.02.2021.

³⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível n. 0020455-74.2014.8.16.0001** DA 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Des. Arquelau Araujo Ribas, julgado em 04 jul. 2019.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.

publicidade. Diante disso, torna-se necessário perquirir se o ordenamento jurídico proporciona um suporte legal para considerar a pessoa jurídica que exerce atividade empresária como hipossuficiente economicamente.

4.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL COMO PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA

O art. 134 da Constituição Federal considera a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, para a defesa “dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”³⁹. O inciso ao qual esse artigo se refere, por sua vez, é o garantidor da prestação estatal de “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁴⁰.

Diante disso, percebe-se que a Defensoria Pública é uma instituição essencial para a garantia dos direitos dos necessitados: os vulneráveis. No entanto, não são somente pessoas físicas que gozam do direito à representação pela Defensoria Pública. Neste artigo, serão abordados os critérios de atendimento às pessoas jurídicas que atuam no mercado visando ao lucro estipulados pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

A Resolução n.º 07/2018 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul estipula os critérios de aferição das hipóteses de atuação institucional. Não serão abordadas aqui todas as hipóteses de atendimento das pessoas físicas, pois elas vão além da hipossuficiência financeira, abrangendo outras vulnerabilidades capazes de ensejar a atuação da instituição. Entretanto, é necessário ressaltar os critérios utilizados para apurar

³⁹ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função 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.

⁴⁰ LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

a hipossuficiência financeira das pessoas físicas, visto que eles complementarão os requisitos para o atendimento das pessoas jurídicas:

Art. 5º Será considerada hipossuficiente financeira a pessoa física que comprovar renda familiar mensal igual ou inferior, a 03 (três) salários mínimos nacionais, considerando-se os ganhos totais brutos da sua entidade familiar, bem como não ser proprietário, possuidor ou titular de direito sobre bens móveis, imóveis, créditos, recursos financeiros em aplicações ou investimentos ou quaisquer direitos economicamente mensuráveis, em montante que ultrapasse o equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos nacionais.

Já em relação às pessoas jurídicas, excluindo-se os casos de curadoria especial, previsto no parágrafo único do art. 72, do Código de Processo Civil⁴¹, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul atuará na defesa das pessoas jurídicas que visam ao lucro com o desenvolvimento das suas atividades quando consideradas hipossuficientes financeiramente. Para tal, os critérios utilizados serão:

Art. 6º. Será considerada hipossuficiente financeira a pessoa jurídica que aferir lucro mensal, igual ou inferior, a 03 (três) salários mínimos nacionais, devidamente comprovado com a Declaração Anual do Simples Nacional (DASN SIMEI) ou documento equivalente, bem como não ter patrimônio, ser possuidora ou titular de direitos sobre bens móveis, imóveis, créditos, recursos financeiros em aplicações ou investimentos em quaisquer direitos economicamente mensuráveis, em montante que ultrapasse a quantia equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos nacionais, devendo seus sócios ser considerados igualmente hipossuficientes na forma do art. 5º desta resolução.

[...]

§ 3º As pessoas jurídicas que se confundem com as pessoas físicas terão tratamento para averiguação da hipossuficiência financeira nos mesmos moldes do art. 5º desta resolução.

Portanto, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul pode atuar na defesa dos direitos das pessoas jurídicas que exercem atividade empresária – além dos casos de Curadoria Especial – quando pelos seus critérios de aferição da situação financeira da pessoa, verifica a existência desta modalidade de hipossuficiência de quem almeja atendimento. À luz disso, questiona-se,

⁴¹ Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

quando esta instituição representa pessoas jurídicas que visam ao lucro, excetuando-se os casos de Curadoria Especial, se essas sociedades empresárias ou empresários individuais presumem-se hipossuficientes financeiramente.

4.2 O ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE COMO CRITÉRIO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA

Além dessa possibilidade regional, à nível nacional, a Constituição Federal brasileira garante o tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, de acordo com o art. 170, inciso IX⁴². Em decorrência dessa previsão legal, a Lei Complementar n.º 123, de 2006, institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

O art. 3º desta Lei estipula critério objetivos para a classificação da sociedade empresária, da sociedade simples, da empresa individual de responsabilidade limitada e do empresário como microempresa ou empresa de pequeno porte⁴³. O inciso I deste dispositivo classifica como microempresa aquela que aufera receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) ao final de cada ano-calendário⁴⁴. Já o inciso II enquadra como empresa de pequeno porte aquela que aufera receita bruta, ao final do ano-calendário, superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), porém inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)⁴⁵.

⁴² IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁴³ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: [...]

⁴⁴ I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e [...]

⁴⁵ II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Nesse sentido, percebe-se que o legislador impõe critérios para classificar o porte do agente que exerce atividade empresária. Tais critérios podem servir para balizar o reconhecimento da hipossuficiência econômica das sociedades empresárias ou empresários individuais nessas relações interempresariais assimétricas. Assim, é possível reconhecer a presunção de hipossuficiência econômica das pessoas jurídicas que se enquadram nos requisitos exigidos por este Estatuto ou que sejam representadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, exceto em caso de Curadoria Especial.

4.3 OUTRAS HIPOSSUFICIÊNCIAS PARA ALÉM DA FINANCEIRA

Em que pesem as possibilidades de presunção de hipossuficiência econômica supramencionadas, há outros elementos capazes de ensejar a vulnerabilidade como a hipossuficiência técnica; jurídica ou científica; ou informacional. Embora essas sejam as hipóteses mais reconhecidas de vulnerabilidade, esses critérios não são essenciais, conforme o voto proferido pela Min. Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.358.231/SP:

Todavia, a despeito da identificação *in abstracto* de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.

[...]

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores⁴⁶.

Contudo, conforme visto anteriormente com o advento do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei da Liberdade Econômica, o

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.

legislador proporciona ao ordenamento jurídico vias alternativas ao Código de Defesa do Consumidor para equilibrar as relações assimétricas, quando presente a vulnerabilidade de uma das partes. Assim, torna-se necessário o estudo aprofundado de outras hipóteses que configuram a vulnerabilidade da pessoa empresária.

5 CONCLUSÃO

Nas relações interempresariais, a paridade e a simetria de poder contratual são presumidas, ao passo que, nas relações de consumo, a vulnerabilidade que é presumida. O afastamento da presunção de paridade nas relações empresariais não altera a natureza da relação, ainda que vulnerável a pessoa empresária ainda visa ao fomento da sua atividade econômica.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência de negócios jurídicos empresariais assimétricos e, por isso, desenvolveu a Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada. Esta teoria considera apto para receber a tutela do Código de Defesa do Consumidor aqueles agentes econômicos que adquirem bens ou contratam serviços visando ao desenvolvimento da atividade empresária desde que configurada a sua vulnerabilidade.

A aplicação das normas consumeristas – nas relações interempresariais assimétricas – justificava-se pela ausência de normas capazes de reparar a disparidade de poder contratual. Todavia, hoje, essas relações devem ser interpretadas e julgadas à luz dos instrumentos próprios pertinentes a essas relações jurídicas, uma vez que há previsão no ordenamento pátrio de remédios jurídicos capazes de estabelecer o equilíbrio de poder contratual nos contratos assimétricos, sem o desvirtuamento das normas do microsistema consumerista.

Contudo, para permitir o acionamento desses instrumentos, o art. 421-A do Código Civil, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica, exige a comprovação de elementos concretos capazes de afastar a presunção de paridade e simetria

nas relações interempresariais. Assim, interpreta-se que o legislador se refere à comprovação da vulnerabilidade de uma das partes.

Diante disso, a pesquisa observou a existência de controvérsia a respeito dos critérios utilizados pelos tribunais para reconhecer ou afastar a vulnerabilidade por hipossuficiência econômica quando se trata de pessoa física ou jurídica que exerce atividade empresária.

Assim, o presente trabalho tenta demonstrar que a observância de critérios legais para o reconhecimento dessa hipossuficiência financeira com base (i) na representação processual pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, excetuando-se os casos de curadoria especial, ou (ii) nos critérios estipulados no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, podem ser um guia para o caráter financeiro da vulnerabilidade⁴⁷.

De outro lado, levantou-se a necessidade de uma análise mais profunda a respeito de outras hipóteses capazes de configurar a vulnerabilidade de uma das partes pela hipossuficiência técnica; jurídica ou científica; informacional; pela dependência econômica ou ainda por outras hipóteses que podem surgir de casos específicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial n. 263229/SP**. Relator: Min. José Delgado, julgado em 14 nov. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de competência n. 41.056**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 23 abr. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial n. 541.867/BA**. Relator: para Acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 26 jun. 2004.

⁴⁷ Nesse mesmo sentido, a Lei dos Juizados Especiais, lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, autoriza o acesso aos Juizados para pessoas jurídicas que preencham os requisitos do artigo 8º, §1º, inciso II, da referida lei: “as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.080.719/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 10 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.010.834/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 03 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.591.803/PR**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 08 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 807159/SP**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 09 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 208.793**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 28 nov. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 286.441/RS**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07 nov. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 488.274/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 22 maio 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 716877/SP**. Relator: Min. Ari Pargendle, julgado em 22 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.417.293/PR**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.669.638/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. n. 728.797/RS**. Relator: Min. Marco Buzzi, julgado em 22 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.212.302/PR**. Relator: Min. Raul Araújo, julgado em 21 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 218.505/MG**. Relator: Min. Barros Monteiro, julgado em 16 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 264126/RS**. Relator: Min. Barros Monteiro, julgado em 08 maio 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 661.145/ES**. Relator: Min. Jorge Scartezzini, julgado em 22 mar. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2013.

FORGIONI, Paula P. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

GITTI, Gregorio; VILLA, Gianroberto. **Il Terzo Contratto**. Bolonha: il Mulino, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na pós-modernidade: em defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2º e 29 do CDC. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, p. 104-106, 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 0020455-74.2014.8.16.0001 DA 17ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Des. Arquelau Araujo Ribas, julgado em 04 jul. 2019.

PARDOLESI, Roberto. **I' Abuso di Dipendenza Economica tra Disciplina della Concorrenza e Diritto dei Contratti. Un'analisi Economica e Comparata**. Turim: Giappichelli, 2004. Disponível em: <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-FIN-07-2008.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Destinatário Final e O "Consumidor Intermediário". **Revista de Direito do Consumidor**, v. 74, p. 70-42, 2010.

ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo. **European Review of Contract Law**, v. 3, p. 304-349, 2009.

**EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO
MÍNIMA: REFLEXÕES E PROPOSTAS SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO, A
PUNIBILIDADE E OS SEUS LIMITES EM RELAÇÃO ÀS MULHERES
“MULAS DO TRÁFICO”¹**

*THE PURSUIT OF ACHIEVING THE PRINCIPLE OF MINIMAL
INTERVENTION: REFLECTIONS AND PROPOSALS ON CRIMINALIZATION,
PUNISHABILITY AND ITS LIMITATIONS RELATED TO “DRUG MULES”
WOMEN*

**EN BUSCA DE LA CONCRETIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA
INTERVENCIÓN MÍNIMA: REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA
CRIMINALIZACIÓN, EL CASTIGO Y SUS LÍMITES EN RELACIÓN A LAS
MUJERES “MULAS DEL TRÁFICO”**

Renata Martins de Sousa²

Resumo: O presente artigo³ tem como finalidade contribuir para o desenvolvimento das políticas penais descriminalizadoras relacionadas às mulheres, especificamente no tocante à repressão do delito de tráfico de drogas praticados dentro dos estabelecimentos prisionais masculinos por aquelas que mantêm vínculos afetivos e/ou familiares com os indivíduos que estão segregados de sua liberdade e por aquelas que se encontram em situação de vulnerabilidade econômico-social. Como norte imprescindível, esta pesquisa científica analisou a aplicação do princípio da intervenção mínima, em seu corolário da fragmentariedade, e as questões controversas, na seara legal, doutrinária e jurisprudencial, sobre o crime de tráfico de entorpecentes, incluindo o contexto fático a que são submetidas as mulheres condenadas e em execução da pena. Para tanto, realizou-se a abordagem mediante o método hipotético-dedutivo, filiando-se à corrente jurídica do Direito Alternativo, e obtendo como resultado a existência de um cenário mais favorável de tutela dessas condutas por outro ramo diverso do Direito Penal.

Palavras-chaves: Tráfico. Mulheres. Intervenção mínima.

Abstract: This article is aimed at contributing to the development of decriminalizing criminal policies related to women, specifically regarding the repression of drug trafficking offence committed inside the male penal institutions by women who keep affectional or family bonds with individuals segregated from their liberty and by the ones in economic and social vulnerability situation. As a

¹ Artigo submetido para aprovação no dia 22 de março de 2021.

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá e Especialista em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito.

³ Elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização da autora, a monografia intitulada “A criminalização e punibilidade das mulheres utilizadas como ‘mulas do tráfico’”.

fundamental guideline this scientific research analyzed the application of minimal intervention principle in the corollary of fragmentariness and controversial questions in the legal, doctrinaire and case law field, about the crime of drug trafficking, including the factual context in which the convicted women and the ones serving sentence are submitted. For this purpose, it was used an approach by means of the hypothetic-deductive method affiliated to the juridical current of Alternative Law, obtaining as a result the existence of a more favorable scenery of supervision of these practices by another segment of Criminal Law.

Keywords: Trafficking in women. Minimal intervention.

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad contribuir para el desarrollo de las políticas penales despenalizantes relacionadas a las mujeres, específicamente en lo que refiere a la represión del delito de narcotráfico practicado dentro de las cárceles masculinas quienes mantienen vínculos afectivos y/o familiares con personas segregadas de su libertad y quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad económica y social. Como guía esencial, esta investigación científica analizó la aplicación del principio de la intervención mínima, en su corolario de fragmentación, y los temas controvertidos, en el ámbito jurídico, doctrinal y jurisprudencial, sobre el delito de narcotráfico, incluyendo el contexto fáctico para a las que son sometidas mujeres condenadas y condenadas a muerte. Para ello, el abordaje se realizó utilizando el método hipotético-deductivo, afiliado a la cadena jurídica del Derecho Alternativo, y obteniendo como resultado la existencia de un escenario más favorable para la protección de estas conductas por parte de otra rama del Derecho Penal.

Palabras clave: Tráfico. Mujeres. Intervención mínima.

Data de submissão: 22/03/2021

Data de aceite: 20/04/2021

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em tela aborda os pontos centrais da monografia da autora, apresentada em sua Especialização, intitulada “A criminalização e punibilidade das mulheres utilizadas como ‘mulas do tráfico’”. Esta pesquisa, por sua vez, versou quanto às questões penais e extrapenais que envolvem a responsabilização criminal de tais mulheres presas após o flagrante em

penitenciárias masculinas e a aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

Sendo assim, neste artigo, serão explanados, brevemente, sobre os distintos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em relação ao delito de tráfico de entorpecentes e à culpabilidade destas mulheres, considerando a definição que é atribuída ao papel por elas exercido. De modo pormenorizado, discorrerá no tocante às consequências advindas da condenação e da prisão, a partir da realidade vulnerável enfrentada pelas mulheres, e à efetivação do citado princípio basilar da dogmática penal, avaliando os avanços alcançados na seara jurisprudencial e os impactos futuros.

É importante esclarecer que a escolha deste tema se pautou na relevância e na imprescindibilidade de a sociedade e o Poder Público direcionarem seus olhares ao cenário danoso que a omissão e a repressão inconsciente, através da política criminal relativa ao tráfico de drogas, têm causado a muitas vidas, especialmente às das mulheres que se encontram na situação mencionada. Nessa vertente, este trabalho propicia o aprofundamento sobre a realidade pessoal e socioeconômica dessas mulheres, “dentro” e “fora” do cárcere, bem como das razões que envolvem a prática da conduta, corroborando a necessidade de abandono do tratamento criminal, embasada no princípio penal da intervenção mínima, e a substituição da tutela por outro ramo do Direito.

Quanto à abordagem, primou-se pela coleta de dados qualitativa-quantitativa, em razão da importância das estatísticas para compreensão da dimensão da problemática proposta, sem, contudo, apegar-se apenas àquelas, uma vez que as causas que culminam na ação dessas mulheres são as mais variadas. Assim, caso se optasse apenas por uma das formas, haveria notório prejuízo para elucidação da complexidade do contexto fático das mulheres que praticam o tráfico nos estabelecimentos prisionais masculinos.

Em relação ao procedimento, houve a adoção da pesquisa documental, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, servindo como base principal o Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização da autora, monografia intitulada “A criminalização e punibilidade das mulheres utilizadas como ‘mulas

do tráfico'. Convém mencionar que, o referido trabalho foi desenvolvido através de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

2 OS DISTINTOS POSICIONAMENTOS, A REALIDADE E O CAMINHO PARA REDUÇÃO DO ENCARCERAMENTO FEMININO

2.1 As discussões entre a doutrina e a jurisprudência: a existência do bem jurídico no crime de tráfico, o alcance das finalidades da pena e a culpabilidade das mulheres denominadas “mulas do tráfico” das prisões masculinas

Inicialmente, é preciso rememorar que a origem do cenário de repressão das condutas dessas mulheres advém da política criminal implementada pelo Estado contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Deste modo, foi editada a Lei nº 11.343/2006⁴, cujo recrudescimento é refletido no crescente número da população carcerária e da violência no país.

Esmiuçando-se, criticamente, sobre a falsa proteção a um bem jurídico neste delito, Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila consideram que a saúde pública, de natureza coletiva, seria utilizada para ocultar que inexistia um autêntico bem que legitimasse a intervenção do Direito Penal, sendo esta sustentada, em verdade, em um Direito Penal do Autor⁵. Nesse sentido, apontam que essa constatação poderia ser aferida por meio de uma análise dos bens jurídicos individuais que compõem aquele eleito, bem como diante da desproporcionalidade das sanções aplicadas, da violação à liberdade individual, ao princípio da ofensividade e da ineficácia da prevenção da conduta⁶.

⁴ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006.

⁵ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, Florianópolis, v. 1, n. 10, p. 132-155, 2016.

⁶ Ibidem, p. 146.

Contrariamente, Adriana Fernandes Coloca é adepta ao entendimento que a intenção legislativa ao criminalizar as condutas que configuram o tráfico ilícito de entorpecentes consistia em assegurar proteção aos bens jurídicos imediato e mediato, quais sejam, respectivamente, a saúde pública e a saúde individual das pessoas pertencentes a uma coletividade⁷.

Não obstante as divergências destes e de outros doutrinadores mencionados no trabalho, pensando-se, pela realidade das apenadas, na pesquisa se fez de suma relevância entender quem são as mulheres chamadas de “mulas do tráfico” e ponderar sobre a sua culpabilidade penal, a partir do elemento de exigibilidade de conduta diversa, e o tratamento jurisprudencial que lhes é dispensado neste aspecto.

Destarte, na concepção de Ludmila Gaudad Sardinha Carneiro, a “mula” é a pessoa responsável pelo transporte da droga, através da tentativa de burla da vigilância, sendo esta por diferentes modos e meios, o que dependerá da quantidade de entorpecentes e do local de destino⁸. Ao delimitar a atuação de quem cumpre este papel a curtas distâncias, incluindo na penitenciária, ressalta que se trata de pessoa que ocupa uma posição hierárquica inferior no tráfico, o que é notado pelo risco a que é exposta, a impossibilidade de negar o ato diante do flagrante, a ínfima rede de apoio para protegê-la no momento da ação e após a prisão, assim como pela sua utilização como “laranja” e a baixa remuneração que lhe é paga⁹. Ademais, a seu ver, a função de “mula” seria desempenhada majoritariamente por mulheres, pois, além dos motivos expostos, muitas organizações acreditam que elas não despertam suspeitas durante a ação¹⁰.

Em que pese o conhecimento do poder estatal das diferentes tarefas e papéis desempenhados por aqueles envolvidos no tráfico de drogas, verificou-

⁷ COLOCA, Adriana Fernandes; ROCHA, Thiago de Barros. **Mulas Humanas e o Princípio da culpabilidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — UNITOLED, Araçatuba, SP, 2016.

⁸ CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. **Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México**. 2015. 412 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 98-99.

⁹ Ibidem, p. 99-100.

¹⁰ Ibidem, p. 100.

se o silêncio eloquente da Lei nº 11.343/2006, enquadrando todos em um mesmo tipo penal, sem atentar-se para as particularidades da situação da mulher que pratica este delito, principalmente em prisões masculinas.

À vista deste cenário, foi apurado que a situação tem ocupado espaço nos Tribunais Superiores, conforme avaliado pelos acórdãos, datados de 2014 ao ano de 2017, do Supremo Tribunal Federal, e datados entre 18/10/2018 até 26/02/2019, do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, a discussão ainda se mostrou superficial e encontrando amarras na ausência de uma normativa legal específica, razão pela qual o melhor tratamento pensado pelo Poder Judiciário tem sido promover a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, conhecida como hipótese de “tráfico privilegiado”.

Examinando a situação sob a perspectiva da exigibilidade de conduta diversa, que compõe a culpabilidade, a reflexão foi fundamentada nas motivações das mulheres que praticam essas condutas em estabelecimentos prisionais masculinos. Nessa linha, Isabel Penido de Campos Machado¹¹ avalia que essas mulheres denominadas “mulas” são vítimas do tráfico e da própria lei, sendo, nesta, devido à falta de compreensão da complexidade de suas razões. Particularmente quanto ao aspecto legal, entende que essa resposta reitera a objetificação das mulheres, já promovida pelo recrutamento ao tráfico.

Por fim, Adriana Fernandes Coloca acredita na aplicação da coculpabilidade nos casos de “mulas” do tráfico. Para a autora, o princípio está previsto implicitamente na política de prevenção que deve ser adotada pelo Estado, devendo, então, ser feita a mudança legislativa para sua inserção no artigo 29, do Código Penal, como causa de diminuição da pena em casos em que o agente se encontra em situações precárias¹².

¹¹ MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Mulas**: vítimas do tráfico e da lei. Rede Justiça Criminal. Rede Justiça Criminal. [2021]. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/mulas-vitimas-do-trafico-e-da-lei/>>. Acesso em: 03 de março de 2021.

¹² COLOCA, Adriana Fernandes; ROCHA, Thiago de Barros. **Mulas Humanas e o Princípio da co-culpabilidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — UNITOLEDO, Araçatuba, SP, 2016.

Com isso, no primeiro capítulo da pesquisa, foi possível inferir a profundidade da problemática que permeia o delito de tráfico de drogas e a responsabilização dessas mulheres, seja no plano normativo, doutrinário ou jurisprudencial. Outrossim, lançou-se as bases para modificação da visão direcionada à mera aplicação da norma penal dissociada da principiologia basilar que a fundamenta.

2.2 Conhecendo e acolhendo: a busca para compreender quem são essas mulheres, as suas motivações, o seu contexto de vulnerabilidade e a prevenção geral resultante da punibilidade de suas condutas

Enquanto perduram as discussões doutrinárias e jurisprudenciais abordadas, muitas mulheres continuam sendo impactadas pela vigorosa política criminal estatal contra as drogas. Nesse viés, colocando a relevância do aprisionamento feminino em pauta, a princípio, foram verificados os resultados dos Levantamentos de Informações Penitenciárias, um abrangendo homens e mulheres e o outro destinado especialmente a elas.

Quanto ao primeiro, foi feita uma comparação no que se refere à prática do tráfico de drogas, analisando a distribuição da população carcerária masculina e feminina. Assim, constatou-se que as mulheres segregadas da liberdade devido ao referido crime correspondem ao percentual de 62%, enquanto os homens são menos da metade deste percentual, representando 26% dos encarcerados¹³.

Em relação ao segundo estudo, foi verificado o percentual de aumento do encarceramento ao longo dos anos, comparado aos homens. Destarte, revelou-se que, em 16 anos, contados de 2000, a população feminina aprisionada cresceu 656%, contrapondo-se, por outro lado, ao aumento da masculina em 293%, no mesmo período¹⁴.

¹³ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização Junho de 2017. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 43.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília, 2017. p. 14-15.

A partir de tais dados, se mostrou necessário conhecer, de forma mais próxima, quem são as mulheres escolhidas para o transporte das substâncias entorpecentes, comumente rotuladas de “mulas do tráfico”, e suas condições socioeconômicas. Além do mais, foi realizada uma exposição sobre o modo que exercem a função e as questões relacionadas ao gênero.

Contribuindo para esta finalidade, Aline Cruvello Pancieri, Luciana Peluzio Chernicaró e Natália Sant Anna de Figueiredo esclarecem que essas mulheres não têm prévio envolvimento com o tráfico de entorpecentes, apresentam baixa escolaridade e estão inseridas no mercado de trabalho informal ou ilegal, inclusive desempenhando atividades domésticas¹⁵. Segundo as autoras, a frágil conexão com a ilegalidade e a condição de gênero propiciam um contexto de vulnerabilidade especial, através da criminalização da pobreza e de mulheres jovens e mães solteiras¹⁶. Sobre o gênero, explicam que assume relevância na escolha daquela que exercerá o papel de “mula”, na medida em que são avaliados atributos fundamentais¹⁷.

Abordando o uso das partes íntimas, recorrentemente utilizadas para ocultação dos entorpecentes, interessante perspectiva foi apresentada por estas autoras. Para elas, tal modo de transporte evidencia uma estilização dos corpos das mulheres que alça ao extremo a condição de gênero, enfatizando, ainda, que ao adentrar às prisões masculinas, estão, em verdade, entrando no mundo dos homens, operando como empregadas de redes de líderes masculinos e sendo remuneradas pela função de objeto-recipiente, não correspondente à quantia que equivale a substância que transportam¹⁸.

Enriquecendo a amplitude deste tema, foram trazidos resultados da pesquisa de Juliana Melo, feita a partir da abordagem de 18 mulheres no

¹⁵ PANCIERI, Aline Cruvello; CHERNICHARO, Luciana Peluzio; FIGUEIREDO, Natalia. Uma trincheira aberta: o corpo feminino como objeto das drogas e o caso das mulheres mulas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 3., 2017, Recife. **Anais Eletrônicos** [...] Recife: Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, 2017. p. 76-93. p.5.

¹⁶ Ibidem, loc. cit.

¹⁷ Ibidem, p. 14.

¹⁸ Ibidem, loc. cit.

Presídio Feminino do Distrito Federal, segregadas da liberdade depois de flagradas durante as visitas, transportando drogas¹⁹. Rotuladas como “mulhas” e “traficantes”, a pesquisadora expôs que o perfil corresponde a mulheres jovens, primárias, com baixa escolaridade, mãe de um ou mais filhos, que vivenciam situação de vulnerabilidade²⁰, e detentoras de pequena quantidade de entorpecentes, sem armas e sem possuir suporte e assistência da organização criminosa ou outra rede²¹.

Referente ao histórico familiar, observou-se que vivenciaram uma infância com dificuldades, desprovida de assistência afetiva, permeada por abusos e com envolvimento de familiares com a criminalidade²². Merece destaque as falas das entrevistadas de que a função do transporte era vista como última alternativa, que não lhes exigia que fossem qualificadas tecnicamente e garantiria uma remuneração fácil e de maneira rápida²³.

Ao explicitar suas motivações, essas mulheres destacaram a finalidade de manutenção do lar e da família e, para tanto, que aceitariam a restrição da liberdade se fosse necessário²⁴. Neste ponto, a pesquisadora salientou que as entrevistadas foram responsabilizadas diante da ajuda dispensada aos companheiros ou da tentativa de solucionar dificuldades econômicas pessoais e de membros da família, as quais acarretavam, inclusive, riscos à vida²⁵.

Ao concluir sua pesquisa, Juliana Melo aponta como fundamental que o sistema de justiça criminal observe que o envolvimento das mulheres com o transporte de entorpecentes decorre das representações construídas por elas no que diz respeito às relações sociais afetivas e ao processo de idealização de um modelo conjugal e familiar inacessível completamente para elas²⁶. Nesse norte,

¹⁹ MELO, Juliana Gonçalves. Percepções sobre o sistema de justiça criminal brasileiro a partir de narrativas de mulheres inseridas na prisão como mulhas de tráfico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, Pelotas, v. 2, n. 2, 2016. p. 180.

²⁰ Ibidem, p. 185.

²¹ Ibidem, p. 186.

²² Ibidem, p. 185.

²³ Ibidem, p. 186.

²⁴ Ibidem, p. 186-187.

²⁵ Ibidem, p. 187.

²⁶ Ibidem, p. 189.

Pancieri, Chernicaró e Figueiredo acreditam que são marcantes e explicativas as relações sociais, as funções, as atividades, as formas de comportamento, as crenças e as normas de vida, indicando que as mulheres denominadas “mulas” são vítimas do próprio ato²⁷.

Na concepção de Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza, há uma seletividade no Direito Penal e na responsabilização das mulheres no crime de tráfico de drogas, reforçando a violência de gênero e a reprodução de estereótipos²⁸. Discorrendo neste sentido, Isabel Penido de Campos Machado vislumbra a dosimetria desproporcional e a consequente execução penal em um estabelecimento prisional²⁹, ao passo que Ludmila Gaudad Sardinha Carneiro frisa o fortalecimento do estigma, já antes vivenciado pelo gênero, com a rotulação de ex-presidiária prejudicando a possibilidade de exercer um trabalho no mercado formal³⁰.

Quanto à maternidade das mulheres aprisionadas, foi trazido à lume os dados da pesquisa “Dar à luz nas sombras”, realizada pelo Ministério da Justiça, divulgada em 2015, após a colheita em 06 estados brasileiros, com visitas a 10 estabelecimentos prisionais, entrevistando 50 mulheres e conversando com outras 80, informalmente³¹. Em síntese, corroborou-se o cenário já amplamente conhecido da excepcionalidade de número de espaços e de condições estruturais daqueles já existentes, causando reflexos no desempenho da

²⁷ PANCIERI, Aline Cruvello; CHERNICHARO, Luciana Peluzio; FIGUEIREDO, Natalia. Uma trincheira aberta: o corpo feminino como objeto das drogas e o caso das mulheres mulas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 3., 2017, Recife. **Anais Eletrônicos** [...] Recife: Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, 2017. p. 76-93. p.7.

²⁸ SOUZA, Monique Elba Marques de Carvalho. **As mulheres e o tráfico de drogas: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2016.

²⁹ MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Mulas: vítimas do tráfico e da lei**. Rede Justiça Criminal. Rede Justiça Criminal. [2021]. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/mulas-vitimas-do-trafico-e-da-lei/>>. Acesso em: 03 de março de 2021.

³⁰ CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. **Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México**. 2015. 412 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 375.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 78.

maternidade, somado ao isolamento da mulher e ao tempo de permanência com o filho³².

Além da incerteza do lapso temporal em que permanecerão com sua prole, segundo Ludmila Gaudad, o aprisionamento da mulher reflete na desestruturação dos núcleos familiares, haja vista o papel principal que ela assume no âmbito doméstico em comparação com os demais membros³³. Confirmando esta perspectiva, a pesquisa “Dar à luz na sombra” explanou que a pretensão punitiva, a falha estrutural do sistema penal e a inobservância aos direitos humanos das mulheres traz o rompimento do vínculo de filiação e a perda dos filhos³⁴, situações estas que, conforme Melo, são sentidas por elas com muito sofrimento³⁵.

Por fim, a reprovação familiar incide de forma severa sobre as mulheres, diversamente dos homens, em relação aos quais há uma tolerância maior quanto aos atos ilícitos, muito ligado às atribuições sociais quanto aos papéis femininos e masculinos³⁶. Isso se reflete no abandono no cárcere, notório durante os dias de visitas nos estabelecimentos prisionais.

Passando à avaliação da prevenção geral depois da responsabilização criminal destas mulheres através do cárcere, buscaram-se dados estatísticos da diminuição das prisões das denominadas “mulas” nos presídios masculinos e da apuração do mandante. Isto foi feito, dentre outras fontes, especialmente a partir

³² Ibidem, p. 70-78.

³³ CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. *Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México*. 2015. 412 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 375.

³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 70.

³⁵ MELO, Juliana Gonçalves. Percepções sobre o sistema de justiça criminal brasileiro a partir de narrativas de mulheres inseridas na prisão como mulas de tráfico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, Pelotas, v. 2, n. 2, 2016. p. 188.

³⁶ CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. **Mulas, olheiras, chefas & outros tipos: heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México**. 2015. 412 f., il. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 375.

da pesquisa de Karla Alves Gonçalves³⁷, que analisou a situação no Paraná, através de 386 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado, limitados ao ano de 2016.

Com efeito, corroborou-se a existência dos vínculos afetivos³⁸, a influência destes na prática da conduta³⁹ e na postura passiva das mulheres flagradas quanto à indicação de quem era o responsável pela ordem⁴⁰, assumindo as consequências para si.

Logo, neste capítulo da pesquisa desta autora concluiu-se que a responsabilização criminal dessas mulheres não tem surtido efeitos para diminuir a entrada das substâncias entorpecentes nos presídios masculinos e que não há dados que revelem que os verdadeiros traficantes de drogas, que ordenam o transporte, estão sendo devidamente identificados. Sendo assim, a alegada prevenção geral almejada não foi e não está em vias de ser alcançada, o que levou à necessidade de analisar a situação dessas mulheres, alicerçada no princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

2.3 PENSANDO EM UM NOVO FUTURO DESCRIMINALIZADOR EMBASADO NA REAL EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO BASILAR DA DOGMÁTICA PENAL

Com o fito de possibilitar um aprofundamento dos alicerces do Direito Penal, *ab initio*, foram apresentadas as visões doutrinárias referentes aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Dentre as concepções trazidas, merece destaque, neste trabalho, as de Eloísa Morgana dos Santos Mendes e Raíssa Braga Campelo, e de Agnaldo Ferreira do Nascimento Júnior.

Nessa linha, Mendes e Campelo consideram o princípio da intervenção mínima de suma importância, na medida em que prioriza direitos fundamentais

³⁷ MENDONÇA, Karla Alves. **Política criminal de drogas e encarceramento feminino no estado do Paraná: uma análise dos casos julgados pelo TJ-PR em 2016**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

³⁸ *Ibidem*, p. 53.

³⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

e contribui para a modificação da postura autoritária do Direito Penal e sobreposição à política criminal de emergência⁴¹. Quanto ao corolário do citado princípio, a fragmentariedade, limitador do legislador na escolha das condutas que serão tuteladas pelo Direito Penal, Ferreira do Nascimento Júnior reflete sobre a necessidade de a política criminal se coadunar com as mudanças da sociedade e observar os resultados das instituições⁴². Segundo o autor, essas medidas visam à avaliação adequada das providências que devem ser adotadas para a maior eficiência do sistema penal⁴³.

Feitas essas considerações iniciais, foi trazido à lume a inobservância legislativa ao princípio da intervenção mínima diante da política atual que culmina no Direito Penal de emergência. Na abordagem de Mendes e Campelo, tem-se que este é uma consequência do Direito Penal do Inimigo, que está vinculado à uma criminalização excessiva e ao rigor da norma, gerando o direito penal estruturado no simbolismo e no expansionismo⁴⁴ e a crise da intervenção mínima⁴⁵.

À vista deste arcabouço, extraiu-se que as consequências negativas oriundas da inaplicabilidade do princípio da intervenção mínima incidem principalmente sobre os mais vulneráveis. Especificamente quanto às mulheres denominadas “mulas do tráfico”, teceu-se o apontamento que a criminalização e a punição se revelaram medidas desproporcionais e generalizadas, dissociadas de uma análise sobre os aspectos relevantes que resultam no exercício dessa função.

Na procura de alternativas a este tratamento, foi possível encontrar o início deste caminho na aplicação principiológica do Direito Penal pela jurisprudência.

⁴¹ MENDES, Eloisa Morgana dos Santos; CAMPELO, Raíssa Braga. Legislação penal de emergência: crise de intervenção mínima do direito penal. **Vertentes do Direito**, Palmas, v. 5, n. 1, p. 82-109, 2018. p. 94.

⁴¹ NASCIMENTO JUNIOR, Aguinaldo Ferreira do Nascimento. Direito penal simbólico: a ineficiência do sistema penal contemporâneo. **Jures**, Vitória, v. 8, n. 17, p. 1-11, 2019.

⁴³ Ibidem, loc. cit.

⁴⁴ MENDES, Eloisa Morgana dos Santos; CAMPELO, Raíssa Braga. Legislação penal de emergência: crise de intervenção mínima do direito penal. **Vertentes do Direito**, Palmas, v. 5, n. 1, p. 82-109, 2018. p. 88.

⁴⁵ Ibidem, p. 99-100.

Calha pontuar que referir-se à atuação do Poder Judiciário como ponto de partida para mudanças está relacionado com os resultados positivos observados sem, por outro lado, deixar de lado as críticas que recaem quanto ao desempenho de suas funções.

Demarcando a avaliação da jurisprudência sob a perspectiva positiva, ressaltou-se o posicionamento de Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho e Luiz Regis Prado. De acordo com os autores, a atuação jurisprudencial colabora com o aperfeiçoamento e justa concreção da lei penal, propiciando uma modificação mais rápida do Direito, quando comparada ao costume e à doutrina, e objetivando realizar a justiça⁴⁶.

Nesta perspectiva, referente ao tráfico de drogas, trouxe-se à baila o avanço alcançado com o julgamento do Habeas Corpus 118.533, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁷, e os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, aquele revisto pelo Ministro Edson Fachin e o de Ricardo Lewandowski, embasados nos princípios penais, firmando a tese que o tráfico de entorpecentes privilegiado não se harmonizava com a hediondez do delito definido no caput e no §1º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Somado a este julgado, expôs-se, ainda, sobre os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso no julgamento do Recurso Extraordinário nº 653.659⁴⁸, relativo à descriminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, evidenciando os contornos distintos do entendimento da Corte Suprema em relação à atual política repressiva.

A partir disto, refletindo sobre o tratamento das mulheres denominadas “mulas do tráfico”, foi apresentada a visão de Juliana Melo de que o trato homogeneizado, que ocorre através das dinâmicas da estrutura judicial atual e dos processos de sujeição criminal, não deveria ocorrer, haja vista que retiraria

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533/MS do Plenário**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 de junho de 2016.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659/SP do Plenário**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2020.

a humanidade dessas mulheres e permitiria que continuassem sendo tratadas como descartáveis⁴⁹. Adentrando em um viés descriminalizador, Adriana Fernandes Coloca, fundamentada na intervenção mínima e no princípio da coculpabilidade, propôs uma reflexão legislativa sobre a priorização de medidas extrapenais àquela que exerce a função de “mula”, propiciando a diminuição dessa prática e efetivando direitos fundamentais⁵⁰.

Destarte, alinhada ao referido suporte doutrinário e jurisprudencial, a autora deste artigo sugestionou, em sua monografia, a descriminalização da conduta de transporte de entorpecentes realizado pelas mulheres denominadas “mulas” em presídios masculinos e a regulamentação normativa dessa questão pelo Direito Administrativo.

Assim, passou-se a explicar a hipótese, de início, considerando o poder normativo e disciplinar do Estado no âmbito prisional. Especificamente, em relação às visitas, ante o crime praticado nos presídios masculinos, sob tutela do Estado, foi apontado que, em verdade, a violação do bem jurídico que sobressai é em relação às normas administrativas e ao funcionamento da Administração Pública.

Nesse sentido, se fez de suma importância frisar que a saúde pública, caso admitida como bem jurídico, não foi concretamente lesada ou colocada em risco diante da descoberta prévia pela administração. Além disso, ponderou-se que não havia que se invocar a proteção da sociedade como justificativa para a responsabilização da mulher, uma vez que a conduta de transporte ocorreu dentro do estabelecimento prisional.

Somado a esses argumentos, foi ressaltado que não há regulamentação normativa específica sobre esta conduta, na seara administrativa, para

⁴⁸ MELO, Juliana Gonçalves. Percepções sobre o sistema de justiça criminal brasileiro a partir de narrativas de mulheres inseridas na prisão como mulas de tráfico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, Pelotas, v. 2, n. 2, 2016. p. 189.

⁵⁰ COLOCA, Adriana Fernandes; ROCHA, Thiago de Barros. **Mulas Humanas e o Princípio da co-culpabilidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — UNITOLEDO, Araçatuba, SP, 2016.

demonstrar que a atuação deste ramo do Direito já foi tentada e produziu resultados ineficazes.

Com isso, a autora propôs que a ação das mulheres denominadas “mulas do tráfico” praticada em estabelecimentos prisionais masculinos seja descriminalizada e passe a ser objeto de normatização especial pelo Direito Administrativo, com a aferição dos motivos que culminaram na prática da conduta e de sua culpa/dolo, limitando a responsabilidade e punibilidade a restrições mais severas quanto ao acesso e ao modo que ocorrerá no local e com aplicação de eventual multa.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente artigo, tornou-se possível dialogar sobre as questões que ainda permeiam o delito de tráfico de entorpecentes e refletem, sem qualquer tratamento individualizado da problemática, de forma repressiva e dolorosa, sobre as mulheres que realizam o transporte de drogas para o interior das penitenciárias masculinas, rotuladas como “mulas do tráfico”. Pretendeu-se colocar à vista as invisíveis mulheres- aos olhos da sociedade, do legislador, da política criminal e, por vezes, do Poder Judiciário- e as suas motivações, muitas das vezes, para empreender essa função, juntamente com a discussão da inexigibilidade da conduta diversa, visando propiciar as bases para uma mudança de perspectiva sobre as suas realidades.

Não se esgotando nesta abordagem, dedicou-se, ainda, a ressaltar as consequências advindas para essas mulheres após a condenação e a execução penal na prisão. Neste ponto, priorizou-se a exposição de pesquisas e dados estatísticos colhidos diretamente a partir de entrevistas com as mulheres que vivenciaram essa situação, com a finalidade de assegurar que esta pesquisa contribuísse para que suas vidas fossem enxergadas e sentidas por quem tomasse conhecimento.

Convém acrescentar que as questões relativas aos gêneros também foram trazidas, haja vista que estão intimamente ligadas com todo o processo que

culmina na ação das mulheres, bem como aos distintos tratamentos, especialmente familiar, durante o cumprimento da pena.

Ademais, concluiu-se que a punição dessas mulheres não encontra fundamento na intervenção mínima do Direito Penal, havendo a possibilidade efetiva de regulamentação tão apenas na seara do Direito Administrativo. Pensar na manutenção da responsabilidade destas mulheres no âmbito criminal resulta em aceitar que continue e se acentue a vulnerabilidade que vivenciam e que perdurem sofrendo, constantemente, a fragilização e rompimento dos seus vínculos familiares e afetivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas-Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20institui%20o,de%20drogas%20e%20define%20crimes. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: atualização Junho de 2017. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. INFOPEN Mulheres**. 2. ed. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Brasília, DF: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 78.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.533/MS do Plenário**. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 23 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659/SP do Plenário**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2020.

CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. **Mulas, olheiras, chefas & outros tipos**: heterogeneidade nas dinâmicas de inserção e permanência de mulheres no tráfico de drogas em Brasília-DF e na Cidade do México. Tese (Doutorado em Sociologia) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, Florianópolis, v. 1, n. 10, p. 132-155, 2016.

COLOCA, Adriana Fernandes; ROCHA, Thiago de Barros. **Mulas Humanas e o Princípio da co-culpabilidade**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — UNITOLEDO, Araçatuba, SP, 2016.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. **Mulas**: vítimas do tráfico e da lei. Rede Justiça Criminal. Rede Justiça Criminal. [2021]. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/mulas-vitimas-do-trafico-e-da-lei/>. Acesso em: 03 de março de 2021.

MELO, Juliana Gonçalves. Percepções sobre o sistema de justiça criminal brasileiro a partir de narrativas de mulheres inseridas na prisão como mulas de tráfico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, Pelotas, v. 2, n. 2, p. 179-193, 2016.

MENDES, Eloisa Morgana dos Santos; CAMPELO, Raíssa Braga. Legislação penal de emergência: crise de intervenção mínima do direito penal. **Vertentes do Direito**, Palmas, v. 5, n. 1, p. 82-109, 2018.

MENDONÇA, Karla Alves. **Política criminal de drogas e encarceramento feminino no estado do Paraná**: uma análise dos casos julgados pelo TJ-PR em 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) — Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

NASCIMENTO JUNIOR, Aguinaldo Ferreira do Nascimento. Direito penal simbólico: a ineficiência do sistema penal contemporâneo. **Jures**, Vitória, v. 8, n. 17, p. 1-11, 2019.

PANCIERI, Aline Cruvello; CHERNICHARO, Luciana Peluzio; FIGUEIREDO, Natalia. Uma trincheira aberta: o corpo feminino como objeto das drogas e o caso das mulheres mulas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 3., 2017, Recife. **Anais Eletrônicos** [...] Recife: Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação, 2017. p. 76-93.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 14. ed. **Revista dos Tribunais**: São Paulo, 2014.

SOUZA, Monique Elba Marques de Carvalho. **As mulheres e o tráfico de drogas**: linhas sobre os processos de criminalização das mulheres no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2016.

A VIDA DA MULHER PELO DIREITO PENAL: DA “LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA” À PREVISÃO LEGAL DO FEMINICÍDIO

WOMEN'S LIFE FOR CRIMINAL LAW PERSPECTIVE: FROM "LEGITIMATE DEFENSE OF HONOR" TO FEMICIDE.

LA VIDA DE LAS MUJERES POR DERECHO PENAL: DE "LEGÍTIMA DEFENSA DEL HONOR" A LA FIGURA LEGAL DEL FEMICIDIO.

Ana Carolina Ramos Silveira¹

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a valoração da vida da mulher no âmbito do Direito Penal, partindo da construção da tese jurídica da "legítima defesa da honra" no ordenamento jurídico nacional, das Ordenações Filipinas ao Código Penal de 1940 e alcançando a previsão legal do feminicídio, como resposta às mortes de mulheres no âmbito das relações domésticas. Trata-se da evolução da concepção da vida da mulher como objeto, subjugada a um direito masculino, a de sujeito de direito digno de proteção legal.

Palavras-chave: Direito Penal. Violência contra a Mulher. Violência Doméstica. Legítima defesa da honra. Femicídio.

Abstract: This article aims to analyze the valuation of women's life from the perspective of Criminal Law, starting from the construction of the legal thesis of "legitimate defense of honor" in the national legal system, from the Philippine Ordinances, to the 1940 Penal Code and reaching the legal provision of the femicide, in response to violence against women. The discussion revolves around the concept of woman's life: from an object, subjugated to a masculine right, to subject of legal protection.

Keywords: Criminal Law. Violence Against Woman. Violence. Domestic violence. Right of self-defence. Femicide.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar la valoración de la vida de las mujeres en el ámbito del Derecho Penal, a partir de la construcción de la tesis jurídica de la "legítima defensa del honor" en el ordenamiento jurídico nacional,

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2009). Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2020). Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

desde las Ordenanzas de Filipinas hasta el Código Penal de 1940 y llegando a la disposición legal feminicidio, en respuesta a la muerte de mujeres en el contexto de las relaciones domésticas. Se trata de la evolución de la concepción de la vida de la mujer como objeto, sometido a un derecho masculino, el de sujeto legítimo digno de protección legal.

Palabras clave: Derecho Penal. violencia contra la mujer. violencia domestica. autodefensa de la honor. Femicidio.

Data de submissão: 22/03/2021

Data de aceite: 26/04/2021

1 INTRODUÇÃO

O Direito é um reflexo dos anseios e necessidades sociais. Não se trata de uma ciência estanque, indiferente à evolução da sociedade e a mudança trazida pela emergência de novos valores e conflitos do meio social. Cabe à ordem jurídica, portanto, acompanhar a mutabilidade social, oferecendo a tutela necessária às novas demandas.

Assim, como ramo do saber jurídico, o Direito Penal não se mantém estático no decurso do tempo. A máxima de que um código penal pertence essencialmente ao seu tempo e ao correspondente estado da sociedade civil² é verdadeira – cada sociedade e tempo histórico valorarão de forma particular os bens jurídicos que entendem mais sensíveis a fim de justificar a tutela penal.

As condutas compreendidas como criminosas, assim como os bens jurídicos merecedores de especial proteção variarão conforme sua valoração social, que está atrelada à época. Assim, o que no passado pode ter sido considerado um comportamento social válido dentro de um contexto passado, na atualidade pode merecer reprovação legal³.

² HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 195.

³ Há inúmeros exemplos de condutas, outrora normalizadas socialmente, que atualmente possuem alto grau de reprovabilidade, inclusive na esfera penal. Sem dúvidas, o mais pungente exemplo é o racismo – ora, uma das maiores chagas da história do Brasil é a escravidão – de socialmente tolerado, atualmente é uma conduta criminosa.

A mudança social também é refletida na atuação dos operadores do direito. A interpretação da norma não se desvincula dos valores sociais nos quais o intérprete está inserido, de forma que a aplicação da norma será permeada dos valores em voga naquela sociedade.

Conforme Leila Barsted e Jacqueline Hermann:

[...] o Poder Judiciário se constitui em um sistema amplo e complexo, reunindo agentes de diversos lugares sociais que são, no conjunto, os produtores e reprodutores de uma certa noção de justiça que, ao mesmo tempo, ilumina e reforça valores culturais e hierarquias sociais. Nesta perspectiva, percebemos como é difícil analisar esta esfera de poder fora do sistema histórico-cultural do qual faz parte, e do qual é, também, um produto. Entendemos, ainda, que não era possível avaliar suas decisões específicas, permeadas de conceitos teoricamente técnicos e "neutros", sem inseri-las no conjunto sócio-cultural para o qual estrutura uma certa noção de "ordem natural" a ser preservada pela força da lei.⁴

Assim, a mudança dos valores sociais se reflete não apenas no texto legal, mas em todo o sistema jurídico. A criação de raciocínios jurídicos, a prolação de decisões e até mesmo a noção de quais ações se encaixam em determinado tipo penal são alteradas pela concepção social destes mesmos valores. A sociedade é mutável, o Direito necessita sê-lo para acompanhá-la, sob o risco de perder a legitimidade.

Neste contexto, encontra-se o tratamento da questão feminina, em especial no que diz respeito à violência de gênero. Violência contra a mulher é um termo amplo que compreende, naturalmente, um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um contínuo que pode culminar na morte da mulher por suicídio ou homicídio⁵.

A partir dos processos de urbanização e industrialização, a sociedade ocidental passou por transformações profundas, de forma a alterar a dinâmica das relações sociais. Dentre estas, encontra-se a luta das mulheres por direitos,

⁴ BARSTED, Leila de Andrade Linhares; HERMANN, Jacqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher**: a ordem legal e a (des)ordem familiar. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 51.

⁵ FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infância**: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 148.

desde a emancipação para o exercício da vida civil e de direitos políticos⁶ ao próprio direito à vida.

Dentro dessa luta pelos próprios direitos, a figura feminina sofre transformação dentro do escopo legal – salta de objeto a sujeito de direitos. Assim, a ótica sob a qual a violência contra a mulher é observada, altera-se para comportar essa mudança de paradigma. Condutas que em tempos passados gozavam de proteção legal passam a ser inadmissíveis. No caso em tela, trata-se da infame figura jurídica da “legítima defesa da honra”, tão utilizada como excludente de ilicitude no que diz respeito à morte de mulheres.

O presente trabalho tem por objetivo traçar uma breve consideração histórica sobre a mudança de paradigma legal que reflete a luta das mulheres por direitos, em especial, no caso, ao de não serem vítimas de violência: parte-se da figura da “legítima defesa da honra”, utilizada como justificativa para a morte de mulheres em suas relações domésticas, ao reconhecimento legal do feminicídio como espécie de homicídio qualificado.

2 MULHER, HONRA E VIOLÊNCIA

A sociedade brasileira, fruto da origem colonial e patriarcal, tem como figura mais socialmente valorizada a do homem, descendente do *pater familiae* romano, que, através de sua autoridade arbitrária, exerce o direito de vida e de morte sobre os demais familiares⁷.

Nessa ordem social originária, tendo em vista que a figura do homem (branco, dotado de posses e títulos) é o centro de toda ordem, as mulheres encontravam-se em posição social subalterna. Mais do que isso: é consequência lógica da disposição social que a vida das mulheres não estivesse no mesmo

⁶ Afinal, um dos pontos marcantes do feminismo e da luta feminina por direitos é sem dúvidas o movimento sufragista.

⁷ FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infância:** acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 271.

patamar de proteção da vida dos homens. No contexto da sociedade patriarcal⁸, outros bens jurídicos, como a honra masculina, podiam sobrepor-se à vida feminina.

O assassinato de mulheres é habitual no regime patriarcal: trata-se de uma forma de mostrar poder sobre o corpo feminino⁹. O horizonte da violência extrema é, inclusive, poderoso instrumento de controle social sobre as mulheres: sabedoras de que qualquer desvio do papel esperado de esposa poderá redundar na morte, pois qualquer ato de insubordinação à figura masculina poderá ensejá-la, manter-se-ão dóceis e submissas.

O Direito é parte fundamental nessa manutenção de papéis sociais, inclusive, em épocas não tão distantes, de validação da violência contra a mulher. De acordo com Margarita Danielle Ramos:

Para Foucault, as práticas judiciárias estão entre as práticas sociais mais importantes e eficazes para a construção e a regulação de tipos de subjetividade. Sendo assim, o estudo da legislação do Brasil e do contexto histórico da construção da mulher em detrimento da honra masculina, através das transformações legislativas que disseram respeito à mulher, ao longo dos anos nos possibilita o entendimento de como os discursos jurídico e social, munidos de suas técnicas, produziram uma forma de pensar a mulher como um sujeito inumano. Esse discurso, que é produtor de formas de verdades, cerceou e confinou as mulheres ao espaço do controle, da vigilância e da anulação. A legislação, portanto, através de suas estratégias, se propôs a definir as regras do jogo que inscreveram nos corpos os procedimentos e os domínios do saber, ditando tanto para as mulheres quanto para os homens os lugares cabíveis a cada um dentro da sociedade e do casamento. Essa subjugação imposta à mulher perante o homem é produto de um conjunto de enunciados que juntos podem ser entendidos como uma formação discursiva. Seguindo essa linha de pensamento, podemos dizer que honra é um enunciado que seguido de outros, dentro do contexto histórico recortado por este estudo, produziu um discurso complacente com a violência contra as mulheres.¹⁰

⁸ E, aqui, aponte-se o duplo sentido da sociedade patriarcal: tanto o modelo que se estabeleceu na colonização brasileira quanto o sentido feminista de patriarcado, qual seja, no exercício do poder por homens em relação às mulheres.

⁹ FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infância**: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 149.

¹⁰ RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012. p. 54-55.

A honra, que nesse contexto colonial é um atributo masculino (sua contraparte feminina seria a “virtude”¹¹), está ligada ao comportamento da mulher: o recato feminino é definidor da honra masculina. Este recato relaciona-se, em grande medida, ao comportamento sexual: o adultério feminino era atitude condenável, uma vez que geraria dúvidas sobre a paternidade da prole.

A mulher que cometesse adultério, portanto, deveria ser punida exemplarmente para que as demais não seguissem seu exemplo. Não bastava apenas o controle social sobre a mulher, a fim de que esta se mantivesse “virtuosa” - o poder de vida e morte do homem também era referendado pela lei. As Ordenações Filipinas, legislação em vigor durante o período colonial brasileiro, reconheciam como lícita a conduta do homem que matava sua mulher caso a surpreendesse em adultério¹².

Este raciocínio não ficou restrito ao período colonial. Ainda que após a independência do Brasil as Ordenações Filipinas não mais estivessem em vigor, a impunidade de homens que assassinassem suas esposas¹³ por entenderem a honra maculada seguia garantida.

O sentido do adultério a justificar a morte feminina é muito maior do que o relacionamento sexual com terceiro: qualquer ato, desde querer pôr um fim ao relacionamento a pequenas discordâncias cotidianas pode levar à morte, e estará plenamente justificado por essa lógica cultural. Bastava dizer que uma mulher é adúltera e a punição a seus malfeitos, sejam eles de qual ordem e magnitude forem, estaria justificada.

Por fim, cumpre dizer que, ainda que tal definição soe arcaica, no século XXI os assassinatos de mulheres seguem ocorrendo. De acordo com Lourdes Maria Bandeira:

¹¹ RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012. p. 58.

¹² Este tema será tratado com maior vagar no próximo tópico do presente trabalho.

¹³ E não apenas suas esposas, mas quaisquer mulheres com quem se relacionassem romanticamente: companheiras, namoradas, mulheres com quem travaram relações casuais ou mesmo aquelas pelas quais nutrem interesses sexuais não correspondidos.

Em pleno século XXI, os assassinatos de mulheres continuam sendo praticados e têm aumentado, embora não sejam mais explicados oficialmente como crimes de honra. Paradoxalmente, não houve mudanças significativas em relação às razões que continuam a justificar formalmente a persistência da violência de gênero, ainda, centrando-se principalmente na argumentação de que a mulher não está cumprindo bem seus papéis de mãe, dona de casa e esposa por estar voltada ao trabalho, ao estudo ou envolvida com as redes sociais, entre outras. Pela abundância de atos recorrentes de violência, percebe-se que a ordem tradicional se ressignifica permanentemente, remodelando os padrões e os valores sexistas, porém, não os elimina. Logo, não há ruptura significativa nas estruturas antigas, as que ordenam e regem as hierarquias e os papéis femininos e masculinos na esfera familiar. Isto é, as concepções dominantes de feminilidade e masculinidade ainda se organizam a partir de disputas simbólicas e materiais, que operam no interior dos espaços domésticos e que, por conseguinte, acabam por se projetar a outras searas, sendo processadas em outros espaços institucionais.¹⁴

Mulheres, portanto, seguem sendo mortas por não se encaixarem no papel esperado de “virtude”, como ocorria há séculos e as antigas justificativas ainda custam a vida de muitas na atualidade – a insatisfação com o relacionamento, a manifestação do desejo de separação.

3 “LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA”?

As primeiras leis aplicáveis ao território que viria a ser o Brasil, quando da colonização, eram de origem portuguesa. Assim, dentre os primeiros conjuntos de normas em vigor no Brasil, estão as Ordenações Filipinas, datando do século XVII.

O livro 5 das Ordenações Filipinas, em seu artigo XXXVII, trazia a seguinte disposição:

TÍTULO XXXVIII - Do que matou sua mulher, pola achar em adulterio.

Achando o homem casado sua mulher em adulterio, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas

¹⁴ BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, maio/ago. 2014. p. 456-457.

será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez anos.

1. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero que achar com ella em adulterio, mas ainda os pôde licitamente matar, sendo certo que lhe commetterão adulterio (2);

[...]

(2) Sendo certo que lhe commetterão adulterio.

Não bastava o direito de matá-las em flagrante, a Lei concedia ainda ao marido a faculdade de matar os adúlteros depois, somente impunha a obrigação de provar o facto; o que se podia fazer ainda por conjecturas.¹⁵

Assim, para que fosse lícito matar sua mulher, considerada adúltera, era preciso apenas que testemunhas comprovassem o casamento do autor do fato com a vítima, fazendo desta união o salvo conduto para que o homem exercesse seu direito de propriedade sobre a vida e a morte de sua esposa, tal como o exercia sobre seus escravos e dispunha de suas propriedades imobiliárias, móveis e semoventes.

De acordo com Leila Barsted e Jacqueline Hermann:

Para além da explícita diferenciação social presente na legislação de nosso período colonial, redundante perto do sistema escravista que organizava nossa sociedade nesse período, **o que nos importa reter é a legitimidade do ato de matar**, sequer considerado crime, mesmo para os mais pobres. Maior exemplo disso era que a pena a que o assassino poderia estar sujeito dizia respeito não à morte da mulher, mas ao crime cometido contra um homem de nível sócio-econômico acima do seu.¹⁶

Portanto, ainda que a lei dissesse respeito a adultério, o dispositivo deixava margem para toda a sorte de arbitrariedades, garantindo a impunidade para um marido que, pelo motivo que fosse, matasse sua esposa. O significado da norma era: o homem poderia fazer o que bem quisesse com a vida da mulher sob o manto das relações domésticas e estava legitimado a matá-la, fosse esse o caso.

¹⁵ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

¹⁶ BARSTED, Leila de Andrade Linhares; HERMANN, Jacqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar**. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 54. Grifo da autora.

Conforme Margarita Danielle Ramos:

A honra, então, que já era tida como um tesouro a ser portado, passa, a partir daí, a ser legitimada – sendo vista como um bem jurídico tutelado pelo Estado – pelos mecanismos doutrinários como um bem mais valioso que a vida da mulher adúltera. Vale ressaltar que essa diferenciação de punição entre homens e mulheres para um crime considerado grave, como era o adultério, é produto da forma como as estratégias discursivas de poder produziam a mulher como um ser que carrega consigo o estigma do perigo, da transgressão e da corrupção dos homens. Ora, nada melhor para barrar esse ‘perigo’ que é a mulher, e ainda para servir de exemplo, do que a legitimação do Estado do direito de matar a mulher adúltera. Ao desqualificar a vida da mulher perante a honra do homem, as Ordenações Filipinas, enfim, o discurso jurídico, legitimaram a demarcação de um domínio do abjeto, do deslegitimado, marcando a fronteira do que é considerado como humano e, em contrapartida, o inumano. O assassinato da mulher é, então, o fim de uma rede de violações contra a mulher que tem seu início na forma como é produzida pelo discurso, ou seja, a violência se instaura no momento em que a mulher é apagada, anulada em seu direito como sujeito autônomo que fala por si.¹⁷

A vigência das Ordenações Filipinas no Brasil perdurou até 1830¹⁸, com a promulgação do Código Criminal do Império do Brasil. Neste novo diploma legal, já não havia a autorização legislativa de morte da esposa considerada adúltera, ainda que o adultério continuasse capitulado como crime. Havia, entretanto, uma diferença entre o adultério praticado pelo homem e o praticado pela mulher: para o homem, a relação punida era aquela duradoura, enquanto para a mulher qualquer relação podia ser considerada adultério, bastando para isso a presunção de que este houvesse ocorrido¹⁹.

Houve, portanto, a tomada do monopólio da punição criminal pelo Estado, com a proteção da segurança do estado civil e doméstico do casamento,

¹⁷ RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012. p. 62.

¹⁸ BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Penal do Império do Brasil. Brasília, DF, 1830.

¹⁹ “Art. 250. A mulher casada, que cometer adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente”.

garantindo para o homem a certeza da origem de sua prole e exercendo um controle mais severo sobre os corpos femininos²⁰.

O Código Penal de 1890²¹ trouxe a figura da legítima defesa como excludente da ilicitude, não limitando-a à proteção da vida, mas compreendendo todos os direitos que pudessem ser lesados²². Isso equivale a dizer que o bem jurídico protegido ao se reconhecer o crime de adultério (ainda presente neste Código, em seu artigo 279²³, e ainda tendo como sujeito a mulher casada, havendo punição apenas ao homem que possuísse relação duradoura²⁴), a honra conjugal, poderia ser objeto de legítima defesa – inclusive, sob a conclusão de que a vida da mulher valeria menos do que a honra do homem.

O Código Penal de 1940²⁵ continuou a reconhecer a excludente de ilicitude da legítima defesa²⁶, conceituando-a, em seu artigo 25, da seguinte maneira: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando

²⁰ BARSTED, Leila de Andrade Linhares; HERMANN, Jacqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher**: a ordem legal e a (des)ordem familiar. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 54

²¹ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1890.

²² Art. 32. Não serão também criminosos:

[...]

§ 2º Os que o praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem.

A legítima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.

²³ Art. 279. A mulher casada que commetter adulterio será punida com a pena de prisão cellular por um a tres annos.

§ 1º Em igual pena incorrerá:

1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda;

2º A concubina;

3º O co-réo adultero.

²⁴ Interessante notar que, a exemplo da lei imperial, não havia aqui a necessidade de prova robusta do adultério feminino. Novamente, qualquer presunção/ilação de adultério era suficiente para comprová-lo. Porém, quando se trata do crime cometido por homem, já se exige maior robustez da prova, como demonstra o artigo 280, com o seguinte conteúdo: “Art. 280. Contra o co-réo adultero não serão admissíveis outras provas sinão o flagrante delicto, e a resultante de documentos escriptos por elle”.

²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF, 1940.

²⁶ “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

[...]

II - em legítima defesa”;

moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”²⁷.

O instituto da legítima defesa está fundamentado no princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o injusto. Trata-se de uma situação conflitiva na qual o sujeito pode agir legitimamente, uma vez que o direito não tem uma outra forma de garantir a proteção de seus bens jurídicos²⁸.

Para Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina,

É, de outro lado, um poder (conferido ao agente que está sendo agredido injustamente) que permite sacrificar bens alheios. Esse poder é reconhecido pelo Estado e pelo ordenamento jurídico, que aceita o sacrifício de bens jurídicos desde que a ofensa tenha sido necessária para salvar outro bem jurídico de igual ou semelhante valor.²⁹

Para que reste configurada a legítima defesa, deve haver injusta agressão a direito, atual ou iminente, a ser repelida moderadamente, sendo qualquer direito passível de proteção.

Sobre a aplicabilidade da legítima defesa a qualquer direito, Nelson Hungria, em seus Comentários ao Código Penal, afirmava que:

A legítima defesa deve realizar a tutela de um direito. Tal como na fórmula do 'estado de necessidade', o vocábulo 'direito', empregado no art. 21, tem sentido amplo, compreendendo todo e qualquer bem ou interesse juridicamente assegurado, seja ou não, inerente à pessoa (vida, integridade corpórea, honra, pudor, liberdade pessoal, tranquilidade domiciliar, patrimônio, segredo epistolar, pátrio poder, etc). Também aqui, não se selecionam tais ou quais direitos, com exclusão de outros: o mais humilde dos direitos não pode ficar à mercê de injusto ataque. Todo direito é inviolável e nenhum, portanto, pode ser excluído da área da legítima defesa.³⁰

A partir dessas premissas, foi construída a tese jurídica da “legítima defesa da honra”. Cumpre dizer que não se tratava de tese hegemônica

²⁷ Note-se que esta é a redação original do artigo 21 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, não tendo havido alteração da redação do artigo relativo à legítima defesa na reforma da Parte Geral trazida pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume I Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 502

²⁹ GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume I. Tomo II – Arts. 11 a 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 298-299.

doutrinariamente³¹, entretanto, que possuía defesa por alguns – e, principalmente, era utilizada como garantia da impunidade de homens, principalmente ante o tribunal do júri.

Assim, uma vez que a mulher, a partir de uma perspectiva patriarcal, é vista como subordinada/submissa à figura masculina, o bem jurídico vida da mulher poderia ser sacrificado em prol da defesa do bem jurídico honra do homem. Afinal, “a honra dos homens paga-se com a morte... a morte das mulheres”³².

A honra pode ser entendida de duas formas: a primeira, denominada honra subjetiva, está relacionada com a imagem e o juízo que a pessoa tem de si mesma; a segunda, denominada honra objetiva, diz respeito ao apreço e respeito conquistados no meio social. Assim, como cabia à mulher o dever de assegurar a honra de seu marido, ao ser flagrada cometendo o crime de adultério ou mesmo o simples fato de seu marido pensar nessa possibilidade davam a ele o “direito” de matar a esposa sob a alegação de legítima defesa de sua honra³³.

Portanto, essa pretensa defesa da honra, seja a masculina, seja a conjugal (que está calcada em uma suposta virtuosidade da mulher), era utilizada para garantir a impunidade de homens que assassinassem suas esposas, companheiras e namoradas. Cabe ressaltar que crimes dolosos contra a vida, por força do artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal, são de atribuição do Tribunal do Júri, onde não há a necessidade de fundamentação técnica para as decisões do Conselho de Sentença.

A partir dos anos 1970, com a maior visibilidade dos assassinatos de mulheres cometidos pelos respectivos maridos, ex-maridos e companheiros,

³¹ Cf. PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. **Cadernos Pagu**, Campinas, p. 65-134, 2006. p.91-92 e BARSTED, Leila de Andrade Linhares; HERMANN, Jacqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar**. Rio de Janeiro: Cepia, 1999. p. 55.65.

³² PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. **Cadernos Pagu**, Campinas, p. 65-134, 2006.

³³ RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012. p. 66.

especialmente aqueles ocorridos em segmentos de classe média e alta, ganharam visibilidade midiática e das autoridades, o que culminou com a mobilização da militância feminista a demandar políticas públicas de combate à violência contra as mulheres³⁴.

Tornou-se paradigmático o caso Doca Street, no qual Raul Fernando Street matou a socialite Ângela Diniz, com a qual tinha um relacionamento amoroso, em 1976. Este caso, principalmente por dizer respeito a pessoas de alta sociedade, gerou bastante interesse midiático e, quando do julgamento de Doca Street, foi utilizada e acatada a tese da “legítima defesa da honra”, de maneira que recebeu condenação ínfima.

A percepção de injustiça gerada por este caso gerou reação popular, tendo se tornado um episódio paradigmático às reivindicações feministas, pois indicava o quanto o machismo estava presente na aplicação da lei³⁵. Tão forte foi a comoção acerca do caso que houve reforma da sentença, com a condenação de Doca Street pelo homicídio qualificado.

Assim, através de campanhas realizadas por movimentos feministas, dentre elas a utilização de *slogans* como “quem ama não mata³⁶”, a discussão acerca da injustiça das leis e sobre o cabimento de uma “legítima defesa da honra” esteve em evidência durante os anos 1970 e 1980, especialmente como denúncia à sensação de injustiça.

Cumprе mencionar que apenas na Constituição Federal³⁷ de 1988 houve a equiparação legal entre direitos e obrigações de homens e mulheres³⁸, de forma a se tornar cada vez mais inadequado, dentro do contexto legal brasileiro,

³⁴BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, maio/ago. 2014. p. 456

³⁵ BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, maio/ago. 2014. p. 456.

³⁶ PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. **Cadernos Pagu**, Campinas, p. 65-134, 2006. p. 92.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

³⁸ Art. 5º [...]

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

a admissão de uma tese jurídica que, em última análise, demonstra a desigualdade de direitos havida entre os gêneros.

A tese da “legítima defesa da honra” pode soar antiquada ao interlocutor contemporâneo, remetendo a julgamentos ocorridos no passado distante, entretanto, faz parte de uma realidade ainda próxima. Conforme a pesquisa realizada por Silvia Pimentel, Valéria Pandjjarjian e Juliana Belloque, em trabalho datado de 2006, destacam que, em pesquisa sobre acórdãos datados de 1998 a 2003, a tese jurídica da “legítima defesa da honra” seguia avocada, ainda que como resquícios de uma “prática cultural³⁹”.

Ainda hoje, no início da terceira década do século XXI, a tese jurídica da “legítima defesa da honra” continua a ser utilizada nos tribunais do júri brasileiros⁴⁰, com a conseqüente banalização de uma conduta tão grave e o sentimento de impunidade, tão presente como em casos notórios como o de Ângela Diniz.

4 A FIGURA LEGAL DO FEMINICÍDIO

Os frutos dessa construção social permissiva à violência contra a mulher são colhidos nos presentes dias: conforme dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde e compilados pela organização não-governamental Mapa da Violência, no ano de 2015, o Brasil tinha uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil

³⁹ PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. **Cadernos Pagu**, Campinas, p. 65-134, 2006. p. 94.

⁴⁰ Está em julgamento no STF, na época da submissão deste trabalho, a ADPF 779 – arguição de descumprimento de preceito fundamental na qual alega-se que a tese jurídica da “legítima defesa da honra” é inconstitucional, não podendo, portanto, servir de fundamentação para defesa em caso de feminicídio. Em 26/02/2021, foi julgada parcialmente procedente o pedido liminar pelo Ministro Dias Toffoli, considerando, em resumo, a referida tese inconstitucional. Tal assunto será abordado com maior vagar posteriormente neste trabalho.

mulheres, o que o colocava na 5ª posição entre os 83 países pesquisados, com números inferiores apenas a El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia⁴¹⁴².

A Organização dos Estados Americanos, em 1994, promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), que representa um compromisso dos Estados participantes para o combate e erradicação da violência contra a mulher. A definição de violência contra a mulher para a Convenção, conforme seu artigo I, é “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada⁴³”.

O artigo 7 da Convenção traz os seguintes compromissos a serem assumidos pelos países signatários:

Artigo 7: Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

⁴¹ WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: Homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, 2015.

⁴² Interessante registro é que, na 6ª posição, encontra-se o México, local onde transcorreram os notórios crimes de Ciudad Juárez, que intensificaram o debate mundial acerca do feminicídio, com 4,4 homicídios a cada 100 mil mulheres.

⁴³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Belém, 1994.

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.⁴⁴

Portanto, o Brasil comprometeu-se, dentre outras providências, à ação de seu sistema jurídico, através da elaboração de leis, procedimentos e da ação efetiva do Judiciário a fim de combater a violência contra a mulher⁴⁵.

Assim, na esteira deste compromisso, no ano de 2015, através da Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015⁴⁶, a figura do feminicídio ingressou no sistema penal brasileiro.

O feminicídio, também referido como femicídio, pode ser definido da seguinte maneira, de acordo com M. Lagarde:

Pode-se conceituar o femicídio como o assassinato de mulheres e o feminicídio como o assassinato de mulheres pautado em gênero, embora alguns autores usem ambos os termos como sinônimos. O femicídio é um crime político, que geralmente ocorre com a complacência do Estado, o qual, ao deixar de intervir segundo as obrigações pautadas pelo direito internacional, permite a impunidade.⁴⁷

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Belém, 1994.

⁴⁵ Esta é também a origem da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006), responsável por uma mudança de paradigma no direito pátrio no que diz respeito ao tratamento e combate da violência contra a mulher em sentido amplo. Pela limitação temática, não é o objetivo do presente trabalho o aprofundamento acerca do referido diploma legal.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015.

⁴⁷ Lagarde (2004) *apud* FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015. p. 148.

A definição legal do feminicídio segue parâmetros semelhantes. De acordo com a definição legal, feminicídio é o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, a saber, inserida no contexto da violência doméstica ou familiar e/ou o menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Não se trata, portanto, de qualquer assassinato de mulheres. Nem todo homicídio feminino é um feminicídio, apenas aqueles em que é identificável uma lógica vinculada às relações desiguais de poder entre os gêneros.

Ainda, há um elemento a permear a conceituação teórica de feminicídio que merece destaque: a impunidade. Uma ordem jurídica que é conivente com a morte de mulheres, ainda que não possua hipóteses legais nas quais tal fato não seja considerado crime, auxilia para que essas mortes sigam a ocorrer em número elevado. Uma ordem jurídica que possua permissivos à morte de mulheres, ainda que na forma de teses legais a serem acatadas pelos tribunais a fim de gerar a absolvição dos réus, seja pela compreensão desta como uma conduta de menor reprovabilidade social, seja como a manutenção de um ideário arcaico no qual a mulher está em uma posição de subordinação em relação ao homem, é uma ordem favorável à morte de mulheres.

A Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015 traz uma resposta dentro da ordem legal de que as mulheres receberão proteção legal, uma vez que reconhece o feminicídio como forma qualificada de homicídio⁴⁸ - e, portanto, como crime hediondo.

⁴⁸ **Art. 1º:** O art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121.

Homicídio qualificado

§ 2º

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

O reconhecimento legal do feminicídio como crime hediondo traz, ainda, outro significado: trata-se de posicioná-lo entre as condutas elencadas como mais graves e reprováveis do ordenamento jurídico. A afirmação, por meio da lei, da gravidade do feminicídio, é ressaltar e reforçar como conduta a ser punida com maior rigor pelo Estado – bem como, em termos simbólicos, é uma conduta de altíssima reprovabilidade social.

Trata-se, portanto, de uma afirmação legal contundente: a morte de mulheres no contexto de suas relações domésticas não poderá ser admitida na ordem legal – e, portanto, o feminicídio estará elencado dentre as condutas penais que possuem o maior juízo de reprovabilidade.

Sobre a importância da punição penal para a ordem social, Heleno Fragoso afirma que:

O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão das normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à defesa social na forma em que essa defesa é entendida pelos que tem o poder de fazer as leis.⁴⁹

Assim, busca-se a defesa social, especialmente no que diz respeito à vida das mulheres, com o reconhecimento legal do feminicídio. Há uma tentativa de cumprimento, por parte do legislador, dos objetivos de estimular a persecução e punição dos responsáveis pelos atos de violência contra mulheres. Assim:

A promulgação de [leis que criminalizem o feminicídio] demonstra a intenção destes países [latino-americanos] de desenvolverem políticas criminais sob perspectiva de gênero que reforcem, por um lado, as

Aumento de pena

§ 7o A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 275.

estratégias de persecução e punição dos responsáveis pelos atos de violência contra mulheres e, por outro, a garantia de reparação e compensação para as vítimas. A meta é reduzir a impunidade de maneira que a justiça criminal possa cumprir suas funções de prevenção geral e especial do crime.⁵⁰

A tipificação do feminicídio representa um ponto de partida simbólico para demonstrar a necessidade da proteção do bem jurídico vida da mulher. É demonstrar que, no ordenamento jurídico pátrio, a morte de mulheres por homens, no contexto de relações domésticas, não será admitida, sendo alvo de punição – e não mais de permissivos legais e impunidade.

Recentemente, mais um passo foi dado para o sepultamento definitivo da tese da “legítima defesa da honra”. No julgamento da medida cautelar pleiteada na ADPF 779, prolatado pelo Ministro Dias Toffoli em 26/02/2021 e referendado em plenário em 15/03/2021, foi deferida em parte para considerar tal tese jurídica inconstitucional, sob o seguinte fundamento:

[...] Pelo exposto, concedo parcialmente a medida cautelar pleiteada, ad referendum do Plenário, para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa que sustente, direta ou indiretamente, a legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como no julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento.⁵¹

Não se trata de prejuízo da garantia à ampla defesa, mas do reconhecimento da vida das mulheres como bem jurídico a ser preservado, considerando a proteção da vida e da igualdade de gênero. É reconhecer, de um ponto de vista histórico, que a vida das mulheres merece proteção do

⁵⁰ UNITED NATIONS. United Nations Development Programme. **From commitment to action: policies to end violence against women in Latin America and the Caribbean**. Panamá: UNDP, 2017. p. 26.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779**. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Brasília, DF, 2021.

ordenamento jurídico – e não ser colocada em perspectiva em função de construções sociais que, ainda que arcaicas, ainda representam sentença de morte para milhares de mulheres anualmente.

5 CONCLUSÃO

A sociedade brasileira e, por consequência, o ordenamento jurídico brasileiro, não se mantêm estáticos ao longo do tempo. Assim, as mudanças sociais e jurídicas se intercambiam e retroalimentam, de forma que o ordenamento jurídico siga como reflexo fiel da sociedade que o originou.

Dentre essas mudanças, principalmente em se tratando de uma sociedade com forte origem patriarcal, está o papel da mulher na sociedade, bem como a proteção de sua vida, principalmente no que diz respeito ao contexto das relações domésticas.

Se, quando das Ordenações Filipinas, havia autorização legal para que o marido matasse a esposa que houvesse cometido adultério, permissivo legal que deixou de existir quando do primeiro Código Penal pátrio, mas que esteve na raiz do que se tornou a figura da “legítima defesa da honra” - se a legítima defesa pode ser aplicada a todos os bens jurídicos, a honra masculina também poderia ser defendida.

Pode-se destacar duas consequências principais dessa construção jurídico-social: a primeira, demonstrar o desvalor da vida feminina para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que os bens jurídicos “vida” e “honra” são colocados no mesmo patamar, bem como gerador da impunidade, uma vez que o homem que matar a mulher com quem possui relações domésticas não seria punido por isso – ou receberia pena em patamar mínimo.

A conquista de direitos pelas mulheres é fruto de luta social, bem como a busca por igualdade em relação aos homens. Nessa luta, insere-se a da valorização da vida feminina, bem como o fim das injustiças e a aplicação da devida punição. Entretanto, a mudança de práticas sociais arraigadas, quanto

mais em um meio na qual a herança colonial possui tanta força, revela-se lenta, ainda havendo resquícios, em pleno século XXI, da figura da “legítima defesa da honra”.

O assassinato de mulheres por homens em virtude do gênero, no contexto de suas relações domésticas, passa a ter nome: feminicídio, sendo o Brasil um dos países de altíssimas taxas de ocorrência deste crime. Para tanto, compromissos internacionais foram assumidos para a realização de políticas públicas que visassem diminuir a ocorrência da violência contra a mulher e, na esteira desses compromissos, sobreveio o reconhecimento do feminicídio como forma qualificada de homicídio.

É evidente que não basta a mudança normativa para diminuição dos alarmantes índices de violência contra a mulher, mas a inclusão de um tipo penal que trata de maneira diametralmente oposta ao que tradicionalmente havia no ordenamento jurídico nacional quanto ao tema merece destaque, especialmente ao referir uma mudança legislativa.

Não faz mais sentido o apelo a uma “legítima defesa da honra” em um ordenamento jurídico que visa a proteção da vida das mulheres, entendidas como sujeitos de direito e como parte historicamente mais frágil na relação doméstica. Trata-se de uma afirmação: a vida das mulheres merece proteção do ordenamento jurídico.

Revela-se, portanto, como desafio social a extensão da proteção garantida pelo plano simbólico à concretude, principalmente para que os altos índices de feminicídio registrados no Brasil possuam o mesmo tom arcaico da expressão “legítima defesa da honra”.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, maio/ago. 2014.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares; HERMANN, Jacqueline. **O judiciário e a violência contra a mulher**: a ordem legal e a (des)ordem familiar. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 1 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF, 1890. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 1 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF, 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 1 fev. 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Penal do Império do Brasil. Brasília, DF, 1830. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 1 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm.

Acesso em: 1 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779**. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Brasília, DF, 2021. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>. Acesso em: 1 mar. 2021.

FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth; MENEGHEL, Stela N. (Org). **Dicionário Feminino da Infância**: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**: Volume I. Tomo II – Arts. 11 a 27. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Belém, 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm>. Acesso em: 1 abr. 2019.

PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. “Legítima defesa da honra”: ilegítima impunidade dos assassinos: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. **Cadernos Pagu**, Campinas, p. 65-134, 2006.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Cópia digitalizada. disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 1 mar. 2019.

RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 53-73, jan./abr. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/1849>. Acesso em: 1 mar. 2019.

UNITED NATIONS. United Nations Development Programme. **From commitment to action: policies to end violence against women in Latin America and the Caribbean**. Panamá: UNDP, 2017. Disponível em: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/docs/Research%20and%20Publications/Empoderamiento%20de%20la%20Mujer/UNDP-RBLAC-ReportVCMEnglish.pdf>. Acesso em: set. 2018.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, 2015. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: abr. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume I Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

EM TEMPOS DE AUTORITARISMOS, LIMITE É GARANTIA: A RELEVÂNCIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS PARA O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

IN AUTHORITARIAN TIMES, LIMIT IS GUARANTEE: THE RELEVANCE OF THE PROBATORY STANDARDS FOR THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

EN TIEMPOS AUTORITARIOS, EL LÍMITE ES GARANTÍA: LA RELEVANCIA DE LAS NORMAS PROBATORIAS PARA EL PROCESO PENAL BRASILEÑO

Ana Carolina Mezzalira¹

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a relevância do uso dos standards probatórios para a controle da qualidade da prova processual penal, tendo em vista a insuficiência do princípio da motivação judicial, situação que atualmente coloca em xeque a pertinência das decisões judiciais proferidas no país, muitas vezes eivadas de autoritarismos e decisionismos. No Brasil, onde as decisões judiciais são sempre urgentes e pautadas em ponderações rasas sobre os argumentos apresentados, a aplicação séria de standards probatórios representa um grande desafio e a ser superado, sendo que a temática ainda é pouco enfrentada. Porém, a partir da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, é possível concluir que houve uma escolha de política processual que pode ser considerada também como uma opção para o enfrentamento do grave problema do erro judiciário.

Palavras-chave: Standard de prova; Processo Penal; Motivação Judicial; gestão probatória.

Abstract: The present work intends to analyze the relevance of the use of the evidential standards for the control of the quality of the criminal procedural evidence, in view of the insufficiency of the principle of judicial motivation, a situation that currently calls into question the relevance of the judicial decisions handed down in the country, many times riddled with authoritarianism and decisionism. In Brazil, where judicial decisions are always urgent and based on shallow considerations about the arguments presented, the serious application of evidential standards represents a great challenge and to be overcome, and the issue is still little addressed. However, based on the constitutional consecration of the principles of the presumption of innocence and *in dubio pro reo*, it is possible to conclude that there was a choice of procedural policy that can also be considered as an option to face the serious problem of judicial error.

¹ Mestranda pelo programa Pós-Graduação de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Técnica Superior Penitenciária - Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do RS. E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br.

Keywords: Proof standard; Criminal proceedings; Judicial Motivation; evidence management.

Resumen: El presente trabajo pretende analizar la relevancia del uso de los estándares probatorios para el control de la calidad de la prueba procesal penal, ante la insuficiencia del principio de motivación judicial, situación que en la actualidad cuestiona la pertinencia de la prueba procesal penal. decisiones judiciales dictadas en el país, a menudo plagadas de autoritarismo y decisionismo. En Brasil, donde las decisiones judiciales son siempre urgentes y se basan en consideraciones superficiales sobre los argumentos presentados, la aplicación seria de los estándares probatorios representa un gran desafío por superar y el tema aún está poco abordado. Sin embargo, a partir de la consagración constitucional de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, es posible concluir que hubo una elección de política procesal que también puede ser considerada como una opción para enfrentar el grave problema del error judicial.

Palabras-clave: Estándar de prueba. Procedimientos criminales. Motivación judicial. Gestión de pruebas.

Data de submissão: 22/03/2021

Data de aceite: 15/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Não há processo penal democrático e garantista sem uma adequada gestão da prova angariada ao longo da persecução penal. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 trouxe como salvaguarda do acusado a exigência de motivação judicial de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, visando impor ao magistrado a análise de todo o arcabouço probatório angariado ao longo do processo.

Contudo, à época da edição da Carta Magna, os tempos eram outros. Hoje, com a aceleração dos provimentos judiciais e a ampliação das técnicas hermenêuticas que pregam a desconsideração cada vez maior da lei democraticamente vigente, o juiz possui ampla margem de decisão, nos termos em que lhe convém, e decide a partir da prova produzida em menor tempo. A conclusão destes dois fatores é a impossibilidade de a motivação judicial seguir sendo o único controle epistemológico da produção probatória do país.

Diante dessa situação e a partir de critérios estabelecidos inicialmente em países de cultura Common Law, tem-se importado cada vez mais os standards de prova como forma de vincular o juiz a padrões mínimos de análise probatória, permitido que os parâmetros que definem a condenação ou a absolvição possam ser balizados por qualquer outro cidadão.

Nesse contexto, pretende-se analisar a situação atual dos standards probatórios no processo penal brasileiro, seus maiores desafios, bem como verificar de que forma vem sendo utilizados, a fim de fortalecer uma cultura jurídica que preze pela adequada gestão da prova, visando garantir decisões judiciais mais justas e menos autoritárias.

2 VISÃO GERAL SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova possui como finalidade prática o convencimento do juiz¹, havendo uma estreita relação entre a qualidade da produção probatória e o grau de precisão da decisão final do processo penal. Assim, longe de alcançar a verdade miticamente² pretendida, torna-se fundamental compreender que a discussão envolvendo a prova refletirá indubitavelmente na credibilidade da decisão judicial

¹ Ousa-se, aqui, discordar daqueles que entendem que a busca pela verdade é o objetivo fundamental do processo, na medida em que “por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança”. LIEBMAN *apud* GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220. Ainda, Paulo Rangel assevera que o processo obtém por meio da prova somente a “verdade histórica do processo” RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 495.

² O mito pode ser entendido como uma forma de se entender conceitos que foram se amoldando à jurisdição, quais sejam: segurança, certeza, verdade, controle etc. Assim, o mito é “a narrativa de uma criação, conta como algo que não era começou a ser”, sendo uma representação coletiva, passada por várias gerações. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Imparcialidade, verdade e certeza no Processo Penal: O mito da motivação judicial objetiva. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 197-229.

que será proferida³, conferindo maiores garantias de um julgamento imparcial e justo ao acusado.

Atualmente, o sistema utilizado pelo julgador no processo penal brasileiro para valorar as provas acostada aos autos é o da livre convicção motivada ou da persuasão racional, o qual fornece ao juiz uma ampla liberdade de agir a partir das provas colacionadas, sob a máxima *quid non est in actis non est in mundo*, conforme expressamente disposto no art. 155 do CPP. Porém, em que pese a positiva superação das provas tarifadas, hoje se presencia um modelo no qual “uma pretensa liberdade do julgador ocasionou total abertura à discricionariedade no juízo de fatos”⁴.

Essa ausência de limites, padrões ou regras claras para a fundamentação do juiz no momento da sua decisão se mostra bastante perigosa, na medida em que abre espaço para decisionismos, autoritarismos e erros judiciários⁵. Segundo Streck, deixa-se de aplicar o conteúdo de lei sob a justificativa de “uma suposta superação da literalidade do texto legal”, acabando por romper com o Estado Democrático de Direito, já que se ignora um conteúdo normativo editado pelo Poder Legislativo, democraticamente eleito⁶.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. La mano de Dias e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁴ MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 06 de Abril de 2019. Ainda, nesse ponto, José Paulo Baltazar Júnior alerta que, “abandonado o sistema da prova legal, que tinha por fim diminuir os poderes do julgador, ganha-se na possibilidade de melhor apreender todas as nuances da problemática da aplicação judicial do direito, com o entrelaçamento das questões de fato e direito, mas perde-se em segurança, na medida em que nem sempre fica claro o caminho percorrido pelo julgador para adotar uma versão dos fatos. Não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato”. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista da Associação dos Juizes Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 4, p. 161, 2007. p. 164.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁶ Para Lenio Luis Streck, “discricionariedade acaba, no plano de linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. Trata-se, sim, de discutir – ou, na verdade, pôr em xeque – o grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da constituição. E esse grau de liberdade acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do Direito. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle.

Assim, torna-se imprescindível no contexto do processo penal contemporâneo a discussão sobre o estabelecimento de regras mais claras a respeito da admissão e da produção da prova, bem como da motivação e fundamentação da decisão judicial, estabelecendo-se limites para que se considere provada uma alegação e para que o juiz escolha pelo caminho da condenação ou da absolvição.

3 MOTIVAÇÃO JUDICIAL E SUA INSUFICIÊNCIA EPISTEMOLÓGICA PARA O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Estado Moderno foi responsável por estabelecer o racionalismo como base do conhecimento, aliado ao positivismo e às ideias iluministas, advindas com a classe burguesa. É neste período histórico que os alicerces do atual Sistema de Justiça foram arquitetados e construídos, pautados pelo mito do juiz como sendo um ser alheio às paixões, neutro, totalmente racional e detentor de uma verdade suprema, ou seja, imbuído de atributos divinos.

Com o advento do século XIX e o período industrial, a sociedade de massas que se forma passa a questionar as ideias racionalistas e burguesas, exigindo do Estado não apenas garantias não intervencionistas, em consonância estrita com a Lei, mas também uma atuação positiva, a partir da construção de novas ideias jurídicas, baseadas no pensar e no sentir do julgador, que agora pode decidir com base no binômio racionalidade/emoção (objetividade/subjetividade).

É a partir de então, dessa crise do conhecimento moderno, que o papel do juiz passa a transpor a letra fria da Lei e toma novos contornos, permitindo uma maior abrangência de interpretação e ressignificação da norma positivada. Entretanto, essa liberdade de decidir sempre gerou graves riscos à Jurisdição, possibilitando que o juiz atuasse de forma arbitrária, ignorando a adequada

Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em trechos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, mai./ago., 2017.

análise das provas coligidas ao processo e inviabilizando o controle pelas partes e pela sociedade.

Nesse contexto, a motivação judicial ganhou relevância, pois somente ela vem permitindo, em tempos de plena liberdade de julgamento, a vedação pelo juiz de escolhas intuitivas e arbitrárias, visando garantir que a decisão judicial esteja em consonância com todas as demais garantias fundamentais do acusado como, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição.

Em âmbito constitucional, o art. 93, inciso IX, estabelece que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. O Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece no artigo 155 a livre convicção motivada ou persuasão racional como critério de julgamento pelo juiz, impondo, assim, a necessidade de motivação e exposição de fundamentos de fato e de direito que o levaram a decidir.

Não obstante as previsões legais já existentes, a motivação judicial como única forma de efetivo controle das decisões judiciais foi ratificada com o advento do “Pacote Anticrime”; a Lei nº 13.964/19 trouxe a motivação também como regra impositiva para a decisão judicial que decreta a prisão preventiva, nos artigos 312 e 315 do Código de Processo Penal, como se esta medida fosse a panaceia para todos os males envolvendo a falta de critérios mais objetivos para a decisão judicial envolvendo o encarceramento antecipado.

Em que pese o fortalecimento da motivação e da fundamentação como forma de controle judicial, o que se observa da análise dos casos concretos é que o juiz, na maioria das vezes, julga como bem entende, muitas vezes convencendo-se de determinada tese e somente após buscando os argumentos jurídicos capazes de motivar a sua escolha, a partir de critérios pouco convincentes para aqueles que defenderam a tese contrária.

Um dos motivos para essa falta de critérios mais objetivos para análise da produção probatória no Brasil advém, segundo Lopes Júnior, de uma “carga cultural que acredita na bondade do Estado, personificado no agente de segurança pública que atua imbuído de um propósito salvacionista, de defesa do

povo ou dos "cidadãos de bem"⁷, sintomas de um tradição inquisitorial perversa que deixa cicatrizes no processo penal e nos seus protagonistas até os dias atuais.

Outro ponto que merece ser apontado como fator de desvalorização de uma análise criteriosa da prova é a busca pelo eficientismo, onde “se parte da ideia (mesmo não assumida) de que os fins justificam os meios. Se foi possível atingir o resultado previamente definido como almejado e justo, tudo fez sentido”⁸. E essa busca desenfreada pela solução a qualquer custo do processo é ainda mais inflamada quando somada à “espetaculização do processo penal”⁹, situação corriqueira em casos criminais midiáticos, onde o acusado já está condenado antes mesmo do fim do processo, tendo em vista a carga emotiva criada pela opinião pública.

De tudo isso, não há dúvidas de que apenas estabelecer a motivação como critério balizador de admissão da prova e da qualidade da decisão judicial não basta para trazer segurança jurídica a uma condenação ou absolvição, já que tudo pode ser fundamentado e motivado, inclusive decisões arbitrárias e injustas. Neste contexto, importa a análise sobre a possibilidade de limites mais claros para a prova no processo penal, trazendo maior qualidade aos julgamentos.

4 NA BUSCA POR DELIMITAÇÕES MAIS CLARAS PARA A PROVA NO PROCESSO PENAL: LIBERDADE VERSUS LIMITES

Jeremy Bentham, filósofo e jurista do século XIX, é considerado um dos principais defensores da não fixação de regras no sistema probatório tanto pelo direito quanto pelos juízes, afirmando que “la prueba debe ser fundamentalmente libre y que cualquier interferencia del derecho procesal en ella debería ser

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁹ LOPES JUNIOR; OLIVEIRA, loc cit.

limitada o eliminada”¹⁰. A técnica defendida por Bentham passou a ser conhecida como “prova livre”:

Abordagem que evita exclusões fundadas em regras, embora não se oponha àquelas exclusões que poderiam ser fundadas na infabilidade específica de uma prova específica em uma ocasião específica. Mas, sob o sistema de prova livre, uma decisão de excluir da apreciação um elemento probatório deveria ser feita com base naquilo que chamaríamos agora de ‘fundamento caso-a-caso’¹¹.

A ideia de que qualquer elemento de prova deve ser admitido pelo juiz no processo (teoria/movimento abolicionista) se justificaria epistemologicamente na medida em que garantiria uma maior probabilidade de que as versões apresentadas pudessem ser provadas e que estas coincidissem com a verdade buscada no processo¹².

Contrapondo a teoria Benthamiana, diversos autores defendem a necessidade de que se estabeleçam filtros para a produção e admissão da prova. Nesse contexto, Beltrán defende a fixação de limites em três momentos processuais, nos quais ocorreriam a tomada de decisões acerca dos elementos probatórios ao longo do processo. Esses três momentos seriam: a) a formação do conjunto de elementos probatórios; b) a valoração desses elementos probatórios e, por fim; c) a tomada de decisão propriamente dita¹³.

Quanto ao primeiro momento, Beltrán deixa claro que, nesta fase, é importante que o julgador permita a formação de um conjunto de provas suficientes para refutar ou confirmar as versões apresentadas nos autos sobre o caso, já que é somente esse universo de informação que ele poderá utilizar posteriormente, no momento da decisão judicial. Aqui seria fundamental

¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Cármen (Ed.). **Estandáres de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013. p. 21-40. p. 22.

¹¹ SHAUER, Frederick. Em defesa do Direito Probatório fundamentado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2-1, p. 319-336, jul./dez., 2017.

¹² BELTRÁN, 2003, p. 28.

¹³ *Ibid.*, p. 24.

estabelecer-se o primeiro filtro epistemológico: o filtro para admissão da prova penal, o qual deve ser considerado como um “principio general de inclusión”¹⁴.

Sendo assim, o autor enfatiza que esse primeiro filtro deve ser bastante amplo, permitindo a admissão de todas as provas relevantes para o julgamento do caso, excluindo-se somente aquelas que não se adequem a algum outro filtro imposto por regras jurídicas (prova ilícita, prova intempestiva, prova que viola direitos fundamentais etc.)¹⁵.

Após o encerramento da fase instrutória, quando o processo é encaminhado para sentença, Beltrán afirma que o juiz deve realizar o segundo filtro probatório, passando à valoração dos elementos de prova que foram juntados aos autos no primeiro momento, necessitando verificar se há aporte suficiente para analisar as hipóteses conflitantes e se existe a possibilidade de confirmação de cada uma das versões aventadas pelas partes¹⁶.

O autor é enfático ao afirmar que essa valoração deve ser feita de forma livre do ponto de vista jurídico, não cabendo a existência de regras legais que predeterminem o resultado dessa valoração (a prova testemunhal valer mais do que a documental, por exemplo). Porém, o juiz estaria vinculado a um julgamento lógico, sendo esse segundo filtro considerado o da racionalidade, pois “no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica por razones específicamente jurídicas cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba”¹⁷

Por fim, no último momento processual, quando o juiz proferirá a decisão sobre os fatos que lhe foram apresentados, a partir das provas que já foram admitidas e valoradas nos dois momentos anteriores, Beltrán defende que o julgador decida se a hipótese “x” apresentada pode ou não ser provada a partir de certo grau de confirmação de que dispõe no processo. Aqui, seria necessário

¹⁴ Ibid., p. 25.

¹⁵ Ibid., p. 26.

¹⁶ BELTRÁN, 2003, p. 26.

algum patamar, algum nível de análise mais objetivo da prova, chamado de standard de prova.

5 O STANDARD DE PROVA COMO CRITÉRIO DELIMITADOR À MOTIVAÇÃO JUDICIAL

O conceito de standard de prova é assertivamente formulado por LOPES JR como sendo,

[...] os critérios para aferir a suficiência probatória, o "quanto" de prova é necessário para proferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O standard é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado¹⁸.

Em um comparativo interessante com o esporte olímpico do salto com vara, Rosa e Matida afirmam que “um standard probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador¹⁹”. No contexto do processo penal, segundo os autores, “a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados (condenação de um inocente)²⁰”.

Dessa forma, o standard de prova tem como função estabelecer “níveis de convencimento ou de certeza, que determinam o critério para que se autorize e legitime uma decisão em determinado sentido”²¹. Significa dizer que um standard probatório deve representar o “objetivo institucional de se promover uma determinação dos fatos mais rigorosa e racional, cuja regularidade dos

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 20 de Março de 2020.

²⁰ ROSA; MATIDA, op. cit.

²¹ MENDES, 2019. Importante mencionar que, neste texto, o Ministro do STF discorre sobre a decisão proferida que destacou a importância de estabelecer-se um standard probatório mínimo para a pronúncia e a incongruência do in dubio pro societate, discorrendo que, nestes casos, “a questão aqui em debate, em realidade, deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, que acarreta critérios racionais para valoração da prova e *standards* probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos”.

passos constitutivos do resultado final possa ser verificada por outros sujeitos interessados”²².

Em verdade, o que se pretende com o estabelecimento de standards de prova no processo é “controlar racionalmente a valoração da prova, extirpando do ambiente probatório o fantasma do livre convencimento, corolário do paradigma da subjetividade²³”, tão vislumbrado nas decisões judiciais em tempos de pós-modernidade e crise hermenêutica.

Importante observar que o standard de prova não deve ser confundido com o retorno ao sistema de provas tarifadas, pois tal não pretende estabelecer valores sobre a prova de uma forma antecipada, mas uma valoração sobre o conjunto probatório no momento da tomada de decisão final. Ainda, Vásquez defende que esses graus de valoração sejam estabelecidos pela legislação, para que possam ser previamente conhecidos pelas partes processuais²⁴.

A relevância do uso dos standards de prova no processo penal, hoje, vislumbra-se na medida em que, num mundo cada vez acelerado e urgente, pressionado por resultados e pela busca da diminuição da criminalidade, a lógica da eficiência tomou conta das decisões judiciais criminais. Neste campo, cada vez mais a prioridade tem sido por “atitudes decisórias de superfície”, embasadas no que se denomina de “heurística da satisfatoriedade²⁵, situação extremamente prejudicial para o processo, já que a tomada de decisão é feita a partir do menor esforço cognitivo.

Segundo Gloeckner²⁶, observa-se no processo penal contemporâneo o fenômeno denominado de “tunnel vision”, um atalho mental usado pelo julgador

²² ROSA; MATIDA, op. cit.

²³ STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017.

²⁴ VÁZQUEZ, Carmen (Ed). Estandáres de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 14.

²⁵ Conceituada por Rosa e Matida como sendo “um atalho mental tomado por aquele que decide antes do momento adequado. Diz-se que emprega a satisfatoriedade exatamente aquele que decide mesmo sem ter examinado toda a informação relevante para que pudesse tomar a melhor decisão. O sujeito se contenta com menos do que poderia ter, não apura todas as opções e, com isso, antecipa a decisão”. ROSA; MATIDA, 2020.

²⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez., 2015.

estabelecido a partir de “um compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas”, no qual ocorre o “foco exclusivo em determinado suspeito, seleção e filtragem das provas que construirão um caso suscetível de condenação, ignorando e suprimindo as provas exoneratórias”.

Veja-se que, no processo penal brasileiro, onde a previsão do juiz das garantias não é colocada em prática²⁷, a tendência do magistrado é sempre de aderir antecipadamente à tese acusatória, já que é com ela que existe uma maior proximidade desde o início da persecução penal, não havendo separação entre aquele que decide sobre a prisão cautelar e a sentença final, por exemplo.

A título de exemplo, importa mencionar pesquisa feita Gloeckner²⁸ no âmbito das prisões cautelares. Na referida pesquisa pretendeu-se investigar os reflexos que a decretação da prisão preventiva acarreta à decisão de mérito. Entre 03/10/2012 e 31/12/2013 foram examinados os desfechos de todos os processos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que contaram em seu decorrer com a decretação de prisão preventiva. No universo de 90 processos com decretação de cautelar, constatou-se 90 acórdãos condenatórios. Ou seja, em 100% dos casos a existência de uma prisão cautelar foi critério definitivo para a condenação penal.

Portanto, o uso de limites probatórios claros no processo penal brasileiro contribuiria para a diminuição de decisões judiciais rasas, sem aprofundamento da análise probatória apresentada por ambas as partes ao longo da persecução penal, indo ao encontro do que Rosa e Matida defendem como sendo o direito fundamental à devida cognição no processo penal²⁹.

²⁷ O ministro Luiz Fux, então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no início do ano de 2020, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias, em razão de ADIN'S propostas contra a medida. Ainda não há data para julgamento pelo Plenário.

²⁸ GLOECKNER, op. cit.

²⁹ ROSA; MATIDA, 2020.

5.1 OS PRINCIPAIS STANDARDS DE PROVA ADOTADOS NA ATUALIDADE

Segundo a teoria vigente nos países anglo-saxões (utiliza-se como base teórica o direito comparado, portanto), os principais standards probatórios admitidos são os seguintes: a) prova clara e convincente (clear and convincing evidence); b) prova mais provável que sua negação (more probable than not); c) preponderância da prova (preponderance of the evidence); e d) prova acima da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt)³⁰.

O standard da prova “além da dúvida razoável” é o que mais exige produção probatória e, portanto, é o utilizado no âmbito das decisões penais, sendo que os outros costumam ser mais aplicados no direito civil e administrativo³¹. Esse standard probatório é utilizado nos países de tradição common law desde o século XVIII, já tendo recebido o status constitucional pela Suprema Corte dos EUA na decisão do caso *In re Winship*³².

No processo penal, o standard de prova funciona de forma diversa do que no processo civil; enquanto neste “opera el estándar de la prueba prevaleciente”³³, bastando para uma hipótese ser provada que ela se sobressaia sobre a hipótese contrária, naquele “operaría el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable”³⁴.

Nesse ponto, enfatiza-se que, no processo penal, ainda que na segunda fase - a da valoração da prova - uma hipótese tenha sido mais confirmada, não significa que ela deverá ser considerada como provada, pois o standard de prova no processo penal exige a comprovação da culpa, e uma comprovação que seja além da dúvida razoável, devendo, portanto, superar não somente a versão contrária, mas também o princípio da presunção de inocência³⁵. Nesse sentido,

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

³¹ Idem.

³² No presente caso, “havia sido aplicada uma medida à adolescente por prática de furto, com base na preponderância de prova, como exigia a lei local. A Suprema Corte entendeu que, assim como para os adultos, deveria ter sido exigida a prova acima de dúvida razoável, em razão do devido processo substantivo, assim constitucionalizando a questão”. BALTAZAR JÚNIOR, 2007.

³³ BELTRÁN, 2003, p. 28.

³⁴ Id, p. 28.

³⁵ Id. p. 28.

importante mencionar os seguintes exemplos envolvendo a diferença entre o standard de prova no processo civil e no processo penal, apresentados por Streck³⁶:

No primeiro caso pensa-se na situação em que um condutor de veículo automotor colide na traseira de outro; no segundo caso, pensa-se no condutor de um veículo que se nega a prestar o teste do bafômetro. Imagine, agora, que nos autos de ambos os processos constam apenas essas informações: no caso do ilícito civil apenas a informação de que o réu colidiu na traseira do veículo do autor, sem que haja qualquer outra prova de quem foi o culpado pelo abalroamento; no segundo caso, a mesma situação, vale dizer, não há nenhuma prova de que o condutor estava embriagado, constando apenas a sua negativa em prestar o teste do bafômetro. Com base em tais exemplo, pode-se perceber a incidência da questão envolvendo os standards probatórios. No primeiro caso é admissível considerar que aquele que colidiu atrás foi o culpado do acidente na medida em que a tradição diz que usualmente aquele que colide atrás de qualquer veículo é o motorista que não atentou como deveria para o trânsito. Somado a isso, ainda que essa valoração da prova não seja capaz de excluir outras causas, existe a necessidade de que uma decisão seja prolatada. Existe a proibição do non liquet e o juiz não pode quedar-se em inércia. Assim, o patrimônio do condutor não é um bem tão pesado quanto a liberdade de alguém e, portanto, ainda que outras causas do acidente não estejam excluídas, o juiz deve, em princípio, julgar no sentido de considerar culpado o condutor que colidiu atrás, tendo em vista o standard da preponderância de provas. Por outro lado, vê-se a situação do condutor que se nega a prestar o teste do bafômetro. A simples negativa de prestar tal teste não tem o condão de excluir outras causas, da mesma forma que no caso do abalroamento no ilícito civil. Entretanto, aqui se aplica o standard da prova além da dúvida razoável. Trata-se de um standard mais pesado, uma vez que o direito à liberdade está em jogo, de forma que o julgador não poderá condenar o réu. A CHD dirá que a tradição legal que, não podendo ser excluídas outras hipóteses, presume-se que o réu é inocente e, portanto, tal prova é insuficiente para uma condenação.

A doutrina e a jurisprudência sustentam que é possível rebaixar a exigência do standard probatório no processo penal conforme a fase em que o mesmo se encontrar, não sendo adequado exigir o mesmo nível de prova para uma decisão que pronuncia um acusado a júri popular³⁷ do que para condenar o

³⁶ STRECK; RAATZ; DIETRICH, 2017.

³⁷ O Ministro Gilmar Mendes possui o seguinte posicionamento sobre o tema: “Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”. MENDES, 2019.

réu. Porém, no tocante à viabilidade de redução do standard de prova, não se deve confundir a ideia de fase processual com a natureza do delito:

Podemos admitir o rebaixamento do standard conforme a fase, mas não conforme a natureza do crime. Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, às "testemunhas de ouvir dizer" que nada viram, mas ouvira... Isso não rompe com o circularidade probatória da "palavra da vítima", e, em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Isso é um rebaixamento não justificado e não autorizado do standard probatório. Até porque a presunção de inocência não é "maior ou menor", "mais robusta ou mais frágil" conforme a natureza do crime³⁸.

Ainda, existe uma importante discussão sobre os limites probatórios envolvendo crimes considerados graves, como terrorismo, corrupção, tráfico de pessoas e drogas, por exemplo. A tendência nos processos que investigam essas espécies de crimes tem sido o "estabelecimento de padrões de prova menos rígidos, mais flexíveis, em nome do resultado e dito interesse coletivo na apuração da dita criminalidade organizada, como foi visto delação premiada etc.³⁹

Segundo Lopes Júnior e Rosa:

Não se trata de movimento brasileiro, mas mundial, em que a operatividade das garantias cede diante do interesse de apuração das condutas tidas como complexas. O que se verifica é o rompimento dos padrões probatórios, incidindo certa dose de imaginação, conjecturas, falácias, heurísticas e vieses desprovidos de base probatória. O resultado é a assunção de certo protagonismo cognitivo incontrolável por parte dos julgadores, em franca violação às regras democráticas, modalidade de ativismo e decisionismo diria Lenio Streck. A exigência de padrões mínimos de prova não pode ceder diante das imputações, ainda que, por um lado, possa-se compreender as dificuldades probatórias, de outro, sabe-se que a acusação tem à disposição mecanismos diferenciados de obtenção de prova (cooperação/delação, quebra de sigilo, interceptação etc.), além de

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

³⁹ Ibid.

todo o aparato estatal. Logo, compreender a nova dimensão do *standard* probatório não pode significar a supressão das garantias constitucionais, validando a premissa das hipóteses sobre os fatos. Por mais que se tenha certeza, ausente provas lícitas/legítimas que justifiquem a atribuição do predicado “provado”, deveria ser incabível a condenação no campo do devido processo legal substancial⁴⁰.

Ressalta-se, ainda, que a escolha do legislador pelo *standard* probatório que deverá ser utilizado no processo penal de determinado país está relacionada a uma política pública sobre “el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial”⁴¹

No Brasil, a temática do *standard* probatório ainda é pouco enfrentada. Porém, entende-se que, a partir da consagração constitucional dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* houve uma escolha de política processual que pode ser considerada também como uma opção para o enfrentamento do grave problema do erro judiciário⁴².

6 CONTEXTO ATUAL DOS STANDARDS DE PROVA

Da análise dos sistemas processuais atuais envolvendo a prova, é possível verificar que a teoria de Jeremy Bentham foi amplamente acolhida pelos ordenamentos jurídicos de países anglo-saxões, trazendo a ideia da inexistência de limites para a valoração da prova. Porém, nestes locais há ampla fixação de regras de exclusão para provas consideradas irrelevantes, contrariando, nesse ponto, a teoria racionalista⁴³.

No Brasil, em um cenário de decisões judiciais urgentes e, conseqüentemente, pautadas em análises rasas das provas coligidas ao processo, a aplicação séria de *standards* probatórios representa um grande

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. E se usarmos a lógica de Deltan Dallagnol contra Sergio Moro?. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 2 de Agosto de 2019.

⁴¹ VÁZQUEZ, 2013, p. 14.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do *standard* probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019.

⁴³ BELTRÁN, 2013, p. 31.

desafio. Retomando a comparação com o esporte do salto com vara feita por Rosa e Matida, “fica evidente que o sarrafo não está posicionado em altura condizente à fase final do processo”⁴⁴.

Não obstante a todas as dificuldades já existentes no tocante à análise das provas no processo penal, pois fortemente atrelada ao mito da verdade e à inquisitorialidade, o cenário tem sido agravado pelo advento de novas tecnologias, “criando um espaço de grande indefinição acerca do alcance e limite das medidas⁴⁵”. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, se utiliza desde 2018 da inteligência artificial, por meio do programa “VICTOR”, para leitura de todos os recursos extraordinários que sobem ao órgão, identificando por meio daquele quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral.

Nesse contexto, a inteligência artificial já vem sendo usada nos procedimentos processuais; segundo Fenoll⁴⁶, existem muitas ferramentas de inteligência artificial que podem ajudar o juiz a valorar a prova ou ao menos organizar algum tipo de raciocínio sobre o que já está produzido nos autos, utilizando-se de precedentes e análises de jurisprudências ou outras fontes

Neste contexto, Rosa e Matida sugerem as seguintes modificações processuais, a fim de trazer ao processo penal brasileiro um maior controle epistemológico da prova coligida:

a) Em primeiro lugar, que exijamos mais de nossos saltadores. Uma hipótese fática acusatória fundada em conjunto probatório capaz de excluir as explicações alternativas trazidas pela defesa; b) Em segundo lugar, que estejam mais bem demarcados os limites da área da corrida e queda pós salto do atleta. Não há espaço para vale-tudo probatório, Isso significa: 1. proibição da prova ilícita e juízo de admissibilidade cuidadoso para as provas irrepetíveis e elementos informativos colhidos no decorrer do inquérito 2. A forma como as provas são produzidas (e também os elementos informativos na fase préprocessual) importa ao resultado do processo; 3. A preservação da cadeia de custódia é elementar à confiabilidade do desfecho do processo judicial. As competições olímpicas são gravadas e a produção das provas também devem receber registro adequado.⁴⁷

⁴⁴ ROSA; MATIDA, 2020.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020.

⁴⁶ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Proceso Judicial**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

⁴⁷ ROSA; MATIDA, 2020.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estabelecer novos parâmetros para a gestão da prova no processo penal brasileiro não é tarefa fácil, tendo em vista todo o contexto histórico autoritário e inquisitorial na qual foi estabelecida. O Código de Processo Penal de 1941, editado em pleno período ditatorial, segue vigente, tendo sofrido a conta-gotas pequenas alterações, as quais, muitas vezes, sequer estão em consonância com a sistemática processual acusatória pensada pelo Constituinte de 1988.

É em meio a esta realidade que os standards de prova vêm sendo introduzidos no país, visando romper com ideias ultrapassadas que seguem acreditando que o juiz possui plena liberdade para decidir, desde que motive a sua decisão. Não basta motivar, não basta fundamentar, é imperioso que o juiz esclareça de que forma chegou à solução final do caso concreto, a partir de critérios objetivos e imparciais.

Aos poucos, os standards probatórios vão sendo cada vez mais conhecidos pela comunidade acadêmica e pelas instituições que compõem o Sistema de Justiça Penal, a fim de se tornarem referências rotineiras nas decisões judiciais e, quem sabe, receberem amparo legal, impondo a todos o seu cumprimento, trazendo maior segurança jurídica e menos erros judiciários.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista da Associação dos Juizes Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 4, p. 161, 2007. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/79069754.pdf>. Acesso em 27 out. 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoria de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Cármen (Ed.). **Estandáres de prueba y**

prueba científica: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013. p. 21-40.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y Processo Judicial.** São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões Cautelares, Confirmation Bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez., 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 26 de Julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal>. Acesso em 10 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. E se usarmos a lógica de Deltan Dallagnol contra Sergio Moro?. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 02 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-02/limite-penal-usarmos-logica-deltan-dallagnol-sergio-moro>. Acesso em 05 nov. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 05 de Junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/limite-penal-la-mano-dios-admissibilidade-prova-processo-penal>. Acesso em 26 out. 2020.

MENDES, Gilmar. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 06 de Abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. Acesso em 12 out. 2019.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. Imparcialidade, verdade e certeza no Processo Penal: O mito da motivação judicial objetiva. *In*: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). **Ciências Penais e Sociedade Complexa.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 197-229.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da; MATIDA, Janaina. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Consultor Jurídico — Conjur**, São Paulo, 20 de Março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara#:~:text=Com%20aux%C3%ADio%20de%20uma%20vara,ser%C3%A1%20suficiente%20para%20finaliz%C3%A1%20lã>. Acesso em: 26 out. 2020.

SHAUER, Frederick. Em defesa do Direito Probatório fundamentado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2-1, p. 319-336, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/11727/8536>. Acesso em: 05 nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, Wilian Galle. Sobre um possível diálogo entre a crítica hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em trechos de intersubjetividade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, mai./ago., 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10981/pdf>. Acesso em 26 abr. 2019.

VÁZQUEZ, Carmen (Ed). **Estandáres de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REABILITAÇÃO DE FALTAS DISCIPLINARES EM SEDE DE EXECUÇÃO CRIMINAL E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO CUMPRIMENTO DA PENA COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.964/19

*REHABILITATION OF DISCIPLINARY FAULTS AT THE HEAD OF CRIMINAL
EXECUTION AND ITS LEGAL REPERCUSSIONS IN COMPLYING WITH THE
PENALTY WITH THE AMENDMENTS TO LAW No. 13.964/19*

E REHABILITACIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS AL RESPONSABLE DE LA
EJECUCIÓN PENAL Y SUS REPERCUSIONES LEGALES EN EL CUMPLIMIENTO
DE LA PENA DE LAS MODIFICACIONES A LA LEY Nº 13.964/19

Alandeson De Jesus Vidal¹
Natália Cincotto Souto²

Resumo: O presente artigo faz uma breve análise jurídica acerca da reabilitação de faltas disciplinares cometidas pelas pessoas sentenciadas, bem como as suas repercussões no cumprimento das reprimendas cominadas. Buscar-se-á trazer o cenário de aferição das condutas faltosas em uma perspectiva de inafastabilidade de apreciação jurisdicional; apresentar a inexistência de um Código Penitenciário Nacional ou nos Estados-membros e Distrito Federal com a inconstitucional e ilegal aplicação de atos administrativos e; por fim, trar-se-á as inovações incrementadas pela Lei nº 13.964/19, intitulada como “Pacote Anticrime”, acerca do período a ser considerado para a reabilitação, defendendo-se como regulação “stricto sensu” do tema, até antes inexistente.

Palavras-chave: Reabilitação. Faltas disciplinares. Repercussões jurídicas. “Pacote anticrime”. Regulação “stricto sensu”.

Abstract: This present article makes a brief legal analysis about the rehabilitation of disciplinary faults committed by sentenced persons, as well as their repercussions in the fulfillment of the required reprimands. It will try to bring the scenario of misconduct in a perspective of non-assertability of jurisdictional appreciation; to present the inexistence of a National Penitentiary Code or in the Member States and Federal District with the unconstitutional and illegal application of administrative acts and; finally, it will bring the innovations introduced by Law nº 13.964/19, entitled as “Anti-crime Package”, about the period to be considered for the rehabilitation, defending itself as regulation “stricto sensu” of the theme, until before non-existent.

Keywords: Rehabilitation. Disciplinary faults. Legal repercussions. “Anti-crime package”. “Stricto sensu” regulation.

¹ Defensor Público do Estado/SP. Defensor Público do Estado de São Paulo, mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Bauru/SP, e-mail: a Vidal@defensoria.sp.def.br. <http://lattes.cnpq.br/9845795832482442>.

² Bacharela em Direito e ex-estagiária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e-mail: natalia.pos@ite.edu.br. <http://lattes.cnpq.br/5914976631499478>.

Resumen: En este artículo se hace un breve análisis jurídico sobre la rehabilitación de las faltas disciplinarias cometidas por las personas condenadas, así como sus repercusiones en el cumplimiento de las amonestaciones impuestas. Se buscará acercar el escenario de aforo de la conducta defectuosa en una perspectiva de insondable valoración jurisdiccional; presentar la ausencia de un Código Penitenciario Nacional o en los Estados Miembros y el Distrito Federal con la aplicación inconstitucional e ilegal de actos administrativos y; finalmente, traerá las innovaciones incrementadas por la Ley n.º 13.964 / 19, titulada “Paquete Anti crimen”, sobre el plazo a considerar para la rehabilitación, defendiéndose como regulación “stricto sensu” del tema, antes inexistente.

Palabras clave: Rehabilitación. Faltas disciplinarias. Repercusiones legales. “Paquete anti-crimen”. Regulación “stricto sensu”.

Data de submissão: 23/03/2021

Data de aceite: 22/04/2021

1 INTRODUÇÃO

Seria possível enveredar pelo tema da punição disciplinar e suas diversas perspectivas (filosófica, histórica, sociológica, jurídica etc.), mas esta breve proposição, por certo, iria se perder em seu comedido objetivo que é apresentar um entendimento sobre o fenômeno da reabilitação de faltas disciplinares em sede de execução criminal, como meio de preenchimento do requisito subjetivo para obtenção dos direitos previstos em lei.

Como se sabe, não há um Código Nacional Penitenciário ou mesmo dos estados-membros e Distrito-Federal, vez que a competência para o tema é concorrente, nos termos do artigo 24, I da Constituição Federal de 1988³.

Convive-se com um cenário de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos administrativos, no caso “regulamentos” federal, nos estados-membros e Distrito-federal para regulação da temática, como se tentará mostrar, oportunamente, destacando-se o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto Presidencial nº 6.049/2007), o qual é modelo para quase todos os outros existentes nos demais entes

3 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

federativos citados.

Com a promulgação da Lei 13.964/19 em 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, o artigo 83 do Código Penal sofreu algumas alterações, dentre elas, a inserção do período de reabilitação das faltas disciplinares de natureza grave, sendo este de doze meses depois do cometimento de falta grave. A expressa manifestação da lei não dá margem para diferentes interpretações de seu texto, ficando restabelecida a reabilitação “boa” conduta carcerária, automaticamente, após o decorrer deste prazo.

No dia 19 de abril de 2021 o Congresso Nacional promoveu a derrubada diversos vetos de dispositivos da Lei 13.964/19 e, entre estes vetos, o que se destaca para o estudo que se propõe foi o dispositivo que introduzia o parágrafo 7º no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei Nacional 7.210/84). O referido dispositivo traz, de maneira categórica, o estabelecimento de um prazo anual para reabilitação das faltas disciplinares, como regra; com a possibilidade de reabilitação mesmo antes deste período, desde que preenchido o requisito objetivo.

Considerando que não havia legislação tratando do tema, deve-se aplicar a diretriz mencionada de forma imediata. Ademais, mesmo que fossem considerados os regulamentos citados como instrumentos normativos “*stricto sensu*”, ainda que inconstitucionais e ilegais, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica garantiria a imediata aplicação da norma, como se tentará demonstrar.

2 O DEVER DE OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS DISCIPLINARES

A convivência exige a observação de regras. As regras limitam a liberdade individual e o objetivo em reafirmar essa clara obviedade é o de não se olvidar que a disciplina nasce da necessidade da convivência e não do arbítrio meramente vingativo do Estado.

Desde que BECCARIA⁴ vaticinou que a pena não pode ser atormentar um ser sensível, em fazer que um crime não cometido seja cometido, até os dias hodiernos,

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. **Domínio Público**. [S. l.]: eBookLibris, ago. 2001. *E-book*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021, p. 30.

nos estados de direito e em ambientes democráticos, as punições vem abandonando o seu caráter meramente vingativo, de tortura e fustigação (ao menos no texto da lei) para assumir um caráter, sobretudo, de prevenção, ou seja, reforçar a existência, a validade, o vigor da norma e comunicar de maneira objetiva ao corpo social que o seu desrespeito implicará em punição.

Há um motivo de se introduzir a temática da finalidade das penas quando o que se pretende tratar das infrações disciplinares, sobretudo nas prisões.

A lógica é absolutamente a mesma, pois a falta disciplinar tem consequência penal, na medida que compõe o histórico carcerário da pessoa apenada impedindo, muitas vezes, que obtenha direitos; incidindo os mesmos princípios do direito material penal, principalmente o da irretroatividade da lei penal, nos termos do artigo 5º, XL da Constituição Federal de 1988.

A Lei de Execuções Penais (Lei Nacional 7.210/184)⁵, em seus artigos 38 e 39 previu, entre os deveres da pessoa presa, seja em prisão cautelar ou penal, o cumprimento de todas as obrigações inerentes ao seu estado e a submissão das normas de execução da pena.

Causa espécie alguns desses deveres, na medida que o Estado não respeita os direitos mais básicos da pessoa presa, como já apontou ROIG⁶, soando paradoxal que o estado brasileiro, dispensando tratamento desumano e degradante e descumprindo sistematicamente os direitos dos presos, possa deles exigir o cumprimento de deveres.

Superada a ponderação que se considera pertinente, não pode se olvidar que as masmorras, ou melhor, os estabelecimentos prisionais, os quais vivem em estado inconstitucional de coisas, nos termos da ADPF 347⁷ e que o grave problema do superencarceramento carcerário é um tipo de crueldade que avança, também, sobre

⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Requerente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 18 mar. 2020. Brasília, DF, 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

a figura dos (as) Agentes Prisionais e demais Profissionais que se encontram, absolutamente, sobrecarregados (as), o que afeta, sensivelmente, a forma de condução da disciplina na execução penal.

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto de Psicologia (IP) da USP “as péssimas condições de infraestrutura das penitenciárias brasileiras, a extensa jornada de trabalho e o estresse laboral são os fatores responsáveis pela baixa expectativa de vida dos Agentes de Segurança Penitenciária (ASP’s)”,⁸ ainda no mesmo estudo o psicólogo Arlindo da Silva Lourenço aponta que “o trabalho em locais insalubres como as prisões, e as condições de trabalho bastante precarizadas do agente são estressantes, desorganizadoras e afetam sua saúde física e psicológica”⁹.

Os (As) Agentes Prisionais trabalham, via de regra, desarmados (as) em um ambiente desumano e a única “proteção” que possuem é “caneta”. Por isso, condutas que deveriam ser caracterizadas como meros atos da convivência humana são caracterizados como atos de “indisciplina”, com um tipo de severidade muitas vezes superior ao ambiente militar - Já se viu de tudo, como falta grave por: eructação, flatulência, quebrar copo e bandeja durante a lavagem da louça (mesmo tendo ficado claro que foi acidental) e vários outros claros exageros.

É relevante, ainda, a interação das Organizações criminosas nos “sistemas de disciplina” dentro dos estabelecimentos prisionais; como há um espaço paralelo de condutas; todavia, para essa temática demandar-se-ia uma reflexão própria, o que não cabe no escopo desse trabalho.

Conclui-se o raciocínio para afirmar que há a necessidade de observância das normas estabelecidas dentro da execução criminal, como forma de proporcionar, em uma leitura preventiva, a sinalização e reforço, cognitivamente, à coletividade sobre a vigência da norma e sua necessidade de observação e, em caráter especial, a condução da pessoa que cumpre a pena para uma trilha de reinserção na convivência

⁸ PELLEGRINI, Marcelo. Expectativa de vida de agentes penitenciários é de 45 anos. **Agência USP de Notícias**, São Paulo, 22 de nov. 2010. Disponível em: <http://www.usp.br/agen/?p=41743>. Acesso em 23 abr. 2021.

⁹ PELLEGRINI, Marcelo. Expectativa de vida de agentes penitenciários é de 45 anos. **Agência USP de Notícias**, São Paulo, 22 nov. 2010. Disponível em: <http://www.usp.br/agen/?p=41743>. Acesso em: 23 abr. 2021.

pública, se é que alguma vez a pessoa apenada já esteve inserto.

3 A NATUREZA JURISDICIONAL DO JULGAMENTO DE FALTAS DISCIPLINARES NA EXECUÇÃO PENAL

A lei 7.210/84 é anterior à nossa constituição federal vigente de 1988. A lei de execuções penal foi forjada ainda em período de ditadura, mesmo que em sua fase final. É sim um instrumento moderno para aquela época e, em muitos sentidos, ainda nos atuais dias, colocando-se entre as legislações mais progressistas do mundo, mesmo passados quase quarenta anos de sua promulgação.

Ainda assim, há trechos dessa legislação que não foram recepcionados pela Carta Magna vigente e, no objetivo deste trabalho, aponta-se a figura da direção do estabelecimento prisional, no que tange às infrações disciplinares em comparação com o princípio de inafastabilidade de apreciação do Judiciário.

Há autores e autoras muito respeitáveis que consideram a esta temática de competência como mista, com atuação do Judiciário e o Executivo, como é o caso da eminente Professora Ada Pellegrini Grinover¹⁰, a qual entende que a execução é uma atividade complexa, desenvolvendo-se em planos jurisdicional e administrativo.

No que pese o respeito, repita-se o grande respeito, não é possível crer que se possa afastar, ainda que parcialmente, a Jurisdição da execução criminal, sobretudo, quando se trata de apuração das faltas disciplinares. Entende-se que todas as decisões relativas às possíveis infrações disciplinares devem ser apuradas pelo espectro do Poder, a saber, o Judiciário.

A Direção do estabelecimento prisional deixou de ter qualquer poder para julgar infrações disciplinares, ainda que leves, após a Constituição Federal de 1988, pois como já dito cima, a infração disciplinar está umbilicalmente ligada à própria execução da pena e execução de pena nada mais é que o poder do Estado de punir depois de constituído o título executivo penal (provisório ou definitivo); por isso não pode ser delegado, por mandamento constitucional, a outra esfera do poder (executivo ou legislativo).

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 7.

Mesmo em prisões cautelares, eventuais infrações devem ser julgadas pelo Poder Judiciário, pois, no caso de eventual condenação sem o direito de recurso em liberdade, haverá repercussão sobre o cumprimento da pena, sobretudo na aferição do requisito subjetivo para obtenção de direitos (progressão, livramento condicional, indulto/comutação, remição, saídas temporárias etc.).

Não existe um Código Penitenciário Federal ou mesmo em qualquer estado-membro ou Distrito Federal. O que há, na verdade, é a definição por parte da Lei de execuções de determinadas condutas e uma série de atos administrativos do Poder Executivo (regulamentos/resoluções) que avançam de forma inconstitucional e ilegal em temas que deveriam ser tratados por lei.

Na inexistência do citado Código Penitenciário (Federal, dos estado-membros e do Distrito Federal) os atos administrativos do Poder Executivo regulam e esmiúçam, muitas vezes extrapolando a Lei de Execuções Penais, as faltas disciplinares graves. Além disso, indevidamente, esses atos administrativos (regulamentos/resoluções) especificam os tipos de faltas médias e faltas leves, mesmo com a determinação de que a matéria seria regida por lei, nos termos do artigo 49, “caput” da Lei de Execuções Penais.

Os famigerados atos administrativos do Poder Executivo estabelecem o rito de processamento dentro dos estabelecimentos prisionais (prazos, formas etc.). É importante frisar que deve haver, por mandamento Constitucional e legal, o direito à defesa e essa, de maneira ampla; não havendo, nesse caso que se invocar a Súmula Vinculante nº 5 que assim estabelece¹¹: “Súmula Vinculante 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

A questão teve seu devido esclarecimento pelo Excelso Supremo Tribunal Federal em diversos julgados deixando claro que a referida Súmula não se aplica os procedimentos para apuração de falta disciplinar em execução criminal, como se nota na Reclamação 9.430 AGR, rel. min. Ricardo Lewandowski:

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 mai. 2008. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 22 mar. 2021.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante 5 não é aplicável em procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais. Tal fato, todavia, não permite ampliar o alcance da referida súmula vinculante e autorizar o cabimento desta reclamação, pois o acórdão reclamado apenas adotou o verbete como uma das premissas para decidir no caso concreto¹².

Os estabelecimentos prisionais, como dito, colhem todas as provas, ouvindo a quem se imputa a infração, testemunhas, realizam perícias ou se valem de peritos oficiais etc.

Após o término da colheita de todos os elementos, a autoridade penitenciária (direção do estabelecimento), emite um parecer nos mesmos moldes da autoridade policial fazendo o devido encaminhamento para a autoridade jurisdicional quando então será aberta vista ao Ministério Público, o qual emitirá o seu parecer, seguido pela defesa (profissional advogado (a) constituído (a) ou pela Defensoria Pública), quando, então, haverá o julgamento pela autoridade jurisdicional reconhecendo ou não o cometimento da falta disciplinar, seja ela de qualquer natureza (graves, médias e leves).

4 A REABILITAÇÃO DAS FALTAS DISCIPLINARES E A CARÊNCIA DE INSTRUMENTOS LEGAIS

Como já adiantado, não existe um Código Penitenciário nacional ou em qualquer estado-membro da federação ou Distrito federal.

Tanto o Código Penal, como a Lei de execuções criminais trazem comandos materiais, mas não definem formas, ritos, condutas relacionadas às faltas médias ou leves etc., o que, infelizmente, acabou sendo suprido por instrumentos normativos inconstitucionais e ilegais, como o já citado Regulamento Penitenciário Federal (Decreto Presidencial nº 6.049 – com referência a frente), a qual é referência para diversos regulamentos e resoluções (todos atos administrativos).

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação 9.340/SP**. Agravante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 26 de ago. 2014. Data de Publicação: 5 set. 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6658654>. Acesso em: 23 mar. 2021. Destaque nosso.

Há, verdade seja dita, um entendimento majoritário por parte dos Tribunais no sentido que esses atos administrativos são constitucionais, sempre com a fundamentação de que há concorrência entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre Direito Penitenciário; todavia, com o respeito que obviamente se deve, ato administrativo oriundo do poder regulamentar não é lei. O poder, como dito, é regulamentar, não podendo criar ou avançar em matéria que a lei não lhe autorizou. A matéria deveria e deve ser submetida ao parlamento nacional (Congresso Nacional) e dos estados-membros e Distrito Federal (Assembleias Estaduais e Distrital).

Estes atos normativos, inconstitucionalidade e ilegalidade à parte, estabelecem os prazos de depuração do “mau” ou “regular” comportamento ou reabilitação da “boa” conduta carcerária após o cometimento e reconhecimento das faltas disciplinares sejam elas, graves, médias ou leves.

É necessário fazer pequeno parêntese em relação à conduta carcerária, pois a classificação desta como, no mínimo, “boa” é um “status”, um requisito mínimo, ao lado do requisito objetivo-temporal, imprescindível para obtenção dos direitos previstos em execução criminal. Não é possível, por exemplo, sequer ajuizar um pedido de progressão prisional sem o atestado de “boa” conduta carcerária emitido pela direção do estabelecimento prisional em que se encontra (§1º do artigo 112 da Lei de Execuções Penais)¹³.

Os artigos 81 e 82¹⁴ do Regulamento Penitenciário Federal apresentam um prazo de reabilitação/depuração do “bom” comportamento carcerário, com período de 3 (três) meses para reabilitação de faltas leves, 6 (seis) para faltas médias e 12 (doze) meses para faltas graves com a previsão expressa de em sendo cometida nova falta disciplinar no período de reabilitação/depuração deverá haver a anulação do tempo de reabilitação cumprido, exigindo-se um novo lapso, com a somatória do períodos de reabilitação anterior, sem a possibilidade de detração ao período já cumprido, o que

¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

¹⁴ BRASIL. Decreto Presidencial nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

se mostra totalmente ilegal, considerando, em paralelo, a individualização da pena . Este conceito consiste, basicamente, na aplicação do direito a cada caso concreto, levando em conta suas particularidades com o intuito de evitar a padronização da sanção penal.

No mesmo sentido a Resolução SAP/SP nº 144/2010 estabelece os mesmos prazos de reabilitação e a possibilidade de somatória dos períodos de reabilitação, mas consta em seu texto a possibilidade de detração do período de reabilitação/depuração já cumprido¹⁵.

Os prazos se reproduzem por muitos estados da federação e, fica claro, que estes prazos para reabilitação e a somatória dos períodos quando há o cometimento de novas infrações durante o período depurador não guardam qualquer proporcionalidade, pois impedem, em muitas situações, o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, “a” CF/88¹⁶) por parte da pessoa apenada em ter acesso aos direitos em execução criminal.

Pelas regras estabelecidas acima tanto faz a pessoa apenada ter sido condenada a 50 (cinquenta) anos ou a 6 (seis) meses que deverá cumprir o mesmo período depuratório para ter a sua conduta carcerária classificada como “boa” novamente.

Neste sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

O Regimento Interno padrão da secretária da Administração Penitenciária de São Paulo estipula prazos para reabilitação do preso que comete faltas disciplinares de natureza grave, média ou leve, em patamares distintos, conforme o regime prisional em que cumpre pena (art. 72e 73).

A falta de disposição em lei específica, tem-se adotados prazos ali estipulados, mas apenas como parâmetro. Em tema de reabilitação, no quadro que se apresenta, há que se levar também em consideração também as particularidades de cada caso concreto, sem jamais olvidar o princípio da razoabilidade. [...]

Trata-se, o que se conclui já a primeira vista, de norma precária, carente de regulamentação adequada e por demais genérica. Assim, maculada, não

¹⁵ SÃO PAULO (Estado). Administração Penitenciária. Resolução SAP 144, de 29 de junho de 2010. [Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo]. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção I, Poder Executivo, São Paulo, 30 jun. 2010. Disponível em: <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

pode ser aplicada sem ofensa a direitos e princípios básico, mesmo de índole constitucional.

A título ilustrativo, toma-se o exemplo do condenado a um ato de reclusão em regime fechado que cometa, já na primeira semana de cumprimento de pena, em dias sucessivos, duas faltas disciplinares de natureza grave.

A aplicação irrestrita do dispositivo em comento, inviabilizaria, no exemplo dado, a formulação de qualquer pedido de benefício por um ano, justamente o tempo da condenação, em clara ofensa ao direito de petição, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e aos princípios e regras que norteiam a ressocialização do preso.

Afasta-se assim a aplicação do suposto no artigo 74, caput e parágrafo 1º do Regimento Interno Padrão da secretária da administração Penitenciária de São Paulo¹⁷.

É importante enfatizar que além da falta de proporcionalidade nos períodos estabelecidos para a reabilitação há a figura da “somatória” de infrações, como mostrado acima. Se, por exemplo, a pessoa presa comete uma infração disciplinar grave, o período de reabilitação é de 1 (um) ano, porém se ela cometer, diga-se, 3 (três faltas) no mesmo dia (com naturezas diferentes) precisará de 3 (três) anos para reabilitar sua conduta, o que se mostra como componente inviabilizador na obtenção dos direitos de execução criminal.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, em contrariedade ao entendimento incorreto de somatória do período de reabilitação vaticinou no julgamento do HC 429.496 SP:

Ademais, entende-se que não é razoável a cumulação dos períodos de reabilitação das faltas disciplinares realizada pela Administração Penitenciária. Ora, quando uma apenas pratica falta de natureza grave, não há a cumulação dos intervalos, interrompendo-se o lapso para fins de benefício a partir da data da última infração disciplinar. Assim, não se mostra proporcional cumular os períodos de reabilitação quando do cometimento de falta, de modo que se deve considerar que, da data da última falta grave - 19/11/2012, em doze meses a conduta da apenas encontra-se reabilitada, pois parâmetro razoável eleito pela administração para a reabilitação das faltas graves, no artigo 88, inciso III, da Resolução SAP 144/2010. Portanto, conclui-se que no caso em comento a conduta da sentenciada está reabilitada, devendo ser considerada boa, afastando-se a avaliação da direção da unidade prisional de mau comportamento (fls. 03), pois amparada em parâmetro inconstitucional previsto na citada resolução. Entendimento diverso violaria o princípio da proporcionalidade e o sistema progressivo da pena.

[...]

De ofício, concedo a ordem, para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão de primeiro grau que concedeu ao paciente a progressão ao regime

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo em Execução Penal 549.021/SP**. Agravante: Dario Pereira da Silva. Agravado: Ministério Público. Des. Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 27 abr. 2011. São Paulo, SP, 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5112859&cdForo=0>. Acesso em: 23 mar. 2021.

semiaberto¹⁸.

Faz-se necessário pontuar um aspecto importante em relação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, para um melhor entendimento da matéria tratada. Tais princípios são fundamentais para a justa aplicação de sanções e tomada de decisões jurisdicionais, de acordo com Moreira: “a razoabilidade ou proporcionalidade exige do agente público que, ao realizar atos discricionários, utilize prudência, sensatez e bom senso, evitando condutas absurdas, bizarras e incoerentes.”¹⁹A proporcionalidade traz o conceito de que deve-se utilizar o meio mais adequado para a realização de seus fins, ou seja, dentre todos os caminhos que possam ser utilizados, tem de ser escolhido aquele que ao aplicado promove mais vantagens do que desvantagens. Já a razoabilidade tem o intuito de harmonização do indivíduo com o geral, bem como do Direito com suas condições externas, como um dever de equidade.

Trazendo ao caso concreto, quanto à proporcionalidade, apesar de estar contaminado com os vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade, no mérito, melhor andou o Decreto Gaúcho nº 46.534, 04-08-2009²⁰, quando estabeleceu em seu artigo 14 uma proporcionalidade no período de reabilitação do comportamento carcerário levando em consideração a pena cominada à pessoa apenada, pois estabeleceu, em observância ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLI da CF/88²¹) e o

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 429.496/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Marcia Rodrigues da Silva. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Julgamento: 14 fev. 2018. Data de Publicação: 21 fev. 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018a. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?%20componente=MON&sequencial=80343574&tipo_documento=documento&num_registro=201703267680&data=20180221&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2021.

¹⁹ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. **Jusbrasil**, 2011. Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>. Acesso em: 23 abr. 2021.

²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009. [Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul]. **Diário Oficial do Estado Do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 148, 5 ago. 2009. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

princípio da progressividade (artigo 33, §5º do Código Penal Brasileiro²²), período de reabilitação relacionadas à quantidade de pena imputada, ou seja quanto maior a pena maior o período de reabilitação. Houve nesse caso, perfeita compatibilização da necessidade de punição disciplinar, com o objetivo de reforçar a vigência das normas de conduta para a boa convivência possível e o exercício do direito de petição, inafastabilidade da jurisdição e o direito à progressividade da pena.

Por isso, é mais que urgente a criação de um Código Penitenciário Federal, bem como nos estados-membros e Distrito Federal, diante da competência concorrente prevista no artigo 24, I da Constituição Federal²³, pois enquanto a “norma” for criada por quem tem a incumbência de cuidar da disciplinar o que tende a ocorrer é o cenário atual de extrema dureza e impeditivo dos direitos previstos na Constituição e Legislação infraconstitucional; por isso se espera, com urgência, que a questão seja submetida ao Legislativo, esfera do Poder, para que passe pelo devido processo legislativo constitucional.

5 LEI Nº 13.964/19: “PACOTE ANTICRIME” – “NOVA LEI MAIS BENÉFICA”

A Lei 13.964/19²⁴, mais conhecida como “Pacote Anticrime” foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e passou a vigorar a partir de 23 de janeiro de 2020. A nova legislação ocasionou a revogação e a alteração de diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal, dentre outras, bem como, acrescentou novos itens ao ordenamento jurídico brasileiro.

A criação deste novo dispositivo legal teve por finalidade o aumento do combate ao crime organizado, aos crimes cometidos mediante uso de violência e à corrupção.

Como mencionado, o Código Penal sofreu algumas modificações a partir deste novo texto legal e entre essas alterações, traz-se a de interesse nodal para este artigo,

²² BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

²³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 24 mai. 2020.

a saber a modificação introduzida no art. 83 do Decreto-lei nº 2.848/40²⁵:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

[...]

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;

A nova lei estabeleceu expressamente, como demonstra a alínea “b” do dispositivo citado, a delimitação do período referente à reabilitação das faltas disciplinares para o restabelecimento da boa conduta carcerária, sendo este lapso temporal de doze meses, não deixando margem para interpretações diversas sobre a contagem deste prazo.

O bom comportamento, para a concessão do livramento condicional, configura-se, então, quando nos doze meses que antecedem o pleito o reeducando não tenha cometido nenhuma falta disciplinar. Ainda, conforme interpretação do dispositivo, o requisito subjetivo será preenchido automaticamente após os doze meses posteriores à conduta faltosa.

No dia 19 de abril de 2021 o Congresso Nacional promoveu a derrubada diversos vetos de dispositivos da Lei 13.964/19 e, entre estes vetos, o que se destaca para o estudo que se propõe foi o dispositivo que introduzia o parágrafo 7º no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (Lei Nacional 7.210/84).

[...]

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito.

Ao contrário da alteração do artigo 83, III, “b” do Código Penal que ainda suscita questionamentos jurisprudenciais, o dispositivo do § 7º do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, de maneira categórica, estabelece um prazo anual para reabilitação das faltas disciplinares para progressão de regime, como regra; com a

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020. Grifo nosso.

possibilidade de reabilitação mesmo antes deste período, desde que preenchido o requisito objetivo.

A inovação legislativa trazida pelo §7º do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, em muitos aspectos similar Decreto Gaúcho nº 46.534, 04-08-2009, além de pacificar a questão do prazo anual para reabilitação e impedir a somatória nefasta desses períodos de reabilitação, trouxe a possibilidade de reabilitação mesmo antes desse prazo anual. Isso ocorre há o preenchimento do requisito objetivo antes do período de 1 (um) ano, tendo como data-base o dia do cometimento da falta disciplinar grave, nos termos do §6º do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, também introduzido pela Lei 13.964/2019.

Conforme explicado acima, a competência para legislar acerca do direito penitenciário é concorrente, podendo esta derivar da justiça federal ou da justiça estadual ou distrital. O Pacote Anticrime configura-se como uma Lei nacional, tendo sua abrangência estendida por todo o território nacional, o que acarretou a unificação do entendimento acerca da reabilitação de condutas faltosas cometidas durante a execução da pena.

Considerando esta interpretação do sistema hierárquico ao qual as normas jurídicas estão inseridas, entende-se que, no caso concreto, as alterações introduzidas pelo “Pacote Anticrime” devem se sobressair perante as Resoluções que versem acerca da reabilitação das faltas disciplinares de natureza grave.

Mais especificamente, um ato administrativo, que até então dispunha sobre a aplicação do instituto da reabilitação para o preenchimento do requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional, por omissão de lei revogada, não tem condão de estender seus efeitos sobre o que a lei nova restringe, principalmente quando este é capaz de causar prejuízo ao réu.

Como já dito, as resoluções, regimentos e regulamentos penitenciários não são leis; logo não poderiam avançar como todas fizeram em matéria que deveria ser tratada por lei nas casas legislativas; todavia, mesmo que pudessem ser considerados, no que tange ao prazo de reabilitação, a questão foi atualizada por lei nova e comparada à esmagadora das resoluções vigentes a Lei 13.964/19 é mais benéfica; por isso deve ser aplicada como “novatio leis in mellius”.

Consagrado pela Carta Magna de 1988, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica caracteriza-se como um pilar essencial para a efetiva segurança jurídica. A Constituição Federal previu, em seu art. 5º, inciso XL²⁶, de forma excepcional, a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal:

Pondera-se, ainda, que o contrário também detém validade, ou seja, não só a lei anterior poderá ser aplicada aos delitos praticados após sua revogação, como a lei nova retroagirá e seus efeitos jurídicos serão estendidos aos casos que antecedem sua vigência, no entanto, para que este princípio seja válido é indispensável que em qualquer dos dois casos, a lei a ser aplicada beneficie o réu.

O Código Penal, em concordância com o texto constitucional, menciona duas possibilidades as quais se aplica o princípio da retroatividade. A primeira, mencionada no *caput* do art. 2º²⁷, tangencia a chamada *abolitio criminis*, caracterizada quando a lei nova deixa de considerar uma determinada ação como uma conduta delituosa, ou seja, extingue um tipo penal previsto na legislação anterior. O parágrafo único, por sua vez, abrange a possibilidade de retroatividade da lei quando esta demonstrar ser mais favorável ao autor do delito, mesmo quando já ocorrido o trânsito em julgado. Assim demonstra o dispositivo legal citado:

A doutrina majoritária interpreta o art. 2º do Código Penal desta maneira, legitimado pelas palavras de Bulos²⁸ a interpretação acerca das duas possibilidades de aplicação da lei mais benéfica em favor do réu:

Quanto à aplicabilidade do princípio analisado a jurisprudência e a doutrina são uníssonos. Neste sentido o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de extensão dos efeitos jurídicos das leis penais menos gravosas:

EMENTA Habeas corpus. Falta grave. Perda dos dias remidos e outras medidas legais. Superveniência da Lei nº 12.433/11, a qual conferiu nova redação ao art. 127 da Lei de Execução Penal, limitando ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido. Novatio legis in mellius que, em razão do princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa,

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 210-211.

alcança a situação pretérita do paciente, beneficiando-o. Ordem concedida para esse fim. 1. A nova redação conferida pela Lei nº 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido. 2. No caso, o reconhecimento da prática de falta grave pelo paciente implicou a perda dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido. 3. Por se tratar de *novatio legis in melius*, nada impede que, em razão do princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa, ela alcance a situação pretérita do paciente, beneficiando-o. 4. Habeas corpus concedido para esse fim²⁹.

No âmbito da execução penal, a Lei 7.210/84 trata da possibilidade atribuída ao juiz da execução à aplicação de lei posterior quando esta favorecer o sentenciado, de algum modo, a saber o inciso I do artigo 66³⁰.

Conforme exposto, o ordenamento jurídico brasileiro, tanto em caráter constitucional, como através da legislação ordinária e extraordinária, viabiliza a aplicação da nova lei penal às condutas delituosas praticadas anteriormente a sua entrada em vigor, bem como, a aplicação dos dispositivos da lei revogada quando estes se mostrarem mais favoráveis ao condenado.

Tratando da reabilitação das faltas disciplinares de natureza grave, as alterações trazidas pelo Pacote Anticrime mostram-se mais benéficas ao réu neste sentido, já que, como mencionado acima, o Regulamento Penitenciário Federal e o da maioria dos estados-membros apresenta a possibilidade da somatória dos períodos de reabilitação destas condutas faltosas, enquanto a nova redação do artigo 83 do Código Penal³¹ vislumbra o decurso de doze meses para o restabelecimento do bom comportamento carcerário, inviabilizando a adição dos períodos de reabilitação durante o decurso do cumprimento das penas impostas a pessoa presa.

Recentemente, por provocação da Defensoria Pública do Estado de Santa

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 114.149/MS**. Paciente: Giovani Leite da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do HC n 239.971 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 13 nov. 2012. Data de Publicação: 4 dez. 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4264775>. Acesso em: 18 fev. 2021.

³⁰ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 mai. 2020.

³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

Catarina, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Lei 13.964/19 era mais benéfica que a resolução SAP/SP nº 144, a qual prevê a somatória no prazo de reabilitação em seu artigo 90, como já citado acima:

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 549.649 - SC (2019/0362227-8) RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO: ARVELINO PEREIRA (PRESO) ADVOGADOS: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA RENATO MORENO DOS SANTOS - PR050060 INTERES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA INTERES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO SUBJETIVO. FALTA GRAVE OCORRIDA HÁ MAIS DE 12 MESES. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA. ART. 4º, I E IV, DO DECRETO PRESIDENCIAL 9.246/2017. LEI 13.964/2019. PACOTE ANTICRIME. NOVA REDAÇÃO DO ART. 83, III, DO CÓDIGO PENAL. REABILITAÇÃO DO APENADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não há falar em descon sideração total do histórico carcerário do preso, mas sim em sua análise em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena, que regem não só a condenação, como a execução criminal. 2. Se para o indeferimento da comutação pela prática de falta grave é necessário que a referida infração disciplinar seja verificada nos 12 meses anteriores à publicação do Decreto concessivo, não há razão para que, no caso de descumprimento das condições impostas ao livramento condicional, tal lapso temporal não seja igualmente observado. 3. Com a publicação da Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime –, o art. 83, III, b, do Código Penal passou a exigir o não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses para a concessão do livramento condicional. 4. In casu, considerando-se a data da última falta praticada, no ano de 2016, imperioso notar que há decurso considerável de tempo a se concluir pela reabilitação do apenado, dada a natureza progressiva do cumprimento da pena. 5. Agravo regimental improvido.³²

5.1 EXTENSÃO A TODOS OS DIREITOS EM EXECUÇÃO CRIMINAL

Há uma regra implícita que decorre pela lógica de uma norma explícita, o que é aceito amplamente nos Tribunais e Doutrina pátrios, bem como no Direito comparado, destacando-se a Teoria dos Poderes Implícitos advindo do Direito Norte-

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 549.649/SC**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Arvelino Pereira. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 2 jun. 2020. Data de Publicação: 8 jun. 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948694&num_registro=201903622278&data=20200608&peticao_numero=202000178384&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2021.

americano estabelecida no famoso caso *McCulloch vs. Maryland* (1819) e bastante utilizado na jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal como bem demonstrado por CASAGRANDE e BARREIRA³³.

Mesmo antes do Congresso Nacional derrubar o veto Presidencial ao §7º do artigo 112 da Lei de Execuções Criminais, já se era possível defender a extensão da reabilitação anual para todos os direitos em execução criminal e não apenas o Livramento Condicional.

Defendia-se que quem é beneficiado com a regra em um direito maior (no livramento condicional) deve também ser beneficiado em direito menor (no caso a progressão de regime), atendendo-se à máxima lógica de quem pode o mais pode também o menos (*in eo quod plus est semper inest et minus*).

Esse entendimento, inclusive já foi em sede de execução criminal, sobretudo no caso de indulto das penas de multa (pena acessória) quando há o indulto da pena privativa de liberdade: “O indulto “da sanção corporal em sua integralidade, deve absorver a pena de multa, pois prevalece, no Direito, a máxima 'quem pode mais pode o menos'. (TJMT AgExPe nº 135753/2017)”³⁴.

Pois bem, com a derrubada do veto, a questão da extensão a todos os direitos em execução criminal tornou-se texto de lei. Além disso, o exercício hermenêutico dos 2 (dois) dispositivos deixou claro que a intenção sempre foi de se estabelecer um prazo anual de reabilitação anual, tanto para progressão como para Livramento Condicional, com a ressalva de que em relação ao Livramento Condicional não é possível a reabilitação em período inferior a 1 (um) da data da falta, pois, nos casos de Livramento Condicional, não há interrupção do requisito objetivo pela falta disciplinar grave pela falta de previsão legal, como já pacificado na doutrina e

³³ CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247. Acesso em: 22 mar. 2021.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Agravo em Execução Penal 135753/2017**. Agravante: Ministério Público. Agravado: Gilson Batista de Oliveira. Relator: Des. Pedro Sakamoto. Data de Julgamento: 24 jan. 2018. Mato Grosso, 2018b. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867308194/agravo-de-execucao-penal-ep-167067420168110015-mt/inteiro-teor-867308199>. Acesso em: 23 mar. 2021.

jurisprudência. Neste sentido, destaca-se a Súmula 441³⁵ do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional. (Súmula 441, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, um trabalho de aperfeiçoamento do estudo produzido e incluído no acervo da biblioteca da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, registrado sob o número 1.345³⁶, buscou trazer uma melhor compreensão ao cenário disciplinar no cumprimento da punição penal, sobretudo dentro de estabelecimentos prisionais federais, estaduais e do Distrito Federal.

Tentou-se trazer, focado na prática, uma perspectiva puramente jurisdicional para apuração das infrações disciplinares de todos os tipos (grave, media e leve) durante o cumprimento da punição penal. Após se estabelecer um pano de fundo para melhor compreensão, adentrou-se ao assunto propriamente dito, sendo este, a reabilitação da conduta após o cometimento das infrações citadas. Demonstra-se, então, a necessidade de promulgação urgente de um Código Penitenciário Federal nos estados-membros e no Distrito Federal, ante a utilização de atos administrativos regulamentares que, de maneira inconstitucional e ilegal extrapolam ao poder regulamentar para adentrar à competência do Legislativo.

Reforçando que a criação deste Estatuto tem como principal objetivo de estabelecer normas disciplinares mais proporcionais e observadoras dos princípios estabelecidos na Constituição e Legislação Infraconstitucional, o que dificilmente pode ser feito pelo Executivo, espectro do Poder responsável pela fiscalização e aferição

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula vinculante nº 441. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=441>. Acesso em: 23 abr. 2021.

³⁶ VIDAL, Alandeson de Jesus; SOUTO, Natália Cincotto. O pacote anticrime e a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica para a reabilitação de faltas disciplinares. **Biblioteca EDEPE**, São Paulo, 2020. Disponível em https://biblioteca.defensoria.sp.def.br/Biblivre5/?action=search_bibliographic#query=1345&material=all. Acesso em: 19 mar. 2021.

prévia das citadas faltas disciplinares.

Finalmente apontou-se a Lei 13.614/19 (“pacote anticrime”) como norma que estabeleceu o prazo anual para reabilitação da conduta carcerária para fins de direito em execução criminal; sem a possibilidade somatória do período de reabilitação, bem como trazendo a possibilidade, nos casos de progressão que o prazo de reabilitação seja inferior a 1 (um) ano, desde que alcançado o requisito objetivo. Pontuou-se que os atos regulamentares federais dos estados-membros e do Distrito Federal são inconstitucionais e ilegais já que ultrapassam o limite do poder regulamentar, como no caso da reabilitação de comportamento carcerário. Indo além, se defendeu que mesmo que estes regulamentos fossem válidos ou aplicáveis, foram revogados no que tange à reabilitação de uma norma, a qual é mais benéfica em relação à quase todos os regulamentos existentes no país. Neste interim, deve a norma retroagir para alcançar casos anteriores à sua vigência.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. **Domínio Público**. [S. l.]: eBookLibris, 2001. *E-book*. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Decreto Presidencial nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25

mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 24 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula vinculante nº 441**. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010. DJe do STJ, de 13 maio 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=441>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 429.496/SP**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Marcia Rodrigues da Silva. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de Julgamento: 14 fev. 2018. Data de Publicação: 21 fev. 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?%20componente=M&sequencial=80343574&tipo_documento=documento&num_registro=201703267680&data=20180221&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 549.649/SC**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Arvelino Pereira. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 2 jun. 2020. Data de Publicação: 8 jun. 2020. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1948694&num_registro=201903622278&data=20200608&peticao_numero=202000178384&formato=PDF. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 mai. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 114.149/MS**. **Paciente: Giovani Leite da Silva**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do HC n 239.971 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de Julgamento: 13 nov. 2012. Data de Publicação: 4 dez. 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4264775>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental na Reclamação 9.340/SP**. Agravante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Agravado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski. Data de Julgamento: 26 de ago. 2014. Data de Publicação: 5 set. 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6658654>.

Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Requerente: Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 18 mar. 2020. Brasília, DF, 2020b. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>.

Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo em Execução Penal 549.021/SP**. Agravante: Dario Pereira da Silva. Agravado: Ministério Público. Des. Eduardo Pereira. Data de Julgamento: 27 abr. 2011. São Paulo, SP, 2011. Disponível em:

Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5112859&cdForo=0>. Acesso

em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Agravo em Execução Penal 135753/2017**. Agravante: Ministério Público. Agravado: Gilson Batista de Oliveira. Relator: Des. Pedro Sakamoto. Data de Julgamento: 24 jan. 2018. Mato Grosso, 2018b. Disponível em: [https://tj-](https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867308194/agravo-de-execucao-penal-ep-167067420168110015-mt/inteiro-teor-867308199)

[mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867308194/agravo-de-execucao-penal-ep-167067420168110015-mt/inteiro-teor-867308199](https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/867308194/agravo-de-execucao-penal-ep-167067420168110015-mt/inteiro-teor-867308199). Acesso em: 23 mar. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247. Acesso em: 22 mar. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A natureza jurídica da execução penal. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (coord.). **Execução penal**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 5-13.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. **Jusbrasil**, 2011. Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>. Acesso em: 23 abr. 2021.

PELLEGRINI, Marcelo. Expectativa de vida de agentes penitenciários é de 45 anos. **Agência USP de Notícias**, São Paulo, 22 de nov. 2010. Disponível em:

<http://www.usp.br/agen/?p=41743>. Acesso em: 26 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 46.534, de 04 de agosto de 2009. [Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul]. **Diário Oficial do Estado Do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 148, 5 ago. 2009. Disponível em:

http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Administração Penitenciária. Resolução SAP 144, de 29 de junho de 2010. [Institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo]. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção I, Poder Executivo, São Paulo, 30 jun. 2010. Disponível em: <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

VIDAL, Alandeson de Jesus; SOUTO, Natália Cincotto. O pacote anticrime e a aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica para a reabilitação de faltas disciplinares. **Biblioteca EDEPE**, São Paulo, 2020. Disponível em https://biblioteca.defensoria.sp.def.br/BibliVre5/?action=search_bibliographic#query=1345&material=all. Acesso em: 19 mar. 2021.