

Agosto 2019

# REVISTA

Edição nº 24 – 2019

DEFENSORIA PÚBLICA  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Aida Victória Steinmetz Wainer  
Ana Luiza Rodrigues Marchioro  
Ariane Langner  
Ana Carolina Mezzalira  
Camila Renata Dalla Libera  
Douglas Lima de Souza  
Eduarda da Silva Camelo  
Felipe Antonioli  
Fernanda Paula Tondin  
Fernanda Tavares Sonda  
Fernando Cezar Dall'Osto  
Fernando Alves Morsch  
João Batista Oliveira de Moura  
Karina Meneghetti Brendler  
Laura Mattos de Lima  
Luciana Idiarte Soares Falkenbach  
Luiza Pinheiro Bonfligio  
Maria do Carmo Goulart Martins Setenta  
Marcia Elisa Bitarello  
Patrick dos Santos  
Rayane Karoline Chagas de Souza do Nascimento  
Silvania Dellamora Silveira  
Thayse Klain Carvalho  
Veyzon Campos Muniz

**Coordenação editorial**  
**João Batista Oliveira de Moura**





**REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA**

**do Rio Grande do Sul**



**Porto Alegre/RS  
2019**

ISSN 2177-8116

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 10, V.24  
(mai/ago.2019). – Porto Alegre: DPE, 2019 –

Quadrimestral.

Modo de Acesso: <<http://www.dpe.rs.gov.br>>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

1. Direito - Periódico I. Rio Grande do Sul (estado). Defensoria Pública.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

## **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO**

Cristiano Vieira Heerdt

## **CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA**

Adriana Hervé Chaves Barcellos

## **SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS**

Liseane Hartmann

## **SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS**

Tiago Rodrigo dos Santos

## **SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Antonio Flávio de Oliveira

## **COORDENADOR DA REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA EM EXERCÍCIO**

João Batista Oliveira de Moura

## **CONSELHO EDITORIAL**

Angelita Maria Maders  
Cristiane Achilles Guedes  
Juliano Viali dos Santos  
João Batista Oliveira de Moura  
Jorge Luís Terra da Silva  
Mariana Py Muniz Cappellari  
Paulo Cezar Carbonari  
Sandra Beatriz Morais da Silveira  
Vanessa Chiari Gonçalves

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Morgana dos Santos Becker  
Thiago Silveira de Oliveira  
Virgínia Feix

## **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

[www.dpe.rs.gov.br/site/revista\\_eletronica.php](http://www.dpe.rs.gov.br/site/revista_eletronica.php)



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>A SOCIEDADE EM REDE E A INFORMAÇÃO EM SAÚDE: UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO NO BRASIL</b> <i>Fernanda Tavares Sonda</i> .....	14
<b>DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITOS HUMANOS E RACISMO: O NECESSÁRIO (RE)PENSAR SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RACISTAS</b> <i>Rayane Karoline Chagas de Souza do Nascimento e Veyzon Campos Muniz</i> .....	34
<b>A CRIMINALIZAÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA</b> <i>Thayse Klain Carvalho</i> .....	54
<b>CAPACITAR PARA LIBERTAR: A RESSOCIALIZAÇÃO PELO VIÉS DA REMIÇÃO DE PENA</b> <i>Luiza Pinheiro Bonfiglio</i> .....	72
<b>A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NOS CRIMES COMETIDOS POR MENORES</b> <i>Ana Luiza Rodrigues Marchioro, Camila Renata Dalla Libera, Eduarda da Silva Camelo, Fernando Cezar Dall’Osto, Patrick dos Santos, Fernanda Paula Tondin, Marcia Elisa Bitarello, Luciana Idiarte Soares Falkenbach</i> .....	107
<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA APLICABILIDADE NOS CONFLITOS ENVOLVENDO ADOLESCENTES</b> <i>Laura Mattos de Lima</i> .....	129
<b>A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS À CONCLUSÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS JÁ IMPOSTAS AO ADOLESCENTE</b> <i>Douglas Lima de Souza</i> .....	163
<b>A PRISÃO DO INDIVÍDUO SEM CONDENAÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICO-PSICOLÓGICA SOBRE AS REPERCUSSÕES DO ENCARCERAMENTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA</b> <i>Ana Carolina Mezzalira e Silvania Dellamora Silveira</i> .....	180
<b>INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018: AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMADE FOGO NO CRIME DE ROUBO</b> <i>Fernando Alves Morsch</i> .....	198
<b>PROJETO “QUEM É MEU PAI?”: UMA POLÍTICA PÚBLICA EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO</b> <i>Karina Meneghetti Brendler e Aida Victória Steinmetz Wainer</i> .....	214

**A COISA JULGADA NAS ASSISTÊNCIAS SIMPLES E LITISCONSORCIAL**  
*Felipe Antonioli*.....232

**O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**  
*Ariane Langner*.....250

**A DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**  
*Maria do Carmo Goulart Martins Setenta*.....268

#### **PUBLICAÇÕES INSTITUCIONAIS**

**NEUROCIÊNCIA E CULPA JURÍDICO-PENAL - REFLEXÕES ENTRE A LIBERDADE E A CONSCIÊNCIA**  
*João Batista Oliveira de Moura*.....296



## APRESENTAÇÃO

A 24ª edição da **REVISTA DA DEFENSORIA** é um convite ao mergulho teórico em questões de grande relevância e atualidade. Reunindo 14 textos semeados na doutrina de proteção aos direitos humanos, na criminologia crítica, na sociologia e na filosofia jurídica, esta edição ilumina temas de necessária reflexão frente aos desafios à afirmação da Democracia.

Nossos autores falam nos riscos relacionados à informação em saúde; nos mecanismos sociais e institucionais de criminalização da sexualidade feminina e da não criminalização do racismo; na falácia da redução da maioria penal; na necessidade de avançar em políticas públicas para garantia de exercício de direitos e denunciam os efeitos do massivo encarceramento provisório, frente à regra de sua excepcionalidade.

Falam de aportes da psicologia e da neurociência, do trabalho e da reintegração social dos presos; do modelo restaurativo de se fazer Justiça e em esforços punitivos inconstitucionais. Redimensionam o papel da Defensoria e revelam, entre outras, importante maneira de refletir sobre os obstáculos para o acesso à justiça daqueles a quem assistimos jurídica e integralmente, no cotidiano de nossa atuação. Vejamos.

**Fernanda Tavares Sonda**, no artigo **A SOCIEDADE EM REDE E A INFORMAÇÃO EM SAÚDE: UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO NO BRASIL**, analisa a importância desta informação no atual cenário social denominado sociedade da informação, levando em consideração tratar-se de um bem de alto valor e potencialmente lucrativo, cuja possibilidade de monetarização gera risco ao consumidor, e ao direito fundamental à privacidade.

Em **DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITOS HUMANOS E RACISMO: O NECESSÁRIO (RE)PENSAR SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RACISTAS**, **Rayane Karoline Chagas de Souza do Nascimento** e **Veyzon Campos Muniz** discutem o direito ao desenvolvimento e a efetividade do objetivo do milênio quanto ao desenvolvimento sustentável frente ao racismo estrutural e a não promoção de instituições pacíficas, justas, eficazes, responsáveis e inclusivas, enquanto componentes sensíveis à sua constituição. Os autores destacam a necessidade de repensar a aplicação das

normas penais e o papel dos precedentes judiciais relacionados à criminalização do racismo.

**Thayse Klain Carvalho** em **A CRIMINALIZAÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA** considera a evolução da Criminologia e um estudo da Mídia, para uma leitura crítica da visão da sociedade sobre a mulher criminosa. A autora conclui que o preconceito reflete-se no direito de visita íntima e no controle da sexualidade das presas, já que esta é considerada incompatível com a “mulher direita”, na perspectiva da “correção” pelo sistema.

No texto **CAPACITAR PARA LIBERTAR: A RESSOCIALIZAÇÃO PELO VIÉS DA REMIÇÃO DA PENA**, **Luiza Pinheiro Bonfiglio** discute e a eficácia do instituto da remição como fator de ressocialização, constatando que o processo de reintegração social é dificultado em razão da inexistência de política pública que propriamente estabeleça diretrizes acerca da implementação da remição da pena.

Ainda no viés da Sociologia Jurídica como cenário da análise de questões contemporâneas, **Fernando Cezar Dall’Osto** e **vários outros autores**, no artigo **A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NOS ÍNDICES DE CRIMES COMETIDOS POR MENORES**, apresentam pesquisa de campo com coleta de dados realizada junto ao Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) e ao 12º batalhão de Polícia Militar de Caxias do Sul. Os resultados tendem a demonstrar de forma crítica que a redução da menoridade penal não diminuirá o número de crimes, especialmente porque grande parte dos menores está vinculada às facções, tratando-se de problema de caráter muito mais social do que infracional.

Seguindo na temática da justiça juvenil, **Laura Mattos de Lima** em **A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA APLICABILIDADE NOS CONFLITOS ENVOLVENDO ADOLESCENTES** defende que o meio tradicional de “fazer justiça”, é um modelo focado exclusivamente na imposição da pena, apresentando o modelo restaurativo, como alternativa efetiva e transformadora quando aplicada aos conflitos que envolvem este segmento etário.

Outro artigo que nos honra apresentar é **A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO NA APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS PRETÉRITOS À CONCLUSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA JÁ**

**IMPOSTA AO ADOLESCENTE**, de **Douglas Lima de Souza**. Apresentando divergências doutrinárias e jurisprudências, discute o instituto da unificação das medidas socioeducativas, especialmente quanto à vedação ao Juiz para aplicação de novas medidas aos que tenham cumprido ou progredido na fase executiva, a partir de uma interpretação sistemática e inovadora do ECA em consonância com o SINASE.

Avançando na trilha da interdisciplinaridade, segue tema de discussão central na vida recente dos brasileiros. O texto é de **Ana Carolina Mezzalira** e de **Silvania Dellamora Silveira: A PRISÃO DO INDIVÍDUO SEM CONDENAÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICO-PSICOLÓGICA SOBRE AS REPERCUSSÕES DO ENCARCERAMENTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA**. As autoras sinalizam para os reflexos psicossociais da prisão cautelar e da vida no cárcere, bem como seu papel no Processo Penal brasileiro, frente ao caráter de excepcionalidade da prisão provisória em nosso ordenamento, e a realidade de quase metade dos indivíduos que compõem o sistema carcerário de nosso estado não possuem condenação.

Fechando o conjunto de elaborações na área penal apresentamos o artigo **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018: AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO**, de **Fernando Alves Morsch**. O texto, de enorme profundidade teórica, oferece considerações acerca do controle de constitucionalidade, faz análise de constitucionalidade por meio de princípios, sistema constitucional e lei penal, revelando a contradição de dispositivos no que tange à aplicação da pena, e apresenta posições contrárias às suas afastando-as de forma argumentativa.

**Karina Meneghetti Brendler** e **Aida Victória Steinmetz Wainer** em **PROJETO “QUEM É MEU PAI?”: UMA POLÍTICA PÚBLICA EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO** enfrentam a temática das políticas públicas afirmando sua eficácia para defesa dos direitos fundamentais, a partir do projeto referido no título, demonstrando sua execução no município de Capão da Canoa/RS.

Também agregando conteúdo inovador à área cível, **A COISA JULGADA NAS ASSISTÊNCIAS SIMPLES E LITISCONSORCIAL**, de **Felipe**

**Antonlioli**, enfoca a abrangência da coisa julgada em processo no qual há assistência, já que a matéria atinente aos terceiros intervenientes ainda não possui unanimidade entre os estudiosos. Como a assistência se apresenta sob duas modalidades, a simples e a litisconsorcial, o artigo dedica-se a esclarecer quais as repercussões da coisa julgada sobre o assistente simples.

**Em O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, **Ariane Langner**, enfrenta os pressupostos de uma tutela jurisdicional adequada apontando avanços e retrocessos trazidos pelo CPC ao exercício desse direito fundamental. A pesquisa permite-lhe afirmar que o modelo vigente coloca em risco este direito, concluindo que a tutela jurisdicional adequada é a que considera o caso concreto como pressuposto imprescindível à fundamentação da decisão, garantindo coerência interna (à questão de fato) e externa (à questão de direito).

**Maria do Carmo Goulart Martins Setenta em A DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE** reflete sobre a realização da missão deste órgão constitucional, defendendo necessário o seu papel institucional de interlocução entre o direito interno e o direito internacional como instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos.

Ao final, na sessão dedicada às publicações institucionais apresento texto de minha autoria apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em meu processo de doutoramento. O texto **NEUROCIÊNCIA E CULPA JURÍDICO-PENAL REFLEXÕES ENTRE A LIBERDADE E A CONSCIÊNCIA** questiona o instituto da responsabilidade penal frente aos aportes teóricos trazidos pela neurociência para, à luz da filosofia do Direito, desconstruir tradicionais ideias sobre o livre arbítrio e a liberdade de agir de outro modo, desafiando à redefinição da culpa jurídico-penal.

**JOÃO BATISTA OLIVEIRA DE MOURA**

Defensor Público

Coordenador da Revista em exercício



## A SOCIEDADE EM REDE E A INFORMAÇÃO EM SAÚDE: UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO NO BRASIL

Fernanda Tavares Sonda<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como tema principal a informação em saúde inserida na sociedade em rede. Ao considerarmos que a informação em saúde se apresenta como um bem de alto valor, com potencial considerável de lucro, a problemática que impulsiona a pesquisa visa analisar qual a importância dessa informação no atual cenário social, denominado sociedade da informação. Adotou-se o método de abordagem dedutivo e como técnica a pesquisa bibliográfica. A temática é desenvolvida a partir da violação aos direitos de privacidade demandando, para tanto, a adoção de medidas protetivas efetivas. O tema mostra-se relevante no momento em que se verifica a possibilidade de monetização da informação, gerando risco ao consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Informação em saúde. Sociedade em rede. Sociedade da informação.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A internet, a sociedade em rede e a disseminação de dados na sociedade da informação. 2.1 E-saúde e o mercado: um viés econômico da informação. 3 O problema da proteção da privacidade das informações em saúde. 3.1 Desafios à proteção de dados pessoais sensíveis no âmbito da Sociedade de Informação e a necessidade de um marco regulatório do tratamento de dados em saúde. 4 A economia de dados sensíveis: big data e a revolução na área da saúde. 4.1 A funcionalidade dos bancos de dados e cadastros de consumo em saúde e o abuso dos fornecedores ao comercializar informações e dados sensíveis de saúde. 5 Considerações finais. 6 Referências.

---

1 Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bacharela em Direito graduada pela Universidade de Caxias do Sul. Farmacêutica graduada pela Universidade de Caxias do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

No contingente da sociedade da informação, é necessário desenvolver questões que possam equilibrar o direito fundamental à intimidade e à vida privada face aos avanços da tecnologia da informação. Tal contexto exige medidas que regulem expressamente questões específicas sobre a proteção de dados pessoais, os quais são alvos necessários dos inovadores recursos tecnológicos.

Considerando que o mercado de saúde movimentava quantidades gigantescas de recursos, pensar na coleta e venda desses dados enquanto negócio é um tanto quanto razoável. Nesse sentido torna-se indiscutível tratar os dados de saúde como dados pessoais sensíveis, e por isso sujeita-los a um regime especial de proteção, justificado pela necessidade de proteção da confidencialidade, que exigem a adoção de medidas de segurança adequadas. A fim de garantir que esse mercado ganhe transparência, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados, em meados de 2018, a qual ajuda a garantir a privacidade dos consumidores em saúde.

A preocupação dessa pesquisa foi reforçada a partir de março de 2018, quando da repercussão mundial acerca da notícia sobre o vazamento de informações de dezenas de milhões de perfis do Facebook, os quais ficaram à disposição da empresa de análise de dados Cambridge Analytica. Considerando que esse escândalo tomou proporções ainda maiores, uma vez que os dados foram coletados em sua grande maioria sem o consentimento dos usuários, de forma dissimulada, a partir da realização de um teste de personalidade (RAPÔSO et al., 2019, p. 59). Curiosamente o Facebook, vinha sondando hospitais e outras instituições de saúde dos Estados Unidos, propondo o compartilhamento de informações dos usuários. A ideia era cruzar os dados fornecidos pelas instituições (sexo, faixa etária, doença e prescrições) com o material existente no próprio Facebook, para em teoria, ajudar a identificar pacientes com necessidades de cuidados especiais. Entretanto, reitera-se que, em nenhum momento foi discutida a necessidade de informar os pacientes sobre o uso de seus dados, tampouco pediram-lhe sua permissão.

Embora breve, far-se-á uma contextualização sobre a sociedade da informação, com o propósito de identificar formas de prevenir ações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais referentes aos dados pessoais especialmente os

dados de saúde, o que justifica o uso do método dedutivo e, acessoriamente, o método dialético, amparados pela pesquisa em referencial bibliográfico pertinente, vez que a temática demanda um constante debate.

Essa pesquisa está comprometida em buscar uma tutela efetiva e eficaz aos direitos que estão destituídos de proteção devido ao descompasso entre o direito e a tecnologia. Nesse sentido, para enfrentar os problemas advindos da revolução tecnológica, faz-se mister que o direito à proteção de dados contemple um direito apto a ser protegido por norma específica. Em um mundo digital e globalizado, o acesso a informações de caráter pessoal torna-se um recurso utilizado em demasia, por isso a necessidade de estabelecer limites quanto à coleta e uso de dados pessoais como forma de proteção frente a eventuais abusos.

## **2 A INTERNET, A SOCIEDADE EM REDE E A DISSEMINAÇÃO DE DADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

A internet é o fruto da convergência do desenvolvimento das telecomunicações e dos computadores. O telégrafo, o telefone, o rádio e o computador prepararam o palco para a integração de capacidades únicas da Internet, que é, concomitantemente, um mecanismo de disseminação de informações de alcance mundial e um meio para a interação e colaboração entre pessoas, independente de localização geográfica. Assim, a fluidez das relações sociais, em grande medida, se desenvolve no âmbito da Sociedade da Informação, por meio do acesso à internet.

A potencialidade da comunicação, a partir das modernas tecnologias da informação, permitiu, no plano das relações humanas, estabelecer comunicações em escala planetária, que transcende qualquer limite espacial, a uma velocidade de transmissão praticamente instantânea. A fluidez contextualizada é algo jamais visto até então na história das relações sociais (PEREZ-LUÑO, 2012, p. 22).

Ainda nesse sentido, importa considerar que os novos meios de comunicação são desenvolvidos, introduzidos e modificam a maneira pela qual o indivíduo se relaciona com os outros. Tal transformação é intermediada pela comunicação (THOMPSON, 2011, p. 09).

Nessa seara, destaca-se que a internet perfaz o meio que consolida a comunicação interpessoal, a partir da interação em ambiente virtual. “A internet é um



tecido da comunicação em nossas vidas: para o trabalho, os contatos pessoais, a informação, o entretenimento, os serviços públicos, a política e a religião” (CASTELLS, 2009, p. 100).

A internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da era da informação: a rede. Nesse sentido, a rede representa a nova morfologia social da sociedade. Importa destacar rede enquanto sujeito de modificação, responsável por processos produtivos e de experiência com impacto no poder e na cultura, reforçando a importância das redes nos processos produtivos e de experiência (CASTELLS, 2003, p. 07-08).

A rápida interação em rede, encontra fundamento no paradigma da sociedade em rede, onde a sociedade, impulsionada pela revolução das tecnologias da informação, altera suas bases materiais, tornando-se cada vez mais descentralizada, interconectada e interdependente (CASTELLS, 2005, p. 39).

As redes foram criadas para melhorar a comunicação. Em termos espaciais, a principal característica da sociedade em rede é a conexão entre o local e o global. Assim, quanto maior o poder de comunicação, proporcionalmente maior será o poder de dominação sobre a concorrência (CASTELLS, 2005, p. 109).

Esse conceito de rede nasce da necessidade de adaptação a uma nova estrutura social desenvolvida a partir das tecnologias que revolucionaram o planeta. Nesse contexto, vale destacar, que Lèvy trabalha a ideia de que nenhum tipo de conhecimento independe do uso de tecnologias intelectuais, ou seja, as novas tecnologias intelectuais apresentam base na informática (LÈVY, 2010, p. 75).

A rede informático-mediática é uma das faces dos múltiplos circuitos de comunicação e interação que estimulam a coletividade (LÈVY, 2010, p. 119).

A sociedade contemporânea pode ser representada pela sociedade em rede, enquanto aspectos voltados à flexibilidade e adaptabilidade como competências essenciais à inovação e à criatividade no mundo globalizado. Esse mesmo cenário, ainda pode ser descrito a partir de conceitos de ciberespaço e cibercultura. Assim, por ciberespaço desenvolve-se a ideia de um novo meio de comunicação permitido através da interconexão de computadores em escala global. Já a cibercultura, especifica um conjunto de técnicas materiais e intelectuais (de práticas e valores), que exsurtem no campo do ciberespaço (LÈVY, 1999, p. 17).

O termo ciberespaço também pode ser encarado como uma nova fronteira para coleta de dados e de informações pessoais, sendo a internet o seu principal suporte (SOLOVE, 2004, p. 22).

A comunicação no mundo moderno é cada vez mais global, as distâncias foram elipsadas pela proliferação de redes de comunicação eletrônica, podendo interagir uns com os outros, mesmo em diferentes partes do mundo (THOMPSON, 2011, p. 22).

Nossos dados de saúde estão disseminados em toda parte, quer na internet ou fora dela. Tratam-se de registros médicos, cadastros em farmácias, buscas em sites e histórico de navegação. Reitera-se, que não há aqui a tentativa de promover a demonização da tecnologia, mas, de chamar a atenção ao risco ao uso indevido desse tipo de dado pessoal.

Indiscutível, que a informação de saúde organizada, atualizada e acessível é essencial à promoção da saúde pública. O problema surge quando não sabemos que nossas informações estão sendo coletadas, quando não damos consentimento para seu uso ou quando não cogitamos sobre o modo em que foram coletadas nem a especificidade para que serão utilizadas. Nesse sentido, uma farmácia, por exemplo, pode criar um banco de dados a partir das informações a respeito dos hábitos de um determinado cliente. Tais dados podem servir para traçar o perfil de saúde desse consumidor, fato que evidentemente foge ao seu controle. Esse banco de dados teria um conteúdo extremamente rico e, que sem dúvida, interessaria a um rol infinito de empresas.

Os dados de saúde são considerados dados sensíveis, e podem, por isso causar discriminação, fato este, que justifica por si só a existência de uma regulação específica.

## **2.1 E-SAÚDE E O MERCADO: UM VIÉS ECONÔMICO DA INFORMAÇÃO**

O uso de tecnologias de informação e comunicação para mediar a atenção à saúde é denominado de e-Saúde (e-Health). Observa-se que o campo da e-Saúde está diretamente relacionado às políticas de informação, informática e comunicação em saúde no Brasil e no mundo. Nesse sentido, tal afirmação é importante num contexto em que se constata a inseparabilidade cada vez maior entre informação e as tecnologias que lhe dão suporte (MORAES e VASCONCELLOS, 2005).

O e-saúde pode ser definido como a aplicação das tecnologias de informação e comunicação no setor de saúde, isto é, e-Saúde representa o contexto da prática de atenção à saúde facilitada e aperfeiçoada pelo uso das tecnologias de informação e comunicação na organização, gestão e agilização dos processos de atendimento ao paciente, no compartilhamento de informações, na garantia de maior qualidade e segurança das decisões clínicas, no acompanhamento de pacientes, em políticas de saúde pública, na compreensão dos fatores determinantes do bem-estar do cidadão, na detecção e no controle de epidemias, entre tantas outras possibilidades (VIEIRA, 2014, p. 34).

Hoje, o uso de tecnologias de informação integradas e a facilidade de acesso das informações produzidas, remodelaram radicalmente o mundo. Considerando a revolução da tecnologia da informação, destaca-se que esse fenômeno foi essencial para a implementação de uma reestruturação do sistema capitalista da década de 1980. Nesse processo, o desenvolvimento e as manifestações dessa revolução tecnológica foram esculpidos pelas lógicas e interesses do capitalismo avançado (CASTELLS, 2005, p.50).

Assim, a informação, através da potencialidade de difusão do computador, transformou-se em mercadoria. A organização produtiva transforma-se de unidade de tratamento de materiais em unidade de tratamento de informações e, essa informação, para poder ser valorada e valorizada, é então submetida a tratamentos sofisticados, pode ser guardada, manipulada como um objeto, cedida, ou até mesmo subtraída de forma ilícita (PAESANI, 2015, p.10).

A informação costuma ser referida como a “matéria-prima” de novos processos econômicos e sociais desencadeados na sociedade da informação. A informação pessoal, especificamente, desponta como uma verdadeira *commodity* em torno da qual surgem novos modelos de negócio que, de uma forma ou de outra, procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias da informação. Neste cenário, é mais do que natural que a informação assuma grande relevância, tanto como um bem jurídico ou econômico.

A sociedade da informação gera poder, isto é, a informação devidamente tratada gera conhecimento, passando a ostentar um aspecto econômico. Nesse sentido, uma das razões para se afirmar que vivemos numa sociedade da

informação é que a produção e comercialização de informações contribui de maneira considerável para as economias mais desenvolvidas (BURKE, 2003, p. 136).

Considerando o potencial mercadológico da informação, não perfaz mera coincidência a aproximação, por exemplo, entre o Facebook e os hospitais dos EUA. Em 2015, o Facebook implantou o Facebook Health, numa tentativa de aproximação com a gigante indústria farmacêutica. Em meados de 2017, aconteceu o Facebook Health Summit, tratou-se de um evento restrito e curiosamente pouco noticiado, direcionado aos profissionais de marketing das indústrias de medicamentos.

E o Facebook não é o único em busca por espaço na área da saúde. O Google já havia tentado uma iniciativa na área, criou uma plataforma denominada Google Health, onde os usuários poderiam armazenar todos os seus registros médicos, mas que acabou sendo encerrada em 2011 devido à baixa adesão.

Nesse sentido, destaca-se o fato de que o grupo Alphabet, conglomerado do qual o Google é subsidiário, mantém atuação em diversificadas frentes na área da saúde. Por exemplo, a Verily, que de acordo com informações disponíveis em seu site, dedica-se a criação de ferramentas para coletar e organizar dados de saúde. A Verily já fez parcerias para pesquisas com a farmacêutica Sanofi. No ano de 2017, a Verily iniciou um projeto ambicioso, o objetivo era de monitorar a saúde de 10 mil pessoas durante quatro anos.

Sem dúvida que o e-health trata-se de um mercado gigantesco e as possibilidades econômicas de monetizar os dados de saúde são também exponencialmente grandes. Nesse sentido, vale destacar o artigo intitulado Big data poderia ser o futuro da farmácia?, publicado no Pharmaceutical Journal. Em tese, todas as unidades de saúde que coletam dados de consumidores, potencialmente podem se tornam empresas de análise de dados, cujo produto de venda extrapolaria a mera comercialização de medicamentos e serviços. A possibilidade de comercializar dados de saúde, a partir da padronização de comportamentos e tratamentos transformaria hospitais e farmácias em unidades de big data.

### **3 O PROBLEMA DA PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE DAS INFORMAÇÕES EM SAÚDE**

A contextualização do advento da internet criou inúmeros desafios jurídicos, a fim de assegurar a efetiva proteção do direito fundamental à privacidade.

A internet, com o desenvolvimento das tecnologias de informação, entregou inúmeros benefícios à sociedade como a facilidade e a rapidez nas comunicações. Ao mesmo tempo, verificou-se que o progresso científico ensejou o surgimento de novas formas de violação da privacidade alheia. Nesse sentido, a própria internet é um ambiente propício à violação do direito à privacidade, na medida que, em sua grande maioria, os usuários ignoram os meios pelos quais seus dados pessoais são coletados e utilizados ao navegarem, despreziosamente pela rede (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 51).

Nesse contexto de sociedade da informação, tanto a noção de privacidade quanto da sua proteção evoluiu. Abandonou-se a visão clássica centralizada no direito de estar só, de cunho individualista e preocupado em estabelecer um limite à intromissão do Estado na vida das pessoas. A concepção atual de privacidade está relacionada à necessidade de estabelecer um maior controle na utilização das informações pessoais (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 51-52).

Assim, o direito à privacidade assume características importantes em prol da proteção dos dados pessoais, permitindo controlar as inúmeras possibilidades de seu tratamento (coleta, armazenamento e utilização). De fato, tal controle serve para resguardar os titulares dos dados e a sociedade onde estão inseridos (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 52).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, destaca a proteção constitucional a vida privada. O direito à intimidade refere-se à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, devendo esta, ser protegida contra ingerências externas, alheias e não requisitadas (BRASIL, 1988).

Embora o ordenamento jurídico brasileiro contemple a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental, uma análise dos instrumentos disponíveis revela a existência de uma proteção fracionada, direcionada a campos específicos em detrimento de uma estratégia integral de proteção de dados pessoais (DONEDA, 2006, p.16-17).

Nesse sentido, a proteção à saúde enquanto direito fundamental garantido constitucionalmente, reforça a interdependência e a mútua conformação de todos os direitos humanos e fundamentais. Evidentemente, no caso do direito à saúde, as informações geradas devem garantir à privacidade, tendo em vista a complexidade e o caráter sensível e pessoal estabelecidos.

Pode-se afirmar que o conceito clássico de intimidade é anacrônico. Reitera-se ainda, que o conceito habitual de privacidade está superado, isto é, se, tradicionalmente, o direito à privacidade vinculava-se ao direito de ser deixado só, contemporaneamente pode-se afirmar que a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo situações de tutela de dados sensíveis, de seu controle pelo titular e de respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial (LEWICKI, 2003, p. 09).

Ainda, vale destacar que as discussões teóricas e as experiências complexas dos últimos anos, foram determinantes para modernizar o conceito de privacidade. Considera-se que a tecnologia da informação foi essencial para a dinamização desse conceito, de modo que o conjunto das situações hoje ligadas à proteção da vida privada representa um conglomerado de interesses diversos, que acaba por configurar inúmeras e variáveis faces de um conceito em ampliação permanente (LEWICKI, 2003, p. 31).

Assim, a definição de privacidade enquanto direito a ser deixado só perdeu seu valor genérico. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. A privacidade pode ser definida mais precisamente como direito de manter o controle sobre as próprias informações (RODOTÁ, 2008, p. 92).

Sem dúvida, a utilização de novas tecnologias amplia as possibilidades de coleta, tratamento e circulação de informação, confrontando o interesse individual da proteção de informações frente aos interesses de entidades, públicas ou privadas, na eficiência das suas atividades (GONÇALVES, 2003, p. 82).

A informatização de dados amplia o grau de risco para o indivíduo, uma vez que essa interconexão de base de dados possibilita a reunião de informações diversas, as quais poderão ser utilizadas de forma abusiva, com intuítos repressivos ou restritivos da liberdade dos cidadãos, com fins discriminatórios ou de mero enriquecimento (GONÇALVES, 2003, p. 82).

Considerando o desenvolvimento das novas tecnologias e a evolução científica, o acesso e a divulgação dos dados sensíveis tornaram-se de fácil divulgação, o que pode potencializar a perpetração de danos. Com efeito, a tutela da privacidade passa a ser vista como o direito de ter controle sobre os dados pessoais, a fim de impedir sua circulação indesejada. Nessa seara, a privacidade passa a ser

considerada o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a construção de sua esfera particular.

### **3.1 DESAFIO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM MARCO REGULATÓRIO DO TRATAMENTO DE DADOS EM SAÚDE**

No mercado de consumo, a todo instante surgem produtos e serviços inovadores, muitos dos quais, de alguma forma relacionados a internet. O advento da internet acabou alterando as relações interpessoais, haja vista que o espaço virtual não possui fronteiras. Computadores, celulares, tablets, entre outros tantos instrumentos eletrônicos, fazem parte desse ambiente e influenciam os mais variados campos, dentre eles o Direito, que se depara com novos desafios a serem enfrentados (JÚNIOR, 2015, p. 68-70).

Incontroverso associar a área da saúde como um dos setores que mais se valem de dados pessoais para oferecer seus serviços. Quando falamos em dados ou informações pessoais, referimo-nos a qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável, direta ou indiretamente, como o seu nome, CPF ou número de identidade. Dentre os dados pessoais, uma subcategoria especial é a dos dados sensíveis, assim compreendidos aqueles tipos de informação que se conhecidos e processados podem ter utilização potencialmente discriminatória ou particularmente lesiva, apresentando maiores riscos que a média, para o indivíduo e até mesmo para a coletividade.

De fato, os tipos de dados pessoais utilizados nesse contexto são conceituados como dados sensíveis, por tratarem de informações que podem revelar traços íntimos do indivíduo.

O tratamento dispensado aos dados sensíveis de saúde, a depender do cenário pode sujeitar o indivíduo a práticas discriminatórias, por isso a importância de garantir seu uso adequado e sigiloso. Considerando tais aspectos, fica evidente que a violação de dados sensíveis é muito mais prejudicial para a pessoa em causa, podendo gerar danos mais intensos à sua personalidade (DONEDA, 2006, p. 163).

O avanço tecnológico trouxe consigo a possibilidade de registro e tratamento de informações em grandes quantidades, concomitantemente, trouxe desafios relacionados a difusão indevida de dados pessoais (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 53).

A ausência de uma política de administração desses dados permite que a sua manipulação ocorra de modo descuidado, o que facilita a sua difusão pública, acidental ou mesmo intencional (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 53).

Nesse contexto, reitera-se a preocupação acerca da venda de dados, que têm se tornado uma prática comum, inclusive no Brasil, e que acaba criando uma sensação de desconfiança por parte do consumidor em relação à difusão de suas informações pessoais.

Ainda, outra preocupação que envolve a transferência de dados pessoais, é aquela caracterizada pela coleta sem consentimento de seu titular ou cuja utilização dos dados esteja vinculada a fins distintos dos que legitimaram sua coleta. Nesse sentido, podemos destacar o viés negativo acerca da chamada publicidade comportamental, que pode ser considerada como invasão de privacidade, na medida em que se baseia no levantamento de informações de correspondência pessoal, permitindo monitorar hábitos e interesses de determinado consumidor (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 55).

É evidente que a publicidade comportamental corresponde a um fenômeno irreversível, incorporado às relações de consumo e à prática publicitária, sendo lícita, nos termos da legislação brasileira atualmente posta, desde que respeitados os requisitos para coleta, uso e tratamento de dados pessoais, em especial o quanto disposto no Marco Civil, bem como as regras constantes da legislação consumerista acerca da identificação publicitária e da vedação à publicidade abusiva.

De fato, tais preocupações são relevantes no contexto de saúde, haja vista o potencial de identificar um consumidor a partir da expansão e aprimoramento de bases nominais e de integração entre bancos de dados, podendo promover informações de percurso desse consumidor.

Nessa seara é de suma importância a existência de regras claras sobre o tratamento dos dados pessoais, estabelecendo limites precisos que garantam a privacidade desses consumidores.

Internacionalmente, a preocupação com a proteção da privacidade e confidencialidade de dados de saúde manifestou-se de forma exponencial a partir da década de 1970 e deu origem a diversas declarações proclamadoras de direitos dos usuários de serviços de saúde, como a Declaração sobre os Direitos dos Pacientes (1981) (ASSEMBLÉIA GERAL DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL, 1981).



Mesmo com todo o aparato legal que o Brasil possui, até meados de 2018, não dispúnhamos de uma lei geral para proteção dos dados pessoais. Entretanto, o setor saúde já contava com regulamentações esparsas pertinentes ao tema, dentre as quais destacam-se:

- 1) Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), regulamenta bancos de dados consumeristas, considerando que existe uma relação de consumo entre pacientes e prestadores de serviços de saúde (BRASIL, 1990);
- 2) Portaria nº 5/2002 da SDE/MJ, que interpretou como abusivas cláusulas em contratos de consumo que autorizam o envio de dados pessoais sem o consentimento prévio dos consumidores (BRASIL, 2002);
- 3) Resolução CFM Nº 1.821/07, dispõe sobre o prontuário eletrônico de dados médicos, considerados sensíveis (BRASIL, 2007);
- 4) Resolução ANVISA da Diretoria Colegiada nº 44/2009, dispõe sobre Boas Práticas Farmacêuticas para prestação de serviços farmacêuticos, inclusive o uso de dados pessoais (ANVISA, 2009);
- 5) Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, responsável pelo estabelecimento de direitos, limites e obrigações de usuários e serviços de Internet, inclusive plataformas e aplicativos de saúde. Destaca-se que essa lei trata especificamente de questões ligadas ao uso de dados pessoais, tais como a necessidade de consentimento prévio, livre, específico e informado dos usuários/pacientes (BRASIL, 2014a);
- 6) Lei nº 13.021/2014, que dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas e trata do preenchimento de fichas farmacoterapêuticas com dados pessoais normais, que podem ser considerados dados consumeristas, e dados pessoais sensíveis, como os que revelam alguma característica fisiológica de pacientes (BRASIL, 2014b);
- 7) Decreto 8.771/16, que regulamentou aspectos do Marco Civil da Internet, inclusive sobre o uso de dados pessoais, estabelecendo limites, como a obrigação de se coletar dados somente para uma finalidade determinada, apenas na quantidade e nos tipos necessários para atingir esse propósito, devendo estes serem cancelados ao atingir a finalidade, caso não haja outra base legal para mantê-las (BRASIL, 2016).

Em 2011 foi finalizado o debate público da proposta de um marco normativo para a proteção da privacidade e dos dados pessoais. O anteprojeto de lei foi fruto

de uma parceria do Ministério da Justiça com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais, tendo como objetivo precípua assegurar ao cidadão o controle e a titularidade sobre as suas próprias informações pessoais, o que concretizaria o direito constitucional à privacidade (MAGRANI *et al.*, 2012, p. 54).

Cabe destacar que esse anteprojeto foi de suma importância para o desenvolvimento das políticas digitais no país, permitindo viabilizar um tratamento adequado aos dados sensíveis.

Sem dúvida, a forma de limitar a coleta indiscriminada de dados pressupõem a existência de legislações que protejam os dados pessoais. Assim, quanto mais a legislação resguardar a privacidade das pessoas, menor é o espaço que o mercado encontra para a comercialização de dados.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi sancionada em 2018 e entrará em vigor em 2020. A LGPD brasileira (Lei nº 13.709/18) seguindo as diretrizes do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) aprovado pela União Europeia, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.853/19, estipula regras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, acarretando uma maior proteção para a pessoa física, bem como impondo penalidades jurídicas face o não cumprimento das diretrizes estabelecidas (BRASIL, 2018; BRASIL, 2019).

Nesse sentido, vale destacar que a LGPD propôs o estabelecimento de uma série de regras para proteção de informações individuais, alcançando tanto atores públicos quanto privados, sendo que concomitantemente introduz medidas preventivas e repressivas, no intuito de fomentar as boas práticas na gestão de base de dados pessoais, buscando transparência (MONTEIRO e OTTONI, 2019).

O alcance desse marco digital refletirá em todos os modelos de negócio que operam com dados, sejam eles físicos ou virtuais, fazendo-se necessário uma mudança significativa em diversos setores organizacionais, impactando positivamente diversos aspectos de governança de dados. Nesse sentido, importa destacar que a conduta de compartilhamento de dados de saúde, para obter vantagem econômica, passa a ser proibida, exceto se o titular dos dados permitir expressamente.

#### **4 A ECONOMIA DE DADOS SENSÍVEIS: BIG DATA E A REVOLUÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE**

A área de saúde tem registrado uma infinidade de dados oriundos das mais diversas origens (registros médicos, apps que monitoram atividades de pacientes, alertas em tempo real, armazenamento eletrônico de resultados de exames e dados de pacientes, prontuários eletrônicos) e o big data é o termo que representa algumas ferramentas para apoio a gestão de grande volume de dados, sejam eles estruturados ou não, e que impactam os negócios no dia a dia.

Considerando que no contexto atual, vive-se cada vez mais conectado à internet, contribuímos com uma enorme geração de dados que se dispersam rapidamente por toda a rede. Mais importante do que conceituar big data é saber o que as empresas fazem com esses dados.

No contexto de saúde o big data é um dos campos onde o impacto da pesquisa, análise e tratamento de dados é maior, isto porque engloba aspectos relacionados a prevenção, diagnóstico e investigação clínica e medicamentosa de doenças. Por isso cresce o interesse de inúmeras instituições em aderir cada vez mais às plataformas analíticas que permitem gerenciar custos operacionais, dados clínicos, exames, tratamentos e medicamentos.

Simplesmente possuir um banco de dados não significa que esses dados tenham utilidade. O principal nesse contexto é possuir inteligência para extrair informações significativas dos dados armazenados. Assim, na indústria farmacêutica, por exemplo, responsável por gerar enormes quantidades de dados a análise dessas informações representa um importante desafio e dispor de sistemas eficientes de gerenciamento torna-se indispensável.

#### **4.1 A FUNCIONALIDADE DOS BANCOS DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMO EM SAÚDE E O ABUSO DOS FORNECEDORES AO COMERCIALIZAR INFORMAÇÕES E DADOS SENSÍVEIS DE SAÚDE**

Os dados e informações de consumo em saúde são conteúdos de grande valia para o mercado moderno e destacam-se enquanto objetos de desejo da indústria médico-farmacêutica. Esses dados enriquecem o banco de dados e cadastros de consumo trazendo informações peculiares e com utilidades que podem impactar no contexto médico futuro.

De fato, esse tipo de mercado, já tem sido alvo de preocupação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor a certo tempo, considerando que o grau de proteção dos brasileiros, em termos legais, ainda é muito baixo.

Dado é uma pré-informação, ou seja, uma informação em estado potencial. Já as informações extrapolam a representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição pessoal (DONEDA, 2006, p. 152-153).

Os bancos de dados são um conjunto de dados armazenados em computador, de maneira estruturada e organizada, no intuito de tornar mais eficaz determinada atividade exercida por seu usuário. Importa destacar que esses bancos de dados, apresentam os mais variados objetivos, que vão desde a composição de material com finalidades estatísticas até a coleta de informações úteis a determinado segmento empresarial (GENTILI, 1999, p.70).

Nesse sentido, os bancos de dados de consumo são administrados por quem deseja coletar, armazenar processar e, se assim lhes convier, fornecer informações a terceiros sobre determinado grupo de consumidores (GENTILI, 1999, p. 71-73).

Na grande maioria das vezes, a quantidade de dados e informações que são colhidos e compartilhados, deflagra o potencial lesivo e os perigos aos quais os consumidores estão expostos, especialmente no âmbito de sua privacidade.

Posto que a grande quantidade de tráfego de dados sensíveis, é preocupante que a segurança da informação ainda não esteja estabelecida no país, enquanto política pública própria, que repercute jurídica e economicamente (MENDES, 2013, p. 253-254).

De fato, a importância de uma informação apresenta relação com o vínculo objetivo que ela possui com o indivíduo. Assim, se puder revelar suas características exclusivas, identificando a própria pessoa denominam-se dados sensíveis (DONEDA, 2006, p. 156).

Importa destacar que a coleta, armazenamento e divulgação de características como raça, religião, opção sexual ou política, compõem o rol de condutas que podem afetar os dados sensíveis, uma vez que seu uso indevido pode resultar em práticas discriminatórias e potencialmente lesivas, individual ou coletivamente (DONEDA, 2006, p. 160-163).

Assevera-se que o dado em si não é perigoso ou discriminatório, sendo que muitas vezes é essencial ao desenvolvimento, especialmente se considerarmos a área médica. O cuidado que se deve ter é quanto a finalidade com a qual esse dado

será utilizado, cabendo a legislação impor os limites de modo que efetivamente diminua a potencialidade lesiva de sua utilização (DONEDA, 2006, p. 161-162).

Reitera-se que embora o mercado de dados de saúde seja obscuro, não é secreto. As *data brokers*, por exemplo, são empresas especializadas em captar, compartilhar, analisar e comercializar grandes volumes de informações obtidas a partir do rastreamento de dados. (SAMPAIO, 2017, p. 29).

As *data brokers* são empresas que lucram através da extração de dados pessoais coletados através de interações de atividades humanas tecnicamente mediadas por máquinas criando uma rede ilimitada de conhecimento. Esse tipo de vigilância corporativa, com capacidade aparentemente infinita, atua especialmente na coleta e tratamento de dados para construir categorizações que funcionam como um modelo de predição do futuro (SAMPAIO, 2017, p. 31).

Assim, os problemas do uso de informações de risco, extrapolam a mera coleta dos dados privados que fornecemos nos diversos serviços e estabelecimentos de saúde, haja vista, que no mercado existem empresas que investem no acesso e na coleta de informações que estão públicas na internet, cruzando essas informações e estruturando um banco de dados comercializável e extremamente rentáveis, a partir de uma segmentação de perfis comportamentais e listas de clientes.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Indiscutível que a sociedade da informação reordenou a maneira de viver, interligando os continentes e criando uma cultura digital. Frente a revolução da informática e das telecomunicações, o direito à privacidade ganha destaque na sociedade digital por ser o núcleo das mídias e redes sociais, em que a vida particular das pessoas é exposta constantemente.

A realidade de descompasso entre o direito e o avanço das tecnologias de informação reside no fato de que estas tendem a transmutar-se constantemente, enquanto aquele, tem um caráter de relativa permanência. A monetização de dados pessoais é uma realidade e enquanto modelo de negócio dificilmente perderá espaço no panorama da sociedade informacional.

Essa questão requer um trabalho árduo para os operadores do direito a fim de encontrarem formas de compatibilizar o respeito à presunção geral ao qual se

constitui o direito à vida privada ou privacidade com os avanços das tecnologias da informação e da comunicação.

Partindo da premissa de um mundo globalizado e sem fronteiras geográficas é de suma importância que a sociedade, conjuntamente com o poder público, possa organizar e captar os benefícios disponíveis da era tecnológica e revertê-los de modo seguro para a nossa vida.

Nesse contexto, é necessária a regulamentação a respeito dos limites em relação a coleta e armazenamento de dados pessoais a fim de tornar efetiva essa proteção.

A proteção da privacidade dos dados pessoais é garantia subjetiva dos indivíduos, enquanto faculdade do cidadão em obstar a intromissão na vida privada e intimidade e de autodeterminação de suas informações, bem como garantia objetiva, enquanto valores basilares do ordenamento jurídico, como condição a atuação dos poderes públicos constituídos.

Portanto, exige-se do Estado a organização e procedimento para tutelar a proteção de dados pessoais e instituição de uma entidade competente para a concretização deste direito fundamental.

## 6 REFERÊNCIAS

ANVISA. **RDC nº. 44, de 17 de agosto de 2009**. Dispõe sobre Boas Práticas Farmacêuticas para o controle sanitário do funcionamento, da dispensação e da comercialização de produtos e da prestação de serviços farmacêuticos em farmácias e drogarias e dá outras providências. Disponível em: [file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/180809\\_rdc\\_44.pdf](file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/180809_rdc_44.pdf). Acesso em: jul. 2018.

ASSEMBLÉIA GERAL DA ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. **Declaração de Lisboa: sobre os direitos do paciente**. 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/>. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: jul. 2018a.

BRASIL. **Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002.** Complementa o elenco de cláusulas abusivas constante no Art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/127355.pdf>. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.821/2007.** Aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde. Disponível em [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1821\\_2007.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1821_2007.pdf). Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: jul. 2018b.

BRASIL. **Lei nº 13.021, de 08 de agosto de 2014.** Dispõe sobre o exercício e a fiscalização das atividades farmacêuticas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13021.htm). Acesso em: jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019.** Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016.** Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm). Acesso em: jul. 2018.

BURKE, Peter. **Uma História Social do Conhecimento: de Gutenberg a Diderot.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.136.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A sociedade em rede.** Vol. 1. 8ª ed. Trad.: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

\_\_\_\_\_. **Communication Power**. New York: Oxford University Press. 2009.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GENTILI, José Carlos. **Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais**. Brasília: Tecprint, 1999.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

JÚNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. **As vicissitudes do contrato no comércio eletrônico globalizado**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 68-70, nov.-dez./2015.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999.

\_\_\_\_\_. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática** (2ª ed.- Costa, C. I. Trad.). Rio de Janeiro: Ed. 34. 2010.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MAGRANI, Bruno; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; DONEDA, Danilo; MAGRANI, Eduardo; CARLONI, Giovanna; KAMEDA, Koichi; MONCAU, Luiz Fernando Marrey; MACIEL, Marília; MONTEIRO, Marília; FRANCISCO, Pedro Augusto; LEMOS, Ronaldo e BRITTO Walter. **Relatório de Políticas Digitais**. 2012. Disponível em: <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/relatorio-politicas-internet-pt.pdf>. Acesso em: mai. 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, p. 253, nov.-dez./2013.

MONTEIRO, Breno; OTTONI, Marcos. **A Regulamentação da LGPD e o setor de saúde**. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/artigo-a-regulamentacao-da-lgpd-e-o-setor-de-saude/>. Acesso em: nov. 2019.

MORAES, Liara Hämmerli Sozzi de; VASCONCELLOS, Miguel Murat. **Política Nacional de Informação, Informática e Comunicação em Saúde: um pacto a ser construído**. Revista Saúde em Debate, v. 29, n. 69, p. 86–98, 2005.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de informática**, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

PEREZ-LUÑO. Antonio Enrique. **Los derechos humanos em la sociedade tecnológica**. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

RAPÔSO, Cláudio Filipe Lima; LIMA, Haniel Melo de; OLIVEIRA JÚNIOR, Waldecy Ferreira de; SILVA, Paola Aragão Ferreira; BARROS, Elaine de Souza. **LGPD - Lei**



**Geral de Proteção de Dados Pessoais em Tecnologia da Informação: Revisão sistemática.** RACE - Revista de Administração, v.4, pg. 58-67, 2019. Disponível em: <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/administracao/article/view/1035/802>. Acesso em: nov. 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAMPAIO, Alice Castaldi. **Data brokers: um novo modelo de negócios baseado em vigilância de dados.** Campinas, SP: [s.n.], 2017. Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/322483>. Acesso: mai. 2018.

SOLOVE, Daniel. **The Digital Person: technology and privacy in the information age.** New York: New York University Press, 2004.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2011.

VIEIRA, Augusto Cesar Gadelha. **O projeto cartão nacional de saúde e a construção de e-saúde para o Brasil.** In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos estabelecimentos de saúde brasileiros – TIC Saúde 2013, coord. Coord. Alexandre F. Barbosa. São Paulo: CGI.br, 2014. Disponível em: <https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic-saude-2013.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

## **DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITOS HUMANOS E RACISMO: O NECESSÁRIO (RE)PENSAR SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DE PRÁTICAS RACISTAS**

Rayane Karoline Chagas de Souza do Nascimento<sup>1</sup>  
Veyzon Campos Muniz<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo reflete sobre o direito ao desenvolvimento, partindo da premissa de que ele sofre um déficit de efetividade quando se depara com práticas racistas, voltando olhar para um componente sensível de sua constituição: a promoção de instituições pacíficas, justas, eficazes, responsáveis e inclusivas. Na primeira parte, expõe-se a relevância do aludido direito e explora-se sua expressão como fundamento de uma agenda de desenvolvimento sustentável. Passa-se à análise de precedentes judiciais acerca da criminalização do racismo e a sua repercussão nas relações raciais no Brasil. Por conseguinte, posiciona-se no sentido de que o esvaziamento do direito ao desenvolvimento, a partir da naturalização (e não coerção) de discriminações raciais, enfatiza um insustentável estado de coisas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao Desenvolvimento. Direito Penal. Desenvolvimento Sustentável. Criminalização. Racismo.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Direito ao desenvolvimento em perspectiva. 3 Promoção de sociedades pacíficas e de acesso à justiça para todos e construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas como componentes do desenvolvimento sustentável. 4 Tutela penal do racismo e das discriminações raciais no Brasil: um case insustentável. 5 Considerações finais. 6 Referências.

---

1 Estudante de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público–e, Estagiária Forense na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul e Estagiária Voluntária da Associação Nacional da Advocacia Negra no Rio Grande do Sul. E-mail: [rayanesouzan@gmail.com](mailto:rayanesouzan@gmail.com).

2 Doutorando em Direito Público no Programa de Doutorado em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul. Associado à Associação Brasileira de Pesquisadores(as) Negros(as). Membro convidado da Comissão Especial de Igualdade Racial da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio Grande do Sul. Secretário Estadual da Associação Nacional da Advocacia Negra no Rio Grande do Sul. Servidor na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: [veyzon.muniz@gmail.com](mailto:veyzon.muniz@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre o direito ao desenvolvimento, investigando a sua amplitude na experiência brasileira, sociedade marcada pelo racismo estrutural<sup>3</sup>. Toma-se, para tanto, a análise da criminalização do racismo como exemplificativa da premência de efetividade dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), ocupando-se da revisão de atos normativos implementados para sua coerção jurídica.

Destarte, restam explícitas críticas e perspectivas, com base em análise de precedentes judiciais, sobre as características dos crimes raciais no país (racismo e injúria racial). Explicitando-se o seu impacto na afirmação do desenvolvimento sustentável e na construção de uma sociedade pacífica, justa, eficaz, responsável, inclusiva e, conseqüentemente, democrática.

## 2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO EM PERSPECTIVA

A Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 04 de dezembro de 1986, o define como “direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”.

Entretanto, em que pese a sua importante enunciação, observa-se que ele ora não se apresenta no domínio prático do planejamento estatal, ora não é efetivado na realidade social. Os governos, em verdade, tendem a demonstrar uma afirmação retórica ao aludido direito como tática discursiva, enquanto na realidade negligenciam os seus conteúdos básicos, como bem indica Marks (2004, p. 137) – o que fica bastante evidente nos sistemas de justiça criminal.

---

3

Trata-se de uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios, a depender ao grupo racial ao qual pertençam, insculpidos, reproduzidos e naturalizados nas relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas (Almeida, 2018, pp. 25-9.).

Outrossim, é relevante ter em conta que a tutela jurídica do desenvolvimento se configura, segundo Nieto (2001, p. 59), a partir de três elementos fundamentais: um sujeito ativo (titular), que pode ser qualquer ser humano, considerado individual ou coletivamente, a quem se atribui alguma garantia fundamental; um sujeito passivo, frente a quem se exige o gozo e o exercício desse direito, o qual tem uma obrigação positiva ou negativa para a satisfação da pretensão do ativo; e um objeto determinado, consistente na efetividade integral do objeto postulado. Tal estruturação jurídico-processual apresenta peculiaridades, uma vez que o direito ao desenvolvimento é entendido como um direito de solidariedade ou “direito guarda-chuva” – composto por um conjunto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Logo, como explicitado em estudos pretéritos (Muniz, 2019), alguém que litiga contra uma parte que incorre em ato racialmente discriminatório, postula em uma corte internacional contra um Estado visando eliminar formas estruturais de racismo, ou pleiteia, por meio de redes e articulações sociais, a erradicação de práticas institucionais nocivas aos direitos humanos de negras e negros, advoga pela concretização do direito ao desenvolvimento. Nesses termos, o direito ao desenvolvimento torna-se um instrumento útil para o alcance de uma sociedade sem discriminações – objetivo constitucional republicano no país, nos termos do artigo 3º, I e III da Constituição Federal – e para a efetividade do postulado constitucional de sustentabilidade.<sup>4</sup>

Com efeito, a responsabilidade pela consecução do direito ao desenvolvimento pressupõe o compartilhamento de encargos por organizações não governamentais, organismos internacionais, iniciativa privada, e, logicamente, autoridades públicas. Não havendo uma participação cooperativa e compartilhada, dificilmente, se consegue reverter as condições estruturais que impõem entraves ao desenvolvimento, tal qual é o racismo estrutural.

Conforme leciona Piovesan (2002, p. 6), o “desenvolvimento há de ser

---

4 Nesse particular, ganha relevo a dimensão política da sustentabilidade, que determina mandamentalmente a aplicabilidade de normas de direitos fundamentais, no sentido se ver realizadas políticas públicas concretas de desenvolvimento sustentável. De fato, deve-se pensar a sustentabilidade como um processo de desenvolvimento voltado à garantia de bem-estar social, com forte na estabilidade intertemporal do Estado (Cf. Freitas, 2012).

concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir”, sendo “parte integral dos direitos humanos fundamentais”, pelo qual se reconhece a relação de interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. É, justamente, a condição interdependente entre os três fenômenos, que permite a afirmação da necessidade de promoção de estruturas institucionais pacíficas, justas, eficazes, responsáveis e inclusivas como um dos ODS, como estabelecido quando da *Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável* (2015). Em tal oportunidade estabeleceu-se um planejamento estratégico internacional para a orientação das políticas internas e das atividades de cooperação na Agenda 2015-2030 dos países-membros da ONU, de modo, a afastar o caráter retórico do direito ao desenvolvimento, incluindo-se a erradicação do racismo como uma meta indisponível.

### **3 PROMOÇÃO DE SOCIEDADES PACÍFICAS E DE ACESSO À JUSTIÇA PARA TODOS E CONSTRUÇÃO DE INSTITUIÇÕES EFICAZES, RESPONSÁVEIS E INCLUSIVAS COMO COMPONENTES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

O desenvolvimento sustentável como um paradigma axiológico (Freitas, 2012, p. 31), ou seja, vetor de um sistema estrutural de valores, com sede constitucional, introduz, na integralidade das relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas, um modelo de valoração interpretativa. Em plano ideal, se estabelece, internamente, o princípio estruturante da sustentabilidade, reconhecido externamente, o que se traduz na satisfação de todos os direitos humanos dos indivíduos, que constituem, essencialmente, a causa material da experiência estatal. A aludida satisfação importa na otimização do desenvolvimento humano, assim como os processos inerentes a ele passam a depender da constatação de ambientes igualmente sustentáveis.

Entretanto, em plano fático, a efetividade do direito ao desenvolvimento se depara com a realidade das múltiplas carências e mazelas socioeconômicas nos Estados em desenvolvimento (Nieto, 2001, pp. 59-60), como é o Brasil. Constata-se uma dicotomia entre expectativa e realidade e

reforça-se a ideia de que os direitos humanos correspondem a um árduo processo construtivo e constitutivo.

Na luta pela concretude dos direitos humanos, a ONU, através da *Declaração e Programa de Ação de Durban*, firmada quando da *III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata* (2001), reconheceu que:

a) a escravidão e o tráfico de pessoas escravizadas foram crimes contra a humanidade, especialmente por sua magnitude, natureza de organização e negação da essência humana das vítimas, sendo as maiores manifestações e fontes do racismo;

b) africanos, afrodescendentes e povos indígenas foram e continuam a ser vítimas das consequências desses crimes contra a humanidade;

c) a pobreza, o subdesenvolvimento, a marginalização, a exclusão social e as disparidades econômicas estão intimamente associadas ao racismo e contribuem para a persistência de práticas e atitudes racistas as quais geram mais iniquidades entre as pessoas;

d) as consequências negativas de ordem econômica, social e cultural do racismo e da discriminação racial têm contribuído significativamente para o subdesenvolvimento dos países em desenvolvimento;

e) existe a necessidade de se colocar um fim à impunidade das violações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de indivíduos e de grupos que são vitimados pelo racismo e pela discriminação racial;

f) o valor e a diversidade da herança cultural dos africanos e afrodescendentes, assim como a importância e a necessidade de que seja assegurada sua total integração à vida social, econômica e política, visando a facilitar sua plena participação em todos os níveis dos processos de tomada de decisão.

Percebe-se que tal declaração se constitui como um verdadeiro desagravo da comunidade internacional em relação à histórica violação do direito humano ao desenvolvimento das pessoas negras e se converte em um diploma indispensável para que, em um ambiente, se possa afirmar o antirracismo como expressão de sustentabilidade. Consolida-se, nesses termos, uma agenda sustentável antirracista que assegura o desenvolvimento e pretende a indução da existência de espaços públicos e privados livres de

discriminações e a promoção de instrumentos institucionais efetivos para o combate ao racismo – e para que, conseqüentemente, se fortaleçam processos políticos genuinamente democráticos.

Na mesma linha de atuação, especificamente através do ODS nº 16, pautou-se a promoção de sociedades sem violências e com integral acesso à justiça, bem como a construção de organismos eficazes, responsáveis e inclusivos, com amplitude de transparência (16.6), garantia de escolhas públicas democráticas (16.7) e sensíveis ao fomento e ao cumprimento de leis e políticas não discriminatórias (16.b).

Na última década, indo-se de encontro ao raciocínio exposto, é observável o crescimento de posicionamentos institucionais contrários à afirmação de direitos humanos e à existência da concepção de desenvolvimento sustentável como uma meta tangível diante de um estado de crise – processo de transmutação de uma realidade para um ambiente difícil ou caótico. Porém, assevera-se que políticas e medidas de reforma econômica não podem ser discriminatórias e devem esforçar-se para assegurar a igualdade para todos, como bem determina a agenda global.

O impacto direto e indireto de reformas (especialmente econômicas) em grupos e indivíduos vulneráveis deve ser bem avaliado e as suas conseqüências inter e intrageracionais devem ser projetadas. Avaliações de impacto sobre direitos humanos necessitam identificar e abordar as potenciais e cumulativas resultantes sobre tais pessoas para protegê-las, enquanto singular postura a sustentável a ser adotada.

#### **4 TUTELA PENAL DO RACISMO E DAS DISCRIMINAÇÕES RACIAIS NO BRASIL: UM CASE INSUSTENTÁVEL**

Visando compreender a efetividade do direito ao desenvolvimento, especialmente na seara institucional, ocupa-se da análise de um exemplo de ignorância ao signo antirracista preconizado pela comunidade internacional. O tratamento penal brasileiro no que se refere à tipificação e punição do racismo e de discriminações raciais é sintomático do deficit de tal direito humano.

Oportunamente, faz-se necessário traçar um apanhado histórico acerca dos aspectos normativos em torno da questão, a fim de se compreender o

movimento das autoridades competentes, desde a percepção da indispensabilidade da regulamentação da matéria até os interesses políticos que de fato levaram a estabelecê-la. A primeira disciplina sobre o tema deu-se na Constituição Federal de 1934<sup>5</sup>, a primeira a citar igualdade, em seu artigo 113, nos seguintes termos:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas.

Vedou-se expressamente distinções raciais, o que nos textos constitucionais seguintes, entretanto, não permaneceu hígido. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 retrocederam ao suprimir os termos identitários, limitando-se a anunciar a igualdade formal dos indivíduos. Após a Segunda Guerra Mundial, percebe-se que na comunidade internacional fomentou-se o espírito humanitário emergido em uma nítida intenção de reparação aos alvos do holocausto perpetrado pelos regimes totalitários da época, o que reverberou na prática interna, criando-se mecanismos capazes de, teoricamente, coibir as atrocidades causadas pelo preconceito racial.

A primeira legislação específica no país surgiu na década de 1950. A Lei nº 1.390/1951, de autoria de Afonso Arinos, classificava atos de preconceito de raça ou cor como contravenções penais, imputando pena de detenção de até um ano, acrescida de multa ou perda de cargo público.

As discriminações raciais, assim, eram tidas como “delitos menores”, por sua baixa gravidade normativamente considerada, e não crimes formalmente tipificados. Por esse motivo e sob pressão de movimentos sociais negros<sup>6</sup>, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 4º, VIII, o repúdio ao racismo como princípio das relações internacionais e a prática racista como crime – em coerência sistemática com objetivo republicano de promoção ao bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

---

5 Destaca-se que o texto constitucional trintista possuía traços inequivocamente racistas, tendo o seu artigo 138 estabelece o estímulo a educação eugênica. A saber, a concepção de eugenia advém de teorias biológicas que buscam selecionar nas coletividades humanas características genéticas determinantes para o atendimento de hipóteses científicas, comumente, ligadas à ideia de superioridade racial (branca).

6 Quando do processo constituinte brasileiro, exemplificativamente, realizou-se nos dias 26 a 27 de agosto de 1986 a Convenção Nacional “O Negro e A Constituinte” (Paixão, 2019), que levava como uma de suas bandeiras a criminalização do racismo.



outras formas de discriminação, disposto no artigo 3º, IV.

Na esteira da determinação constitucional de punição àqueles que cometiam atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais de pessoas negras, criou-se, três meses após a promulgação da Constituição Cidadã (apelido dada por ser a primeira carta política pós-ditadura militar), a Lei nº 7.716/1989, Lei de Crimes Raciais, com o objetivo de coibir a prática de discriminação pela raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A referida lei passou a figurar então como a única lei específica a se referir à temática, motivo pelo qual a ela se atribuiu a regulamentação da norma constitucional pétreia prevista no artigo 5º, XLII, que afirma a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão.

Ocorre que, com a promulgação da Lei 9.459/1997, se introduziu no ordenamento penal brasileiro o crime de injúria na forma qualificada pela utilização ofensiva de elementos remissivos à raça ou cor do indivíduo. Na prática institucional, como denuncia Santos (2019), a inclusão sistêmica de mais um delito na seara do antirracismo se constituiu como uma forma mais branda de responsabilização, visto que a ele aplicavam-se os institutos penais da prescrição (perda da pretensão em razão de um lapso temporal determinado) e da fiança (pagamento pecuniário para concessão de liberdade provisória).

Em um primeiro momento, a criação do novo tipo penal de injúria qualificada pareceu significar um avanço normativo, ao comparar-se com o escopo da Lei de Crimes Raciais que, artigo a artigo, tipificava atitudes discriminatórias ambientalizadas. A coerção à prática do racismo, nos termos da Lei nº 7.716/1989, consistia em punir os atos de impedir, recusar e obstar, predominantemente, acessos e atendimentos em estabelecimentos específicos, não levando em consideração, em regra, a ofensa específica à honra da vítima.

Contudo, percebe-se uma problemática construção hermenêutica de não consideração do dolo expresso no tipo penal de injúria racial como uma prática racista. O movimento de desconsideração de tal enquadramento se dá, sobretudo, sob a argumentação de serem crimes com tipos penais diferentes. Em verdade, a Lei de Crimes Raciais, em seu artigo 20, descreve a indução de atos discriminatórios e a incitação ao preconceito racial como práticas racistas,

motivo pelo qual a injúria racial deve ser percebida sob as mesmas premissas, exigindo-se, portanto, a mesma rigidez em sua responsabilização.

Moreira (2019, p. 16) denuncia que:

[...] nossos tribunais afirmam frequentemente que esses crimes não podem ser caracterizados em função da ausência da intenção de ofender. Às vezes eles argumentam que a fala ou ato racista em questão expressa apenas algum tipo de intenção cômica, o que atesta a ausência do propósito de depreciar a vítima. Eles partem do pressuposto de que temos uma ética de cordialidade racial, o que leva muitos deles a atenuar e a ignorar a gravidade das acusações de racismo feitas por minorias raciais. Organizações internacionais de direitos humanos também apontam a presença pervasiva do racismo na nossa sociedade, mas nossas instituições judiciais se recusam a fazer qualquer tipo de discussão sobre a relevância da raça no direito.

Filiando-se às lições de Nucci (2019), defende-se o posicionamento de que a injúria racial é uma expressão do racismo, sendo a sua prática a ação mais eficaz para se alcançar a segregação e subalternização de outrem.<sup>7</sup> Fato é que, em vez de, por exemplo, o agente impedir a entrada de uma pessoa em um estabelecimento comercial em virtude de raça ou cor, ao injuriá-la, a própria vítima humilhada se retira do espaço.

A utilização de elementos raciais para atentar contra a autoestima e a honra da pessoa, inserindo-a em posição inferior é, essencialmente, uma aplicação do racismo, visto que não objetiva atingir isoladamente a honra de alguém, e sim busca diminuir o outro fazendo uso justamente de características raciais, pela crença pessoal de que tais elementos subjetivos tornam o ofendido inferior. Deste modo, a injúria racial representa uma ofensa à coletividade, ainda que dirigida especificamente a um indivíduo em determinada situação fática.

A limitação operacional, observada na prática de autoridades policiais e judiciais, da injúria racial como crime contra honra subjetiva do indivíduo ofendido ignora a sistemática constitucional de proteção ao grupo vulnerabilizado atingido, assim como evidencia tal tipificação como um tratamento legal menos rigoroso ao racismo. Sob tal perspectiva, é crível que a

<sup>7</sup> “Rememorando um pouco nossa história, é sabido e vivido que o negro e a negra sempre estiveram em condições, desfavoráveis, quer de classe, status, posição socioeconômica, socioeducacional, padrão de beleza entre outros em relação ao branco, começando pela colonização do Brasil em que os negros e negras viviam sob condições de escravizados pela burguesia formada de brancos e, mesmo depois de libertos foram relegados permanecendo como subalternos no meio social” (Freitas; Reis, 2012, p. 139).

instituição do crime de injúria racial deu-se para salvaguardar o ofensor, ao minimizar-se a intensidade das sanções a serem aplicadas pelo ato igualmente racista cometido em atentado ao mesmo bem jurídico tutelado pela Lei de Crimes Raciais.

Explicitam-se as principais diferenças entre tais tipificações penais:

	RACISMO	INJÚRIA RACIAL
<i>Descrição típica</i>	Obstaculizar o acesso a espaços públicos e privados, praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual ou identidade de gênero <sup>8</sup>	Ofensa à honra de alguém valendo-se de referências à raça, cor, etnia, religião ou origem
<i>Dispositivo legal</i>	Artigos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 e 20 da Lei nº 7.716/1989	Artigo 140, § 3º, do Código Penal (cf. Lei nº 9.459/1997)
<i>Penas previstas</i>	Reclusão de 01 a 05 anos (conforme o tipo penal específico) <sup>9</sup>	Reclusão de 01 a 03 anos
<i>Manifestação da vítima</i>	Notícia e representação junto à autoridade policial competente	Notícia e representação junto à autoridade policial competente
<i>Processabilidade</i>	Mediante denúncia (por membro do Ministério Público)	Mediante queixa-crime (por procurador habilitado)
	Imprescritível	Prescritível (decai em 06 meses)
	Inafiançável	Afiançável

Tabela 1 – Racismo e injúria: distinções normativas (elaboração própria).

É importante ter em conta que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Habeas Corpus nº 82.424/2004 (conhecido como Caso Ellwanger)<sup>10</sup>,

<sup>8</sup> Com o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/2019, o STF enquadrou a LGBTfobia no bojo dos crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/1989.

<sup>9</sup> É conveniente e oportuno explicitar que o diploma comina, de modo específico, as seguintes penas: artigo 3º, reclusão de dois a cinco anos; artigo 4º, reclusão de dois a cinco anos, artigo 5º, reclusão de um a três anos, artigo 6º, reclusão de três a cinco anos (com possibilidade de agravamento de um terço); artigo 7º, reclusão de três a cinco anos; artigo 8º, reclusão de um a três anos; artigo 9º, reclusão de um a três anos; artigo 10, reclusão de um a três anos; artigo 11, reclusão de um a três anos; artigo 12, reclusão de um a três anos; artigo 13, reclusão de dois a quatro anos; artigo 14, reclusão de dois a quatro anos; e artigo 20, reclusão de dois a cinco anos e multa.

<sup>10</sup> Ementa: HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTISSEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do

relativo à situação de antissemitismo, firmou entendimento de que a definição jurídico-constitucional do racismo corresponde a uma conjunção de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais. Nessa linha, trata-se de um atentado contra princípios estruturais do Estado Democrático de Direito, afrontando a respeitabilidade entre indivíduos, a dignidade humana e a convivência pacífica. No caso concreto, pontuou-se que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, rechaçando-se

princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antissemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão.

discriminações cometidas deliberada e especificamente contra determinado segmento social.

A partir do aludido julgamento e embasando-se na negativa de aceitação do crime de injúria racial como prática racista em sentido estrito, observa-se a insustentável realidade do esvaziamento do crime de racismo e da insuficiente eficácia na reprimenda das instituições a atitudes racialmente discriminatórias, principalmente ao se analisar as fundamentações de decisões judiciais sobre a temática, pelo que é relevante explicitar precedentes exemplificativos.

Na Apelação Criminal nº 70079602116<sup>11</sup>, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), em primeiro momento, o magistrado-relator aduz que:

a testemunha de acusação confirmou a materialidade e a autoria delitivas, na mesma linha de seu depoimento prestado perante a autoridade policial [...] Relatou que na ocasião estava na casa de A... tomando chimarrão e que presenciou C... falando que agora tem até macaco sujo e macumbeiro dentro da casa, referindo-se a A... [...] Afirmou, ainda, que C... também havia dito que tinha nojo de negros (CD da fl...). [...] Não há nada nos autos capaz de retirar a credibilidade do relato de N..., pois, ouvida na condição de testemunha compromissada, confirmou a materialidade e a autoria delitivas, na mesma linha de seu depoimento prestado perante a autoridade policial.

No caso concreto, ainda que a testemunha ocular tenha ofertado relato

---

Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 82.424, Tribunal Pleno, STF, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em: 19/03/2004).

11 Ementa: APELAÇÃO CRIME. INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. Comprovado nos autos que a Ré injuriou a vítima, chamando-o de "macaco, negão vagabundo e batuqueiro, ofendendo-lhe a dignidade com elemento referente a sua cor, nos termos do art. 140, § 3º do Código Penal, violando a sua honra subjetiva. Testemunha presencial confirmou a ocorrência do fato, corroborando a palavra da vítima. Condenação mantida. APELO DEFENSIVO DESPROVIDO (Apelação Criminal nº 70079602116, Terceira Câmara Criminal, TJ/RS, Relator: Desembargador Rinez da Trindade, julgado em: 25/07/2019).

incontestável do ato racista, ao narrar que a ré manifestou ter “nojo de negros” – ofensa não apenas à dignidade do ofendido, mas sim a todos os pertencentes ao segmento racial negro –, a autoridade judiciária valeu-se das alegações da ofensora acerca de sua convivência com outros negros para desclassificar o crime de racismo e restringir o ocorrido a uma ofensa personalíssima contra a vítima.

Na Apelação Criminal nº 70077289767<sup>12</sup>, igualmente julgada pelo TJ/RS, por sua vez, a magistrada-relatora desclassificou a atitude do réu como racismo, ao pontuar que:

[...] o fato de o acusado ter dito que pessoa do teu tipo e da tua laia eu não costumo receber aqui, seguido de nem descarrega essa madeira, porque o serviço que foi feito nela não poderia ter sido feita por um branco, no contexto fático delineado, não implicaria, ao menos em tese, em disseminação de racismo, mas, em princípio, de expressão de opinião ou valoração pessoal dirigida a ferir a honra de outrem.

Frisa-se que, no caso concreto, a afirmação do réu, ao se deparar com o ofendido, de que o serviço realizado não poderia ter sido feito por um branco, torna incontestável, ao contrário da conclusão judicial, que tal questionamento foi feito exclusivamente por ser a vítima uma pessoa negra. A questão levantada não se refere a qualidade do trabalho executado (isoladamente

---

12 Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES DA LEI Nº 7.716/1989. RACISMO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ABSOLUÇÃO MANTIDA. Os elementos de convicção colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa não se prestam para elucidar a existência material do crime de racismo descrito na inicial. Negativa do réu acerca da prática delitiva que não foi rechaçada, por completo, pelo relato da vítima em pretório, nada tendo presenciado as demais testemunhas ouvidas, parte destas inclusive oferecendo versões alternativas ao ocorrido. Embora factível a ocorrência do fato nos moldes do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989, parcos foram os elementos que indicaram tenha o réu efetivamente praticado, induzido ou incitado a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Verossimilhança da tese acusatória que em nada se coaduna com a necessária certeza à reconstituição processual do fato e à formação do convencimento motivado. Substratos que inclusive convergiriam à conclusão acerca de ilícito diverso daquele descrito pelo Promotor de Justiça, envolvendo a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, mas com o nítido intuito de lesar-lhe a honra, caracterizando delito de injúria qualificada pelo uso de elemento racial nos termos do §3º do artigo 140 do Código Penal. Precedentes doutrinários e jurisprudencial. Reconhecimento que não só exigiria prévio aditamento (art. 384 do CPP), este vedado em Segundo Grau de jurisdição, sob pena de violação ao que preconiza o Enunciado nº 453 das Súmulas do E. Supremo Tribunal Federal, mas também representação do ofendido – que em concreto não veio oportunamente, decaindo, a vítima, de seu direito a teor do artigo 38 do CPP. Manutenção da sentença absolutória que se impõe e desprovimento do apelo ministerial. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA (Apelação Criminal nº 70077289767, Oitava Câmara Criminal, TJ/RS, Relatora: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta, julgado em 28/06/2018).

considerado). Na situação, o serviço realizado por qualquer um que não fosse uma pessoa branca, teria qualidade inferior na perspectiva do autor do fato. Não há constatação de ofensa à honra subjetiva da vítima, há sim a prática racista de inferiorização de todo um segmento racial perpetrada pelo agressor.

Pesquisa sobre o número de ações penais relacionadas a discriminações raciais realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ) entre os anos de 2005 e 2007 apontou posicionamentos análogos aos expostos e revelou dados alarmantes. Segundo a amostra coletada por Santos (2015, p. 80), constatou-se a existência de um número de total de 1.886, 2.773 e 1.549 processos em tramitação nos aludidos anos. Restaram enquadrados como injúria racial 1.650 casos em 2005, 2.543 em 2006 e 1.436 em 2007, ou seja, a injúria qualificada representou 87,5%, 92% e 92,7% do total de expedientes criminais naqueles anos – nítido esvaziamento dos crimes previstos na Lei nº 7.716/1989.

Por conseguinte, é claro que há um exercício de suavização institucional de práticas racistas, o que, por si só, prejudica a inibição e a responsabilização do comportamento discriminatório. O Relatório OEA nº 66/2006, expedido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), referente ao Caso nº 12.001 (Simone André Diniz vs. Brasil), que tratou de situação de discriminação racial ignorada pelo Poder Judiciário brasileiro, é assertivo ao indicar o Brasil como responsável pela violação sistemática do direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais protetivas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>13</sup>

13 RESUMO: 1.No dia 7 e 10 de outubro de 1997, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e o Instituto do Negro Padre Batista, apresentaram ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Comissão” ou “a CIDH”) uma petição contra a República Federativa do Brasil, (doravante “Brasil”, “o Estado” ou “o Estado Brasileiro”). A referida petição denunciou violação dos artigos 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e, em função do artigo 29 desse mesmo instrumento, os artigos 1, 2 (a), 5 (a)(I) e 6 da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (doravante “Convenção Racial”), em prejuízo da senhora Simone André Diniz. 2. Os peticionários alegaram que o Estado não garantiu o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, falhou na condução dos recursos internos para apurar a discriminação racial sofrida pela senhora Simone André Diniz e por isso descumpriu a obrigação de garantir o exercício dos direitos previstos na Convenção Americana. 3. O Estado prestou informações alegando que o Poder Judiciário já havia emitido sentença decisória sobre o assunto objeto da presente denúncia e que, segundo o Governo, o caso apresentado não configurava nenhuma violação de direitos humanos. 4. A Comissão chega à conclusão de que o Estado é responsável pela violação ao direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias judiciais consagradas respectivamente nos artigos 24, 8 y 25 da

Outrossim, a atual conjuntura de crise econômica e instabilidade política que o Estado brasileiro enfrenta, demonstra a imutabilidade desse estado de coisas. A estrutura executiva federal própria para o combate ao racismo e à discriminação racial no país, Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), integrante do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; por exemplo, ora não implementa nenhuma política pública de relevância acerca da temática. Ao passo que cotidianamente casos de violações aos direitos humanos da população negra são amplamente noticiados.

Sabido é que na ausência de instrumentos alternativos, a utilização do direito penal como mecanismo de defesa de interesses sociais emerge como possibilidade jurídica extraordinária de coerção de liberdades individuais para a modulação de comportamentos sustentáveis. Por esse motivo, é imprescindível a menção a iniciativas legislativas que buscam a correção da equalização da Lei de Crimes Raciais provocada pela criação do tipo penal de injúria racial.

Os Projetos de Lei nºs 3.640/2015 e 715/1995, em tramitação na Câmara dos Deputados, por exemplo, têm o objetivo de dar cumprimento efetivo ao dispositivo constitucional de inafiançabilidade e imprescritibilidade das práticas racistas, incluindo a injúria qualificada na Lei nº 7.716/1989. Tese comprometida com o vetor constitucional de sustentabilidade acolhida em relevante precedente do STJ, quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 983.531/2017.<sup>14</sup>

---

Convenção Americana. A Comissão determina igualmente que o Estado violou a obrigação que impõe o artigo 1(1) de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção. Finalmente a CIDH efetua as recomendações pertinentes ao Estado brasileiro (CIDH, 2019).

14 Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL AMPLAMENTE ANALISADA NA ORIGEM. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Os fatos foram detida e profundamente apreciados nas instâncias ordinárias. 2. Impossibilidade de se rediscutir a matéria sem revolver os fatos para que se chegue a conclusão diversa da encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Por outro lado, a questão referente à imprescritibilidade é insuscetível de reapreciação por se tratar de matéria infraconstitucional, objeto de profunda análise pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso que se mostra inadmissível, na medida em que, para se chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inviável em recurso extraordinário. Precedentes: ARE 1.003.873, Rel. Min. Gilmar Mendes; ARE 717.165 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 768.779, Rel. Min. Cezar Peluso; AI 792.585, Rel. Min. Ayres Britto. 5. Negativa de seguimento com base no art. 21, §1º, do RI/STF. (Recurso Extraordinário com Agravo nº 983.531, Primeira Turma, STF, Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em: 21/08/2017).



Portanto, pontua-se que para que se promova uma sociedade pacífica, se garanta acesso à justiça para todos (especialmente, vítimas de crimes raciais) e se construa instituições eficazes, responsáveis e inclusivas, para além da existência de mecanismos de controle (como delegacias especializadas e sistemas legais protetivos) e da participação da sociedade civil (como movimentos sociais antirracistas), é fundamental que a atuação das autoridades públicas, competentes pelo manejo da tutela penal das discriminações raciais, seja combativa ao racismo, sobretudo, por reconhecer nele uma violação de direitos humanos e fratura no desenho constitucional de implementação do desenvolvimento sustentável.

Portanto, não se pode aceitar a ausência de investigações policiais diligentes, a resistência de autoridades judiciárias na aceitação da existência do racismo e a negligência de lideranças políticas e gestores públicos com a problemática. Afinal, tais deficiências institucionais, por si só, revelam o racismo estrutural presente na sociedade brasileira.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto de uma sociedade racista, como é a sociedade brasileira, a não implementação de uma agenda institucional antirracista é nociva e insustentável e, em certa medida, fatal à efetividade do direito humano ao desenvolvimento. O desenvolvimento sustentável impõe o estabelecimento de uma inter-relação virtuosa entre processos democráticos, desenvolvimento socioeconômico e respeito aos direitos humanos, especialmente da população negra. O enfoque que o desenvolvimento dá às capacidades humanas das pessoas elucida que a ausência ambiental de discriminações raciais possibilita material e conjuntamente a efetivação dos demais direitos humanos.

A realidade do esvaziamento do crime de racismo e da insuficiente eficácia na responsabilização de atos racistas, como se observa na prática institucional brasileira, de um lado, fomenta a impunidade de agressores e, de outro, ofende a dignidade das vítimas e própria credibilidade do sistema de justiça. Opondo-se, assim, ao almejado pela efetividade dos ODS e indo de encontro à noção de desenvolvimento sustentável como um processo de expansão da cidadania em todos os seus aspectos e em todos os níveis

(Giliberti, 2010, p. 328).

Como precisamente alerta Nucci (2019), “só quem nunca sofreu racismo na vida, pensa que isso é mera injúria”. Desconsiderar o racismo como uma grave violação de direitos humanos é atentar contra a necessidade de se “consolidar, fortalecer e ampliar o processo de afirmação do direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável” (Piovesan, 2002, p. 6).

Cumpra, à vista disso, asseverar que a emergência e o agravamento de um estado de crise não são escusas para a ignorância ou passividade frente ao racismo. Tempos difíceis, em verdade, são uma “oportunidade de repensar as missões econômicas e sociais do Estado e mesmo de melhorar a qualidade da democracia por força da maior exigência de fundamentação, transparência e participação na esfera política” (Gonçalves; Pato; Santos, 2013, pp. 45-6), adotando-se, de modo cabal, uma efetiva agenda sustentável antirracista.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 715/1995**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15766&ord=1>. Acesso em 15/07/2019.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.640/2015**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>. Acesso em 15/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**.

Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em 16/08/2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 16/08/2016.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678/1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em 16/08/2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso

em 16/08/2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.390/1951. **Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.** Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>. Acesso em 17/07/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.716/1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em 17/07/2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.459/1997. **Altera os artigos 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao artigo 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm). Acesso em 17/07/2017.

CIDH. Relatório nº 66/2006 – Caso 12.001. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>. Acesso em 30/04/2019.

FREITAS, Juez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Willem Silva de; REIS, Joselina Rodrigues. **A ideologia do racismo:** entre o discurso do cotidiano e a materialização na mídia brasileira. Revista da ABPN, v. 3, n. 7, 2012.

GILBERTI, Giuseppe. **La governance dello sviluppo umano.** Studi Urbinati, B – Scienze umane e sociali, v. 80, 2010.

GONÇALVES, Maria Eduarda; PATO, João; SANTOS, Antônio Carlos. **Debater o Estado:** bens públicos, direitos fundamentais e qualidade da democracia. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, n. 4, 2013.

MARKS, Stephen. **The human right to development:** between rhetoric and reality. Harvard Human Rights Journal, v. 17, 2004.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro:** ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MUNIZ, Veyzon Campos. Pelo desenvolvimento dos povos e pessoas negras. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/06/19/pelo-direito-ao-desenvolvimento-dos-povos-e-pessoas-negras/>. Acesso em 03/07/2019.

NIETO, Miguel Ángel Contreras Nieto. **El derecho al desarrollo como derecho humano.** Cidade do México: CODHEM, 2001.

NUCCI, Guilherme. **Só quem nunca sofreu racismo na vida que pensa que isso é mera injúria.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu->

racismo-acha-isso-injuria. Acesso em 03/07/2019.

ONU. **Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (2015)**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/pos2015/cupula/>. Acesso em 07/11/2016.

\_\_\_\_\_. Declaração e Programa de Ação de Durban (2001). Disponível em: <http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/03/durban-2001.pdf>. Acesso em 07/11/2016.

\_\_\_\_\_. **Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (1986)**. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em 01/02/2018.

\_\_\_\_\_. **Guiding principles on human rights impact assessments of economic reforms**. Disponível em: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/443/52/PDF/G1844352.pdf?OpenElement>]. Acesso em 03/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em 07/11/2016.

PAIXÃO, Mayara. **O movimento negro e a Constituição de 1988: uma revolução em andamento**. Disponível em: <http://www.brasildefato.com.br/2019/01/01/o-movimento-negro-e-a-constituicao-de-1988-uma-revolucao-em-andamento/>. Acesso em 30/04/2019.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito ao desenvolvimento**. II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: PUC/SP, 2002.

SANTOS, Ítalo Demarchi. **A diferença entre o crime do racismo e a injúria qualificada**. Disponível em: <http://phmp.com.br/noticias/a-diferenca-entre-o-crime-de-racismo-e-a-injuria-qualificada/>. Acesso em 24/07/2019.

SANTOS, Ivair Augusto Alves. **Direitos humanos e as práticas de racismo**. Brasília: Edições Câmaras, 2015.

STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/2019**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 15/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 983.531/2017**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+983531%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+983531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zh35kue> . Acesso em: 15/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus nº 82.424/2004**. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>.  
Acesso em: 15/07/2019.

TJ/RS. Apelação Criminal nº 70077289767. Disponível em:  
[http://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=70077289767&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](http://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=70077289767&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em 01/08/2019.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal nº 700796602116**. Disponível em:  
[http://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=700796602116&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](http://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=700796602116&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em 01/08/2019.

## A CRIMINALIZAÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA

Thayse Klain Carvalho<sup>1</sup>

**RESUMO:** Neste trabalho foi realizada uma pesquisa bibliográfica, analisando a visão que a criminologia e a sociedade têm da mulher criminosa, especialmente no que diz respeito a sua sexualidade, a fim de entender como isso reflete no direito a visita íntima da mulher presa. Para este fim realizou-se um estudo da evolução da criminologia em relação à mulher e um estudo sobre a mídia. Concluiu-se que apesar das mudanças na criminologia, o preconceito sobre a criminosa ainda existe, resultando no controle sobre a sexualidade da presa, que acaba fazendo parte da “correção” por parte do sistema prisional, já que a mulher criminosa possui a sexualidade considerada incompatível com a “mulher direita”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Visita Íntima. Sexualidade. Feminismo. Criminologia. Sistema Carcerário.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Percepções sobre a mulher criminosa. 2.1 A criminalização da mulher. 2.2 A mulher na criminologia. 2.3 A mídia. 2.4 Tatiane, culpada por ser mulher. 3 Sexualidade negada. 4 Conclusão. 5 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

É impossível negar o crescimento da população carcerária feminina. Segundo o relatório do DEPEN de 2014, a população carcerária feminina teve um crescimento de 567% de 2000 a 2014, passando o número de presas em 2000 de 5.601 para 37.380 em 2014, enquanto a população masculina aumentou 220% nesse período (BRASIL, 2015, P.10). No relatório de 2016, podemos ver outro salto, o total da população carcerária feminina foi para 42.355 em apenas dois anos (BRASIL, 2017, P.11).

E essa é uma tendência mundial, o World Prison Brief (2017, P.2) constatou que a população carcerária feminina pode estar crescendo de maneira mais acelerada que a masculina desde os anos 2000. De 2000 até 2017 a população masculina aumentou em 19.6%, já a feminina aumentou em 53.3%; tal aumento não

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito e especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.

pode ser explicado apenas pelo aumento de população já que este foi de 21% entre 2000 até 2016, segundo a ONU. O Brasil possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo segundo o World Prison Brief, perdendo apenas para os EUA, China e Rússia.

Esse súbito crescimento da população carcerária feminina não apenas causa problemas de espaço, como também muda certas concepções sobre a criminalidade feminina. O crime foi visto por muitos anos como algo masculino, assim o sistema prisional foi feito por homens e para homens. Então este não apenas falha em atender as necessidades das detentas, como muitas vezes se nega a fazê-lo.

Infelizmente, o aumento da população carcerária não foi o bastante para modificar o sistema carcerário. Logo esse sistema masculino leva ao tratamento discriminatório das detentas em vários aspectos, entre os quais destacaremos neste trabalho a visita íntima. As mulheres recebem poucas visitas íntimas em comparação aos homens. Um diagnóstico do Ministério da Justiça constatou que apenas 9,68% das presas recebiam visitas íntimas em 2008, realidade que difere muito nos presídios masculinos (BRASIL, 2008, P.25).

Este trabalho irá analisar se o sexismo afeta esses números. Será realizada uma pesquisa bibliográfica, primeiramente analisando se houve mudanças no estudo criminológico sobre a mulher, partindo do *Malleus Maleficarum* até os tempos atuais, o objetivo é observar se a criminologia realmente evoluiu ou se ainda possui um olhar medieval. Após esse estudo, o trabalho analisará como a visão da mulher criminosa afeta o sistema prisional em relação às visitas íntimas.

## **2 PERCEPÇÕES SOBRE A MULHER CRIMINOSA**

### **2.1 A CRIMINALIZAÇÃO DA MULHER**

A análise iniciará pelo primeiro livro que criminalizou a mulher, *Malleus Maleficarum*, também conhecido como *O Martelo das Feiticeiras*. Escrito por dois inquisidores, Kramer e Sprenger (1487), o livro ajudou a levar milhares de mulheres para a fogueira e foi uma das primeiras obras a falar da mulher criminosa, na época vista como bruxa.

Apesar de dizer que homens poderiam praticar bruxaria, os autores colocam que as mulheres são mais suscetíveis ao demônio devido a características inerentes

do seu sexo: capacidade intelectual menor que a do homem, falta de força de vontade e disposição para o mal: "Por serem mais fracas na mente e no corpo, não surpreende que se entreguem com mais frequência aos atos de bruxaria" (KRAMER e SPRENGER, 1487, L.2236), dizem os autores.

Segundo os autores, a mulher seria naturalmente perversa, citando Eva como prova de tal, não só pelos seus atos, mas já na criação divergente da do homem, sendo ela mais carnal por consequência disso.

Também desconsideram os sentimentos das mulheres, por exemplo se chora é para mentir, se sente raiva é irracional, se hesita é por falta de fé. Mesmo as qualidades apontadas como boas podem ser facilmente usadas para o mal na mulher. Para os autores ela é a pior pecadora ou a maior santa, sem nada entre isso, pois o menor deslize já a faz indigna.

A sexualidade feminina é repetidamente citada como algo demoníaco:

Toda bruxaria tem origem na cobiça carnal, insaciável nas mulheres. Ver Provérbios, 30: "Há três coisas insaciáveis, quatro mesmo que nunca dizem: Basta!" A Quarta é a boca do útero. Pelo que, para saciarem a sua lascívia, copulam até mesmo com Demônios. (KRAMER e SPRENGER, 1487, L.2338)

O prazer sexual era algo vergonhoso para a mulher, o sexo deveria ser apenas para reprodução, uma vez que procurar prazer a levaria a "copular com o demônio". Assim, é possível observar que temos a criminalização da sexualidade feminina com a inquisição, cuja única maneira autorizar o sexo era dentro das regras da Igreja (Estado) e sob o comando do marido. A exaltação da figura da Virgem Maria no livro confirma a visão da época: o papel de mãe para a mulher é natural, e a melhor mãe de todas é uma virgem.

E infelizmente esse tratamento da sexualidade feminina não terminou junto com a inquisição, eis que muitos dos preconceitos existentes no Martelo das Feiticeiras se propagaram pela criminologia, como será observado no próximo tópico.

## **2.2 A MULHER NA CRIMINOLOGIA**



O campo da criminologia é extremamente androcêntrico, tendo o comportamento feminino em relação ao crime sido ignorado por séculos, sendo os poucos estudos existentes extremamente sexistas:

A pouca atenção que foi dada para as criminosas mulheres normalmente foi limitada a três contextos: (i) comparação que entendia a falta de envolvimento da mulher no crime em relação ao homem; (ii) estudos sobre prostituição; e (iii) análises sobre a depravação das mulheres violentas, o raciocínio sendo que já que mulheres normais são passivas, as poucas que cometem crimes violentos devem ser doentes. (ISLAM; BANARJEE; KHATUN, 2014, P.1, tradução nossa)<sup>2</sup>

Além destes problemas, muitos estudos criminológicos aplicavam a experiência masculina para a feminina, como se os resultados dos seus estudos sobre o homem fossem aplicáveis para a mulher, já que o homem seria o padrão. É possível observar tal situação em Lombroso, já que seus estudos sobre o criminoso nato são utilizados no livro *The Female Offender*, no qual a mulher criminosa tem muitos dos mesmos aspectos físicos de um homem criminoso.

Na criminologia positivista há uma certa mudança, com a mulher não é mais vista como naturalmente perversa devido ao seu gênero, ao contrário, agora a mulher criminosa possui traços masculinos. A falta de “instinto materno”, a sexualidade exacerbada e traços físicos considerados masculinos seriam anomalias que distinguem a mulher criminosa:

Essa falta de sentimento materno torna-se compreensível quando refletimos, por um lado, na união de qualidades masculinas que impedem a mulher de ser mais que metade de uma mulher, e por outro, que esse amor de dissipação nela é inevitavelmente antagônico aos constantes sacrifícios exigidos de uma mãe. Seu senso materno é fraco porque psicológica e antropologicamente ela pertence mais ao sexo masculino do que ao sexo feminino. Sua sexualidade exagerada, em oposição à maternidade seria suficiente para torná-la uma mãe má. (LOMBROSO; FERRERO, 1898, P.153, tradução nossa)<sup>3</sup>

---

2 “The little attention that was given to female offenders usually was limited to three contexts: (i). comparison that understood women’s lack of involvement in crime related to men; (ii). studies of prostitution; and (iii) analyses of the depravity of violent women, the rational being that since normal women are passive, the few women who do commit violent crime must be sick.” (ISLAM; BANARJEE; KHATUN, 2014, P.1)

3 “This want of maternal feeling becomes comprehensible when we reflect on the one hand upon the union of masculine qualities which prevent the female criminal from being more than half a woman, and on the other, upon that love of dissipation in her which is necessarily antagonistic to the constant sacrifices demanded of a mother. Her maternal sense is weak because psychologically and anthropologically she belongs more to the male than to the female sex. Her exaggerated sexuality so opposed to maternity would alone suffice to make her a bad mother.” (p 153., LOMBROSO e FERRERO, 1898)

Mais uma vez a sexualidade é considerada algo ruim na mulher, apesar da mudança de perspectiva. Para Kramer e Sprenger, a sexualidade leva ao demônio, para Lombroso ela é incompatível com o instinto materno, considerado natural da mulher, sendo assim um sinal de desvio. Lombroso e Ferrero chegam a escrever que a mulher criminosa prostituiria seus filhos para manter o amante como exemplo da falta de instinto materno.

É importante apontar que apesar de Lombroso não considerar a prostituição um delito, ele comparava a prostituta ao homem delincente, pois ele acreditava que eles tinham os mesmos aspectos físicos, morais e psicológicos (TIRADENTES, 1978, Pg.37). Para Lombroso a prostituição é para a mulher o que o delito é para o homem:

Segundo esses criminólogos, a prostituição atuaria reduzindo as cifras de delinqüência feminina, de vez que muitas mulheres entregues ao seu exercício teriam sido criminosas em caso contrário, o que equivale a dizer que agiria como "substitutivo do delito". (TIRADENTES, 1978, Pg.37)

Para Lombroso a prostituição é para a mulher o que o delito é para o homem, ou seja a mulher nasce com tal inclinação. Com certeza tal pensamento ajuda a desumanizar a prostituta e até mesmo tirar a culpa de seus clientes e do Estado, pois se ela nasceu assim não há nada que possa ser feito.

Mesmo acreditando que a criminalidade feminina era mais rara, Lombroso acreditava que ela era mais perversa:

[...] então enquanto a maioria das delinquentes femininas são levadas ao crime ou por sugestão de um terceiro ou por tentação irresistível, e não são totalmente deficientes no senso moral, ainda há de ser encontrado entre eles uma pequena proporção que a propensões criminais são mais intensas e mais perversas que aqueles do arquétipo masculino. (LOMBROSO; FERRERRO, 1898, P.147, tradução nossa)<sup>4</sup>

Novamente, vemos a mulher como uma criminosa natural, pelo menos em relação ao homem, uma herança do *Malleus Maleficarum*. Para o positivismo, a criminalidade feminina é mais repreensível do que a masculina.

Após Lombroso, a maioria das teorias passou a ignorar a mulher. Chesney-Lind e Chagnon (2016, P.313) falam que a teoria da Escola de Chicago, que ainda é muito influente devido a sua análise de desorganização social e os efeitos da

---

4 "[...] so while the majority of female delinquents are led into crime either by the suggestion of a third person or by irresistible temptation, and are not entirely deficient in the moral sense, there is yet to be found among them a small proportion whose criminal propensities are more intense and more perverse than those of their male prototypes." (LOMBROSO; FERRERRO, 1898, P.147)

desigualdade de classe, falhou em levar em conta gênero e raça nas suas análises de crimes na cidade, o que faz com que a teoria tenha pontos cegos. As autoras comentam que até mesmo as teorias que a expandem com a ideia de que o motivo da violência seria uma ideia juvenil de masculinidade, não estudou que a maioria das vítimas dessa violência eram mulheres, apenas levando em consideração a violência entre homens.

Essa exclusão do viés de gênero é uma herança da Escola de Chicago que passou para as teorias mais contemporâneas, que passaram a focar em briga de classe e ignorar gênero:

De forma mais concisa, o maior defeito das teorias clássicas de delinquência podem ser caracterizados por normalizar a violência masculina, ignorar o desvio e a vitimização feminina, e priorizar considerações de classe sobre aquelas de raça e/ou opressão heteronormativa. (CHESNEY-LIND; CHAGNON, 2016, P.314, tradução nossa)<sup>5</sup>

No entanto, com a segunda onda do movimento feminista começaram a ser feitas críticas dos estudos criminológicos, bem como uma certa mudança na sua realização. Segundo Chesney-Lind e Chagnon (2016, P.312) a partir de 1970 as feministas passaram a tomar espaço no mundo acadêmico e desenvolver teorias analisando gênero. Além disso, as críticas das feministas afetaram as principais correntes da criminologia, pelo menos em parte. Foi analisado que a maioria dos estudos incluem mulheres, contudo a análise de gênero era normalmente superficial. Pesquisadores perceberam um aumento da representação feminina nos estudos criminológicos após os anos 70, mas infelizmente elas ainda eram uma minoria, e ainda eram mostradas principalmente no papel de vítima (CHESNEY-LIND; CHAGNON, 2016, P.315).

É importante apontar que essa mudança não ocorreu rapidamente e sem resistência. As mudanças reivindicadas pelas feministas, e até mesmo a criação de uma criminologia feminista, foram retalhadas com linhas de pensamento que tentaram criminalizar o movimento feminista por meados dos anos 70, afirmando que uma nova criminalidade feminina surgiu devido à liberação da mulher (SIMPSON, 1989, P.610). Tal retaliação, segundo Chesney-Lind (1980 apud

---

5 "More concisely, the major shortcomings of classic delinquency theorizing can be characterized as normalizing male violence, overlooking the deviance and victimhood of girls, and prioritizing considerations of class over those of racist and/or heteronormative oppression." (CHESNEY-LIND; CHAGNON, 2016, P.314)

SIMPSON, 1989, P.610), foi “mais uma em uma série de tentativas simbólicas ao longo dos séculos de manter a mulher subordinada ao homem, ameaçando aquelas que aspiram por igualdade com a imagem da bruxa, vadia e puta” (tradução nossa)<sup>6</sup>.

A criminologia feminista ainda luta por espaço, mesmo quando é mencionada em livros sobre o assunto são dedicadas poucas páginas para o assunto (CHESNEY-LIND; CHAGNON, 2016, P.315). A representação feminina na criminologia aumentou desde os anos 70, mas ainda é insuficiente.

## 2.3 A MÍDIA

A fim de analisar a visão da sociedade sobre a mulher criminosa e se essa é afetada pelos estudos criminológicos, analisaremos a diferença de como a mídia reporta os crimes cometidos por homens e por mulheres, pois segundo Gindri (2016, P.277):

Quando fala da mulher, o jornalismo retoma construções simbólicas cristalizadas no imaginário popular, as quais estão convencionadas como construções ideológicas de gênero e, dessa forma, acaba reproduzindo a cultura e reiterando visões de mundo.

Nesse sentido, O'Donnell (2016, P.02 e 13) fez uma comparação sobre como os jornais e tabloides da Inglaterra reportaram dois assassinos em série: Joanna Dennehy, que cometeu os crimes em 2013, e Stephen Griffiths, entre 2009 a 2010. O autor escolheu esses casos por serem os mais similares que encontrou. Em relação à doença mental não houve significativa desproporção, sendo reportado por todos os meios de notícia, porém do homem um pouco mais do que da mulher. A maior diferença foi vista na sexualização e na culpabilidade:

O tema de 'sexualização e desumanização' ilustrou a disparidade das reportagens entre homens e mulheres assassinos. Dennehy é retratada diferentemente de Griffiths já que ela é sexualizada pelos tabloids, enquanto a vida sexual de Griffiths é em maior parte privada. Novamente, isso é mais proeminente nos tabloids, apesar dos jornais desumanizarem Dennehy até certo ponto. No entanto, existem algumas semelhanças. Ambos assassinos são descritos como 'mal' ou 'perigoso'. (O'DONNELL, 2016, P.13, tradução nossa)<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “another in a century long series of symbolic attempts to keep women subordinate to men by threatening those who aspire for equality with the images of the witch, the bitch, and the whore.” (Chesney-Lind, 1980 apud SIMPSON, 1989, P.610)

<sup>7</sup> “The theme of 'sexualisation and de-humanisation' illustrated the disparities of the reporting of male and female murderers. Dennehy is portrayed differently to Griffiths as she is sexualised by the tabloid newspapers, whereas Griffiths' sex life is mostly left private. Again, this is more prominent in the

Apesar de ser um estudo pequeno, novamente a demonização da sexualidade feminina é aparente, mesmo que essa seja apenas nos tabloides. Se a mulher é uma assassina, deve ser promíscua, ao passo que inexistente o mesmo fascínio sobre a vida sexual do homem. É importante apontar que os crimes de Dennehy não tinham características sexuais, já Griffith assassinou três prostitutas.

É possível observar isso em outros casos de mulheres assassinas. No Brasil temos o famoso caso de Elize Matsunaga, que matou o marido e o espartilhado. Ela também teve a sua vida sexual exposta, apesar do crime não ter nenhuma conotação sexual. O fato de ter sido prostituta foi altamente veiculado na mídia, sendo chamada de “Mulher Fatal” pela revista *Veja* (GINDRI, 2016, P.280 e 281).

Gindri (2016, P.281 e 282) também analisou outras edições da Revista *Veja*, estas contendo os casos de Vera Lúcia de Sant’Anna, Suzane Von Richthofen e o casal Ana Carolina Nardoni e Alexandre Nardoni, a primeira investigada por tortura e os três últimos por homicídio. Ela percebeu que com exceção de Vera Lúcia, todas as revistas mencionavam algo sobre a vida sexual das criminosas. E conclui:

Para construir a mulher como agente de criminalidade, é preciso desenvolver um juízo de marginalidade e depravação. Para esta construção, o recurso do desvio sexual é bastante eficiente, pois a cultura patriarcal tem grande preocupação com o controle da sexualidade feminina, formando juízos negativos sobre comportamentos considerados desviantes. (GINDRI, 2016, P.282)

É possível ver o mesmo ser feito com Dennehy pelos tabloides ingleses, constituindo a imagem da criminosa como promíscua.

O estudo de O’Donnell (2016, P.13) também observou que os tabloides culpam mais a mulher. No caso de Griffith a culpa foi direcionada a mãe do réu, pois teria sido a criação recebida que o levava ao crime. Já em Dennehy as notícias diziam que ela teve uma vida familiar normal, mantendo, assim, a culpa apenas na criminosa.

O estudo de O’Donnell não é grande o bastante para ser definitivo, mas é interessante ver como tabloides, que são conhecidos por serem sensacionalistas, o fazem de maneiras diferentes nesses dois crimes, especialmente no que se diz respeito à ênfase a vida sexual dos assassinos.

---

tabloid newspapers, although the broadsheet newspapers de-humanise Dennehy to some extent. However, there are some similarities. Both murderers are depicted as ‘bad’ and ‘dangerous.’” (O’DONNELL, P.13)

## 2.4 TATIANE, CULPADA POR SER MULHER

A culpabilidade da mulher pode ser facilmente vista não apenas pela mídia, mas também pelo próprio judiciário. O caso de Tatiane da Silva Santos exemplifica o quão culpável a mulher é aos olhos da lei. O filho mais novo de Tatiane foi torturado e morreu em consequência dos ferimentos, ato cometido pelo próprio pai, enquanto esta estava trabalhando. Quando retornou para casa, ela percebeu que o bebê estava ferido quando foi amamenta-lo. Levou-o para o hospital, mas o bebê não resistiu. O pai da criança, Amilton Martins, cometeu o crime por achar que o filho não era seu.

Amilton foi condenado, no entanto Tatiane também foi, acusada e condenada por omissão. O Ministério Público afirmou que ela deveria saber que o marido iria matar o filho, já que ele era um homem violento. Tatiane era vítima de violência doméstica, porém acabou sendo culpada pelos promotores por não ter saído da relação. Ela recorreu da sentença, mas o MP também, conseguindo, por fim, majorar a sentença.

O caso será analisado apenas pela ótica de gênero, tendo em vista ser este o foco do presente trabalho. No entanto, não se pode deixar de mencionar que a classe e raça de Tatiane, pobre e negra, também foram fatores que pesaram na sua condenação. Uma vez que o sistema penal não é apenas misógeno, ele também é classista e racista.

Primeiramente, como mulher foi condenada por não estar no lugar que deveria aos olhos da sociedade.

O fato de Tatiane ser quem sustentava o lar também pesou contra ela. "Destaco, inclusive, circunstância incomum no cenário de violência doméstica, pois a apelante não dependia financeiramente do réu. Ao contrário, era ela quem trabalhava para o sustento da família", considerou Neto na decisão. (G1, 2018)

O fato de Tatiane ser a provedora da casa faz com que ela não se encaixasse ao modelo de mulher que a sociedade quer atribuir para ela: não é a mulher presa financeiramente ao abusador, vista como frágil e sem nenhum poder sobre a sua vida, que fica apenas em casa, presa a vida do lar. Ao não se encaixar no que a sociedade vê como correto, ela vira uma desviante, uma aberração, e não é digna de proteção e simpatia.

Também é possível observar a sexualização da mulher criminosa nesse caso. A advogada criminalista Fernanda Osório fala que “A defesa atribuiu a dificuldade dela em romper com ele [Amilton] a uma espécie de dependência sexual ou relacionamento erotizado” (G1, 2018). Ela também foi chamada de narcisista e masoquista, o que não apenas mostra a ignorância dos promotores em relação à violência doméstica, mas também mostra a mulher como desviante sexual, o que ajudou a condená-la aos olhos do júri.

A dependência financeira não é a único motivo que a mulher não rompe o relacionamento abusivo. Em uma pesquisa do Instituto de Pesquisa DataSenado (2017, P.32), das mulheres entrevistadas que sofreram violência doméstica a dependência financeira ficou em terceiro lugar como motivo para não denunciar, com 32% das respostas. Em primeiro lugar estava o medo do agressor (72%) e em segundo a preocupação com a criação dos filhos (33%).

Tatiana relata que tinha medo do companheiro, que ameaçava mata-la se ela tentasse ir embora. Também é necessário levar em conta que Tatiane possui histórico de violência na família, na matéria ela fala que achava que tinha que passar por aquilo, pois sua mãe passou, ficando assim presa em um ciclo de violência (G1, 2018).

Apesar de ser erroneamente julgada pela justiça, a mídia foi imparcial e até favorável a Tatiane em um movimento criado para tentar ajudá-la. Assim, é possível ver que apesar de existirem avanços, eles são pequenos e lentos, o que causa uma demora na mudança de paradigma. A criminalidade feminina ainda sofre com sexismo, sendo ignorada ou mal representada, e como veremos no próximo tópico ainda é vista com os mesmos olhos da idade média.

### **3 SEXUALIDADE NEGADA**

O Martelo das Feiticeiras é considerado para muitos um momento histórico horrível e que nunca se repetirá. Porém, não apenas Malleus Maleficarum ainda influencia a visão que a sociedade e a criminologia tem da mulher, mas também faz com que mulheres sejam marginalizadas no sistema prisional:

De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com

alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira. (VARELLA, 2017, L.441)

O machismo da sociedade faz com que a mulher seja abandonada pelos familiares mais facilmente que o homem. Podemos afirmar que mesmo que os obstáculos da visita íntima fossem iguais em ambos os estabelecimentos prisionais, as mulheres ainda assim receberiam menos visitas.

Segundo Varella (2017, L.449), durante todos os seus anos de trabalho voluntário na Penitenciária Feminina de São Paulo, ele nunca viu alguém acampando fora do presídio feminino, esperando o momento da visita, algo que é comum em presídios masculinos. Ele acrescenta que a menor parcela de visitantes são homens, e dentre esses a maioria são pais e avós das presas.

É evidente que ainda se mantém a visão de que se a mulher comete um crime, ela é moralmente corrupta, ela desviou do seu papel de esposa e de mãe, devendo ser punida da maneira mais dura possível; ironicamente, algumas mulheres cometem crimes para sustentar a família (CORTINA, 2015) ou ajudar o cônjuge preso (VARELLA, 2017, L.479).

Uma das punições parece ser a negação dos seus direitos sexuais, visto que o direito de visita íntima só foi adquirido pelas detentas em 2002, enquanto os homens já possuíam tal direito vinte anos antes (VARELLA, 2017, L.453). A Lei de Execuções Penais prevê o direito de receber visitas no Art. 41, inciso X, não diferenciando, porém a visita normal da íntima. Essa lacuna faz com que os próprios estabelecimentos regulamentem as visitas, o que acaba tornando mais difícil para as mulheres exercerem esse direito do que os homens:

[...] quando encarceradas as mulheres encontram inúmeros empecilhos para que o exercício de seu direito à atividade sexual se efetive. A falta de espaço físico e de estrutura dos estabelecimentos prisionais é um deles, uma vez que em razão das penitenciárias femininas serem bem menores que as masculinas, a visita íntima acaba sendo vedada ou é conferida em condições inapropriadas, sem qualquer privacidade. (COSTA, et al., 2016, P.160)

Entretanto os problemas não são apenas estruturais. Também as regras dos presídios masculinos são mais flexíveis, não necessitando a comprovação de união estável ou a fazendo de maneira informal, o que facilita a mudança de parceira (LIMA, 2006, P.18). A flexibilidade das regras mostra como o sexo é considerado algo extremamente natural para o homem.



Já a realidade feminina é outra, pois a visita íntima é vista como privilégio, acabando sendo muitas vezes negada a presa:

O direito à sexualidade das mulheres encarceradas é visto, na maioria das unidades prisionais, como uma regalia e não como direito, sendo-lhes vedado tal exercício intramuros. Bem diferente das penitenciárias masculinas, onde a “íntima” é mais informal e aceitável, até mesmo moralmente, nas penitenciárias femininas, quando a visita íntima é permitida, é realizada sob rigoroso controle, com traços excludentes/discriminatórios. (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, P.241)

Esses empecilhos que existem para a visita íntima são desumanos, segundo Varella (2017, L.456) eis que “[a]s visitas íntimas são essenciais para a manutenção dos vínculos afetivos com os companheiros e para impedir a desagregação familiar”. Impedir as visitas íntimas aumenta o abandono que já é comum no presídio feminino. Esse abandono atrapalha a volta da mulher para a sociedade, pois “isolar a mulher na cadeia por anos consecutivos causa distúrbios de comportamento, transtornos psiquiátricos e dificulta a ressocialização” (VARELLA, 2017, L.457). Se tal situação é prejudicial tanto para a detenta quanto para o suposto objetivo da pena, por que esse direito é desrespeitado?

O Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil realizado em 2007 (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al, P.44 e 45) constatou que apesar da visita íntima ser permitida sem muitas restrições nas unidades prisionais do Rio Grande do Sul, Bahia, Pernambuco, Amazonas, Goiás, Paraíba e Ceará, outros estados apresentaram diversos empecilhos para a realização da mesma:

Apresentaram restrições quanto à visita íntima a unidade prisional feminina do Espírito Santo (Penitenciária Estadual Feminina); em que só é possível quando agendada com o Serviço Social, do Distrito Federal (Penitenciária Feminina do Estado); que possibilita a visita íntima somente se cadastrada, na do Amapá a visita íntima ocorre, porém é realizada em um alojamento, no Rio de Janeiro, a Penitenciária Talavera Bruce apresenta visita íntima para apenas 68 das 331 detentas, no Presídio Nelson Hungria, com uma população de 474 detentas, apenas 11 presas têm permissão para visita íntima. No Mato Grosso (Unidade Prisional Regional Ana Maria do Couto-May) quase nenhuma visita íntima é realizada e é necessário comprovante de casamento para a mesma. (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al, P.44 e 45)

Além dos problemas estruturais já mencionados é possível perceber um julgamento moral na exigência do comprovante de casamento pelo estabelecimento prisional do Mato Grosso.

A isso se soma a grande preocupação entre os gestores de que as mulheres engravidem. Esse medo gera dois movimentos: a) prevenção, que se dá de forma adequada, com a distribuição de preservativos, mas também de maneira ilícita, violando direitos humanos, como o uso obrigatório de anticoncepcional injetável; b) humilhação, com recorrentes comentários degradantes direcionados especialmente às gestantes e mulheres com bebês na prisão (DIUANA; et al., 2016, P.2045):

A reprovação, nestes casos, serve para “lembrar” ao casal as consequências de seus atos, ao mesmo tempo em que condena o exercício da sexualidade dissociado da reprodução e ligado apenas à obtenção do prazer. (DIUANA et al., 2016, P.2045)

É interessante apontar que tal preocupação não existe nos presídios masculinos, e com isso podemos ver como a gravidez é vista como uma responsabilidade apenas da mulher (DIUANA et al., 2016, P.2045). A sociedade não espera que o homem cuide dos filhos, então se a detenta engravidar ela é uma péssima mãe, afinal ela deveria se cuidar para não gerar uma criança nessas condições; o homem não tem obrigação nenhuma. A mesma lógica se aplica a esposa ou companheira do presidiário. Se ela engravidar, terá que “se virar na rua”, pois a culpa é dela de ter engravidado nessa situação.

Por outro lado, o controle da sexualidade feminina também nega as relações homoafetivas, tendo em vista que a maioria dos presídios proíbe a realização de visitas íntimas, seja a companheira de fora ou de dentro da prisão. Algumas das detentas passam a se relacionar com as colegas de cela, mas tais relacionamentos são proibidos segundo as detentas, tendo que ser realizados às escondidas ou apenas após saírem da prisão (COSTA, et al., 2016, P.160 e 161).

A Penitenciária Feminina de Butantã, em São Paulo, chega ao extremo de categorizar relações homoafetivas entre as detentas como falta administrativa (CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al, 2007, P.45), como se a castidade feminina fizesse parte da pena. Este tipo de regra baseado apenas na moralidade da administração do presídio ocorre porque “as “regras” do estabelecimento prisional são impostas, em sua maioria, pela direção do presídio, as faltas graves são fundamentadas no Regimento Interno dos estabelecimentos prisionais” (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, P.243).

Assim, podemos perceber que a ideia de sexo apenas para reprodução ainda é forte, pelo menos para a mulher. Não se condena o homem que busca prazer,

nem mesmo no presídio; já para mulher ser sexualmente ativa é uma vergonha, sendo o preconceito ainda maior se esta encontra-se cumprindo pena. Wanderley, Araújo e Santos observaram que as justificativas da implantação da visita íntima parecem valer apenas para os homens:

Podemos perceber tanto pelo lapso temporal, quanto pela pressão de outros órgãos que houve sim uma certa resistência em conceder o direito. Daí é que devemos refletir profundamente: mulher não fica tensa por estar sem sexo? Mulher não tem necessidades sexuais? E podemos ir ainda mais além, mulher não tem direito a se satisfazer sexualmente? (WANDERLEY; ARAÚJO; SANTOS, 2017, P.11)

É como se a mulher correta não devesse ter desejo sexual, assim o controle da sexualidade feminina na prisão pode ser visto como uma correção da criminosa, a Penitenciária de Butantã é um claro exemplo dessa conduta.

#### **4 CONCLUSÃO**

A disparidade no tratamento da visita íntima nos presídios femininos e nos presídios masculinos é visível. Apesar de ser um direito reconhecido da presa, é um de difícil acesso devido aos preconceitos existentes sobre a sexualidade feminina, especialmente a da mulher presidiária.

Infelizmente, tal situação não é surpreendente, afinal, por séculos a criminologia não se distanciou dos preconceitos existentes na sociedade, buscando fundamentá-los ao invés de enfrentá-los. Quando os estudos não ignoravam a criminosa, eles perpetuavam o discurso do Martelo das Feiticeiras, segundo o qual a mulher criminosa é moralmente corrupta, não tendo nenhuma característica redimível. A promiscuidade da bruxa é algo repetido muitas vezes durante o livro.

A visão de Lombroso não é muito diferente. Apesar de não afirmar que todas as mulheres são perversas, a delinquente mulher continua sendo mais perversa que o delinquente homem. O desejo sexual é entendido como uma falha na mulher, sendo a delinquente considerada sempre promíscua, a ponto de se interpretar a prostituição como uma vocação.

Os nomes para a criminosa mudaram durante os anos: bruxa, doente, prostituta, delinquente; mas a visão da criminosa como uma mulher promíscua ainda existe. Houve mudanças e estudos de criminologia feministas, mas demora muito tempo para mudar a cultura misógina enraizada na sociedade,

A demonização da sexualidade feminina ainda condena mulheres, o que é julgado muitas vezes no tribunal é a sua vida sexual, não o crime. É interessante perceber que a promiscuidade na mulher define todo o seu caráter, nada de bom pode existir em uma mulher com essa característica. Se ela é promíscua deve ser uma péssima mãe, mentirosa, imoral e até mesmo uma criminosa.

A criminosa se afasta muito do estereótipo feminino, a mulher frágil que apenas fica em casa cuidando dos filhos e do marido. Talvez seja por isso mesmo que a mulher tenha entrado no crime: para alimentar seus filhos. E mesmo assim, ela é considerada uma péssima mãe e uma destruidora de famílias, afinal, sustentar a casa não é o papel dela. Neste contexto, o crime feminino é considerado mais repreensível que o masculino, tal preconceito resulta no abandono da detenta pela família e a falta de acesso à visita íntima colabora na deterioração do relacionamento da presa com o seu companheiro, apenas aumentando a chance de abandono.

A propósito, a sexualidade feminina ainda é considerada tabu, algo a ser controlada pelo homem, igreja e até mesmo Estado. Para a mulher presa esse aspecto da sua vida é literalmente subordinado ao Estado, que dificulta o exercício desse direito ao não criar condições para o exercício do mesmo e até mesmo ativamente se nega a permitir tal direito.

Essa falta de interesse mostra que essa privação é vista como algo justo, até mesmo parte da pena. Afinal o objetivo da prisão é, supostamente, a ressocialização do indivíduo delincente, este deve ser punido pelos seus crimes e inserido de volta a sociedade. Tal sociedade vê uma mulher que busca o próprio prazer como algo inconcebível, então essa situação deve ser remediada.

Portanto, negar a visita íntima pode ser visto como uma correção aplicada pelo sistema penal. Para retornar à sociedade a mulher deve aprender o seu lugar na mesma, aprender a ser “uma mulher direita”, tal mulher não é dona da própria sexualidade, esta deve servir apenas para a reprodução ou para saciar o desejo do homem.

Este é apenas mais um exemplo de como o sistema carcerário desrespeita os direitos humanos e precisa de uma reforma imediata, a visita íntima não deve depender do julgamento moral do diretor do estabelecimento prisional. No seu estado atual o sistema pode até não queimar mulheres na fogueira, mas as condena a solidão.

## 5 REFERÊNCIAS

BASSANI, Fernanda. **Visita Íntima: O Gerenciamento da Sexualidade nas Prisões do Brasil**. 2013. 150f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87555/000905260.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres** – Junho de 2014. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 27 de mai. 2018.

BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização** – Junho de 2016. 2017. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 27 de mai. 2018.

BRASIL, Instituto de Pesquisa Data Senado. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Junho de 2017**. <[https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/fontes-e-pesquisas/wp-content/uploads/sites/3/2018/07/DataSenado\\_RelatorioVDFCM2017\\_vfinal.pdf](https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/fontes-e-pesquisas/wp-content/uploads/sites/3/2018/07/DataSenado_RelatorioVDFCM2017_vfinal.pdf)>. Acesso em 31 ago. 2019.

BRASIL. Lei de Execução Penal. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 01 de julho de 2018.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Mulheres Encarceradas: Diagnóstico Nacional**. 2008. Disponível em : <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civil/cadeias/doutrina/Mulheres%20Encarceradas.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civil/cadeias/doutrina/Mulheres%20Encarceradas.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2018.

CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL et al. **Relatório Sobre Mulheres Encarceradas no Brasil**. 2007. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relato%CC%81rio-para-OEA-sobre-Mulheres-Encarceradas-no-Brasil-2007.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

CHESNEY-LIND, Meda; CHAGNON, Nicholas. Criminology, Gender, and Race: A Case Study of Privilege in the Academy. **Feminist Criminology**, v.11, n.4, 2016. DOI: 10.1177/1557085116633749. Disponível em: <[http://users.soc.umn.edu/~uggen/ChesneyLind\\_Chagnon\\_16\\_FemCrim.pdf](http://users.soc.umn.edu/~uggen/ChesneyLind_Chagnon_16_FemCrim.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

COSTA, Lúcia Helena Rodrigues; ALVES, Juliana Pereira; FONSECA, Carlos Eduardo Prates; DA COSTA, Fernanda Marques; FONSECA, Franciele Fagundes. Gênero no contexto dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres privadas de liberdade. **Enfermeria Global**, n.43, jul 2016. Disponível em: <[http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v15n43/pt\\_docencia1.pdf](http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v15n43/pt_docencia1.pdf)>. Acesso em: 29 mai. 2018.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v.23 n.3, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41765/30378>>. Acesso em: 31 de ago. 2019.

DIUANA, Vilma; VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; LAROUZÉ, Bernard; CORREA, Marilena. Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.21, n.7, 2016. DOI: 10.1590/1413-81232015217.21632015. Disponível em: <[https://scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2041.pdf](https://scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2041.pdf)>. Acesso em: 30 mai.2018.

GINDRI, Eduarda Toscani. A representação da mulher criminosa na revista Veja. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v.15, n.6, 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3082/2806>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

ISLAM, Mohammed J.; BANARJEE, Subrata; KHATUN, Nurjahan. Theories of Female Criminality: A criminological analysis. **International Journal of Criminology and Sociological Theory**, v.7, n.1, dez 2014. Disponível em: <<https://ijcst.journals.yorku.ca/index.php/ijcst/article/view/39737/35977>>. Acesso em: 8 jun. 2018.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras: Malleus Maleficarum**. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2015.

LIMA, Márcia de. **Da Visita Íntima à Intimidade da Visita: a mulher no sistema prisional**. 2006. 102f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-24032008-085201/publico/marcialima.pdf>> Acesso em: 03 jul. 2018.

LOMBROSO, Cesare; FERRERO, William. **The Female Offender**. New York: D. Appleton and Company, 1898. Disponível em : <[http://brittlebooks.library.illinois.edu/brittlebooks\\_open/Books2009-08/lombce0001femoff/lombce0001femoff.pdf](http://brittlebooks.library.illinois.edu/brittlebooks_open/Books2009-08/lombce0001femoff/lombce0001femoff.pdf)>. Acesso em: 03 mai. 2018.

O'DONNELL, Bethany. **Male and female murderers in newspapers: Are they portrayed differently?** 2016. Disponível em: <<http://eprints.hud.ac.uk/id/eprint/26724/1/215.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2018.

OLIVEIRA, Magali Gláucia Fávoro de; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. Desigualdade de Gênero no Sistema Prisional: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v.25, n.1, 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/neguem/article/viewFile/15095/11088>> Acesso em: 03 jul. 2018.

SIMPSON, Sally S. Feminist Theory, Crime, and Justice. **Criminology**, v.27, n.4, 1989. Disponível em: <<https://student.cc.uoc.gr/uploadFiles/181-%CE%9A%CE%9C%CE%9C%CE%9A397/Simpson%20Feminist%20Theory%20crime%20and%20justice.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

TIRADENTES, Oscar. **Fatores Determinantes da Delinquência Feminina**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

UM ano e meio após sentença, homem tem julgamento anulado e mulher tenta reverter condenação por morte de filho do casal no RS. **G1**. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/um-ano-e-meio-apos-sentenca-homem-tem-julgamento-anulado-e-mulher-tenta-reverter-condenacao-por-morte-de-filho-do-casal-no-rs.ghtml>> Acesso em: 14 jun. 2018.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WANDERLEY, Viviane da Silva; ARAÚJO, Mayara Steffany da Silva; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. A Disparidade na Porcentagem de Visita Íntima entre Mulheres e Homens Encarcerados. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, 3., 2017. **Anais eletrônicos...** Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.prisoas2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6lnBhcmFcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSZPjltzOjM6ljMzOCi7fSI7czoxOiJoljtzOjMyOil5Y2MwZjU5OGI2NGQ5YTVmMmRhZWUwM2I3NGQzZDNkYyl7fQ%3D%3D>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

WORLD PRISON BRIEF. **World Female Imprisonment List**: fourth edition. 2017. disponível em: <[http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_prison\\_4th\\_edn\\_v4\\_web.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf)>. Acesso em: 09.jun. 2018.

# CAPACITAR PARA LIBERTAR: A RESSOCIALIZAÇÃO PELO VIÉS DA REMIÇÃO DA PENA

Luiza Pinheiro Bonfiglio<sup>1</sup>

**RESUMO:** A remição da pena consiste em instituto previsto originariamente na Lei 7.210/84, posteriormente alterada pela Lei 12.433/11. Trata-se de precioso instrumento ressocializador por meio do qual o preso, através do empenho laborativo, estudo ou leitura, abrevia parte do tempo de cumprimento da pena. O presente artigo, de caráter qualitativo, vale-se do método dedutivo e busca analisar, a partir de um estudo doutrinário e jurisprudencial, as controvérsias existentes acerca do tema e a eficácia do instituto em comento com vistas à ressocialização do apenado. Constata-se, ao final, que o processo de reintegração social é dificultado em razão da inexistência de política pública que propriamente estabeleça diretrizes acerca da implementação da remição da pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Remição da pena. Ressocialização. Execução penal. Direitos humanos.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A remição da pena: evolução histórica e caracteres. 2.1 Noções introdutórias. 3 A educação nos espaços de privação de liberdade. 3.1 A remição da pena pelo estudo. 3.2 A remição da pena pela leitura. 4 A remição frente aos escopos da pena previstos na Lei de Execução Penal. 5 Considerações finais. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Há o conhecimento notório de que o atual sistema prisional brasileiro tem gênero, raça, escolaridade e idade. Trabalhamos com a hipótese de um direito penal exclusivo, onde, de forma majoritária, aqueles que preenchem os requintes necessários irremediavelmente ocuparão uma vaga no cárcere. Tal problemática bifurca-se em inumeráveis pontos controvertidos, os quais,

---

1 Advogada, pós-graduanda em Direito das Famílias e Sucessões pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. E-mail: luiza.bonfiglio@hotmail.com. Contato: 53 9 8117-8218.



apesar de reconhecida a importância do debate, não constituem objeto principal do presente estudo.

Tomando tal inquietação como ponto de partida, a cristalina baixa escolaridade como critério predominante no cárcere, que acaba por corroborar a falta de oportunidades no mercado de trabalho pós-encarceramento, somado ao estigma social que este status carrega e que são empecilhos enfrentados à reinserção do egresso no meio social, a promoção deste debate, há muito fomentado pela doutrina, tem como efetividade máxima a garantia dos direitos fundamentais, principalmente do apenado, que a todo o momento encontra-se em situação de vulnerabilidade, que se estende até o fim do cumprimento da pena.

Partindo do pressuposto de que a qualificação e a educação são formas e meios necessários para libertar as amarras sociais que no mais das vezes compõem a grande população carcerária, vez que por meio da capacitação, do estudo e da leitura não só o detento modifica sua visão sobre o mundo, como também se desvincula do comportamento modulado pelo cárcere que lhe foi “ensinado” dentro do próprio estabelecimento prisional, o presente artigo exporá o instituto da remição da pena, com ênfase no estudo e na leitura, mas sem desconhecer a importância das atividades laborativas.

Para valer-se da investigação qualitativa acerca dos transtornos causados pelo tema, o presente trabalho utiliza-se de uma abordagem bibliográfica-documental a respeito das obras mais relevantes sobre o assunto, bem como de pontos jurisprudenciais controvertidos. A partir da concepção metodológica difundida, ou seja, o método dedutivo, busca-se partir de revisão bibliográfica e jurisprudencial para chegar-se à demonstração de evidências sobre o aludido enfoque.

Cristalino, pois, que a temática da ressocialização ocupa outros aspectos, isto é, envolve também áreas sociais, pois constitui dever do Estado a promoção de políticas públicas que visem a ressocialização do delinquente. Por isso, ao final, na exposição derradeira, considerando-se a complexidade e o caráter multifacetado inerente ao objeto de investigação do presente trabalho, objetiva-se apontar as falhas do sistema no processo de recuperação e de ressocialização do preso.

## 2 A REMIÇÃO DA PENA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CARACTERES

### 2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A palavra remição vem do latim *redimere*, que significa reparar, compensar, ressarcir (MARCÃO, 2016, p. 238) e constitui uma forma de “redenção da pena privativa de liberdade” (MIRABETE, 2000, p. 425), por meio da qual o reeducando abrevia o tempo de cumprimento de pena através do trabalho, estudo ou da leitura.

O estudo da remição da pena, embora seja disciplinado em breves enunciados na Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), precisamente dos artigos 126 a 130, traz consigo diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

Questão relevante diz respeito ao abatimento dos dias remidos. Até o advento da Lei 12.433/2011 que alterou a disciplina da remição da pena pelo estudo, existia grande celeuma doutrinária e jurisprudencial, de forma que havia duas interpretações possíveis: o tempo remido somava-se ao tempo de pena cumprida, ou o tempo remido abatia-se do total da pena aplicada. A referida normatização pôs fim à controvérsia, pois o art. 128 da Lei de Execução Penal estabelece que “o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos” (BRASIL, 2011), ou seja, prevaleceu a primeira posição, que inclusive é a mais benéfica ao apenado<sup>2</sup>, pois “permite ao condenado alcançar antes o tempo necessário à obtenção de benefícios prisionais que exijam o cumprimento de lapso mínimo de pena (progressão de regime, livramento condicional, indulto, etc)” (AVENA, 2017, p. 260).

No tocante à perda dos dias remidos, o assunto é complexo e alvo de críticas. Primeiro, parte-se do pressuposto de que a remição constitui mera expectativa de direito, já que poderá ser revogada em virtude da prática de falta grave reconhecida pelo juízo da execução<sup>3</sup>. Doutrina e jurisprudência dividiam

---

2 O tempo remido pelo apenado por estudo ou por trabalho deve ser considerado como pena efetivamente cumprida para fins de obtenção dos benefícios da execução, e não simplesmente como tempo a ser descontado do total da pena (HC 174947/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em 23/10/2012, DJE 31/10/2012).

3 A decisão que reconhece a remição da pena, em virtude de dias trabalhados, não faz coisa julgada nem constitui direito adquirido (REsp 1417326/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard

opiniões, pois enquanto alguns consideravam que “a perda dos dias remidos não viola direito adquirido ou coisa julgada” (MARCÃO, 2016, p. 249), outra corrente considerava que havia violação a tal direito constitucional, além de mácula à proporcionalidade. A antiga redação do art. 127 da Lei de Execução Penal estabelecia a imperatividade da perda dos dias remidos diante da prática de falta grave constante no rol do art. 50 do mesmo diploma legal. O Supremo Tribunal Federal editou em 2008 a Súmula Vinculante n. 9 com a intenção de pacificar a discussão. No entanto, hoje a súmula está parcialmente superada, válida apenas para assegurar a (discutível) constitucionalidade da perda dos dias remidos pela falta grave.

Pois bem, a nova redação do artigo em análise estabelece que o juiz *poderá* decretar a perda, o que coaduna, pois, em mera faculdade do magistrado. Não se pode perder de vista que ampla defesa e contraditório também guiam o processo de execução penal, razão pela qual a oitiva da defesa em audiência de justificação deve preceder à decretação da perda. Considerando se tratar de lei mais benéfica ao condenado, deverá retroagir a fim de alcançar fatos pretéritos, conforme art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988, decorrendo a necessidade de revisão *ex officio* pelo juiz, até mesmo de casos já julgados em que não tenha sido extinta a pena (AVENA, 2017, p. 271).

Agora, além de ser faculdade do juiz a escolha da perda ou não dos dias remidos, diante de falta grave apurada judicialmente, também há discricionariedade sobre o *quantum* de revogação que poderá se imputar mediante decisão judicial fundamentada.

Como se pretende expor, a remição constitui importante meio de reintegração e recuperação do condenado. A priori, a Lei de Execução Penal previu apenas a modalidade pelo trabalho. Com o tempo, as insurgências eclodiram com o advento da Lei 12.433/2011 que passou a disciplinar a remição pelo estudo, prática já consagrada pelos tribunais superiores. A remição pela leitura, por sua vez, representa modalidade mais recente, ainda pendente de normatização. No decorrer do corpo textual, as espécies serão

---

(Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, Julgado em 25/02/2014, DJE 14/03/2014)

tratadas de maneira particular, bem como as características que lhe são inerentes, assim como eventuais divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

### **3 A EDUCAÇÃO NOS ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE**

#### **3.1 A REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO**

A hipótese ventilada foi introduzida timidamente no ordenamento jurídico, primeiro, a partir da publicação, no ano de 2007, da súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo-se a possibilidade de frequência a curso de ensino formal para abater o tempo de cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto. Posteriormente, a Lei 12.245/10 acrescentou o §4 ao art. 83 da Lei de Execução Penal, o que fez com que se aprimorasse o incentivo ao ensino no ambiente penitenciário. Na prática, infelizmente, não são poucos os obstáculos à implementação dos espaços de ensino nas unidades prisionais (NUNES, 2013, p.244).

A mudança assentou-se com a aprovação do Projeto de Lei n. 265 de 2006 que culminou com o advento da Lei 12.433/2011, de autoria do senador Cristovam Buarque, que alterou a Lei de Execução Penal e regulou o que, à época, já era aplicado majoritariamente pelos magistrados e pelos tribunais na praxis forense: a possibilidade de remição da pena pelo estudo, consistente “no direito do condenado de, por meio do estudo, reduzir o tempo de pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado, semiaberto, aberto ou em livramento condicional” (CUNHA, 2017, p. 187).

O processo de tramitação do projeto citado que culminou com a normatização da remição pelo estudo foi longo, pois ao todo tramitaram outras tantas vinte e sete propostas. No meio legislativo, destaca-se a iniciativa apresentada pelo deputado João Campos no Projeto de Lei 6.254/2005, posteriormente apensado ao Projeto de Lei 7.824/2010, o qual, por fim, culminou na elaboração da normatização acima citada. Sobre o tema, ressalta Campos (2005, p.3):

Assim, não basta que exista o instituto da remição de pena pelo trabalho, há que se estimular o desestimulado excluído, para que se alfabetize, que se capacite, que estude, para retirá-lo desta condição da excluído social. (...) O incentivo ao estudo retirará o condenado do ostracismo e da ociosidade, impingir-se-á ao trabalho mental, impondo-lhe à reflexão sobre os atos praticados, o cotidiano, a vida e

o convívio social, na perspectiva de atingir o objetivo colimado pelo sistema de execução penal previsto na Lei de Execução Penal, a ressocialização do condenado.

A gênese da remição da pena pelo estudo é vista sob dois ângulos. A priori, dado ao excesso de lotação carcerária, o que torna as condições de detenção desumanas e os confinamentos insalubres, o que foi principalmente vinculado ao massacre do Carandiru, na década de 90. O segundo episódio diz respeito ao surgimento da facção Primeiro Comando da Capital (PCC), inicialmente inaugurada também na mesma década e vista hoje como uma das maiores organizações criminosas do país (TORRES, 2017, p. 92), eventos estes que emergiram maiores atitudes dos grupos em defesa dos direitos humanos a respeito da calamitosa questão carcerária. Neste diapasão, registra Torres (2017, p. 93):

Por outro lado, isso impulsionou as discussões e desdobramentos relacionados a processos específicos do espaço político, que permitiram o surgimento e levaram à consolidação de uma rede de ativistas dispostos a agir em duas frentes: (i) na consolidação de políticas e diretrizes nacionais que visassem à garantia de direitos à educação de pessoas privadas de liberdade e (ii) em ações junto ao parlamento, para aprovar a possibilidade de remição de pena pelo estudo e, assim, atender aos interesses destes indivíduos que denunciavam estar vitimados pelo superencarceramento e seus desdobramentos em violações de direitos e subordinação ao crime organizado nas prisões.

Sendo assim, ampliou-se o espectro das possibilidades de ressocialização, à medida que o mecanismo possibilita ao condenado o desenvolvimento de senso crítico, potencializa suas aptidões, sua concepção como pessoa e o prepara para o exercício pleno da cidadania. O dever estatal em propiciar e incentivar o estudo, trazido como premissa no art. 205<sup>4</sup> da Constituição Federal, por óbvio não se desonera no âmbito penitenciário, pelo contrário. Trata-se de encargo estatal cunhado no art. 17 da Lei de Execução Penal o estímulo à educação, o que, se assim fosse levado com seriedade, possivelmente seria o principal instrumento para redução do índice de reincidência, combate ao ócio penitenciário e aos níveis de criminalidade. Sobre a importância do estudo em tal seara, Julião (2012, p. 221) destaca:

A educação em espaços de privação de liberdade pode ter principalmente três objetivos imediatos que refletem as distintas

---

4 Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

opiniões sobre finalidade do sistema de justiça penal: (1) manter os reclusos ocupados de forma proveitosa; (2) melhorar a qualidade de vida na prisão; e (3) conseguir um resultado útil, tais como ofícios, conhecimentos, compreensão, atitudes sociais e comportamento, que perdurem além da prisão e permitam ao apenado o acesso ao emprego ou a uma capacitação superior, que, sobretudo, propicie mudanças de valores, pautando-se em princípios éticos e morais. Esta educação pode ou não se reduzir no nível da reincidência. Já os demais objetivos fazem parte de um objetivo mais amplo que a reintegração social e desenvolvimento potencial humano.

A regulamentação da remição pelo estudo veio por fim principalmente à contagem de tempo, que era alvo de diversificados critérios jurisprudenciais. O art. 126, caput e §1, inciso I da Lei 7.210/84 estabelece que a remição pelo estudo será contabilizada à razão de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, desde que sejam divididas em no mínimo 3 dias, ou seja, a carga horária máxima de estudo permitida ao preso consiste em tão somente 4 horas diárias, de acordo com tal parâmetro cumulativo. A lei permite que, se assim desejar, possa o reeducando distribuir a carga horária em um número maior de dias. Ainda, poderá cumular dois cursos distintos, desde que sejam os horários compatíveis.

Em síntese, significa afirmar que as horas extraordinárias, diferentemente do que ocorre no cálculo da remição pelo trabalho, não serão computadas em benefício do apenado na remição pelo estudo, ainda que seja louvável o seu empenho e o seu afincio (NUNES, 2013, p. 138). Explica-se: no estudo, em uma interpretação criticável e restritiva, o beneficiado é tão somente o apenado, enquanto que no trabalho, há um retorno da mão de obra empregada para terceiros. Esta posição é reprovável, por não se tratar de mero egoísmo ou benefício próprio, já que a sociedade acaba sendo reflexamente favorecida, especialmente por esta modalidade de remição, à medida que promove o retorno de um preso repaginado, capacitado e ressocializado ao meio social.

Distinção, contudo, não há a respeito de serem dias úteis ou não úteis. Neste aspecto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do agravo regimental no Recurso Especial n. 1.487-218-DF que não há “qualquer ressalva sobre a consideração apenas dos dias úteis para a realização da referida contagem”. Outrossim, a lei também faculta ao apenado uma remição dobrada, isto é, existe a possibilidade de remir a pena pelo trabalho e também

pelo estudo, desde que haja compatibilidade de horários, conforme dispõe o art. 126, §3º da Lei de Execução Penal.

As atividades escolares são compreendidas em ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior ou, ainda, requalificação profissional, e poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou pelo sistema de ensino à distância, na lição do art. 126, §2º do diploma em estudo, “devendo, em qualquer caso, ser devidamente certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados” (AVENA, 2017, p. 267). Por conseguinte, toda atividade desenvolvida deverá ser registrada e comprovada, o que se sujeitará ao controle da administração penitenciária, caso a ação seja proporcionada no interior do presídio, ou, em caso de extramuros, seja de responsabilidade da administração a condução do preso até a instituição.

A oferta dos cursos poderá se dar dentro do estabelecimento prisional, a teor do art. 83, §4º da Lei de Execução Penal, o qual consigna que deverão ser disponibilizadas salas, no interior do presídio, para desenvolvimento de atividades de ensino básicas e profissionalizantes. Caso o apenado cumpra pena em regime fechado e frequente aula fora da penitenciária, deverá preencher os mesmos requintes exigidos para o trabalho externo, conforme disciplina do artigo 36, *caput* da Lei de Execução Penal. Logicamente, na prática, a possibilidade de estudo extramuros, que depende de autorização do juízo competente, acaba se tornando dificultosa, em face à logística que deveria a penitenciária dispender para propiciar o traslado, com segurança, do apenado ao ambiente estudantil. No caso, mostra-se mais viável que o estudo seja proporcionado no interior do ambiente prisional, no entanto, infelizmente, por insuficiência de recursos e de estrutura, esta possibilidade acaba sendo, no mais das vezes, ilusória (BRASIL, 1984).

Em seu livro, Elinaldo Fernandes Julião ensina que “as ações de educação dentro do cárcere são realizadas em parceria com as secretarias estaduais de educação, por meio de convênio de cooperação técnica” (JULIÃO, 2012, p. 264). Explica, também, que além da responsabilidade da gestão das ações de ensino, as secretarias também são incumbidas de organizar o espaço físico. Os professores, na maior parte das unidades da Federação, não são incentivados pelo Estado para que atuem no interior da

unidade prisional. Por sua vez, os educadores também contam com a boa vontade dos agentes penitenciários da unidade prisional, e sob esta ótica, critica o aludido autor (JULIÃO, 2012, p. 266):

Em uma unidade penal, a escola é considerada pelos internos como um consulado, um oásis dentro do sistema penitenciário. Segundo eles, é na escola que conseguem se sentir livres e respeitados. Por este e outros motivos, os profissionais que atuam nas escolas são geralmente criticados pelos agentes operadores da execução penal, principalmente pelos agentes penitenciários. Segundo eles, em entrevistas concedidas para a pesquisa, os docentes são “mamãezonas”, ou seja, profissionais que geralmente atuam de forma muito emotiva com os apenados – como mães e pais – não levando em consideração o grau de periculosidade dos mesmos e que sempre o acolhem com muita sensibilidade, independente de serem ou não apenados, e independente, do crime cometido.

O apenado que se dedicar ao aprimoramento estudantil e lograr êxito na conclusão de ensino fundamental, médio ou superior, será premiado com um bônus na remição de 1/3 no tempo a remir, segundo o art. 126, §5, o que foi apadrinhado pela doutrina como “remição acrescida” (AVENA, 2017, p. 267). Observa-se que o benefício não incide às hipóteses de atividades profissionalizantes e de requalificação profissional. Trata-se de louvável manobra de política criminal cunhada pela Lei de Execução Penal, que, com o referido acréscimo, estimula e incentiva o reeducando para que busque a conclusão na sua qualificação educacional.

Necessário frisar que a hipótese mencionada acima diz respeito à espécie de prêmio previsto pela lei, pois para que sejam descontados os dias pelo estudo, não é necessário o aproveitamento escolar, basta o comparecimento às aulas. O Superior Tribunal de Justiça, em seus precedentes, consigna que não há previsão legal para tal exigência, além de que, no mais das vezes, a dificuldade de aprendizado é um obstáculo enfrentado pelos presos, e o baixo desempenho escolar pode ser reflexo do próprio encarceramento, razão pela qual não se mostra crível o desprestígio do esforço empregado pelo reeducando ao condicionar a remição ao aproveitamento, o que consistiria tão somente em um desestímulo.

Mister diferenciar, que os apenados que cumprem pena em regime aberto, ou os que se encontram em livramento condicional, também podem ser contemplados pela remição da pena pelo estudo. Conforme já abordado em tópico anterior, o tratamento diferenciado ajustado pela Lei de Execução Penal



é visto como uma possibilidade de analogia *in bonam partem* na remição pelo trabalho, em que não há tal previsão legal. Além do mais a abordagem assinalada cristaliniza a predileção do legislador pelo estudo como meio eficaz à ressocialização. Aos reeducandos em regime aberto ou em livramento condicional não se exige a prévia autorização do Juízo para que exerçam tais atividades, no entanto, é prudente que se comunique ao magistrado, conforme disciplina do art. 129, §1 da Lei de Execução Penal, e que se comprove, por meio de declaração da respectiva instituição, a frequência e o aproveitamento estudantil.

A remição pelo estudo, assim como a remição pelo trabalho, também é facultada aos presos provisórios, consoante art. 126, §7, o que consiste em tão somente expectativa de direito. Entretanto, ao mesmo tempo em que a remição é vista como um pêndulo a fim de conter o elevado fluxo de crescimento da população penitenciária, por outra via, se mostra criticável, à medida que o Brasil figura como um dos países que mais acautela presos provisórios no mundo<sup>6</sup>, sendo que “entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil” (DEPEN, 2016). O uso massivo da prisão provisória é uma das causas que leva ao fracasso o sistema carcerário brasileiro e isto também causa impacto negativo na escolarização dos reeducandos, visto que

Isto tem implicações em relação à educação: o fato de não ter ocorrido um julgamento e não haver nenhuma condenação formal estabelecida não ajuda a estimular o interesse no estudo ou a definição de um projeto no médio e longo prazo por parte dos detentos que se encontram em compasso de espera. Vamos adicionar a esta situação a indefinição [de sentença ou julgamento], que causa sofrimento e, muitas vezes, tem dificuldade para organizar o seu dia-a-dia, realizar um plano de vida, seja qual for o estatuto penal e legal (RANGEL, 2009 apud TORRES, 2017, p. 88).

Em dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, referentes ao ano de 2016, a situação deparada é lastimável. Consideradas as atividades escolares e complementares (leitura e esportes), apenas 12% da população prisional do Brasil usufrui de alguma modalidade de exercício, destacando-se Bahia, Espírito Santo e Tocantins no estudo. Apenas o estado do Rio de Janeiro foi desconsiderado por não ter disponibilizado dados ao departamento. No que diz

---

6 Em 2014, o Brasil figurava como o quarto país com maior população de presos provisórios do mundo, ocupando à frente Estados Unidos, China e Rússia (DEPEN, 2016).

respeito às pessoas que exercem algum tipo de atividade dentro do sistema, 50% encontram-se em formação no ensino fundamental, representando o número mais expressivo encontrado. Já em alfabetização, o índice é de 16%. Em nível de ensino médio, a porcentagem correspondente é de 23%. Por sua vez, ensino superior e curso técnico (consideradas acima de 800 horas de aula) representam apenas 1% no universo considerado (DEPEN, 2016, p. 53).

Justamente em virtude destes dados escassos, a jurisprudência em relação ao instituto da remição da pena pelo estudo não é farta. Como se vê, a implementação de espaços educacionais nas unidades prisionais é bastante dificultosa. No entanto, há julgados recentes que ampliam as possibilidades da remição da pena pelo estudo como se pretende expor abaixo.

No ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação n. 44/2013 no sentido de que sejam ampliadas as ações, assim consideradas também as atividades de “natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras” e também trouxe a previsão de aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e. Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), até mesmo quando o recluso realiza os estudos por conta própria. O Superior Tribunal de Justiça acolheu o pedido de remição de pena solicitado por uma reeducanda com o fundamento da aprovação no ENEM, mesmo que já tenha sido concluído o ensino médio antes da execução da pena, que foi a justificativa para o indeferimento pelo tribunal de origem. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 382.780, o relator Reynaldo Soares da Fonseca consignou que a aprovação no ENEM diz respeito ao aproveitamento dos estudos, ainda que só, durante o recolhimento à prisão, o que vai de encontro com a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

Ainda sobre o alargamento trazido pela recomendação supracitada em relação às atividades, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concedeu a remição de pena pelo estudo em relação à atividade de estágio desenvolvida por estudante de Direito, que anteriormente havia sido negada pelo Juízo de origem em face à inexistência de previsão legal. O relator do acórdão assentou os argumentos no sentido de que a lei não deve ser interpretada de forma tão restritiva e fechada a ponto de prejudicar o apenado, privilegiando a interpretação finalística. Além do mais, afirmou que o Superior Tribunal de

Justiça já havia firmado entendimento no sentido de ser possível a remição por atividades não expressamente previstas em lei, concluindo o desembargador Feital Leite que a “atividade foi imbuída de considerável cunho educacional e pedagógico, de modo a permitir a concessão do benefício da remição”. (Agravo em Execução Penal n. 1.0024.16.010880-9/001/TJMG).

Outrossim, o estudo à distância também já foi objeto de discussão nos tribunais. Controvérsia não existe a respeito desta modalidade de estudo, caso seja fornecida no interior do estabelecimento prisional aos apenados em regime fechado, uma vez que estão sob fiscalização da administração penitenciária. A polêmica diz respeito aos reclusos que se encontrem em regime semiaberto e aberto, já que a espécie pode dar espaço a fraudes, vez que não há direto acompanhamento por parte da penitenciária. Não se pode perder de vista que esta modalidade de ensino cada vez mais ganha força, pela comodidade inerente à internet que facilita o processo e no mais das vezes desconstrói barreiras, à medida que promove amplo acesso à informação.

Pois bem, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que proferiu entendimento no julgamento do *Habeas Corpus* n. 418.309/SP, concedendo a ordem de ofício, com base na Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo à cena a analogia *in bonam partem* e admitindo atividades não expressamente previstas em lei, ao passo que afirmou o ministro Reynaldo Soares da Fonseca que “A intenção da norma é justamente a de incentivar o reeducando ao bom comportamento e, ainda, proporcionar o preparo à reinserção social” (Superior Tribunal de Justiça. HC 418.309/SP. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 20/02/2018, DJe 22/02/2018).

A educação ocupa papel relevante como uma forma de reintegrar o apenado ao convívio social e é vista sob os aspectos pessoal, social, produtivo e cognitivo, como ensina Julião (2012, p. 223):

Compreende que a educação deve garantir as seguintes competências: pessoal (relaciona-se com a capacidade de conhecer a si mesmo, compreender-se, aceitar-se, aprender a ser); social (capacidade de relacionar-se de forma harmoniosa e produtiva com outras pessoas, aprender a conviver); produtiva (aquisição de habilidades necessárias para produzir bens e serviços, aprender a fazer); e cognitiva (adquirir os conhecimentos necessários ao seu crescimento pessoal, social e profissional, assegurar a empregabilidade e/ou trabalhabilidade).

Merece destaque o projeto “Da tranca pra rua – A execução penal na voz dos presos”, prática premiada no Inovare Edição XII, idealizado pela Defensoria Pública do Espírito Santo e iniciado em agosto de 2014, através do qual os defensores públicos Marcello Paiva de Mello e Cláudio Angelo Correa Gonzaga ministraram aulas de execução penal aos detentos da penitenciária regional de Barra de São Francisco. As aulas são gravadas e disponibilizadas ao público em geral e, após a explanação, o conteúdo é reproduzido pelo próprio reeducando (INNOVARE, 2015).

Não se pretende, aqui, retirar a importância do trabalho no interior das penitenciárias que também visa este escopo. No entanto, o estudo traz consigo um *plus*, isto é, possibilitar ao apenado que trilhe caminho diverso daquele que o levou ao encarceramento, a partir da estimulação de reflexões, da compreensão e construção do seu “eu” no meio social, da edificação de novos ideais, e como mecanismo de preparo ao mercado de trabalho, e só assim será atendida a finalidade precípua da ressocialização.

Na prática, contudo, os integrantes da unidade prisional são tratados como invisíveis socialmente e os obstáculos enfrentados não são poucos, haja vista que a educação, no mais das vezes, ocupa papel coadjuvante, assim como qualquer investimento público que diga respeito aos espaços de privação de liberdade. O empenho para instituição de programas, políticas públicas e execução de projetos visando este fim deve ser maciço, já que se trata de precioso instrumento de ressocialização. Não se pode perder de vista o comportamento omissivo do Estado, mas é certo também que há outros atores sociais importantes que unindo esforços poderiam trazer luz aos entraves da ressocialização.

### **3.2 A REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA**

A remição da pena pela leitura é considerada um desdobramento da remição pelo estudo. É certo que a leitura representa um poderoso instrumento de liberdade, bem como de conhecimento, e no interior do sistema prisional isto não poderia ser diferente. Em verdade, trata-se de uma válvula de escape àquele ambiente hostil, dominado pelas facções e pelo descaso do poder público, à medida que transporta o recluso para o mundo extramuros,

constituindo a educação como “mecanismo de luta e de reprodutivismo social. (...) No conhecimento encontra-se a possibilidade de rupturas, pelas quais o homem permite-se a renovação da cultura e, em especial, a refazer a sua própria história” (TORRES, 2017, p. 239). Neste caminho, ensina Marcão (2016, p. 246):

O aprimoramento cultural proporcionado pela leitura amplia horizontes antes limitados pela ignorância; permite amearhar estímulos positivos no enfrentamento ao ócio da criatividade; combate a anemia aniquiladora de vibrações e iniciativas virtuosas; e disponibiliza, como consequência natural de seu acervo, acesso à felicidade que decorre de novas perspectivas atreladas a realizações antes não imaginadas.

A remição pela leitura foi introduzida timidamente no ordenamento pátrio, vez que ainda não há respaldo legal, mas tão somente atos normativos infralegais que aventam a modalidade. O então Juiz Federal Corregedor Sergio Fernando Moro, em parceria com o Conselho da Comunidade, em junho de 2009, iniciou o projeto de remição pela leitura na Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná, o qual em 2015 recebeu indicação ao Prêmio Innovare (Edição XII). É interessante observar que o projeto começou antes mesmo do advento da Lei 12.433/11 responsável pela instituição da remição pelo estudo, esclarecendo-se que o magistrado federal se valeu da analogia *in bonam partem* da remição pelo trabalho para instituí-lo por meio da petição n. 2009.70.00.009996-4/PR. O primeiro livro escolhido foi “Crime e Castigo” do autor russo Fiódor Dostoiévski e o projeto foi aderido inicialmente por 65 presos (TORRES, 2017, p. 234).

No ano de 2010 foi realizado o 1º Workshop do Sistema Penitenciário Federal, na capital do país, promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Departamento Penitenciário Nacional, ocasião em que o estímulo a esta prática ganhou ainda mais força, pelo menos, por ora, no âmbito das penitenciárias federais (RIBEIRO, 2017, p. 123).

A partir deste impulso inicial, o instituto foi disciplinado pela Portaria Conjunta n. 276 de 20 de junho de 2012 do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional, que regulou a remição apenas no âmbito das penitenciárias federais, que são dotadas de biblioteca, a partir do “Projeto Remição pela Leitura” (MARCÃO, 2016, p. 246).

Pela referida portaria, o preso condenado ou provisório, desde que em regime fechado, poderá obter a remição de 4 dias de pena pela leitura de obra literária, no prazo de 21 a 30 dias, com a devida apresentação de resenha final, observados os critérios de estética, limitação ao tema e fidedignidade, que são avaliados por uma comissão específica para este fim. Ainda, instituiu-se o limite máximo de 12 obras (o que implica a remição máxima de 48 dias) durante o prazo de 12 meses (CUNHA, 2016, p. 188). Já no que diz respeito à bibliografia, o acervo é variado e o reeducando pode aderir à leitura de obras “clássica, científica ou filosófica, dentre outras”. Ao final da resenha, a Comissão Pedagógica encaminha o resultado ao juiz, responsável pela homologação da remição (BRASIL, 2012).

Em razão de o projeto ser voluntário, a priori é realizado um levantamento sobre o número de interessados, bem como acerca da capacidade de leitura e escrita dos participantes. Posteriormente, ocorre a seleção das obras, que serão direcionadas aos apenados conforme suas aptidões pessoais. Ao final, é feito o registro dos aderentes em uma ficha de acompanhamento e só então o livro é distribuído (RIBEIRO, 2017, p. 137).

Por sua vez, em virtude de a Lei de Execução Penal não estabelecer quais atividades seriam direcionadas à finalidade da remição, a Recomendação nº 44 de 2013 do Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo então Ministro Joaquim Barbosa, já abordada em momento oportuno, aplica-se também ao instituto em análise.

Conforme já exposto em tópico anterior, a disciplina do art. 126, §3 da Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de cumulação da remição pelo trabalho com a remição pelo estudo, desde que haja compatibilidade de horários. Indagação surge a respeito da leitura, já que a prática ainda não foi normatizada. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no julgamento do *Habeas Corpus* n. 317.679-SP, em interpretação extensiva ao dispositivo legal referido, pela possibilidade de concentrar as três espécies, primeiro, por se tratar a leitura de atividade complementar e, segundo, pela viabilidade de a leitura ser praticada em qualquer momento do dia e local, diversamente do que ocorre no trabalho e estudo, os quais exigem disciplina de horários (Superior Tribunal de Justiça. HC 317.679/SP. Rel. Ministro ERICSON MARANHO, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

Por sua vez, discussão também há a respeito da remição da pena pela leitura de obra ou ensino religioso. A questão é polêmica e divide opiniões, pois existem argumentos que defendem a possibilidade e inclusive há aderência de algumas unidades federativas, assim como outros tantos que condenam a hipótese em razão da laicidade do Estado. Ora, o trabalho com pessoas no contexto de privação de liberdade é complexo e requer cautela e sabe-se que a religião, no mais das vezes, representa um meio de fuga àquele ambiente hostil e de difícil livramento, ante as regras inerentes ao próprio encarceramento, argumento empregado em publicação disponibilizada no site “*Execução Penal Brasil*”, página criada por defensor público lotado no Núcleo de Execução Criminal na comarca de Rio Branco/Acre. Ademais, o art. 5º, inciso VII<sup>7</sup>, da Constituição Federal de 1988 assegura a assistência religiosa a entidades de internação coletiva (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, o art. 33 da Lei 9.394/96 estabelece que o ensino religioso representa disciplina da grade do ensino fundamental, razão pela qual não haveria óbice à possibilidade da leitura de obras religiosas para fins de remição, pressuposto utilizado pelo Tribunal de Justiça do Paraná para conceder o benefício nesta conjuntura (TJPR - 3ª C.Criminal - RA - 1415280-0 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - J. 10.12.2015).

Já no que concerne à regulamentação da atividade, tem-se que o Paraná foi o primeiro Estado a normatizar a remição pela leitura através da Lei Estadual n. 17.392/12 cujo programa foi intitulado como “Remição da Pena por Estudo Através da Leitura”, que já foi inclusive premiado pelo sucesso na implementação. A parceria foi feita entre a Secretaria da Segurança Pública e Administração Penitenciária e a Secretaria de Estado da Educação, responsável pela disponibilização de professores e pedagogos que contribuem para a eficácia do projeto. Segundo os dados, “no mês de maio de 2018, do total de 20.548 pessoas presas, 3.736 estão inseridas na remição pela leitura”. Por fim, segundo o Departamento Penitenciário do Paraná, dentre os grandes resultados obtidos pode se destacar a melhora na escrita e interpretação dos textos, bem como as médias altas alcançadas nas redações do ENEM (DEPEN-PR).

---

7 VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Em janeiro do ano corrente, o Estado de São Paulo disciplinou a remição da pena pela leitura por meio da promulgação da lei 16.648/18. O governador do Estado sancionou parcialmente o Projeto de Lei que visava a instituição da remição pela leitura e vetou grande parte dos artigos, sob o argumento de vício formal de constitucionalidade, por ser execução penal matéria de competência privativa da União, conforme art. 22, inciso I da Constituição Federal. No entanto, o legislativo estadual restaurou a proposta na sua integralidade (CUNHA, 2018). Não se pode perder de vista que o Ministério Público da referida unidade federativa manifestou-se, por meio de nota técnica, contrariamente à portaria conjunta n. 276/2012, por entender pela inconstitucionalidade da mesma, sob a alegação de que a prática da leitura na prisão seria ilegal, à medida que haveria a discriminação entre o alfabetizado e o não alfabetizado, o que é inadmissível à luz da Lei de Execução Penal (MP-SP, 2012).

O que começou como uma atividade na penitenciária de Catanduvás, rapidamente alastrou-se aos demais presídios federais, a partir da portaria conjunta n. 276/12 e, assim, começou-se, timidamente, a disciplinar o benefício em outras tantas unidades federativas. Basta uma rápida pesquisa ao site do Conselho Nacional de Justiça para verificar que o programa tem sido implementado em diversos Estados, a exemplo do Distrito Federal, o último estado que, até o momento, editou portaria a fim de regulamentar o projeto. Outrossim, Minas Gerais e Espírito Santo também aderiram à causa, destacando-se o último estado que inclusive criou, por iniciativa da Defensoria Pública da União, um concurso de redação para os detentos, com a premiação de um *tablet* e certificação, para todos que participarem, de atestado de 12 horas para fins de remição (CNJ, 2017).

Aversões à remição da pena pela leitura não faltam. Os críticos põem em xeque a escolha bibliográfica, a exemplo do que já foi explanado acima acerca da viabilidade de obras religiosas. Além do mais, se aventa a inconstitucionalidade das leis estaduais que disciplinam o instituto, a teor de que a competência é privativa da União (art. 22, inciso I da Constituição Federal de 1988), o que é inegável, ante a necessidade de lei federal para regulamentar a matéria (LUZ, 2015). Contudo, como aqui se defende um aspecto mais humanizado – e menos técnico – da ciência jurídica, o que se faz



também por incentivos às práticas ressocializadoras dentro da unidade prisional, entende-se que o argumento não merece prosperar, ainda que não haja lei federal que autorize os demais estados a legislar sobre o tema. Ademais, na atualidade tramita o Projeto de Lei n. 1455/2007 e em apenso encontram-se outras 19 propostas, que visam a regulamentar o instituto em comento.

A prática literária no interior da unidade prisional é um projeto de potencial transformador, mas que requer uma demanda interdisciplinar, a exemplo de “envolvimento de áreas da educação e segurança, por meio de oficinas de formação para os funcionários que executarão a proposta” (RIBEIRO, 2017, p. 130). No entanto, apesar de os custos de implementação não serem expressivos, ainda assim há obstáculos a serem enfrentados, consoante pondera Ribeiro (2017, p. 128):

Observa-se que somente um terço das unidades estaduais tem biblioteca. Em todo país nos deparamos com estruturas antigas e precárias que não foram concebidos para atividades de ressocialização, o que inviabiliza o desenvolvimento de oficinas literárias, bem como a guarda do acervo. Neste aspecto, embora exista a possibilidade de implementação de uma política pública como a remição de pena pela leitura, nem sempre será possível executá-la em função de uma questão estrutural antiga e inerente às instituições penais.

Em 2017 o Conselho Nacional de Justiça editou a portaria n. 96 de 11 de novembro de 2017 a qual determina a “adoção de providências para monitoramento da efetiva implementação de bibliotecas em unidades do sistema prisional” (CNJ, 2017) e em parceria com o Ministério da Educação, efetivou-se a doação, em fevereiro do ano corrente, a 40 presídios brasileiros de aproximadamente 20 mil livros, que foram adquiridos como contingente extra para o Programa Nacional do Livro e não precisaram ser utilizados (CNJ, 2017).

Um dos entraves a serem enfrentados diz respeito à baixa escolaridade dos apenados, fator que impossibilita, por vezes, a aderência ao projeto. Dados do Departamento Penitenciário Nacional indicam que, em uma amostragem realizada em 70% da população carcerária (o que corresponde a 482.645 pessoas), 51% da amostra possui ensino fundamental incompleto. Na sequência dos números, 15% possuem o ensino médio incompleto e 14% concluíram os estudos no ensino fundamental. Os analfabetos e

analfabetizados (sem cursos regulares) representam a porcentagem de 4% e 6%, respectivamente (DEPEN, 2016, p. 54). Neste diapasão, criticável a exigência da modalidade “resenha” para obtenção da remição da pena, o que dificulta o processo em meio a um contingente de baixo nível de escolaridade.

Além do mais, necessário o acompanhamento de profissionais da educação para que procedam à avaliação das resenhas, participem das discussões, fomentem novas práticas, a exemplo de oficinas de leitura e de produção textual, e contribuam para o desenvolvimento do projeto. A presença destes atores é indispensável para o bom andamento do programa, no entanto, por ser o ambiente prisional uma realidade ignorada e esquecida, não é incomum o desinteresse em direcionar atenção a este ambiente e, enquanto este comportamento não se modificar, estaremos incidindo repetidas vezes no mesmo erro: silenciar uma realidade, quando o prudente seria ressignificá-la.

#### **4 A REMIÇÃO FRENTE AOS ESCOPOS DA PENA PREVISTOS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A degeneração do sistema carcerário constitui paradoxo ao protecionismo da Lei de Execução Penal. No entanto, as finalidades almejadas pelo referido diploma não são concretizadas, em virtude da ausência de programas assistencialistas voltados à recuperação do preso. Não obstante tal negligência, ainda sofremos pelo “efeito colateral crimínogeno – a formação e o aperfeiçoamento do apenado na atividade criminosa” (CHIES, 1997, p. 62), afinal, a unidade prisional é um universo próprio, com regras e comportamentos modulados pelos próprios encarcerados. A respeito de tais características, Chies (1997, p. 68) pontua:

O recluso encontra-se não só impedido fisicamente de sair, como também se encontra preso a um contexto de comportamentos e usos sociais dos quais não pode fugir; trata-se de um sistema extremamente rígido, onde a mobilidade vertical é muito difícil. As causas dessa imobilidade são de natureza múltipla: o número de papéis que o indivíduo pode desempenhar é limitadíssimo e, depois de assumi-los, a tendência é mantê-los, especialmente quando apresentam os níveis mais baixos, mediante forte pressão do grupo; as possibilidades que o indivíduo tem para selecionar o seu papel são muito limitadas e condicionadas; desde o momento em que a pessoa ingressa na instituição, é submetida à influência do sistema social interno.

Ainda que os objetivos visados pela legislação sejam questionáveis frente à realidade fática, não se pode perder de vista que o art. 1º da Lei de Execução Penal traz como premissa dupla finalidade, isto é, a prevenção dos delitos e a reintegração do sentenciado ao meio social (MIRABETE, 2000, p. 26). Contudo, este foco no papel legitimador do poder punitivo deve ser posto em posição secundária, de modo que o cerne seja o respeito às garantias fundamentais conferidas ao sentenciado, em busca de uma justiça equitativa que se dá com a proteção do mais fraco (BICUDO, 2015, p. 139). Neste sentido, destaca-se:

Garantismo significa a tutela de todos os valores fundamentais cuja satisfação, ainda que contra o interesse da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos; a defesa dos fracos mediante a regra do jogo igual para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito também de sua verdade. É precisamente a garantia desses interesses fundamentais a que parece ser aceitável para todos, inclusive para a minoria dos réus e dos imputados, ao Direito Penal e ao mesmo princípio minoritário (FERRAJOLI, 1997 apud BICUDO, 2015, p. 137).

Em se tratando de ressocialização, Bitencourt diz que “o problema da ressocialização não pode ser resolvido com fórmulas simplistas. Se tudo for simples, incluídas as soluções, por certos resultados serão absolutamente insatisfatórios” (BITENCOURT, 2014, p. 607). O autor defende que o tratamento ressocializador mínimo deve ser entendido como uma faculdade que tem o indivíduo de escolher os próprios caminhos. Neste aspecto, Bitencourt (2014, p. 608) registra:

Acabar com a delinquência completamente e para sempre é uma pretensão utópica, posto que a marginalização e a dissidência são inerentes ao homem e o acompanharão até o fim da aventura da vida humana na Terra. No entanto, essa circunstância não libera a sociedade do compromisso que tem perante o delinquente. Da mesma forma que este é responsável pelo bem-estar social de toda a comunidade, esta não pode desobrigar-se de sua responsabilidade perante o destino daquele.

Por sua vez, Julião (2012) sugere que o termo socialização seja a nomenclatura correta a ser cunhada, à medida que, por ser a população carcerária proveniente dos extratos mais baixos da camada social, jamais estiveram integrados à comunidade, seja social ou economicamente. Por tal razão, critica-se o termo que mascara a real vulnerabilidade da realidade de um sujeito que antes de ingressar no sistema prisional já era visto como “sem

direitos” e que, após adentrar este novo universo, tem sua condição de invisível perpetuada.

As condições desumanas das prisões, que incluem deficiências no alojamento (insalubre), a violência, a superlotação, a inutilização do tempo que culmina no ócio carcerário e a falta de investimentos em infraestrutura, acabam por tornar a prisão um espaço de resistência dos apenados e, por derradeiro, impossibilitar o processo de reabilitação. Neste aspecto Luiz Antonio Bogo Chies (1997, p. 61) ensina:

Sob essa ótica a prisão não pode ser simplesmente um local de custódia ou um local de castigo retributivo, mas sim deve ser um local de cura. Seu objetivo proprietário tem que se embasar num discurso de recuperação do apenado.

Por sua vez, diante desta carência de oportunidade para trabalhar e estudar, no mais das vezes furtadas do recluso, alguns doutrinadores aventam a possibilidade de remição ficta da pena. Quer dizer, previsto como direito na Lei de Execução Penal o trabalho (arts. 28, 31 e 41, II) e a assistência educacional (art. 17 e seguintes), a corrente defende que se o estado não franqueia o acesso a tais práticas, o apenado deverá ser beneficiado com a remição, mesmo que não tenha desenvolvido qualquer atividade para tal fim (RIBEIRO, 2018). Rogério Greco (2017, p. 659) perfilha do seguinte entendimento, conforme se destaca abaixo:

Conforme afirmamos no subitem 8.7, correspondente aos estudos sobre regime fechado, o trabalho é, ao mesmo tempo, uma obrigação (art. 31 da LEP) e um direito do preso (art. 41, II, da LEP). Caso o estado, por intermédio de sua administração carcerária, não o viabilize para que sejam cumpridas as determinações contidas na Lei de Execução Penal, poderá o juiz da execução, diante da inércia ou da incapacidade do Estado de administrar a coisa pública, conceder a remição aos condenados que não puderem trabalhar.

Contudo, a proposta não é vista com bons olhos. Renato Marcão registra que a hipótese não encontra recepção no ordenamento pátrio, pois em nenhum momento a Lei de Execução Penal obriga o estado a fornecer trabalho e estudo aos reclusos (questiona-se, contudo, se não lhe incumbe, a quem mais caberia a oferta?!) e continua a explicação, registrando que o delinquente está em débito com a sociedade e por tal razão deve arcar com eventuais lacunas estruturais (MARCÃO, 2016, p. 249).

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de *Habeas Corpus* n. 124.520 impetrado pela Defensoria Pública da União. A 1ª Turma do Tribunal decidiu, por maioria, pela inaplicabilidade da remição ficta da pena sob a alegação de ausência de previsão legal no ordenamento pátrio. Destaca-se que o relator ministro Marco Aurélio e a ministra Rosa Weber entenderam pela possibilidade da remição ficta que seria hipótese análoga à indenização pela desídia estatal. Já o ministro Luís Roberto Barroso divergiu deste entendimento o qual acabou prevalecendo nos votos posteriores. Mister ressaltar que a posição também é partilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que possui precedentes jurisprudenciais consolidados os quais apontam os mesmos fundamentos acerca da inaplicabilidade do instituto.

Partindo da premissa de que educação e trabalho não alcançam a todos os reclusos, a remição ficta da pena representa uma alternativa em reduzir o calamitoso estado do atual sistema penitenciário e uma resposta ao descaso e ao abandono estatal para com os ambientes de privação de liberdade. Longe de ser a alternativa mais adequada, porém não se pode deixar o destino daquelas pessoas tolhidas de liberdade à mercê da própria sorte. Neste aspecto, Torres (2017, p. 24) sintetiza:

Entretanto, Rocha (2006), apesar de não refutar a tese da ressocialização, apresenta uma tese divergente ao observar, por meio de pesquisa empírica, que o trabalho e o estudo não são desenvolvidos em prisões como garantias de direitos e, sim, como privilégios para poucos, na medida em que não existe uma oferta de escolarização e trabalho a todos os internos do sistema prisional brasileiro.

Na prática, lamentavelmente, não existem dados oficiais e comparativos acerca da efetiva contribuição do instituto da remição da pena para redução dos índices de reincidência. Não se pode perder de vista que tais ações, muito embora sejam entabuladas como direitos previstos na Lei de Execução Penal, ainda não foram implementadas em diversos Estados, diante da carência de recursos e insuficiência de estrutura.

Muito embora inexistam informações acerca da eficácia do objeto do presente estudo, ainda assim podem-se apontar algumas falhas nos mecanismos de reintegração do indivíduo à sociedade. A começar pelas condições desumanas do interior dos estabelecimentos prisionais, marcados pela superlotação e pelo desrespeito às individualidades físicas e psíquicas dos

reclusos. Na atualidade, o país apresenta um déficit de 358.663 vagas, o que se explica pela alta taxa de aprisionamento (352,6 presos a cada 100 mil habitantes). Até 2025, a estimativa é que o Brasil conte com 1,47 milhão de presos, dados estes informados pelo ministro extraordinário da Segurança Pública, Raul Jungmann, em atenção ao diagnóstico do sistema prisional pátrio (ESTADÃO, 2018).

Ao contrário do que comumente se defende, a criação de novos presídios só acabaria por perpetuar este problema – ocasionado pelo uso desenfreado da prisão preventiva que potencializa o ciclo vicioso de formação de novos presos, o que já foi abordado em tópico anterior. Neste cenário, a partir de práticas legislativas desencarceradoras, a remição acaba por revelar importante instrumento de contenção da inflação carcerária. Sobre o tema, Rodrigo Roig (2017, p. 584) pontua:

Tão grave quanto o quadro de superlotação no Brasil, é a solução apresentada pela penologia tecnocrática e introjetada pela classe política e opinião pública: a abertura de novas vagas. A superlotação é, com acerto, “causa e efeito de políticas esquizofrênicas que produzem encarceramento e depois buscam meios de repará-lo, que proclamam a tolerância zero e reivindicam a certeza da pena, mas não promovem nem liberdade, nem legalidade, nem segurança”.

Apesar da obscuridade destes dados, em sua tese de doutoramento, Elinaldo Fernandes Julião criticou o poder intimidativo da prisão e desenvolveu sua pesquisa de campo no Estado do Rio de Janeiro, onde buscou dados que confrontassem a efetividade de ações profissionais e educacionais como meios à ressocialização dos reeducandos. Além do mais, Julião também realizou pesquisa qualitativa, a partir de entrevistas com agentes penitenciários e internos a fim de coletar opiniões acerca de tais práticas ressocializadoras. Como gestor público, o que facilitou a obtenção de dados, e envolvido na pesquisa desde 1996, o professor constatou que alguns internos não possuem interesse em estudar, pois não enxergam a potencialidade da educação para o futuro, mas ainda assim, a opção de estudar foi preterida ao trabalho (JULIÃO, 2012). Neste aspecto, o autor conclui (JULIÃO, 2012, p. 380-381):

Através de dados evidenciados no estudo, é possível afirmar que os internos que participam dos projetos educacionais e laborativos apresentam “predisposição à ressocialização”, assim como também apresentam características distintas daqueles que não estudam e nem trabalham. Quando comparamos o trabalho ao estudo,

evidencia-se que ambos são significativos, porém, enquanto o estudo no cárcere diminuiu a probabilidade de reincidência em 39%, o trabalho na prisão diminui essas chances em 48%. Ou seja, os referidos dados não ratificam a hipótese apresentada no início da pesquisa de que o efeito do estudo é superior ao do trabalho na reinserção social do apenado. (...) Em linhas gerais, através dos resultados deste estudo, podemos afirmar que (trabalho e estudo) apresentam papel significativo na reinserção social dos apenados, diminuindo consideravelmente a sua reincidência. Ou que quem tem disposição para se reinserir tem mais predisposição a estudar e trabalhar. Por outro lado, ao contrário do que se imaginava, o efeito da educação é inferior ao do trabalho como programa de reinserção social para a política de execução penal, pois apresenta dados menos significativos.

Em verdade, a celeuma enfrentada diz respeito à inexistência de políticas públicas voltadas para a consecução de projetos educativos e profissionais nos ambientes de privação de liberdade. Não obstante a previsão legal para tais atividades, o que se percebe, na realidade prática, são apenas projetos isolados que dependem, na maior parte das vezes, da boa vontade de voluntários e que são articulados em espaços improvisados, o que transparece a desídia estatal e a ausência de infraestrutura.

Já a respeito da escassez de verbas, em verdade, não se trata de má utilização do dinheiro público ou utilização indevida de verbas disponíveis, pois em resumo, este repasse para a finalidade almejada inexistente (ARBAGE, 2017, p. 108), ainda que formalmente a Lei de Execução Penal estabeleça tal recurso orçamentário. E, nesta senda não se pode perder de vista que “quanto maiores as carências materiais do sistema, mais nocivos serão os efeitos da internação do apenado no sistema carcerário” (CHIES, 1997, p. 75).

Outrossim, por não haver uma unicidade dos projetos que já foram implementados no país, especialmente pelas atividades serem desenvolvidas muitas vezes sem recursos e planejamento, também se vislumbra que inexistente transparência acerca do acompanhamento, evolução, falhas e progressos acerca da consecução dos programas já existentes. Sob tal ótica, Julião (2012, p. 382) critica:

Assim, as políticas na área de privação da liberdade no Brasil não possuem mecanismos adequados com informações objetivas e detalhadas dos seus sistemas, inviabilizando uma melhor orientação para a implementação de políticas públicas na área.

O que também se percebe é a falta de diretrizes que disciplinem a atuação dos profissionais envolvidos em projetos ressocializadores, em suma, não há propriamente um tratamento penitenciário (JULIÃO, 2012, p. 394). A

tecnicidade da Lei de Execução Penal não contempla uma atuação interdisciplinar dos atores engajados, vez que inexistente a integração das áreas, de modo a propiciar um atendimento holístico ao preso. Por sua vez, em geral, inexistente também apoio da comunidade acadêmica – o que poderia se dar por meio de recursos humanos – para a consecução de projetos voltados para tal finalidade.

Partindo do pressuposto de que a maior ingerência representa a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas a este ambiente, o que se percebe, na prática, é a ausência de recursos materiais e pessoais “que valorizem a atuação técnica desburocratizada e humana e que privilegiem a condição humana sobre todas as coisas” (JULIÃO, 2012, p. 390). É recorrente também a falta de apoio dos próprios agentes penitenciários, que no mais das vezes apenas reproduzem a lógica punitivista do sistema carcerário. Neste aspecto, Arbage (2017, p. 109) sinaliza:

É recorrente a carência de apoio dentro da instituição prisional principalmente no sentido de que os agentes estatais (como por exemplo os agentes prisionais, administradores do presídio, dentre outros), infelizmente muitas vezes dificultam a instituição de processos de reintegração social do apenado, apresentando uma visão meramente punitivista do sistema prisional.

Não podemos perder de vista que o efeito da ressocialização constitui uma via de mão dupla: a doação começa extramuros e se projeta para o interior da unidade prisional. A nossa contribuição culmina com o retorno ao meio social de um egresso repaginado, que certamente reformulou, diante da assistência fornecida, a sua visão de mundo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro revela um lamentável quadro de usurpação e violação de direitos. Para além de cumprir a pena privativa de liberdade, os apenados que ali se encontram sujeitam-se à pena privativa de dignidade. Expostos a ambientes insalubres, onde não há higiene, tampouco alojamentos adequados, os locais são marcados pelo ócio carcerário e por regras comportamentais próprias, razão pela qual a prisão acaba sendo um espaço de resistência dos presos.

O que se percebe, de forma cristalina, é que o cárcere constitui um local de descarte humano, ou melhor, suprimem-se aqueles que antes da



segregação já eram tidos como invisíveis socialmente, afinal, o que se tem hoje é a atuação de um direito penal seletivo. Neste diapasão, as penas alternativas e os institutos despenalizadores, a exemplo da remição da pena, acabam ganhando especial relevância, a fim de conter o elevado fluxo populacional carcerário, na medida em que funcionam também como mecanismo de gestão penitenciária.

A remição da pena, inicialmente instituída pela Lei 7.210/84 e, após regulamentada pela Lei 12.433/11, constitui forma de abreviar o tempo de pena privativa de liberdade, por meio do trabalho, estudo ou da leitura – esta última ainda norteada por diretrizes federais. Em que pese o acesso à educação e ao trabalho constituírem direitos positivados pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal, a Administração Pública se exime de tal dever, uma vez que demonstra comportamento omissivo diante da desídia em formular política pública voltada a tal iniciativa.

Consoante assinalado na presente exposição, a remição da pena foi estudada pelas lentes de ser um precioso instrumento ressocializador. Para tanto, no corpo textual, além da análise legal e jurisprudencial de pontos controvertidos acerca do tema, também foram apontadas as falhas que culminam nas barreiras da ressocialização. A priori, criticou-se o uso maciço da prisão provisória, visto como instrumento de criminalização da miséria, afinal, o Brasil constitui um dos países que mais acautela presos provisórios no mundo.

O resultado de uma mentalidade processualista estancada não poderia ser diferente e a superlotação dos ambientes de privação de liberdade representa a consequência direta do emprego desenfreado de prisões cautelares. Há estudiosos que defendem a construção de novos presídios, contudo, conforme já abordado, seria tão somente o ápice da retroalimentação de um sistema fadado ao fracasso.

Outrossim, em espaços onde já foram implementados projetos de remição de pena, especialmente pelo estudo e pela leitura, criticou-se a inexistência de acompanhamento com vistas a apontar a eficácia de tais ações, sobretudo acerca dos índices de reincidência, de forma que seria pertinente estabelecer o contraponto, pois a adesão a tais programas por parte dos reeducandos é significativa. A dificuldade em obter dados para este estudo coaduna com a ocultação da real face do sistema prisional. Não se trata tão

somente em mascarar, mas sim em silenciar um contexto que urge por uma reforma improtelável.

Por sua vez, necessário, inclusive, que se tenha a formação interdisciplinar do pessoal que atua em tais ações, a fim de conferir um tratamento holístico ao reeducando. No mais das vezes, os agentes penitenciários acabam por reproduzir a lógica simplista e meramente punitivista do sistema prisional, distanciando-se, e muito, do propósito ansiado. De mais a mais, observa-se a ausência da comunidade acadêmica neste contexto, a qual, por meio de iniciativas e recursos humanos, poderia unir esforços para iluminar um cenário marcado pela obscuridade.

Nota-se, em verdade, que as ações, na maior parte das vezes, contam com a boa ação de voluntários sensibilizados com as precárias condições dos ambientes de privação de liberdade e também do Conselho da Comunidade. Os projetos ressocializadores demandam logística e investimento público, o que se vê, contudo, é a inexistência de orçamento a fim de atingir tal escopo que, por derradeiro, acaba ficando à mercê destas iniciativas isoladas, vez que inexistente política pública voltada para tal finalidade.

O trabalho capacita, o estudo engrandece e a leitura liberta. Enquanto o Estado se desincumbir de seu dever e não franquear acesso às garantias fundamentais à educação e à capacitação; enquanto a sociedade não modificar sua visão de que o direito do apenado constitui tão somente um direito, e não um privilégio, estaremos andando em círculos. O que se defende é a instituição de uma política pública contundente e compromissada com a qualificação profissional e educacional, que seja significativa no processo de ressocialização e impacte positivamente sobre aquele comportamento modulado pela segregação prisional, através da introjeção de capacidades e estímulos que lhe permitam ressignificar sua existência e sua visão de mundo, e só assim poderemos começar a pensar em (re)inserção social.

Uma pessoa que vem a delinquir é um ser natural como outro qualquer, dotado de personalidade própria, valores, princípios e reações distintas, devido às particularidades que lhe são inerentes e que, muito possivelmente por alguma omissão estatal e/ou familiar, enveredou para o *iter criminis*. O sujeito tolhido de liberdade merece suporte apropriado para ressignificar sua visão

mundana. É preciso que se desenvolva um olhar menos intolerante e mais humanizado. Apenas isso.

As ações previstas na Lei de Execução Penal são formalmente pertinentes, contudo, na prática, os métodos empregados não se mostram adequados. Nas unidades prisionais devemos cultivar alternativas, fomentar práticas inclusivas, assistencialistas e ressocializadoras que minimizem o comportamento modulado pelo encarceramento. Há um hediondo abismo entre teoria e prática e constitui tarefa do Estado e nossa, como sociedade, costurar este caminho e apresentar um mundo diferente daquele que levou o recluso àquela condição de privação de liberdade.

O ambiente prisional é visto pela sociedade como uma realidade invisível, ou, melhor dizendo, não é visto. Por este motivo, inclusive, não há interesse estatal em centrar esforços para que o cotidiano carcerário seja ressignificado. É preciso que se desenvolva a consciência social de que o hoje enclausurado será o libertado no dia de amanhã e, por tal motivo, o investimento em práticas ressocializadoras na unidade prisional não se limita apenas a beneficiar o preso, como também representa um ganho para a sociedade, ainda que este valor seja de difícil visualização por boa parte da comunidade. O modo como a sociedade acolhe o egresso é a porta para um futuro mais esperançoso.

## 6 REFERÊNCIAS

ARBAGE, Lucas Andres. **Ressocialização por meio da educação: um estudo de caso em Florianópolis**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal da Fronteira do Sul, Programa de pós-graduação em Educação, Chapecó, 2017. Disponível em <VER LINK> Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. A remição de pena pelo ensino religioso ou pela leitura de obras religiosas viola o caráter laico do Estado brasileiro?. **Execução Penal Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://execucaopenalbrasil.blogspot.com/2018/02/a-remicao-de-pena-pelo-ensino-religioso.html>>. Acesso em: 15 set. 2018.

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Execução Penal: esquematizado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 – recurso online.

BEZERRA, Elton. Só comparecimento às aulas já justifica remição de pena. **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>>

2013-out-13/preso-nao-bom-desempenho-escolar-remir-pena-estudo>. Acesso em: 02 set. 2018.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei 265/2006**. Autoria Senador Cristovam Buarque. Senado Federal. Brasília, DF, 2006. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79037>> Acesso em 23 ago de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.254/2005**. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipoproposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=16%2F09%2F2018&page=false&emtramitacao=Todas&numero=6254&ano=2005>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.824/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=485434>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1455/2007**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358002&ord=1>>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Decreto Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Instituição da Lei de Execução Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, poder Executivo. Brasília, DF, 13 de Julho de 1984.

BRASIL. Lei nº12.433 de 29 de junho de 2011. Altera a lei nº 7210/84 de 11 de julho de 1984. Dispõe sobre a remição da pena por estudo. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, poder Executivo, Brasília, DF, 30 de Junho de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dezembro de 1996.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional, Sistema Penitenciário Federal. **Portaria n. 276 de 20 de junho de 2012**. Disponível em <[http://www.cjf.jus.br/cjf/documentos/portaria\\_remissaopelaleitura.pdf/view](http://www.cjf.jus.br/cjf/documentos/portaria_remissaopelaleitura.pdf/view)>. Acesso em: 09/09/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 341**. A freqüência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob

regime fechado ou semi-aberto.. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_29\\_capSumula341.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 562**. É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=562&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em: 24 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 346.948/RS. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=346948&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=346948&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 14 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 317.679/SP. Rel. Ministro ERICSON MARANHO, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=317679&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 25 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 304.959/SP. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 19/04/2016, DJe 26/04/2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=304959&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 382.780/PR. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=382780&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 18 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1721257/MG. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 16/03/2017, DJe 27/04/2017. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1721257&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1721257&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 09 set. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1689353/SC. Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JUNIOR, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1689353&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1689353&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 12 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 418.309/SP. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 20/02/2018, DJe 22/02/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>

processo=418309&&tipo\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 14 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1720785/RO. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1720785&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1720785&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 21 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1156327/DF. Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1156327&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1156327&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 24 ago. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 174947/SP. Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, Julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=174947&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 03 set. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1417326/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 14/03/2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1417326&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1417326&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 03 set. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 230659/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=230659&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 07 set. 2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp 1218186/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1218186&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 20 set. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 9**. O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1212>>. Acesso em: 17 ago. 2018

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 124.520/RO. Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, julgado em 15/5/2018, DJ 27/06/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>

%28124520%2E%2E+OU+124520%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycltpe2>. Acesso em: 14 set. 2018

CHIES, Luiz Antonio Bogo. **Prisão e estado: a função ideológica da privação de liberdade**. Pelotas: Educat, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº44 de 26/11/2013**. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para admissão pela leitura. Brasília, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº96 de 17/11/2017**. Determina a adoção de providências para monitoramento da efetiva implementação de bibliotecas em unidades do sistema prisional. Brasília, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução penal para concursos**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei Estadual 16.648/18: disciplina a remição pela leitura nas prisões paulistas. **Meu Site Jurídico**. 2018. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/06/22/lei-estadual-16-64818-disciplina-remicao-pela-leitura-nas-prisoas-paulistas/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

CURY, Teo. Brasil terá 1,47 milhão de presos até 2025, segundo levantamento. **O Estadão de São Paulo**. 2018. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tera-1-47-milhao-de-presos-ate-2025-segundo-levantamento,70002409415>>. Acesso em: 27 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Da tranca pra rua – A execução penal na voz dos presos. **Prêmio Innovare**. 2015. Disponível em: <<https://premioinnovare.com.br/proposta/da-tranca-pra-rua-a-execucao-penal-na-voz-dos-presos-20150514234244258927/print>>. Acesso em: 13 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Decisão do CNJ viabiliza a entrega de 19,4 mil livros a 40 presídios. **Conselho Nacional de Justiça**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86004-cnj-viabiliza-a-entrega-19-4-mil-livros-a-40-presidios-ate-fevereiro>>. Acesso em: 11 set. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2016**. Ministério da Justiça, Brasília, 2016.

\_\_\_\_\_. Estágio pode ser usado para remição de pena mesmo não sendo listado em lei. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-30/estagio-usado-remicao-pena-mesmo-nao-estando-lei>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Evento marca início da remição de pena pela leitura na Justiça do DF. **Conselho Nacional de Justiça**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/87516-evento-marca-inicio-da-remicao-de-pena-pela-leitura-na-justica-do-df>>. Acesso em: 11 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Remição pelo trabalho no regime aberto: por que não?. **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-15/coluna-lfg-remicao-trabalho-regime-aberto-nao>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017 – recurso online

\_\_\_\_\_. Jornada de trabalho inferior a seis horas serve para remição da pena. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-05/stf-aceita-jornada-trabalho-inferior-6h-remicao-pena>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Sistema penitenciário brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal**. Rio de Janeiro: DP et Alli, 2012.

\_\_\_\_\_. Justiça mineira promove remição de penas pela leitura em presídios. **Conselho Nacional de Justiça**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85784-justica-mineira-promove-remicao-de-penas-pela-leitura-em-presidios>>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Leitura na prisão muda destino de condenados. **Conselho Nacional de Justiça**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85848-leitura-na-prisao-muda-destino-de-condenados>>. Acesso em: 11 set. 2018.

LUZ, Juliana Hermes. LEI ESTADUAL PODE DISCIPLINAR A REMIÇÃO PELA LEITURA NA LEP?. **Justificando**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/lei-estadual-pode-disciplinar-a-remicao-pela-leitura-na-lep-1508414937>>. Acesso em: 13 set. 2018.

MELO, Felipe Athayde Lins de. A nova política de remição de pena pela leitura da bíblia. **Justificando**. 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/06/07/a-nova-politica-de-remicao-de-pena-pela-leitura-da-biblia/>>. Acesso em: 09 set. 2018.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINES, Fernando. É possível a remição de pena por estudo por correspondência. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/possivel-remicao-pena-estudo-correspondencia>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Jurisprudência: Agravo em Execução Penal n. 1.0024.16.010880-9/001/TJMG. Disponível em <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=7C5C21678FA6B62B6EB491ACE475B1A0.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.16.010880-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=7C5C21678FA6B62B6EB491ACE475B1A0.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.16.010880-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 03/09/2018

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.



NUNES, Adelino. **Da execução penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PARANÁ. Lei nº 17.392/12. Institui o Projeto “Remição pela Leitura” no âmbito dos Estabelecimentos Penais do Estado do Paraná. **Diário Oficial – Executivo**, Curitiba, PR, 8 de outubro de 2012

PARANÁ. Remição pela leitura. **Departamento penitenciário do Paraná**. 2018. Disponível em: <<https://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=230>>. Acesso em: 09 set. 2018.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Paraná**. Jurisprudência: RA 1415280-0/Curitiba. Rel. ROGÉRIO KANAYAMA, publicado em 10/12/2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299183338/agravo-de-execucao-penal-ep-14152800-pr-1415280-0-acordao?ref=serp>> Acesso em: 10/08/2018.

\_\_\_\_\_. Presa consegue remição de pena por aprovação no Enem. **Revista Consultor Jurídico**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-06/presa-remicao-pena-aprovacao-enem>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Presos disputam concurso de redação no Espírito Santo. **Conselho Nacional de Justiça**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85213-presos-disputam-concurso-de-redacao-no-espirito-santo>>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Remição de pena para preso que estudar é aprovada. **Revista Consultor Jurídico**. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-09/senado-aprova-remicao-pena-presos-estudar>>. Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Remição pela leitura – A liberdade pelos livros. **Prêmio Inovare**. 2015. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas//remicao-pela-leitura-a-liberdade-pelos-livros-2015031223035351369>>. Acesso em: 09 set. 2018.

RIBEIRO, Maria Luzineide P. da Costa Ribeiro. **Uma teia de relações: o livro, a leitura e a prisão**. 2017. 240 f. Tese (Doutorado em Literatura) – Universidade de Brasília, Instituto de Letras, Brasília, 2017. Disponível em <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/25177> > Acesso em: 09 set. 2018.

RIBEIRO, Gustavo de Almeida. Rápidas considerações sobre a remição ficta. **Meu Site Jurídico**. 2018. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/05/24/rapidas-consideracoes-sobre-remicao-ficta/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Jurisprudência: Agravo em Execução Penal n. 70038710711/TJRS. Disponível em <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70038710711&num\\_processo=70038710711&codEmenta=3839122&temlntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70038710711&num_processo=70038710711&codEmenta=3839122&temlntTeor=true)>. Acesso em: 28/07/2018

RODAS, Sergio. Portaria do governo do Rio admite trabalho voluntário de presos para reduzir a pena. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-31/rj-admite-trabalho-voluntario-reduzir-pena-pratica-viola-lep>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 – recurso online.

SÃO PAULO. Nota Técnica – Remição de pena pela leitura. **Ministério Público do Estado de São Paulo**. 2012. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_criminal/notas\\_tecnicas/NT-%20REMICAO%20DE%20PENAS%20PELA%20LEITURA.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/NT-%20REMICAO%20DE%20PENAS%20PELA%20LEITURA.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2018.

SÃO PAULO. Lei nº 16.648/18. Institui, no âmbito dos estabelecimentos carcerários das Comarcas do Estado, a possibilidade de remição de pena pela leitura. **Diário Oficial – Executivo**, São Paulo, SP, 12 de janeiro de 2018.

SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. Normatiza o trabalho voluntário por remição de pena dos presos nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro. Resolução SEAP nº 721 de 30 de julho de 2018.

\_\_\_\_\_. STJ reconhece como válida jornada abaixo do mínimo para remição de pena. **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/valida-jornada-abaixo-minimo-remicao-pena-stj>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

TORRES, Eli Narciso da Silva. **A gênese da remição de pena pelo estudo: o dispositivo jurídico-político e a garantia do direito à educação aos privados de liberdade no Brasil**. 2017. 290 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, 2017. Disponível em <<http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/330933?mode=full>> Acesso em: 04 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Virando a Página: projeto capixaba recupera presos por meio da leitura. **Conselho Nacional de Justiça**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85376-virando-a-pagina-projeto-recupera-presos-por-meio-da-leitura>>. Acesso em: 11 set. 2018.

# A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NOS ÍNDICES DE CRIMES COMETIDOS POR MENORES

Ana Luiza Rodrigues Marchioro<sup>1</sup>  
Camila Renata Dalla Libera<sup>2</sup>  
Eduarda da Silva Camelo<sup>3</sup>  
Fernando Cezar Dall'Osto<sup>4</sup>  
Patrick dos Santos<sup>5</sup>  
Fernanda Paula Tondin<sup>6</sup>  
Marcia Elisa Bitarello<sup>7</sup>  
Luciana Idiarte Soares Falkenbach<sup>8</sup>

**RESUMO:** O presente estudo foi realizado no município de Caxias do Sul com o objetivo de investigar como a mudança constitucional de redução da maioridade penal influenciaria nos índices de crimes cometidos por menores. Trata-se de uma pesquisa de caráter exploratório, com delineamento de campo, com coleta de dados realizada com o Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) do município de Caxias do Sul - RS e o 12º Batalhão de Polícia Militar de Caxias do Sul, por meio de entrevista e questionário. Constatou-se que mudanças administrativas tiveram impacto positivo para o município, porém a estrutura familiar presente na vida dos

---

1 Graduanda do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

2 Graduanda do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

3 Graduanda do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

4 Graduando do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

5 Graduando do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

6 Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio Grande do Sul sob o nº. 84.665. Bacharel em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha (2010), Pós-graduada em Direito Empresarial e Societário pela Faculdade da Serra Gaúcha (2013) e Mestre em Direito das Empresas pelo Instituto Universitário de Lisboa - ISCTE-IUL (2015). Com experiência profissional no âmbito do Direito Civil, Processual Civil, Direito do Consumidor, além de prestar consultoria e assessoria jurídica no ramo empresarial. Participante do programa de Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul, com habilitação para atuar como Facilitadora nos Círculos de Construção de Paz e Relações Conflitivas. Coordenadora do curso de Direito da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul.

7 Professora do curso de Direito e dos cursos de Ciências Sociais Aplicadas na Faculdade IDEAU de Caxias do Sul, Professora dos Cursos Superiores Bacharelado e Tecnológicos e de Pós-Graduação na Uniftec, Advogada em Bitarello Parceria em Advocacia, inscrita na OAB/RS 54.322, formada em Direito pela UNISINOS, em Gestão da Qualidade pela UNIFTEC, Acadêmica de Engenharia da Produção na UnifTEC e com Mestrado em Direito pela UNISC.

8 Mestra em Educação pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) - linha de pesquisa Educação, Linguagem e Tecnologia. Possui graduação em Letras - Português e Letras - Inglês pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). É professora dos cursos de Direito e Pedagogia da Faculdade IDEAU de Caxias do Sul e coordenadora pedagógica na rede municipal de ensino de Caxias do Sul.

jovens que vão para a marginalidade é um aspecto importante para a redução dos índices de crimes cometidos por menores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Menor infrator. Redução da maioridade penal. Socioeducativo.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações Iniciais. 2 Desenvolvimento. 2.1 Referencial teórico. 2.1.1 A legislação brasileira e o menor infrator. 2.1.2 Capacidade civil e penal. 2.1.3 Maioridade penal. 2.1.4 Redução da maioridade penal PEC 171/93. 2.1.5 Considerações sobre a redução da maioridade penal. 2.2 Metodologia. 3 Resultados e análise. 4 Considerações finais. 5 Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No ano de 2015, foi criada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171/93, que propõe a diminuição da maioridade penal para dezesseis anos, contrariando a regra atual que estabelece a maioridade a partir dos dezoito anos. A proposta foi aprovada na Câmara dos Deputados e atualmente aguarda votação no Senado. Tal medida origina-se do fato de os atos infracionais cometidos por menores terem aumentado ao longo dos anos, causando indignação da população, que vem sofrendo as consequências do crescimento da violência.

Pode-se partir do princípio de que a questão da criminalidade entre os menores de idade está diretamente ligada à desigualdade social presente em nosso País. Apesar de alguns avanços alcançados neste século, no Brasil, a saúde não é igual para todos, o transporte não é igual para todos e, certamente, a educação também não é. A desigualdade é uma das heranças da forma como o Brasil foi se desenvolvendo. A sociedade brasileira é uma das mais desiguais do mundo, conseqüentemente, isso se reflete em nossos índices de criminalidade, inclusive entre os mais jovens.

Considerando essa situação, o foco desta pesquisa foi investigar se a redução da maioridade penal teria um efeito social positivo: reduzir os atos infracionais cometidos por jovens entre dezesseis e dezoito anos, no caso de crimes hediondos. Trata-se de um tema atual e de significativa relevância social, presente em discussões entre leigos e conhecedores do tema.

Os debates ocorrem uma vez que os crimes cometidos por menores são empírica e quantitativamente conhecidos. Dentre aqueles que defendem a diminuição da maioria penal, estão as pessoas favoráveis à redução para quatorze anos e uma parte significativa da sociedade que defende a ideia de a maioria penal ser reduzida para dezesseis anos. Esses últimos consideram que nessa idade o jovem já possui consciência de seus atos e, por vezes, tem maturidade suficiente para ser punido por eles conforme a legislação penal. Para os defensores dessa modificação na legislação, tal redução motivaria a redução dos índices de atos infracionais, já que o menor arcaria com punições mais severas.

Por outro lado, uma parcela da população é contrária a qualquer redução sob o argumento de que biologicamente a capacidade cognitiva do menor não está totalmente desenvolvida, tornando-o influenciável.

De qualquer forma, além dos posicionamentos apontados, há defensores para manutenção da legislação atual, os quais levam em consideração a crise do sistema prisional, que seria agravada pelo aumento significativo de presos direcionados aos presídios.

A fim de atingirmos o intuito deste estudo, uma fundamentação conceitual acerca de como o menor infrator é considerado na legislação brasileira será construída, assim como tópicos mais especificamente relacionados à capacidade civil e penal e maioria penal serão abordados. Mais ainda, a metodologia empregada para a condução da pesquisa será descrita e os resultados obtidos analisados na tentativa de proporcionar uma visão ampla, assertiva e devidamente embasada sobre o tema.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

Nesta seção, serão apresentados o referencial teórico, devidamente elaborado para a obtenção de fundamentação conceitual, além da metodologia empregada para a condução da pesquisa e, respectivamente, a discussão dos resultados obtidos.

## 2.1 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O MENOR INFRATOR

A criança e o adolescente possuem seus direitos e deveres regulamentados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) desde 1990, consoante ordenamento jurídico brasileiro vigente. Contudo, esse veio para substituir o já existente Código de Menores, em vigor desde 1927, no qual a nomenclatura “menor” era empregada a todos os indivíduos com até dezoito anos incompletos.

No Código de Menores, constava que menores que se encontravam em situação de dificuldade, como financeira, estavam em “situação irregular”. Esses poderiam ou deveriam ser enviados a instituições de recolhimento, conforme o decreto nº 17943-A/27, sendo “a criança merecedora de tutela do Estado era o menor em situação irregular”.

Tal situação irregular, de acordo com Cabral e Sousa (2004, p. 2) propicia ao menor um ambiente conturbado, onde “os adolescentes terminam privados de direitos fundamentais, oprimidos e responsabilizados pela violência da qual eles próprios são, possivelmente, as maiores vítimas”.

Corroborando nesse sentido, Roberti aponta que:

[...] o caminho que leva à marginalidade não é traçado por uma categoria particular de crianças e adolescentes, mas sim por todo um conjunto de problemas relacionados com condições de habitação subumanas, crises entre os pais, um sentimento de alienação e de isolamento na família ou escola [...] (ROBERTI, 2000, p.315).

Na Europa do século XII as crianças e adolescentes eram tratadas como adultos, sem diferença relativa à idade, “[...] a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse a incompetência ou a falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo” (ARIÉS, 1978, p. 50).

Enquanto no Brasil, entre os séculos XVII e XIX, desenvolveu-se uma forma de assistência infantil chamada *Casa da Roda dos Expostos*, tendo como finalidade garantir a sobrevivência do menor rejeitado e manter o anonimato da identidade de

quem promoveu o abandono, além de quem houvesse encontrado. Após uma avaliação, a criança era enviada pelo responsável da casa a uma ama de leite e, posteriormente, a uma ama seca. Qualquer indivíduo que fosse considerado como apto para tal feito poderia enviar um requerimento à Santa Casa manifestando desejo de criar uma criança, devendo informar regularmente sobre as condições de saúde desta à administração da instituição (GERTZE, 1997).

Os indivíduos que decidissem criar uma criança, recebiam um pagamento mensal para manutenção da criança, até os oito anos de idade para meninas ou sete anos para meninos. Nessa idade, a criança deveria ser devolvida à Casa da Roda. Caso isso não fosse feito, o menor ficaria sob responsabilidade do indivíduo cuidador até a idade de doze anos, sem o recebimento do pagamento de apoio. Após a idade de doze anos, a responsabilidade era direcionada ao Juiz de Órfãos (GERTZE, 1997).

Em 1927, foi promulgado o 1º código relativo à proteção e direitos das crianças e adolescentes, nomeado *Mello Mattos*, tornando-se a Doutrina do Direito Penal ao Menor. E, em 1942, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), cuja lógica de trabalho se embasava na reclusão e repressão dos menores abandonados. Já no ano de 1964, a Fundação do Bem Estar dos Menores (FUNABEM) substituiu o SAM, exercendo sua função com as metodologias existentes.

Contudo, em 1979, o código de Mello Mattos foi revogado e substituído pelo 2º Código de Menores (OLIVEIRA, 2014). Código esse, como comentado anteriormente instaurador da Doutrina de Situação Irregular, que vigorou até 1990.

Na década de 1980, essa situação passou a ser questionada em decorrência da demanda criada pelo artigo 227, Constituição Federal (CF) de 1988, ao dispor que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

O ECA é considerado o elo entre a Constituição Federal de 1988, pelo artigo acima referido, e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989 (PINI, 2015).

Como já apontado, as crianças e adolescentes não eram vistos como menores, e apenas depois de 1927 tiveram seu primeiro código. Todavia, em janeiro de 1891, o presidente Deodoro da Fonseca assinou o Decreto 1.313, vedando o trabalho de crianças menores de doze anos.

Nessa época, as crianças trabalhavam com os adultos, sendo de alguma forma remunerados pelos serviços prestados.

Nos termos do art. 5º, III do Código Civil, a incapacidade dos menores cessará com o exercício efetivo do emprego público. Assim, pode-se compreender que a criança ou adolescente poderia exercer cargo público, sendo pago por seus serviços, como um indivíduo adulto, fazendo distinção apenas com relação aos cargos de empregados.

Como atualmente menores de dezoito anos não podem exercer cargos públicos efetivos, essa lei não está mais em vigor, mas mostra como o adolescente era visto no final do século XIX e início do XX. A cessação da incapacidade mostraria ao Estado que, como citado no art. 5º do CC/1916, se o indivíduo se casar ou trabalhar poderá sim, mesmo sendo criança ou adolescente, ter plena consciência de seus atos em vida civil.

Ainda assim, as crianças estão em toda a parte, algumas brincam, outras estudam, algumas trabalham e outras roubam, mas todas precisam que seus direitos sejam garantidos. E para este fim, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (PRIORE, 2010).

Esse Estatuto foi criado objetivando a proteção da criança e do adolescente. Sendo caracterizados pelo art. 2º, ECA/90, como criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos incompletos de idade. Porém, aplica-se excepcionalmente este estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Dentre os direitos das crianças e dos adolescentes, consoante termos do art. 15º do ECA, estão a liberdade, o respeito e a dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Por outro lado, além de proteger integralmente as crianças e adolescentes, fez-se necessário regulamentar os atos infracionais cometidos pelos menores, constando no Título do ECA relacionado a Prática de Ato Infracional.



Sendo assim, o art. 103 do ECA determina o ato infracional na qualidade de uma conduta descrita como crime ou contravenção penal, enquanto o art. 104, do mesmo estatuto, denomina os menores de dezoito anos como inimputáveis e sujeitos às medidas previstas na presente lei.

O art. 106 do ECA garante que nenhum adolescente será privado de liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ou seja, qualquer circunstância diversa não está revestida de amparo legal.

Quanto às medidas socioeducativas, devidamente elencadas no art. 112 do ECA, as quais podem ser aplicadas apenas aos menores, tem-se as seguintes:

Art. 112 - [...]: I- advertência; II- obrigação de reparar o dano; III prestação de serviços à comunidade; IV- liberdade assistida; V- inserção em regime de semiliberdade; VI- internação em estabelecimento educacional; VII- qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

No parágrafo §1º, do art. 112 do ECA, define-se que, para aplicar qualquer medida, será preciso levar em consideração a capacidade de cumpri-la por parte do adolescente. Enquanto o §2º, do art. 112 do ECA afasta toda e qualquer possibilidade de prestação de trabalho forçado em relação aos menores.

A advertência é a medida aplicada ao menor quando este revela comportamento inadequado com a sociedade, desde que seja de menor gravidade, como, por exemplo, pequenos furtos ou agressões leves. Assim, aplicar-se-á uma admoestação verbal, posteriormente reduzida a termo e assinada, conforme o art. 115 do ECA, cuja destinação será, via de regra, aos adolescentes que não possuem registros infracionais e que tenham cometido infrações leves (LOPES, 2018).

Enquanto a obrigação de reparar o dano é instituída, o art. 116 do ECA prevê que se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

A prestação de serviços à comunidade é aplicada em conformidade com o art. 117 do ECA, com período não excedente há seis meses e levando em consideração as aptidões do adolescente. Esse dispositivo legal consiste na realização de atividades gratuitas e de interesse geral, conjuntamente com as entidades assistenciais e órgãos comunitários ou governamentais. Essas atividades não

excederão o tempo de oito horas semanais, não podendo prejudicar a frequência escolar ou a jornada de trabalho. Esse item tem por objetivo educar e conscientizar o jovem dos valores da sociedade na qual ele está inserido (LOPES, 2018).

A liberdade assistida, por sua vez, é fixada pelo período de seis meses, em concordância com o art. 118 do ECA, e possui a finalidade de assistir, orientar o adolescente, para que não volte a cometer atos infracionais. Considera-se uma medida socioeducativa que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade (DIGIÁCOMO, 2013).

Tal medida não se trata de uma mera liberdade vigiada, na qual o adolescente estaria em um período de prova, mas refere-se a uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente. Quando necessário essa intervenção ocorre também na dinâmica familiar do infrator, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida (DIGIÁCOMO, 2013).

O regime de semiliberdade consiste em gerar a reintegração social do infrator, porém privando-o parcialmente da sua liberdade com períodos de permanência no Centro de Atendimento e períodos de atividades externas, sem a presença de custódia, com o monitoramento da equipe de trabalho, da família e ou responsável e da rede de atendimento do município.

Nos casos excepcionais e mais graves, aplica-se a internação. Trata-se da medida mais rígida prevista no ECA, pois gera a privação da liberdade, sem desprezar a condição de pessoa em desenvolvimento do menor, ou seja, é cumprida em ambiente divergente ao destinado para adultos. Essa pena poderá, ou não, retroceder para o regime de semiliberdade, não excedendo o tempo de três anos de internação e sendo reavaliada a cada seis meses.

Em decorrência da intransigência desta norma, criou-se o seguinte dispositivo de legal no ECA:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:  
I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;  
II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;  
III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A internação deverá ocorrer em órgão competente, atualmente, no Brasil, denominado Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE). Este, por sua vez,

respeita o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamenta a execução das medidas socioeducativas, destinadas a adolescentes praticantes de atos infracionais.

O CASE é um local onde os menores cumprem a pena de internação, onde os infratores passam por uma triagem, e após se submetem a rotina estabelecida no local, tendo acesso a atividades recreativas, além de frequentar a escola e desempenhar alguns trabalhos de manutenção básica do centro.

### **2.1.2 CAPACIDADE CIVIL E PENAL**

Inicialmente é preciso entender a quem a redução da maioridade penal impactaria, como funciona a legislação referindo se à maioridade, e a partir de que situação as pessoas se tornam capazes de responder por seus atos. A legislação brasileira trouxe a punição para os jovens até dezoito anos incompletos, que quando cometem crime são tratados como menores infratores, por ainda não terem atingido a maioridade penal.

Cada país possui a sua legislação específica sobre quando o cidadão passa a ser considerado maior de idade, levando em consideração elementos da cultura e tradição local daquela nação. Maioridade civil é a idade mínima legal que o indivíduo precisa ter para começar a usufruir todos os seus direitos civis.

No Brasil, com o início da vigência do novo Código Civil em 11 de janeiro de 2003, por meio da Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a maioridade civil passa a ser atingida a partir dos dezoito anos. Anteriormente, de acordo com o Código Civil de 1916, a maioridade civil era garantida apenas a partir dos vinte e um anos de idade. Já a maioridade penal que é a idade mínima para uma pessoa ser julgada criminalmente como adulto, no Brasil é de dezoito anos.

Capacidade penal é o conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa se tornar titular de direitos ou obrigações no campo do direito penal (JESUS, 1999). Inicia-se aos dezoito anos, não havendo idade limite e é imprescindível para a caracterização da ação delituosa, uma vez que o sujeito ativo deve ser capaz.

O Código Penal prevê em seu art. 27 que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Sobre a relação entre imputação penal e emancipação civil, o menor de

dezoito anos, que for emancipado civilmente, em conformidade com art. 5 do Código Civil Brasileiro, continua a ser inimputável perante a legislação penal, pois não se pode confundir capacidade civil com capacidade penal (MASSON, 2010, p. 436).

A capacidade civil da pessoa física se institui normalmente aos dezoito anos completos, quando se torna apta a exercer pessoalmente seus direitos e deveres civis. Vale ressaltar que, antes do atual código civil, a maioria era atingida ao completar vinte e um anos.

No que diz respeito aos absolutamente capazes, o Código Civil diz:

Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade civil:

I – Emancipação;

II – Casamento;

III – Pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – Formação em grau superior;

V – O menor com 16 anos que tiver economia própria, através de relação de emprego ou negócio próprio, ou seja, que já tenha os meios de se sustentar, também se torna absolutamente capaz.

Com isso, entende-se que maioria é a idade mínima estabelecida por lei para determinar quando um indivíduo passa a ser responsável por seus atos e ser autônomo para requerer seus direitos. Ademais, cada país tem a sua legislação específica referindo-se à maioria. Entretanto, há diferença entre capacidade civil e penal, podendo-se alcançar os direitos civis antes da idade de maioria, seguindo fatores que deem legalidade a este entendimento. No que se refere à capacidade penal, esses direitos e deveres são considerados a partir da idade prevista em lei.

### **2.1.3 MAIORIDADE PENAL**

Para que se comece a abordar o tema da maioria penal é preciso entender o que é imputabilidade. Ao cometer um ato ilícito penal, para ser imputável, o indivíduo precisa possuir condições físicas, morais, psicológicas e mentais sobre essa ação. O conceito de imputabilidade, segundo Capez (2012, p. 331) “é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Com o entendimento da definição de imputabilidade, pode-se agora diferenciá-

la de responsabilidade. A responsabilidade é mais ampla e exige três requisitos, sendo eles a imputabilidade, a consciência potencial do ato e a exigibilidade de conduta diversa. Explicando a responsabilidade, Capez nos diz que:

Deste modo, o sujeito pode ser imputável, mas não responsável pela infração praticada, quando não tiver a possibilidade de conhecimento do injusto ou quando dele for inexigível conduta diversa (CAPEZ, 2012, p.336).

Assim, não havendo causa excludente da imputabilidade, todo indivíduo é imputável. Têm-se quatro causas excludentes da imputabilidade, são elas: a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, sendo a hipótese dos menores de dezoito anos, o desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (CAPEZ, 2012).

Pode-se observar o menor de dezoito anos, o qual não é considerado responsável, ficando assim inimputável. Assim sendo, ele não pode sofrer sanção penal por ato ilícito, porém, fica sujeito aos procedimentos e medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n. 8069/90).

A idade de dezoito anos definida como um divisor gera muitas discussões, quando diretamente relaciona à maioridade penal. Dois pontos fortalecem esse debate: a capacidade civil, que pode ser exercida a partir dos dezesseis anos e o direito ao voto, que embora não seja obrigatório, pode ser exercido também ao se completar dezesseis anos de idade.

De acordo com o art. 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Em outras palavras, o ato ilícito cometido por menor de dezoito anos não é considerado crime, e sim ato infracional. O ECA, em seu art. 112, descreve as medidas socioeducativas a serem aplicadas ao menor infrator.

Deve-se destacar também a verificação da imputabilidade do indivíduo, a qual se dará ao fim da atividade delituosa. Sobre essa situação específica, Cunha explica:

Em se tratando de delito permanente, a sua imputabilidade deverá ser aferida no momento em que cessa a prática delituosa (e não no momento do seu início). Desse modo o jovem de 17 (dezessete) anos que mantém alguém em cativeiro até completar sua maioridade penal será punido com os rigores do Código Penal (CUNHA, 2015, p. 281).

Isso nos mostra uma certa controvérsia com relação à maioridade penal. Observando o exemplo citado pelo autor, no início do ato delituoso, o indivíduo ainda era menor de idade, ou seja, o tempo de duração do ato delituoso com relação à idade pode ser determinante para diferenciar legalmente um menor de idade de um adulto.

#### **2.1.4 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

O número de atos infracionais cometidos por menores tem se tornado cada vez maior, aumentando o número de pessoas que apoiam a redução da maioridade penal e deixam de ver os menores infratores como crianças ou adolescentes, identificando-os como criminosos. Assim, a sociedade vem se sentindo coagida diante da impunibilidade, mediante o amparo por leis que garantem a proteção integral aos menores (GOMES, 2004).

O jovem a partir de dezesseis anos tem o direito de votar, o qual é opcional, mas permitido. O questionamento que grande parte da sociedade faz é: se ele tem capacidade o suficiente para tomar uma decisão de tamanha importância como eleger seus representantes, por que não seria capaz de ver em suas decisões o que é certo e errado e ser punido por suas atitudes incorretas?

Um fator que implica na imputabilidade ao menor é a questão do direito ao voto. Segundo o art. 14, § 1º, II da Constituição Federal, a partir da faixa etária de dezesseis anos, os indivíduos tem pleno poder de decidir os candidatos a assumirem cargos políticos, ou seja, na esfera cível já possuem responsabilidade como cidadão (REALE, 1990). Portanto, apesar de características como impulsividade e inconsequência, típicas da faixa etária, pela legislação, os adolescentes não são considerados crianças, possuem bom senso e capacidade para medir as consequências de suas atitudes.

A grande causa do número elevado de menores infratores é a impunibilidade, pois sabem que o tempo máximo de punição que receberão é três anos na CASE. O sentimento do brasileiro é de que os jovens não recebem uma punição adequada e saem ilesos, o que lhes dá a sensação de liberdade para cometerem mais infrações

e continuarem no mundo do crime.

Nesse sentido, corrobora Reale ao defender a redução da maioridade penal:

Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo. (REALE, p.161,1990).

Quando um assunto se torna tão polêmico e de conhecimento popular, torna-se importante levar em consideração a opinião do povo, uma vez que se trata da parte mais afetada pelos atos infracionais cometidos.

Londero e Fernandes dissertam sobre o assunto:

[...] viu-se nos últimos tempos o surgimento do clamor público no sentido de punirem-se infratores atualmente inimputáveis por questão etária. Em resposta à fragilidade da segurança pública nacional e do suposto crescimento da ocorrência de crimes cometidos por menores de idade, o legislativo, por meio da Câmara de Deputados, fez, então, ressurgir o debate com a aprovação da PEC 171 (LONDERO E FERNANDES, 2016, pg. 297).

Em relação a PEC 171/93, torna-se evidente que a aprovação é muito desejada pela população, visto que vê os jovens como detentores de direitos e deveres e cuja punição deve ser como aquelas aplicadas aos adultos.

## **2.1.5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Afirmar que a redução da maioridade penal diminuiria o número de atos infracionais cometidos pode ser algo vago e especulatório, uma vez que não há como afirmar com certeza quais seriam as consequências.

Porém, o que se pode afirmar, com base em dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, divulgados em julho de 2016, é que a superlotação das cadeias brasileiras é real. Essas instituições abrigam o dobro de presidiários que sua capacidade permite. Desse modo, privar mais pessoas da sua liberdade, sendo no caso em destaque, ainda crianças e adolescentes, não se revela uma solução, mas sim um problema a ser dialogado e avaliado pelos órgãos públicos.

A propósito, evidencia-se outro grande problema em tratar menores infratores como adultos criminosos ao se desconsiderar que não possuem o cérebro totalmente desenvolvido, como indicam diversos estudos, por exemplo, do pediatra

americano Jay Giedd (2011).

Giedd (2011) desenvolveu uma pesquisa com mais de duas mil pessoas, entre três e vinte e cinco anos, comprovando-se que o cérebro pode ficar em desenvolvimento por mais de vinte anos, até realmente ser considerado um cérebro adulto, com plena capacidade racional e detentor de conhecimento de que suas ações terão resultados futuros.

Dessa maneira, caso o menor infrator não tenha o lobo frontal totalmente desenvolvido, considerar-se-á incapaz de medir o peso das consequências de seus atos, sendo suas opiniões suscetíveis a influências, até porque o seu caráter ainda estará em formação e a pessoa que se tornará ainda não foi definida completamente (GIEDD, 2011).

Questiona-se, portanto: seria uma medida inteligente manter em cárcere um jovem com ações influenciáveis juntamente com um adulto criminoso, sendo que este se encontra há anos no mundo do crime? O sistema de gangues nas cadeias é conhecido e difundido empírica e midiaticamente. Logo, a probabilidade de um menor infrator se vincular a elas e, após passar anos na cadeia convivendo com criminosos, é maior do que se punidos em ambiente divergente e especial para este fim.

O questionamento e posicionamento de Petry nos faz refletir sobre o assunto, quando menciona que:

[...] o Brasil deveria reduzir a maioria penal para permitir que adolescentes possam ser presos como qualquer adulto criminoso? A resposta parece óbvia, mas não é. Será que simplesmente despachar um 'jovem para os depósitos de lixo humano que são as prisões brasileiras resolveria alguma coisa? Ou apenas saciaria o apetite da banda que rosna que o bandido não tem direitos humanos. (PETRY, 2006, p. 66).

Na adolescência, é de extrema importância que se receba apoio familiar e uma educação de qualidade. Uma família distante, que não forneça apoio e orientação quando necessário, influencia os aspectos psicológicos do jovem. Por ser a primeira base e exemplo com quem ele tem contato, é raro que um jovem que não teve uma família presente e atenciosa, seja uma pessoa solidária e afetuosa, quando tudo o que lhe foi ensinado e oferecido foi o contrário disso.

É nesse contexto que Valle se posiciona, ao dizer que:

[...] A grande maioria desses adolescentes desconhecem a figura paterna, são "filhos da mãe no registro". Vivem uma ausência, uma falta do pai,



muitas vezes marcadas pelo esquecimento de seu próprio nome-paterno (...) O contexto socioeconômico não constitui fator determinante para a prática do ato infracional; entretanto as condições de miséria e de sobrevivência são fatores facilitadores desse processo de marginalização, como também a violência a que são submetidos principalmente a violência doméstica física e por vezes sexual. (VALLE, 2003, p.55).

Quando não se tem a educação adequada e necessária, as consequências podem ser tão graves quanto uma família ausente. A escola é onde o adolescente tem contato com outros jovens da mesma idade criando laços, além de observar a figura dos professores que se tornam exemplos.

Esses são os adultos com contato mais frequente perante as crianças, por isso se tornam responsáveis por perceber que o jovem está com alguma dificuldade, havendo assim, a possibilidade de ajudar a resolver a questão antes de se tornar um grande problema. Todavia, sabe-se que a escola, muitas vezes, torna-se incapaz de solucionar questões oriundas do ambiente familiar.

A Constituição Federal elege em seu artigo 228, a inimizabilidade dos menores de dezoito anos, e que esses estão sujeitos às normas da legislação especial, referindo-se ao ECA. Entretanto, o artigo 228 da Constituição Federal é considerado um direito individual, mesmo não estando no rol do artigo 5º da Lei maior, tendo consequência jurídica à proteção pela imutabilidade que rege o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, as chamadas cláusulas pétreas, as quais não podem ser alteradas e nem excluídas.

Sendo assim, a PEC 171/93 pode ser considerada inconstitucional, visto que pretende modificar consideravelmente o direito individual das crianças e adolescentes, ao mencionar de forma explícita que o menor de dezoito anos não pode ser julgado como um adulto.

## **2.2 METODOLOGIA**

A presente pesquisa caracteriza-se como um estudo exploratório de campo. Conforme Gil (2002), as pesquisas de campo possuem mais profundidade e acarretam resultados mais fidedignos. Concomitantemente, o caráter exploratório é definido pela flexibilidade e pelo aprimoramento de ideias pré-concebidas, que ocorrem no decorrer dos resultados.

Inicialmente realizou-se um levantamento bibliográfico, a fim de construir o

referencial teórico, oportunizando a criação das questões a serem aplicadas junto aos órgãos públicos. Neste referencial, utilizaram-se dados teóricos, que foram obtidos na legislação que vige ou já vigeu no Brasil.

A coleta de dados foi realizada no mês de outubro de 2018, primeiramente no dia 05 do mesmo mês, em visita ao CASE de Caxias do Sul, por meio de uma entrevista com questões abertas e de uma conversa com o advogado da instituição e o sócio educador de plantão. Além disso, um questionário, com questões abertas, contendo perguntas semelhantes às aquelas realizadas no CASE, foi enviado ao 12º Batalhão de Caxias do Sul. Após a coleta dos dados, efetuou-se a análise dos resultados em concomitância ao embasamento teórico desenvolvido.

### **3 RESULTADOS E ANÁLISE**

Esta seção trata da descrição e discussão dos dados, coletados por meio de entrevista a equipe de profissionais (socioeducadores e psicólogas) do Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) de Caxias do Sul, efetuada no dia 05 de outubro de 2018, e do questionário enviado ao 12º Batalhão da Brigada Militar de Caxias do Sul. As perguntas aplicadas a ambos foram similares e buscavam informações a respeito do perfil dos menores e dos procedimentos das instituições. As questões aplicadas tinham por objetivo investigar se a redução da maioridade penal poderia ter influência nos índices de crimes cometidos por menores.

O CASE abriga hoje sessenta e cinco adolescentes cumprindo a medida socioeducativa de internação, seja ela provisória ou já decretada pelo juiz. Contudo, a capacidade das instalações é para quarenta internos; dessa forma, a unidade encontra-se superlotada. Encontram-se no local menores, entre doze e vinte e um anos de idade, porém, a maior parte dos infratores possui entre dezesseis e dezenove anos.

Conforme o Sistema Interno da Brigada Militar, o Módulo de Controle de Operações da Brigada Militar, no ano de 2018, até o mês de setembro, foram apreendidos noventa menores infratores, uma média de dez por mês, somente na cidade de Caxias do Sul. Esse número é inferior ao constatado no ano de 2017, no qual, no mesmo período, cento e cinquenta adolescentes foram apreendidos e a média do ano foi de quinze apreensões por mês. Ou seja, a prática de atos

infracionais diminuiu de um ano para o outro conforme Tabela 1.

Tabela 1: Número de menores apreendidos no Município de Caxias do Sul

	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	TOTAL	MÉDIA
2017	21	14	22	30	22	9	13	14	5	14	9	8	181	15
2018	5	4	10	18	13	6	9	9	16				90	10

Fonte: Conforme um Sistema Interno da Brigada Militar, o Módulo de Controle de Operações da Brigada Militar (MCO<sub>p</sub>).

Ressalta-se também a troca de juiz na vara da infância e da juventude, de Caxias do Sul, no final do ano de 2017. De acordo com o relato dos profissionais do CASE, esse juiz alterou a maneira de tratar os infratores, implementando um diálogo franco, fazendo com que os menores se sentissem importantes e acolhidos, o que teve impacto imediato sobre os índices citados acima.

O batalhão nos retornou apenas com os dados referentes a apreensões de menores infratores, não respondendo ao restante das questões enviadas. Por este motivo, seguem apenas os dados obtidos em conjunto com o CASE.

De acordo com o centro de atendimento, há cinco anos, a maior parte dos atos infracionais constatados eram roubos a pedestres (bolsas, celulares, etc.). Porém, atualmente enfrenta-se um grave problema com as facções criminosas. O jovem já ingressa na instituição ciente do crime que cometeu e disposto a cumprir a pena, para poder voltar com rapidez à organização criminosa da qual faz parte. Atualmente, o crime mais cometido é o roubo, sendo seguido pelos crimes de homicídio e latrocínio, os quais são crimes de natureza grave, que exigem um trabalho voltado para isso por parte do Centro de Atendimento Socioeducativo.

Quando questionamos ao CASE a identificação de um perfil ou comportamento comum dentre os menores infratores, nos foi informado que o primeiro indício é a evasão escolar, normalmente motivada por problemas familiares, já que a grande maioria dos infratores é oriunda de famílias carentes. Além disso, por serem menores e por atuarem no crime, os adolescentes nunca tiveram trabalhos formais e só chegam à instituição quando já foram apreendidos diversas vezes.

Também perguntamos ao responsável pela visita ao CASE, quais os procedimentos adotados ao receber o menor na instituição. Nesse caso, fomos direcionados à Unidade de Atendimento Especial, onde o menor fica isolado dos

demais a fim de realizar algo similar a uma triagem, que averigua dados relacionados à saúde e disciplina do interno. Esse atendimento é efetuado por profissionais, que depois se reúnem a fim de decidir para qual das duas alas do Centro o menor será enviado. Uma das alas é destinada aos internos mais velhos, e que tenham cometido infrações mais graves; enquanto, na outra, se encontram os mais novos e com registros infracionais mais leves.

Além dessa primeira averiguação, os internos são avaliados em grupos por psicólogos e psiquiatras, e, caso seja constatada a necessidade, são enviados ao Centro de Psicologia Aplicada (CEPA) das universidades voluntárias. Não existe nenhum tipo de atendimento terapêutico individual oriundo da própria instituição.

Quando questionados a respeito dos custos mensais para manter o menor infrator internado na associação, o CASE nos indicou o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) mensais, para cada adolescente. Porém esse dado foi levantado em 2014, e hoje há uma perspectiva de que esse número tenha aumentado. Esse valor é utilizado para a manutenção de todos os serviços, pagamento de funcionários e alimentação dos internos.

A segurança dentro da instituição é rígida e dificilmente são encontrados celulares ou drogas nas dependências. Ademais, a última rebelião na instituição ocorreu em junho de 2017, e a última tentativa de entrada de drogas ocorreu no começo de setembro de 2018, a qual foi reprimida na revista pós-visitas.

Observando os dados obtidos, pode-se dizer que a maior parte dos jovens que adentram no CASE já está consolidada no crime. Esses menores são usados pelas facções, pois as punições atribuídas a eles são mais brandas, e ao saírem da unidade retornarão para as facções. Além disso, a maior parte dos adolescentes internados está contida na faixa etária mais atingida pela mudança na legislação, a partir de dezesseis anos.

Concomitantemente, após a troca do juiz da vara da infância e juventude de Caxias do Sul, no ano passado, houve uma redução no número de internos na CASE, e também no número de apreensões por parte da Brigada Militar. Isso se deve às novas maneiras de tratar os atos infracionais com etidos, utilizando a medida de internação somente em último caso. Demonstra-se, assim, que uma mudança no tratamento para com os menores infratores tem reflexos imediatos na sociedade.

Os dados acima citados só reforçam o conceito de inutilidade da redução da maioridade penal, visto que o trabalho já realizado na instituição designada é eficaz. Além disso, o trabalho realizado mediante a troca de juiz da vara da infância e juventude gerou resultados imediatos sobre as apreensões, demonstrando que há outras formas eficazes de resolver o problema, sem a alteração da maioridade penal.

Porém, de acordo com o CASE é possível detectar um padrão no âmbito familiar do menor infrator. O estabelecimento de regras e limites é inexistente, falta estabilidade financeira e emocional dentro das famílias. Os pais de muitos deles também estão envolvidos em crimes, além de residirem principalmente em ambientes dominados por facções e tráfico de drogas. Essa situação só encontrará acalento junto à educação, obtida em famílias estruturadas e nas escolas, já que as últimas, muitas vezes são abandonadas em favor do crime.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tendo em vista os aspectos históricos apresentados sobre os menores e como eram tratados nos séculos XVII e XIX, percebe-se que o amparo dos vulneráveis pelo Estado nem sempre aconteceu. Entretanto, entende-se que os problemas enfrentados por um menor podem ser considerados pela convivência perturbada em seu contexto familiar.

No Brasil, as crianças e os adolescentes têm seus direitos e deveres regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja criação tem como objetivo proteger aqueles considerados como crianças, até com doze anos incompletos, além dos adolescentes, entre doze e dezoito anos incompletos, contudo em casos específicos, aplica-se o estatuto também a pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Os crimes cometidos por menores são considerados atos infracionais, tornando-se necessária a sua regulamentação, as quais são denominadas de medidas socioeducativas. Essas, por sua vez, possuem o viés de assegurar a reinserção deste menor infrator na sociedade, além de reparar o dano que tenha sido causado. Nesse sentido, lembra-se que a maioridade penal é a idade mínima

que uma pessoa pode ser julgada pelos seus atos.

A presente pesquisa teve o enfoque de indicar se haveria redução ou até mesmo o aumento nos índices de crimes cometidos por menores infratores, caso a maioria penal vigente no Brasil seja reduzida para dezesseis anos de idade.

Logo, analisando-se o contexto estudado, conjuntamente aliado com a realidade apresentada em entrevista realizada ao CASE e com os dados obtidos frente ao 12º Batalhão de Polícia Militar, a redução da maioria penal não se revela um fator impactante nos índices de crimes cometidos por menores. Inclusive, pelo fato de muitos menores estarem vinculados às facções criminosas, é possível cogitar que, caso a redução da maioria penal seja efetivada, haveria crianças e adolescentes com idade inferior a dezesseis anos junto a elas.

Além disso, pode-se considerar como um caminho para alcançar a reintegração efetiva do menor à sociedade a própria manutenção e aprimoramento do cumprimento das medidas socioeducativas atuais, além da promoção de atividades que envolvam suas famílias e a instituições de ensino no contexto social em que está inserido.

## 5 REFERÊNCIAS

ARANTES, Ester Maria. **De “criança infeliz” a “menor irregular”:** vicissitudes na arte de governar a infância. Mnemosine. Ed. Especial, Vol. 1, 2004. Disponível em: [http://www.mnemosine.com.br/ojs/index.php/-mnemosine/article/view/34/pdf\\_20](http://www.mnemosine.com.br/ojs/index.php/-mnemosine/article/view/34/pdf_20).

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família.** 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de Outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente:** Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991 – 3ª ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BRASIL. **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.** Governo do Rio Grande do Sul. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. Fundação de Atendimento Sócio – Educativo do Rio Grande do Sul. / PEMSEIS: Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre: SDH; FASE, 2014.

CABRAL, Suzie Hayashida; SOUSA, Sonia Margarida. O histórico processo de exclusão/inclusão dos adolescentes autores de ato infracional no Brasil. **Psicologia em Revista**. Belo Horizonte, v.10, n.15, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)/** Fernando Capez. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de Direito Penal, parte geral: (arts. 1º a 120)**. – 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 6 ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

GERTZE, Jurema Mazuhy. **Casa da Roda: Guia de fontes**. Porto Alegre: ISCMPA, 1997. Disponível em: [http://www.centrohistoricosantacasa.com.br/historia\\_conteudo/roda-dos-expostos/](http://www.centrohistoricosantacasa.com.br/historia_conteudo/roda-dos-expostos/). Acesso em 29 de setembro de 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Antônio Carlos Germano. Maioridade penal: redução - aspectos práticos. *In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, fev./mar., 2004.

GIEDD, Jay. **Maturação do cérebro adolescente**. *In: Tremblay R. et al. Enciclopédia sobre o Desenvolvimento na Primeira Infância*. Disponível em: <<http://www.encyclopedia-crianca.com/cerebro/segundo-especialistas/maturacao-do-cerebro-adolescente>> Acesso em: 03 set 2019.

JESUS, Damásio. E. de. **Direito Penal: Parte Geral**. 22º ed. São Paulo. Saraiva. 1999.

LONDERO, Daiane; FERNANDES, Sabrina O. Vieses da redução etária da imputabilidade penal: breve análise da PEC 171 e a (im)possibilidade de repercussão na criminalidade brasileira. *In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 17, n. 100, out./nov., 2016.

LOPES, Wembleyson de Azevedo. **Redução da maioridade penal**. Biblioteca Digital de Segurança Pública, 2018. Disponível em: <http://dspace.pm.go.gov.br:8080/-pmgo/handle/123456789/855>>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematzado: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Editora Forense, 2010.

OLIVEIRA, Rodrigo Ferreira. **A Criação Do Eca No Seu Contexto Histórico E Suas Prioridades Na Proteção Integral Da Criança E Do Adolescente**. Barretos, São Paulo. 2014. Disponível em: <http://direito7turma.blogspot.com/2014/05/a-criacao-do-eca-no-seu-contexto.html>. Acesso em 15/09/18.

PETRY, André. O dilema e o exemplo. **Revista Veja**. São Paulo, ano 39, n. 29, p.66, 26 jul 2006.

PINI, Francisca R. O. **Estatuto da Criança e do Adolescente, 25 anos de história**. In: Instituto Paulo Freire. Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). – São Paulo: 1ª ed. Instituto Paulo Freire, 2015.

PRIORE, Mary Del. **História das crianças do Brasil**. 7ª. Ed. – São Paulo: Contexto, 2010.

PRIULI, Roseana Mara; MORAES, Maria Sílvia. **Adolescentes em conflito com a lei**. Disponível em: [https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000500015](https://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000500015). Scielo. Acesso em 02/09/2018.

REALE, Miguel. **Nova Fase do Direito Moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990.

ROBERTI, Maura. O menor infrator e o descaso social. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. Ed. 54, São Paulo, 2000. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/-centrodeestudos/revistaspge/revista%20pge%2054.pdf#page=315>. Acesso em 02/09/2018.

SCHUCH, Patrice. **Práticas da justiça: uma etnografia do "campo de atenção do adolescente infrator" no Rio Grande do Sul depois do estatuto da Criança e do adolescente**. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5386>, UFRGS Lume Repositório Digital. Acesso em 02/09/2018.

TORRES, L. H. A casa da roda dos expostos na cidade do Rio Grande. **Biblos**. Rio Grande. v. 20, 2007. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/ojs/index.php/-biblos/article/view/724/218>. Acesso em 15/09/18.

VALLE, Fernanda Otoni de. **Tô Fora: O Adolescente fora da lei – O Retorno da Segregação**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VAZ, Marcelo. A rotina dos internos: o dia-a-dia de adolescentes que vivem atrás das grades. **Fundação de atendimento sócio – educativo do Rio Grande do Sul**. 2009. Disponível em: <http://www.fase.rs.gov.br/wp/a-rotina-dos-internos-o-dia-a-dia-de-adolescentes-que-vivem-atras-das-grades/>. Acesso em: 29 de setembro de 2018.



# A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA APLICABILIDADE NOS CONFLITOS ENVOLVENDO ADOLESCENTES

Laura Mattos de Lima<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho expõe, inicialmente, a tão discutida e mencionada entre os juristas, crise do sistema de justiça criminal tradicional. Assim, são feitas considerações sobre os resultados negativos apresentados pelo meio de “fazer justiça” de um modelo que centraliza das suas forças na imposição de pena e nada além disso. Tais ponderações servirão como justificativa para apresentarmos um novo modelo, antônimo ao tradicional, mas que pode figurar como uma alternativa àquele. Trata-se do modelo de Justiça Restaurativa, o qual passa a ser explicado num segundo momento e, com a apresentação do modelo restaurativo, passaremos a externar o quanto ele pode ser efetivo e transformador quando aplicado em relação aos conflitos que envolvam adolescentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa. Adolescentes.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Justiça Restaurativa como alternativa ao sistema de Justiça Criminal Tradicional. 2.1 Por que pensar em alternativa? A crise do modelo retributivo de Justiça Criminal. 2.2 O que é a Justiça Restaurativa? 3 Uma Justiça Juvenil Restaurativa. 4 Conclusão. 5 Referências Bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que o processo penal é o instrumento utilizado para a resolução de conflitos que nascem na medida em que determinado indivíduo comete ato tipificado em nosso ordenamento jurídico como crime. No entanto, são duras e inúmeras as críticas recebidas por este sistema, teoricamente, legítimo. A constatação da crise que paira sobre o processo penal já é uma análise um tanto quanto banalizada e reiterada constantemente pelo senso comum jurídico.

Assim, muitas são as tentativas de reformulação deste processo nos últimos

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela UniRitter Laureate International Universities. Pós-graduada em Direito e Processo Penal com ênfase em Segurança Pública pela UniRitter Laureate International Universities. Advogada.

séculos e, em sua maioria, com resultados infrutíferos, conforme exemplifica Howard Zehr ao afirmar que *“as prisões mesmas foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. O encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovem a reeducação dos ofensores.”*<sup>2</sup>. Quanto a isso, em sentido idêntico, cabe revisitarmos os ensinamentos de Michael Foucault que considera a punição como a parte mais velada do processo penal, sendo o essencial da pena *“procurar corrigir, reeducar, e curar”*<sup>3</sup>.

No entanto, o Estado fecha seus olhos para as garantias e os direitos relativos às pessoas com a sua intervenção repressiva que visa exclusivamente à punição, rompendo a legalidade na medida em que fere os direitos humanos de todos os envolvidos no conflito, como relaciona Salo de Carvalho, *“das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (penal e processual penal).”*<sup>4</sup>.

O que ainda se tem ao longo de todo o lapso temporal em que permeia o processo criminal é a omissão frente às lesões e necessidades da vítima e do ofensor e, ressalte-se, lesões essas que podem – e na maioria das vezes são – agravadas.

Cabe ressaltar também que, em relação às penas, no direito penal brasileiro, elas detêm características de retribuição (a pena como castigo), de prevenção (a pena como intimidação e neutralização) e de ressocialização (a pena como regeneração). No entanto, como será demonstrado mais a frente, o caráter retributivo, ou seja, a destinação exclusiva da pena para castigar o delinquente, influencia e muito na efetividade das suas demais características, quais sejam de prevenção da criminalidade e a ressocialização do ofensor. Neste ponto, vale trazer à colação as observações feitas por José Antonio Paganella Boschi em uma de suas obras, pois nos esclarece que:

O direito penal brasileiro não se coaduna inteiramente com os princípios gerais do garantismo, porque, por meio de suas normas, se maximiza o Estado Penal, em detrimento com o Estado Social, e se enfraquecem as

<sup>2</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 61

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 13

<sup>4</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227

liberdades fundamentais, o que é revelador da profunda intolerância oficial, que costuma ver o condenado como o grande inimigo, e não como a grande vítima de um sistema político e econômico desigual, privilegiador e injusto, que não prioriza a educação, a qualificação para o trabalho, o emprego, a moradia, a saúde, etc.<sup>5</sup>

Por essas e por tantas outras falhas apontadas por vários especialistas no tema, buscam-se alternativas ao nosso atual modelo de justiça criminal, visto que este constantemente vem sendo questionado. Por conta disso, há alguns anos se fala no modelo inovador de Justiça Restaurativa, o qual possui princípios norteadores muito diferentes do modelo de Justiça Retributiva pautado pela *culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção*, características essas antônimas àquelas veladas pelo modelo de Justiça Restaurativa, o qual preza pela *responsabilidade, o encontro, o diálogo, a reparação do dano e a coesão*<sup>6</sup>.

As práticas restaurativas têm se mostrado verdadeiramente efetivas para a resolução de conflitos. Elas são propostas, inclusive, como um meio de solução envolvendo adolescentes que cometem atos infracionais e, muito além disso, demonstraremos que tais práticas são também uma possibilidade de transformação dos adolescentes que são submetidos a elas, evitando que estes se tornem adultos que passarão as suas vidas inteiras no eterno ciclo vicioso ofertado pela Justiça Retributiva.

## 2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

Far-se-á, portanto, uma análise no modelo retributivo, passando-se por algumas de suas características, seus efeitos e a razão pela qual vem sendo colocado em xeque. Posteriormente, a análise será realizada sobre o modelo restaurativo, seu modo de “fazer justiça”, seus princípios orientadores e seus efeitos na relação processual, onde a vítima passa a ser inserida em uma posição central.

---

<sup>5</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 106-107

<sup>6</sup> BRANCHER, Leoberto. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre conflitos e os crimes**. In: BRANCHER, Leoberto (Org.). **Paz restaurativa: a paz que nasce de uma nova justiça: 2013-2013** um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014. p. 9. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A\\_Paz\\_que\\_Nasce\\_de\\_uma\\_Nova\\_Justica.pdf](http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2017

## 2.1 POR QUE PENSAR EM ALTERNATIVA? A CRISE DO MODELO RETRIBUTIVO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Tradicionalmente, quando estamos diante do episódio crime, a justiça busca a resposta para três questionamentos: (i) *Qual lei foi violada?* (ii) *Quem a violou?* e, (iii) *Qual castigo este ofensor merece?*<sup>7</sup>. O dito “castigo merecido” é oferecido através da pena que, por sua vez, é uma sanção aplicável em desfavor do indivíduo que violou determinado tipo penal. A pena, portanto, ostentará caráter preponderantemente retributivo, assim como este modelo de justiça, o qual retribui um mal (crime) com outro mal (punição).

Luigi Ferrajoli diz existir uma conexão entre esta natureza retributiva da pena e a função de prevenção de delitos:

(...) a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de *status*, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva e intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”.<sup>8</sup>

No entanto, ainda que se reconheçam os fins preventivos da pena, esta é projetada precipuamente como um mal que deve ser imposto ao ofensor para que repare a sua culpa. Ela é o mecanismo utilizado pelo Estado para evitar eventuais lesões a determinados bens jurídicos e, segundo Boschi, “fazer justiça” com cunho retributivo *“padece do defeito de legitimar a vingança estatal, liberando-se o ofendido de manchar suas mãos com o sangue do ofensor.”*<sup>9</sup>. Zehr, por sua vez, conceitua este modelo de Justiça Retributiva na medida em que *“o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.”*<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> BRANCHER, Leoberto. **Lentes restaurativas**: um novo foco sobre conflitos e os crimes. In: BRANCHER, Leoberto (Org.). **Paz restaurativa**: a paz que nasce de uma nova justiça: 2013-2013 um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014. p. 8. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A\\_Paz\\_que\\_Nasce\\_de\\_uma\\_Nova\\_Justica.pdf](http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2017

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 297

<sup>9</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p. 89

<sup>10</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 170

Cezar Roberto Bittencourt explica que o modelo retributivo atribui à pena a incumbência de fazer justiça e nada além disso:

Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesma. Com a aplicação da pena consegue-se a realização de justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor.<sup>11</sup>

Cabe observar que o caráter retributivo concentra-se, principalmente, nas dimensões e nos interesses sociais, na medida em que define o Estado como vítima de determinado fato delituoso, desconsiderando, assim, o relacionamento entre a vítima (real) e o ofensor. Obviamente, deve-se considerar que os efeitos do crime de fato reverberam por toda a sociedade, mas, de uma simples análise, todos nós temos a ciência de que o crime não é uma ofensa objetivamente contra a sociedade ou mesmo contra o Estado; ele é em primeiro lugar uma ofensa contra as pessoas: *“em seu cerne o crime é, portanto, uma violação cometida contra outra pessoa por um indivíduo que, por sua vez, também pode ter sido vítima de violações.”*<sup>12</sup> e vale uma atenção especial em relação à última parte da frase citada.

Percebe-se que a sociedade só tem a sensação plena de justiça com a aplicação da lei. Para responder o primeiro questionamento, sobre qual lei foi supostamente violada, focamos as nossas forças estritamente no ato de violação da lei. Mas, para tanto, acabamos por abrir mão de dar atenção devida ao dano real causado por tal violação, à experiência vivenciada por vítima e ofensor, pois *“o que define a ofensa e dá início ao processo criminal é este cometer um ato definido em lei como crime – e não o dano ou conflito.”*<sup>13</sup>

A partir da violação do tipo penal, o estabelecimento da culpa, por sua vez, é a essência de todo o processo penal, é o efeito do segundo questionamento básico no nosso atual modelo de justiça, sobre a determinação do ofensor. Contudo, infelizmente, *“uma vez estabelecida a culpa, diminui a preocupação com salvaguardas processuais e direitos”*<sup>14</sup>. Cabe salientar que a culpa que norteia o

<sup>11</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107.

<sup>12</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 172

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 77

<sup>14</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 64

processo judicial é meramente conceitual, tão somente indaga se o acusado pelo fato delituoso cometeu o ato e, se sim, se tal indivíduo é imputável perante a lei.

Em que pese o conceito técnico de culpa que guia o processo penal, há de se destacar a possibilidade de termos um conceito muito mais amplo, norteador pela justificativa interiorizada pelo ofensor para a existência da ofensa, buscando-se eventuais fatores psicológicos, os quais podem ser explicados por existência de doença ou disfunção grave; ou até mesmo por forças de padrões sociais existentes no âmbito familiar, da comunidade ou da sociedade como um todo.

Cumpre destacar que esta perspectiva de culpa tem o condão de levantar questões quanto à verdadeira responsabilidade do ofensor e até sobre o grau em que ele pode ser visto como vítima, pois, conforme já citado, existe a possibilidade de o “*indivíduo-ofensor*” ter sido submetido a violações. Devemos enfatizar que isto não caracteriza uma justificativa para os seus atos, mas também não será considerado em momento algum em nosso modelo atual de processo penal e talvez seja neste ponto que as respostas para o terceiro questionamento comecem a aparecer, relacionadas ao(s) “castigo(s)” que o ofensor merece sofrer.

Oportuno referir a uma discussão comumente partilhada entre as pessoas que é a visão de uma parcela expressiva da população sobre a culpa quando a sociedade identifica um episódio como crime. No geral, nesses casos, as pessoas não enxergam a culpa como uma descrição de comportamento, mas sim como uma “qualidade” moral. Zehr coloca muito bem esta questão:

A culpa diz algo sobre a qualidade da pessoa que praticou o ato, e tem uma característica indelegável e bastante “adesiva”. A culpa adere à pessoa de modo mais ou menos permanente, e há poucos solventes conhecidos. Em geral ela se torna uma característica primária que define a pessoa. A pessoa culpada de um roubo se torna um ladrão, um criminoso. Uma pessoa que foi aprisionada se torna ex-presidiário, um ex-criminoso, e por isso passa a fazer parte de sua identidade, sendo difícil de eliminar.<sup>15</sup>

Dessa forma, apenas o fato de ter um dia ter cometido um delito — *e frisa-se, esta afirmação não quer demonstrar irrelevância, mas sim validar de que o acontecimento de um episódio isolado bastaria* —, desconsiderando-se qualquer outro fator alheio ou determinante para que tal fato acontecesse, anulando qualquer boa qualidade que o indivíduo tenha ou possa desenvolver, além de determinar suas futuras oportunidades profissionais e, ousamos dizer, de como

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 66

será o resto de sua vida, visto que *“nada dentro do processo criminal permitirá a superação desse fato – nem mesmo o pagamento da “dívida para com a sociedade” através do cumprimento da pena.”*<sup>16</sup>.

Pesa também sobre isso a questão da seletividade do sistema penal, que acaba imunizando os indivíduos de determinadas camadas da sociedade (normalmente as superiores) e “seleciona” as camadas sociais mais vulneráveis. O poder repressivo do Estado cairá sobre uma espécie de criminalidade, *“esta seleção é realizada nas camadas mais vulneráveis ao próprio sistema, visto que elas não são detentoras de poder político e/ou científico e/ou cultural.”*<sup>17</sup>, deixando-a ainda mais vulnerável e conhecida aos olhos de toda a sociedade. Com razão, Alessandro Baratta afirma que *“o momento culminante de um processo de seleção começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social, etc.”*<sup>18</sup>.

É seguro, portanto, dizer que é uma unanimidade entre as pessoas a ideia de que a justiça só prevalecerá na medida em que o ofensor sofrer o seu devido castigo; caso contrário, é muito comum a disseminação dos discursos de ódio e o mais frequente de que não existe justiça em nosso país. Sobrevive um senso comum na sociedade como um todo de que a responsabilização dos ofensores está atrelada unicamente à punição e, conforme Zehr, *“quando falamos em punição estamos falando em infligir dor a alguém, de propósito”*<sup>19</sup> e ainda explica que,

Culpa e punição são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocaram. Somente pela dor terão sido acertadas as contas.

(...)

Nils Christie nos ajuda a ver que a lei penal é de fato a “lei da dor”, pois se trata de um elaborado mecanismo para administrar doses “justas” de dor.<sup>20</sup>

Dessa forma, podemos entender que “fazer justiça” é dar punição como

<sup>16</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 66

<sup>17</sup> NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei** – A face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 42.

<sup>18</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 167

<sup>19</sup> ZEHR, *op. cit.* p. 72

<sup>20</sup> ZEHR, ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 72

resposta ao crime? Mas com qual finalidade? Prevenir crimes, intimidar e coibir outros potenciais ofensores? Como resposta a esses questionamentos, sabe-se que este “poder” de intimidação das punições detém eficácia absolutamente discutível, pois *“ao fundamentar a pena no indemonstrável poder do indivíduo comportar-se de outro modo, apoia-se tal fórmula em bases científicas indemonstráveis e, conseqüentemente, altamente questionáveis.”*<sup>21</sup>.

Raffaella de Porciuncula Pallamolla elenca alguns efeitos da desta ineficiência:

As prisões não reduzem a taxa de criminalidade – mesmo que se aumente, multiplique ou transforme as prisões, a criminalidade permanece a mesma ou aumenta; a detenção provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização dos delinquentes solidários entre si e hierarquizados; os que são libertados da prisão estão condenados à reincidência, devido às condições de vigilância a que são submetidos; por fim, a prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria.<sup>22</sup>

Talvez se possa questionar, então, se a punição exerce eficácia em relação às necessidades da vítima ou mesmo tem o condão de solucionar os problemas criados pelo episódio crime? A resposta mais uma vez será negativa. O que temos, portanto, é uma aparente solução que se mostra ineficiente para a vítima, que não tem as suas necessidades supridas, bem como para a sociedade, que não vê as suas taxas de criminalidade reduzirem.

Quanto ao ofensor, poderíamos listar incontáveis pontos negativos, tais como ter que sobreviver às superpopulações carcerárias, fator que acaba por tornar o ambiente do cumprimento da pena propício à violência, resistir sem as mínimas condições de infraestrutura e saneamento básico, entre muitas outras deficiências reais e cotidianas presentes em nosso sistema penitenciário. Mas, em linhas breves e gerais, a certeza de que passará por humilhação e sofrimento, além de ser rotulado eternamente como culpado e ver a sua vida pessoal e profissional depender deste rótulo.

Isto posto, vê-se que os efeitos da pena são tantos quanto são negativos: eles impactam durante o seu cumprimento e perduram por muito tempo depois. Afirmar, portanto, que a razão de ser da punição é mesmo causar a dor e retribuir

<sup>21</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120

<sup>22</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 31



o crime com nada além de vingança não parece tanto exagero. Tanto não se mostra exagero que, há décadas, tal pensamento é compartilhado entre o senso comum jurídico. Zaffaroni, por exemplo, compara as cadeias com máquinas deteriorantes, explicando que:

A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera patologia cuja principal característica é a regressão, o que não é difícil de explicar.

(...)

O preso é ferido na sua autoestima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc.<sup>23</sup>

Estamos diante do verdadeiro fracasso que é nosso modelo de punição bem sintetizado e criticado por Foucault, ao sugerir a possibilidade admitirmos que *“a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e que a prisão seja o instrumento dessa repressão; temos então que passar um atestado de fracasso.”*<sup>24</sup>. Pensar tão somente em um “castigo” para o indivíduo determinado e selecionado que viola a lei não parece apenas egoísmo (se enxergarmos tratar-se de um ser humano), mas também uma atitude vazia, na medida em que quase nada acrescenta de positivo, não só na vida do ofensor, mas para a sociedade como um todo e, principalmente, para a vítima.

Assim, até o presente momento já dissemos que o crime é a constatação da violação da lei, que a identificação do ofensor começa no estabelecimento da culpa e, por consequência, este sofrerá um “castigo-punição” capaz de desencadear tantas outras espécies de “castigos”, sejam eles imediatos ou que perduraram por um período de tempo aparentemente inesgotável. Fora discutido também, ainda que brevemente, sobre as consequências da ofensa sobre o seu ofensor e o quão rude, traumáticas e ineficientes elas podem ser. Mas e o outro lado do conflito, aquele que de fato sofreu a agressão, o indivíduo que vivenciou o episódio criminoso figurando como vítima? Segundo Pallamolla, discutir sobre o papel da vítima no processo penal, identificar os seus direitos e as suas necessidades *“significa resgatar alguém que foi esquecido tanto pelo direito como pelo processo penal moderno.”*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.135

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 226

<sup>25</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São

O fato de a vítima ser deixada de lado já pode ser presenciado no momento em que surge o primeiro questionamento básico do modelo de justiça tradicional sobre a existência de crime, na medida em que o direito penal trata apenas da proteção de bens jurídicos, imputando pena tão somente pela violação destes, reduzindo a atenção para o verdadeiro dano causado, para o conflito em si e para as suas consequências de um modo geral. O mesmo ocorre no âmbito do processo penal, visto que a vítima acaba por ser deixada à margem do processo, sem que os seus direitos sejam observados.<sup>26</sup> Zehr apresenta a explicação para isto:

No Direito Penal o crime é definido como uma ofensa contra o Estado. O Estado, e não o indivíduo, é definido como vítima.

(...)

Já que o Estado é definido como vítima, não é de se admirar que as vítimas sejam sistematicamente deixadas de fora do processo e suas necessidades e desejos sejam tão pouco acatados. Por que reconhecer as suas necessidades? Elas não são sequer partes da equação criminosa.<sup>27</sup>

Infelizmente, faz-se necessário lembrar que o princípio de dignidade da pessoa humana garantido pela nossa Constituição Federal não existe somente (e teoricamente) para os ofensores; ele também deve ser observado em relação às vítimas. Portanto, deve o Estado abrir os seus olhos para as necessidades também desses atores da relação conflituosa, dando-lhes voz e vez, *“sob pena de, em assim não se fazendo, gradativamente esse sistema ver ruir sua legitimidade e utilidade social, por consagrar a vítima como um mero ‘retrato na parede’.”*<sup>28</sup> Vale a ressalva também de que, em muitos dos casos, o ofensor de hoje foi a vítima de algum tipo de violência no passado<sup>29</sup>. Essa é uma das razões para pensarmos em dar voz às vítimas: atender as suas necessidades e evitar o surgimento de um futuro ofensor.

Por óbvio, os problemas do direito e do processo penal não se limitam a

---

Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46

<sup>26</sup> PALLAMOLLA, *loc. cit.*

<sup>27</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 79

<sup>28</sup> TREVISAN, Maurício. **A vítima no processo penal**: retrato na parede? In: FONTANA, Milton (Org.). **MP/RS – Opinião e memória**. Porto Alegre: Memorial do Ministério Público, 2008. p. 46.

<sup>29</sup> Segundo Zehr, “o crime significa um agravo à vítima, mas poderá também ser um agravo ao ofensor. Muitos crimes nascem de violações. Muitos ofensores foram vítimas de abusos na infância (...).” ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 171.

esses; existem muitas outras questões plenamente discutíveis e questionáveis sobre a matéria. No entanto, tais apontamentos se mostram suficientes para justificarmos a necessidade de pensarmos em uma alternativa para as nossas práticas tradicionais, tendo em vista que a pena não cumpre o seu papel de prevenção da criminalidade e ressocialização do ofensor, pois, conforme bem afirma Baratta, *“o cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.”*<sup>30</sup>.

Como já foi mencionado, a Justiça Restaurativa figura como uma alternativa e detém características bem diferentes daquelas presentes no modelo tradicional de natureza punitivista, onde *“o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.”*<sup>31</sup>. Trata-se de uma nova perspectiva de justiça, que passa a ser apresentada a seguir.

## 2.2 O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?

A função ‘intimidatória’ das penas e o seu poder ressocializador figuram como promessas não cumpridas marcadas na justiça criminal atual. *“Estamos, desse modo, diante de um complexo e custoso aparato institucional que, em regra, não funciona para a responsabilização dos infratores, não produz justiça, nem se constitui como um verdadeiro sistema.”*<sup>32</sup>.

Como já explicado, enquanto o modelo tradicional de justiça busca responder os questionamentos sobre qual lei foi violada, quem a violou e qual ‘castigo’ esse ofensor merece, o modelo de Justiça Restaurativa busca responder os questionamentos sobre (i) *Quem foi o prejudicado?* (ii) *Quais as suas necessidades?* e, (iii) *Como atender a essas necessidades*<sup>33</sup>, evidenciando, assim, o papel central assumido pela vítima.

<sup>30</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito Penal**: Introdução à sociologia do Direito Penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 167

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001., p. 27

<sup>32</sup> ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 233.

<sup>33</sup> McCOLD, Paul. WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma**: uma teoria de Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Em-Busca-de-um-Paradigma-Uma-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em 14 nov de 2017.

Pode parecer uma tarefa difícil a adequação de um modelo de justiça tão oposto ao que temos atualmente, pois *“a ideia de justiça criminal como o equivalente de ‘punição’ parece já assentada no senso comum, o que é o mesmo que reconhecer que ela se tornou cultura.”*<sup>34</sup>. No entanto, assim como questiona, Marcos Rolim traz a resposta:

E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez de reformas, pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de justiça criminal? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando além daquilo que se convencionou chamar de “prática retributiva”, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? **Os defensores da justiça restaurativa acreditam que sim.**<sup>35</sup>

Na Justiça Restaurativa, parte-se do princípio de que o dano causado por alguém rompe o equilíbrio das relações sociais de uma determinada comunidade, sendo, portanto, crucial o restabelecimento dessas relações. Talvez o grande diferencial desse modelo de justiça seja esta: enxergar não o Estado, mas sim a pessoa que efetivamente sofreu com o dano causado como a vítima, dando-lhe o papel de protagonista no processo, uma vez que somente ela pode falar sobre o verdadeiro dano que lhe foi produzido, sem deixar de dar voz também ao ofensor para que se possa chegar a compreensão das causas que ensejaram o crime.<sup>36</sup>

Para a Justiça Restaurativa, o procedimento padrão de uma sentença de prisão acaba por impedir que o ofensor seja posto frente a frente com as dores e prejuízos produzidos por seus atos, além de ser confrontado constantemente com todas as questões da terminologia culpa, *“nega-se a eles a linguagem e a clareza de significado que permitiriam atingir a compreensão plena do que ocorreu. Além disso, faltam mecanismos de resolução.”*<sup>37</sup>. Ou, pelo menos, faltavam.

Enuncia o preâmbulo dos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa,

<sup>34</sup> ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha:** policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 236.

<sup>35</sup> ROLIM, *loc. cit.*

<sup>36</sup> ROLIM explica que “em um sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição; para a justiça restaurativa o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram a sua atitude.” *Ibidem*, p. 244.

<sup>37</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 67

Resolução 2002/12 da ONU, que o modelo restaurativo evolui como “*uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove a harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades*”. Também enfatiza o fato de que este modelo de justiça possibilita às pessoas afetadas pelo crime compartilhar as suas experiências e seus sentimentos em relação a isso, por tratar-se de uma abordagem que: (i) oportuniza às vítimas alcançar reparação, se sentirem mais seguras e superar o problema; (ii) possibilita aos ofensores que entendam os fatores de causas e consequências desencadeados por seus comportamentos, podendo, assim, assumir a responsabilidade de forma verdadeira e efetiva; e, (iii) proporciona à comunidade a compreensão das circunstâncias que resultaram no episódio crime e a prevenção da criminalidade.<sup>38</sup>

O modelo restaurativo, aos olhos de Zehr, enxerga o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, explicando que, “*o crime também representa um relacionamento dilacerado entre vítima e ofensor. Mesmo se eles não tinham um relacionamento prévio, o delito cria um vínculo, que em geral é hostil.*”<sup>39</sup>. A partir desta violação, o principal objetivo da Justiça Restaurativa é, tal qual se intitula, a restauração. O crime agride a pessoa e a justiça deve preocupar-se em ‘curar’ esta agressão, em reparar a lesão. Ainda que seja impossível alcançar uma total reparação, os “*atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime.*”<sup>40</sup>. Zehr pondera que:

Cura para as vítimas não significa esquecer ou minimizar a violação. Implica num senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo. A vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e que está segura e no controle. O ofensor deveria ser incentivado a mudar. Ele ou ela deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura abarca um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro.<sup>41</sup>

Esse modelo, portanto, trata-se de um processo voluntário, segundo Renato Sócrates Gomes Pinto, que conceitua a Justiça Restaurativa como um

<sup>38</sup> CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Organização das Nações Unidas: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/46c455820.html>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

<sup>39</sup> ZEHR, *op.cit.* p. 171

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 176

<sup>41</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p.176

procedimento de consenso, onde vítima e infrator e, quando necessário, outras pessoas afetadas pelo crime, como sujeitos centrais, *“participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.”*<sup>42</sup>. Esse mesmo autor diz ser a Justiça Restaurativa ‘a luz no fim do túnel’ face à ineficiência do nosso sistema de justiça criminal.

Para Pedro Scuro Neto, ‘fazer justiça’ sob o olhar restaurativo,

Significa dar resposta sistemática às infrações e as suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir, de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devam ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.<sup>43</sup>

A Resolução 2002/12 da ONU, conceitua:

1. Programa Restaurativo significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.
2. Processo Restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.
3. Resultado Restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.<sup>44</sup>

Sobre os resultados restaurativos, cabe a comparação com o modelo retributivo, pois a simples imposição da pena desvia os ofensores da responsabilidade por seus atos *“porque lhes permite chamar a atenção para a*

<sup>42</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: PINTO, Renato Gomes. SLAKMON, Catherine. VITTO, Renato Campos Pinto de. (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. p. 20. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf)>. Acesso em 18 nov. 2017

<sup>43</sup> SCURO NETO, Pedro. **Fazer Justiça Restaurativa – padrões e práticas**. Disponível em: <<http://ij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/fazer-justica-restaurativa>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

<sup>44</sup> CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Organização das Nações Unidas: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/46c455820.html>>. Acesso em 18 nov. 2017.

*injustiça que estão sofrendo na forma de punição.*<sup>45</sup>. O modelo de justiça restaurativa exige dos ofensores uma postura de olhar para a vítima e para si a partir dos seus atos, o que resulta, inevitavelmente, no sentimento de responsabilidade futura de sua parte. Gomes Pinto diz ser essa responsabilidade um dos valores desse modelo restaurativo: enquanto a justiça retributiva prima pela culpabilidade individual direcionada para o passado (estigmatização), a justiça restaurativa valoriza a responsabilidade, pela restauração, perante a sociedade, compartilhada coletivamente e visando o futuro.<sup>46</sup>

Nesse mesmo sentido, John Braithwaite explica que

A responsabilidade ativa distingue-se da passiva, que é a norma do processo penal convencional. A responsabilidade passiva significa culpar alguém por algo que fez no passado. A responsabilidade ativa significa responsabilizar-se por fazer as coisas direito no futuro. A teoria da justiça restaurativa entende que a punição criminal convencional desestimula a responsabilidade ativa.<sup>47</sup>

É crucial dizer que o modelo de justiça restaurativa se baseia em valores e respeito, ele retira as funções principais de advogados e juízes e atribui esses papéis àqueles que efetivamente se envolveram no episódio crime e, como já dito, diferentemente do modelo retributivo, os resultados restaurativos são outros pelo simples fato de que *“a participação não está confinada aos temas de culpa, atribuição da culpa e punição”*<sup>48</sup>, muito pelo contrário, as pessoas são diferentes, logo, os graus dos danos causados por um crime também serão e é por esta razão que a justiça restaurativa insere vítima e o ofensor no processo primando pela escuta e pelo diálogo:

---

<sup>45</sup> ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 244

<sup>46</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: PINTO, Renato Gomes. SLAKMON, Catherine. VITTO, Renato Campos Pinto de. (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. p. 24. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf)>. Acesso em 18 nov. 2017.

<sup>47</sup> BRAITHWAITE, John. **Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação – verdade – prevenção**. In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 379.

<sup>48</sup> TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. **Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo**. In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p.424

O objetivo do processo é extrair a experiência pessoal de cada indivíduo no evento. O processo de justiça restaurativa procura fornecer, por meios das perspectivas e experiências únicas, uma oportunidade para que os indivíduos envolvidos no processo possam superar o ocorrido.<sup>49</sup>

Por esta razão que defende ser a justiça restaurativa baseada (também) em respeito. O ‘simples’ e grandioso ato de escutar o outro é uma imensa demonstração de respeito. E há uma necessidade da vítima de que alguém lhe escute, que alguém ouça a sua história e sobre os seus sentimentos em relação a isso. Zehr pondera que *“as vítimas têm necessidade de segurança, reparação, justificação e empoderamento, mas precisam, especialmente, encontrar significado. (...) As vítimas precisam encontrar respostas para suas dúvidas sobre o que aconteceu, por que aconteceu e o que está sendo feito a respeito.”*<sup>50</sup>. Do outro lado, é importante também para o ofensor ser ouvido: a oportunidade de contar a sua história pode ser um passo muito importante para assumir as suas ações e de identificar meios de se ‘transformar’. *“O ato de ser escutado manda uma mensagem clara tanto para as vítimas quanto para os infratores, indicando que suas experiências são importantes e significativas.”*<sup>51</sup>. O modelo restaurativo oferece isso através do diálogo.

Cabe ressaltar que a realização desse diálogo só se dá com a concordância de ambas as partes, ofensor e vítima e, perante a sua anuência em participar, terão o auxílio de um terceiro que atuará como um facilitador, o qual tem por objetivo criar um ambiente onde vítima e ofensor possam debater as suas perspectivas e criar, de forma conjunta, o sentido do que aconteceu e dar uma resposta para isso. Em outras palavras, o facilitador deve garantir que vítima e ofensor tenham a oportunidade de serem ouvidos e de serem tratados com respeito por todos os presentes no ato, visto que pessoas ligadas à vítima e ao ofensor também podem participar.<sup>52</sup>

De acordo com Gomes Pinto, faz-se Justiça Restaurativa a partir de um procedimento que harmoniza técnicas de mediação, conciliação e transação

<sup>49</sup> TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. *loc. cit.*

<sup>50</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa]**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 183.

<sup>51</sup> TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. *op. cit.* p. 425

<sup>52</sup> PARKER, L. Lyanette. **Justiça Restaurativa: um veículo para a reforma? Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2017.



previstas pela legislação e “com metodologia restaurativa, mediante a participação da vítima e do infrator no processo decisório, quando isso for possível e for essa a vontade das partes.”<sup>53</sup>. Essa intervenção restaurativa acaba por ampliar os horizontes da vítima e de seu ofensor, na medida em que cede espaço para a confissão, para o arrependimento, para o perdão e para a reconciliação, além de possibilitar “um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais envolvidas num conflito.”<sup>54</sup>.

Por óbvio que os aspectos procedimentais desse modelo de justiça não se limitam apenas aos apresentados, no entanto, eles se mostram suficientes para entendermos a essência do modelo restaurativo. Sobre os procedimentos, cabe mencionar, por fim, a possibilidade de realização de encontros “temáticos” para os casos em que se desconhece o ofensor ou quando a vítima não demonstra interesse em ter qualquer contato com esse. Rolim explica que para esses encontros,

(...) podem ser selecionados, de um lado, um grupo de infratores que tenham cometido o mesmo tipo de infração e, de outro, pessoas que tenham sido vitimadas por ela. Assim, mesmo na ausência de uma relação direta e causal entre a vítima e infrator, teríamos um encontro que simbolizaria legitimamente essa relação.<sup>55</sup>

Temos, portanto, mais uma demonstração da preocupação que o modelo restaurativo tem em relação à vítima, dando a possibilidade para que ela possa conhecer algumas das respostas que busca, suprir as suas necessidades e alcançar a ‘cura’, virar a página e seguir a sua vida em frente, ainda que não queira ter qualquer tipo de contato com o seu ofensor.

Esses diálogos propiciados pela justiça restaurativa almejam alcançar resultados satisfatórios para os todos seus partícipes, seja vítima, ofensor ou ainda quaisquer outras pessoas que possam ter sido eventualmente afetadas pelo

<sup>53</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: PINTO, Renato Gomes. SLAKMON, Catherine. VITTO, Renato Campos Pinto de. (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. p. 28. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/aplps/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplps/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf)>. Acesso em 18 nov. 2017.

<sup>54</sup> BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça Restaurativa: a cultura de paz na prática da justiça**. Site do Juizado da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://ij.jt.rs.jus.br/justica-restaurativa/cultura-de-paz-na-pratica-da-justica>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

<sup>55</sup> ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006. p. 246

crime. No entanto, esse modelo não direciona o seu foco tão somente para o resultado. O procedimento em si, o caminho até que se possa alcançar a satisfação de todos carrega uma série de benefícios, a partir do momento em que tem o condão de fortalecer todos aqueles que comumente não têm voz no processo de justiça, é como bem descrevem autores já referidos, “*ele aponta para a capacidade das pessoas de resolverem os seus próprios problemas*”<sup>56</sup>. São de fato benefícios que atingem a todos, pois,

As vítimas, os infratores e as pessoas envolvidas na facilitação desses processos começam a enxergar para além desses esteriótipos e das generalizações que criam a respeito das pessoas envolvidas no crime. (...) Por meio do diálogo, as categorias de “nós” e “eles” são desfeitas, para dar lugar a uma categoria que engloba a todos e que é moldada pelo seu entendimento conjunto do crime.<sup>57</sup>

Entretanto, este é o momento onde se faz necessário deixar claro que, como já mencionado, não há a intenção de aprofundar em meios e modos de procedimentos ou quais os crimes podem ser submetidos às práticas de justiça restaurativa. O que se quer deixar bem entendido é a essência proposta por este modelo restaurador de resgatar pessoas ‘esquecidas’ pelos procedimentos tradicionais, entender e suprir as suas necessidades como um indivíduo e, como um ‘bônus’, prevenir efetivamente a ocorrência de novos crimes.

Pode-se dizer, inclusive, que as características da justiça restaurativa não devem ser atreladas a procedimentos demasiadamente formais ou burocráticos, sob pena de perdermos grande parte da sua razão de ser. Tanto é que os valores restaurativos podem – e devem – ser aplicados não só em procedimentos judicializados, mas também em conflitos existentes em ambientes corporativos, escolares ou comunitários, pois o diálogo é a melhor forma de se solucionar qualquer problema, além de ser o cerne da Justiça Restaurativa. Um exemplo disso é que, no ano de 2005, desenvolveu-se uma experiência em quatro escolas da rede pública e privada de Porto Alegre/RS, introduzindo práticas de Justiça Restaurativa face a conflitos nessas instituições. Frisou-se a capacidade de resolução dos círculos restaurativos realizados e a “mudança do clima” no ambiente escolar:

<sup>56</sup> TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. **Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo**. In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 427

<sup>57</sup> TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. *loc. cit.*

A importância da participação em Círculos Restaurativos, enfocando conflitos entre docente e discente, revelou uma intencionalidade: a do professor, predisposto a acolher o aluno, e a do aluno, predisposto a ouvir o professor. Nesse processo, ocorre um alongamento do olhar do educador, que passa a ver o aluno não mais como um “aluno-problema”, mas sim como uma pessoa com necessidades, desejos, carências e, ao mesmo tempo, com responsabilidades ao estabelecer um acordo em comum que atenda as necessidades de todos os envolvidos.<sup>58</sup>

Nessa senda, se refletirmos, o ato de ‘punir’ alguém também é aplicado em diversos ambientes, basta ter um mínimo de autoridade para tanto, como em uma relação, onde acontece determinado episódio que acarreta em uma aplicação de punição pelo chefe em relação ao seu subordinado. Outro exemplo é o castigo dado pelos pais ao filho que descumpriu uma regra imposta no âmbito familiar. A retribuição dessa violação com castigo não assegura que determinado fato não se repita, muito pelo contrário, hipoteticamente, a imposição de uma ‘punição’ pode gerar um sentimento fúria pelo simples fato da criança não ter a completa capacidade de compreensão do quão tal violação pode ser prejudicial, fazendo com que ela alimente sensações de injustiça. Nesse último caso, por exemplo, se pensássemos em aplicar os valores restaurativos, uma simples explicação para que a criança possa ter um entendimento do que aconteceu bastaria para que não se repetisse. Esse é o contraponto entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa: aquela busca única e exclusivamente a culpa individual e a imposição de pena, enquanto essa se preocupa em enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do fato.

Em suma, a Justiça Restaurativa propicia o **encontro** entre o ofensor, vítima e outras pessoas que tenham vínculo de afeto com esses ou que possam oferecer-lhes assistência, permitirá que os envolvidos dialoguem para que se conheçam, que compartilhem os seus medos, preocupações e sofrimentos e, que possam refletir conjuntamente sobre o episódio, o porquê ele aconteceu e as suas consequências. Além disso, garante que a **inclusão** ou a **participação** concreta das partes ocorra em condições de paridade e respeito mútuo, para que se possa alcançar a melhor forma de **reparação**<sup>59</sup> simbólica e/ou com a devolução ou

<sup>58</sup> AGUINSKY, Beatriz Gerhenson. GROSSI, Patrícia Krieger. SANTOS, Andréia Mendes dos. **Justiça Restaurativa nas escolas de Porto Alegre: desafios e perspectivas.** In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (orgs.). *Justiça para o século 21: semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha.* Porto Alegre: Nova Prova, 2008. p. 82.

<sup>59</sup> César Barros Leal explica que a reparação consiste na devolução ou restituição do bem material,

restituição material. Ainda promove a **reintegração** tanto da vítima – que por muitas vezes acaba por estigmatizada e passa por um processo de revitimização –, bem como do ofensor que, neste caso, vai além da sua aceitação pela sociedade, *“pois se busca com afincos sua integração plena e produtiva, intentando evitar que se instale a porta giratória da reincidência.”*<sup>60</sup>, promovendo a **transformação** dos sujeitos envolvidos no crime:

- a) o autor do fato ofensivo, que percebe o mal causado, assume sua responsabilidade, sente vontade de se comunicar com a vítima e sua família e, caso o processo restaurativo logre êxito, escapa dos males do cárcere como a aglomeração rotineira, a coabitação forçada e a prisionização, esperando-se que a sua transformação seja dupla (cognitiva e emocional);
- b) a vítima, porque vê que o dano, material e/ou moral, é reparável, propende a não exibir traumas psicológicos, recupera sua autoestima, sua tranquilidade e conhece melhor, de boa fonte, o ofensor, assimilando seu atuar e as circunstâncias que o conduziram à sua vida marginal e ao incidente delitivo;
- c) os membros afetados ou não da comunidade, incluindo ocasionalmente os familiares e amigos dos infratores e das vítimas, na medida em que estes exerçam um papel proativo, ao contribuírem para sua reinserção social, favorecendo a melhoria da vida comunitária e a paz pública.<sup>61</sup>

Trata-se, portanto, de um modelo onde ninguém perde e todos ganham, que pode ser enxergado como uma alternativa ou mesmo como um complemento à justiça penal tradicional, a qual é marcada por formalismos, pela relação traumática onde as partes são vistas como inimigas e distantes. A Justiça Restaurativa, assim, agrega por assegurar uma resolução menos morosa, mais econômica e, principalmente, mais humana, pois *“o imputado não pode ser instrumentalizado, tratado como objeto, como se uma res fosse, mas como um sujeito de direitos, um sujeito do processo.”*<sup>62</sup>.

---

pagamento de indenização ou ainda no trabalho a favor do afetado pelo crime, seja a vítima, sua família, com mesmo a comunidade e, tem-se por reparação simbólica o ato de arrependimento, um pedido de desculpas, o compromisso de mudar a conduta, etc. LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa**: amanhecer de uma era: aplicações em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá, 2014. p. 56

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 60

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 60-61.

<sup>62</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13.

### 3 UMA JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA

A adolescência é uma das fases mais ricas da vida humana. É um momento de aprendizagem, de experimentação, inovação, uma fase de inúmeras de possibilidades. No entanto, faz-se necessário o reconhecimento de que vivemos em um país repleto de vulnerabilidades que afetam gravemente nossos adolescentes. Infelizmente, é indispensável dizer o óbvio ao afirmar que ser adolescente é ser um sujeito de direitos, vivendo uma fase de desenvolvimento determinante para a vida adulta que carece ser experimentada com apoio, estímulo e proteção. É na adolescência que o indivíduo constrói a sua autonomia, a sua identidade, aprende e faz descobertas. É nessa mesma fase que suas famílias têm a oportunidade de criar um relacionamento com o jovem baseado no diálogo, possibilitando, inclusive, que esse possa auxiliar na tomada de decisões no âmbito familiar, o que contribuirá muito para o seu processo de amadurecimento<sup>63</sup>.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/1990 – é assentado na proteção integral e no interesse superior da criança e do adolescente. Entretanto, para que se faça valer o direito de ser adolescente no Brasil, é essencial que se superem as desigualdades e que se reduzam ao máximo as vulnerabilidades que limitam o desenvolvimento de uma adolescência plena, sem que esta seja marcada por estigmas e estereótipos:

As experiências de ser adolescente, sejam no plano físico, psíquico ou social, são distintas para cada menino ou menina, por vários fatores: o lugar onde se vive, por exemplo, ou também a forma pelo qual o adolescente interage e participa, seja da vida familiar, na escola, no bairro onde vive, na cidade onde mora.<sup>64</sup>

Entre as vulnerabilidades que atingem nossos jovens, podemos destacar, inicialmente, aquela que pode desencadear tantas outras: a situação de pobreza. Infelizmente, essa é uma fragilidade transmitida por gerações que tem o condão de reduzir a confiança do adolescente na possibilidade de ter um futuro melhor. Outra vulnerabilidade que merece ser debatida é a evasão escolar, pois a baixa

<sup>63</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **O direito de ser adolescente:** Oportunidade para reduzir vulnerabilidade e superar desigualdades. Brasília/DF: UNICEF, 2011.

<sup>64</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **O direito de ser adolescente:** Oportunidade para reduzir vulnerabilidade e superar desigualdades. Brasília/DF: UNICEF, 2011. p. 17

escolaridade instala limites às futuras oportunidades que o indivíduo terá não só na adolescência, mas por toda a sua vida. Entre tantas outras instabilidades enfrentadas pelos adolescentes brasileiros produzidas em um contexto social e também as desigualdades que são resultados de anos e anos de exclusão e discriminação, encontram-se os fatores que acabam por afetar o desenvolvimento na adolescência.

Estamos diante de sérias fraquezas que confrontam nossos adolescentes e, nessa perspectiva, não é difícil entender o porquê muitos deles encontram no ato infracional uma possibilidade de sobrevivência. Fato é que a sociedade moderna vem experimentando o gosto amargo do crescente aumento da violência juvenil, importante ressaltar não ser esse o único e exclusivo responsável pelo aumento das taxas da violência urbana. Entretanto, não é novidade para ninguém que a prática de violência por adolescentes sempre acaba por ganhar um espaço amplo na mídia, que reforça a ideia de que a adolescência é um momento de crise e de conflito, despertando a indignação da população em geral que exige respostas, maior repressão e a redução da idade penal como se isso fosse uma verdadeira solução para o problema: resultado da ignorância e a falta de interesse de uma sociedade que exige soluções, mas fecha os seus olhos e ouvidos para as verdadeiras causas do problema, quais sejam, as vulnerabilidades enfrentadas pelos adolescentes.

Portanto, é indispensável buscar soluções para as reais necessidades das crianças e adolescentes para além de uma abordagem meramente punitiva quando da prática de um ato infracional – lembrando que, todo adolescente que ainda não tenha alcançado a maioridade penal de 18 anos, conforme previsão do ECA, e que venha a cometer um ato infracional, será responsabilizado, podendo cumprir alguma das medidas socioeducativas previstas pelo artigo 112 conjuntamente com as medidas protetivas do artigo 101 do referido diploma legal. Entretanto, Rosane Teresinha Carvalho Porto explica que,

a imposição de medidas mal compreendidas pelo adolescente, como, por exemplo, a liberdade assistida, pode ocasionar o seu aniquilamento, pois as instituições que fazem as vezes do Estado representam, no discurso mascarado, o "Grande Irmão", aquele que precisa ser amado e tem por mote ser o que "tudo pode e tudo controla". Dito isso, pode-se afirmar que, ainda hoje, as instituições são "instituições de sequestro", porque retiram dos indivíduos a sua condição cidadã.

Por sua vez, o estigma de "infrator" aniquila o adolescente, de tal maneira que a aplicação da medida socioeducativa sem objetivos efetivamente

educativos não possibilita o recomeçar, isto é, ir ao encontro da sua autonomia de responsabilidade.<sup>65</sup>

Outrossim, é importante frisar também que o cumprimento de medida socioeducativa privativa de liberdade não tem o poder de evitar a reincidência, *“quer por condicionantes próprios da situação particular de cada adolescente e família quer em função do contexto econômico e social cujas determinações incidem na prática do ato infracional.”*<sup>66</sup>. Há, dessa forma, uma unanimidade entre especialistas de que a Justiça Restaurativa é universalmente recomendada para esses adolescentes infratores, pois *“destaca quão relevante é o fato de que os adolescentes assumam responsabilidade por seus atos, uma postura que vem a ser básica para sua formação (afinal, são adultos imperfeitos) e seu desenvolvimento pessoal.”*<sup>67</sup>.

O crescimento da violência juvenil nos mostra que o controle sobre a juventude foi transferida dos espaços informais (família, escola, comunidade, etc) para as instituições de justiça criminal e para a polícia. No entanto, para a construção de um cenário livre de delinquência juvenil é crucial o restabelecimento dos laços entre os jovens e os indivíduos ao seu redor, pois a complexidade em que está inserido o jovem infrator cruza as fronteiras do direito, devendo ser levada também em consideração a sua relação com a sociedade. A contribuição da justiça restaurativa, nesse aspecto, vem muito dos princípios que a norteiam: o respeito, o diálogo, a participação, o protagonismo, a inclusão, visto que o *“reconhecimento dos adolescentes privados de liberdade e seus familiares em sua condição de sujeitos na sua relação com o social é importante na busca da ampliação dos espaços para a expressão da autonomia”*<sup>68</sup>, sem falar que *“as experiências de respeito, de diálogo e de protagonismo no círculo familiar*

<sup>65</sup> PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **A JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO BRASIL**: Uma análise a partir da experiência da 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008. p. 77. Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060751.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

<sup>66</sup> CAPITÃO, Lúcia. **A democratização do atendimento a adolescentes privados de liberdade: interface com a justiça restaurativa**. In: CRUZ, Roberto Moraes. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. 1. ed. São Paulo: Vektor, 2009. p. 162

<sup>67</sup> LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa: amanhecer de uma era: aplicações em prisões e centros de internação de adolescentes infratores**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 186

<sup>68</sup> CAPITÃO, Lúcia. **A democratização do atendimento a adolescentes privados de liberdade: interface com a justiça restaurativa**. In: CRUZ, Roberto Moraes. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. 1. ed. São Paulo: Vektor, 2009. p. 165

*possibilitam o reforço das potencialidades destes atores sociais para os enfrentamentos múltiplos do convívio social.*<sup>69</sup>

Como já mencionado, a adolescência é uma fase de desenvolvimento e aprendizagem, logo, a construção de princípios e valores ainda está em aberto neste período. Por essa razão, as práticas de Justiça Restaurativa podem exercer maior efetividade em face do adolescente infrator que, quando confrontado com as consequências do seu ato infracional, tem mais clareza em admitir a si mesmo que a sua conduta é reprovável e tirar a melhor lição disso.

Leal afirma serem incontáveis as vantagens das práticas restaurativas sobre o modelo de justiça juvenil e, entre eles estão:

a) a **reconciliação do menor justiçaável com o ofendido e a comunidade**, o que reforça o sentimento de segurança e restaura e/ou fortalece os vínculos sociais, rompidos com a infração; b) a **reparação pontual do dano infligido**, com a admissão de trabalhos em benefício da comunidade; c) a **potenciação do sentido de prevenção**, (...); d) O imediatismo de uma resposta desjudicializadora, consoante com os princípios reitores da subsidiariedade (accessoriedade ou secundariedade) e da fragmentação do direito penal (sua aplicação como *extrema ratio*) ou da intervenção mínima, com o consequente **descongestionamento da Justiça Juvenil**; e) **A permanência do menor em sua família em seu grupo social**; f) A minguada das cifras de internamento (em centros que têm um histórico de transgressão de direitos e se equiparam às piores prisões, isto é, fábricas de desesperação, instituição de aglomeração, convertidas em sepulcros de criaturas viventes), **evitando-se assim a contaminação que fomenta a recidiva.**<sup>70</sup> (grifos meus).

Nessa senda, a aplicabilidade da justiça restaurativa se justifica, pois a proteção do interesse superior da criança e do adolescente assentada no ECA significa, inclusive, que a repressão/castigo deve ser trocada por objetivos de reabilitação e justiça restaurativa em favor do adolescente infrator. Inclusive, a Lei 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), preconiza tal substituição em seu artigo 35, inciso III:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

A Justiça Restaurativa, portanto, apresenta-se como uma melhor

<sup>69</sup> CAPITÃO, *loc. cit.*

<sup>70</sup> LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa**: amanhecer de uma era: aplicações em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá, 2014. p. 187-188.



alternativa, estendendo suas duas mãos, pois, ao passo que se propõe a confrontar e desaprovar as transgressões, também oferece as condições necessárias para a reintegração do adolescente infrator. E, conforme explica Paula Inez Cunha Gomide, “qualquer programa de recuperação de jovens infratores deve buscar melhorar a relação pais e filhos”<sup>71</sup>, o que também é proposto pela Justiça Restaurativa, visto que, enquanto os procedimentos tradicionais se preocupam tão somente com o tratamento individual dos infratores, o modelo restaurativo envolve não só o indivíduo, mas também a sua família e a comunidade nesse procedimento colaborativo de reabilitação. Essa ação nada mais é do que os já mencionados laços rompidos, sendo restabelecidos.

Para materializar as práticas restaurativas em conflitos que envolvem adolescentes infratores, podemos citar o projeto implementado no ano de 2005 na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS, intitulado “JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21”. Tal projeto, articulado pelo núcleo de estudos em Justiça Restaurativa da Escola Superior da Magistratura – AJURIS, foi criado com o objetivo de semear e aplicar as práticas da justiça restaurativa, estruturando estratégias de progressividade de atuação em quatro áreas: (i) Justiça Restaurativa nos processos judiciais; (ii) Justiça Restaurativa no atendimento socioeducativo; (iii) Justiça Restaurativa na educação; e, (iv) Justiça Restaurativa na comunidade.<sup>72</sup>

Em funcionamento experimental desde 2006, em 29 de janeiro de 2010 é declarada a existência da Central de Práticas Restaurativas junto ao Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre, disposição do artigo 1º, da Resolução 822/2010 do COMAG, instituída com o objetivo de “realizar procedimentos restaurativos em qualquer fase do atendimento de adolescente acusado da prática de ato infracional.”<sup>73</sup>

No relatório disponibilizado pela Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre com dados

<sup>71</sup> GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Reintegração do adolescente infrator ao meio social**. In: CRUZ, Roberto Moraes. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Psicologia Jurídica: perspectivas teóricas e processos de intervenção**. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2009.p. 172

<sup>72</sup> CURTINAZ, Shirlei de Hann. Silva, Susiâni. **Justiça para o século 21: semeando justiça restaurativa na capital gaúcha**. In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (orgs.). **Justiça para o século 21: semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008. p. 15.

<sup>73</sup> BRANCHER, Leoberto. **Projeto de Criação da Central de Práticas Restaurativas**. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/MICROSOFT-WORD-822-2010-CRIACAO-DA-CENTRAL-DE-PRATICA-RESTAURATIVA.PDF>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

referentes ao período de 01 de janeiro a 29 de agosto de 2012, destaca-se a afirmação sobre o impacto positivo da aplicação de práticas restaurativas nos envolvidos pelo projeto, observando, entretanto, uma certa dificuldade das famílias em dialogar e construir alternativas para o futuro e, ainda, a importância do coordenador do procedimento restaurativo para esses casos, pois ele detém papel fundamental, facilitando o diálogo através de técnicas específicas. Importantíssimo relatar também que esse mesmo relatório traz a valorosa informação de que, no período mencionado, *“a CPR JIJ promoveu um total de 79 (30,27%) encontros restaurativos envolvendo ofensores, vítimas e comunidades. Destes Encontros Restaurativos que envolveram a participação de ofensores, vítimas, famílias e comunidades, foram construídos e cumpridos os acordos em 100% dos casos.”*<sup>74 75</sup>

Como podemos perceber, além de trazer inúmeros benefícios para as partes e para a sociedade, trata-se um projeto exitoso. Além dos números, podemos identificar isso através alguns dos depoimentos de pessoas submetidas:

#### **Vítimas:**

1. “(...) a justiça restaurativa quer oferecer uma chance dele entender que o que ele fez é errado. Uma chance para ele ouvir a pessoa a qual ele submeteu a uma situação que é muito constrangedora de medo, enfim, de perigo e tudo mais. Que ele possa entender os danos que ele causou não só financeiro e sim são psicológicos são emocionais assim por diante.”
2. “Me senti bem porque resolveu os meus problemas.”

#### **Adolescentes:**

1. “(...) eles querem é que tu te conscientize mesmo para não fazer de novo.”
2. “(...) e tudo acabou estando consciente (...) tu acaba voltando ao tempo (...) mas voltando ao tempo pra tua vida poder prosseguir.”
3. “Foi diferente, eles colocaram a família em primeiro lugar e colocaram eu incluído (...) falaram a respeito do meu comportamento, entendeu, da minha disciplina e colocaram a situação que aconteceu. Voltaram a isso e tal e teve toda uma conversa.”

#### **Familiar de adolescente:**

1. “(...) estar junto com os familiares, com as pessoas que são importantes pra ele, (...) conversando com ele, falando tudo que sente, acho que é uma coisa que todos os jovens que tão na FEBEM ou tão cumprindo alguma medida tinham que fazer isso porque foi realmente

<sup>74</sup> DEBONI, Vera Lúcia. **Relatório CPR JIJ**. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/RELATORIO-CPR-JIJ-AGO-2012-FINAL.PDF>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

<sup>75</sup> No ano de 2014 a CPR/RS foi incorporada ao Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania – CEJUSC Práticas Restaurativas que, além dos casos encaminhados pelo 3º Juizado da Infância e juventude, passou a contribuir com a oferta de procedimentos restaurativos em processos do 2º Juizado da Infância e processos criminais oriundos da Vara de Execução Criminal de Porto Alegre e da Vara de Execução e Medidas Alternativas.

muito bom.”

2. “(...) porque ele pode ver como é que essa pessoa se sentia ele fazendo o que ele fez.”

3. “Esse encontro restaurativo é melhor, é mais forte, bate mais de frente. Que a família tá ali, se o adolescente gosta da família se abate, né? Comove ali. Que foi bem forte o nosso lá, foi muito bonito mesmo. Sim, ele comoveu muito, né? Mexeu muito, as lágrimas no rosto dele, ele olhando fixo pra gente.”

“Eu pensava que era umas pessoas assim (...) já vinha agredindo a gente dizendo as coisas, pensei que era policial, aquela coisa, sabe, né? Eu nunca tinha ido né? (...) mas quando eu cheguei lá, meu Deus, foi muito diferente, né? Eles tanto apoiava ele (adolescente) como nós né?”.<sup>76</sup>

O que essas falas nos passam são as sensações de satisfação experimentadas pelas vítimas, não só por encontrarem uma solução para o conflito, mas também pela certeza de que o adolescente entendeu as consequências graves do seu ato. Mas é na fala dos adolescentes e de seus familiares que encontramos a verdadeira essência da justiça restaurativa: ter a certeza de que o ofensor foi ouvido e, acima de tudo, respeitado; entender que se busca também a sua conscientização da desaprovação da conduta; a sensação de ser acolhido e incluído, são alguns dos sentimentos transmitidos pelos depoimentos dos adolescentes que compreenderam que o caminho é solucionar para virar a página e seguir em frente.

Nessa senda, destaca-se o trecho do depoimento de um familiar de adolescente submetido às práticas restaurativas que sugere que todos os jovens em cumprimento de medidas socioeducativas deveriam passar por círculos restaurativos para dizer que a Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul – FASE/RS, apoiando-se na metodologia da Comunicação Não Violenta (CNV) e da Construção de Paz da Justiça Restaurativa, em parceria com o TJ/RS, JIJ/POA e o Programa de Justiça para o século 21, promove ações restaurativas, fundamentadas nas diretrizes da integração das políticas relativas à infância e adolescência, dos atores dos sistemas judiciário, executivo e legislativo, considerando a importância da mediação de conflitos no campo do diálogo e da comunicação não violenta possibilitando a construção de territórios de paz.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Depoimentos disponíveis em: <<https://web.archive.org/web/20161019234515/http://justica21.org.br/j21.php?id=372&pg=0#.Wign40qnHIU>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

<sup>77</sup> Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Governo do Rio Grande do Sul. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. Fundação de Atendimento Sócio – Educativo do Rio Grande do Sul. / **PEMSEIS**: Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre: SDH; FASE, 2014. p. 56. Disponível em: <[http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2014/11/PEMSEIS\\_v111.pdf](http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2014/11/PEMSEIS_v111.pdf)>.

Os procedimentos restaurativos implementados na FASE/RS consistem em<sup>78</sup>:

(i) **Círculos Familiares** adotados durante o cumprimento de medida socioeducativa de internação provisória, internação sanção ou semiliberdade, onde o adolescente/ jovem adulto, familiares, comunidade, rede de atendimento de profissionais da FASE/RS, são colocados diante de princípios e valores restaurativos, objetivando a compreensão do adolescente sobre a desaprovação do ato infracional, a responsabilização por suas consequências, o auxílio no cumprimento da MSE e o restabelecimento dos laços rompidos com a sociedade e com a família.

(ii) **Círculos de Adesão** adotados no momento em que o adolescente recebe a progressão da MSE de internação para a semiliberdade, com o objetivo de dar continuidade ao processo socioeducativo, dando uma nova oportunidade para que o adolescente possa refletir sobre o seu ato e as consequências dele.

(iii) **Círculos de compromisso** adotados como variantes dos Círculos Restaurativos Familiares, sem a participação efetiva da vítima, englobando o adolescente e a respectiva comunidade de apoio e rede externa, com o objetivo de firmar o Plano Individual de Atendimento para o Egresso no momento de desligamento da MSE de internação, semiliberdade e/ou progressão para MSE de meio aberto.

(iv) **Círculos de Construção de Paz/ Resolução de Conflitos** adotados com o intuito de debater as diversas formas de intervenção para a resolução de conflitos, possibilitando que os envolvidos possam trocar sentimentos, pensamentos e apoio entre eles. É um momento para fortalecer a comunicação não violenta, baseando-se no diálogo, na escuta, buscando o restabelecimento das relações saudáveis.

Essas ações baseadas em práticas restaurativas se revelam com extrema importância, visto que buscam o entendimento do adolescente sobre os seus atos, as consequências dele e, fazem tudo isso, através do diálogo, com a inclusão da família, buscando o restabelecimento de relações rompidas, para que o cumprimento da medida socioeducativa seja um período de reconstrução e

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 56-58

aprendizado, almejando um futuro melhor. Nesses casos, os envolvidos também reproduzem falas positivas:

**Operador Técnico – FASE:**

1. “(...) é uma maneira nova de olhar para a justiça de fazer a justiça e diminuir a questão retributiva.”
2. “(...) nos encontros que a gente tem feito aqui, que não é com a presença da vítima, mas com a presença da família, a gente tem conseguido que o adolescente, tanto o adolescente como a família eles possam expressar e expressar os sentimentos de uma maneira até nova para eles.”

**Adolescente – FASE:**

1. “Só pra dizer que esse encontro restaurativo foi muito bom... se continuar vai longe. Espero que não termine por aí. É só o que eu tenho pra falar.”
2. “(...) e é o certo pra fazer, não adianta tu sair dali entendeu e no momento do encontro tu falar uma coisa sair dali e fazer outra, então eu sai dali com a expectativa e fiz o que deveria, fiz o certo, eu vi que ali eu tava na hora de mudar.”
3. “(...)as coisas que eu prometi né e to cumprindo né, que é ficar mais perto da minha família né, que é o que eu mais quero, voltei pro grupo da igreja, não to no momento por que eu tô aqui no hospital, mas quando eu tava na rua eu tava indo tudo direitinho correndo tudo bem, procurando trabalho tudo direitinho, ganhando bastante atenção que eu queria da minha mãe. Ta acontecendo tudo jeito que eu queria corretamente.”
4. “O que eu tenho pra dizer é que deveria continuar esse projeto que vai ser bastante útil.”<sup>79</sup>

Como se vê, a adoção de práticas restaurativas em conflitos que envolvem adolescentes tem provado grande efetividade. Ser adolescente em país repleto de desigualdades não é tarefa fácil e não podemos ignorar tal fato. Os próprios adolescentes relatam que *“quando o diálogo é feito com respeito e com orientações, há mais segurança e confiança”*<sup>80</sup>, portanto os valores e princípios restaurativos são o melhor caminho a seguir, sempre buscando a conscientização do jovem de que o que acontece na sua adolescência determinará como será o seu futuro.

#### 4 CONCLUSÃO

São inúmeras as fragilidades existentes em nosso sistema de justiça penal que atualmente se encontra em crise. O que se propôs demonstrar foi o quanto é limitado esse olhar para o crime praticado pelo sistema que, da constatação da

<sup>79</sup> Todos os depoimentos disponíveis em:  
<<https://web.archive.org/web/20161019234515/http://justica21.org.br/j21.php?jd=372&pg=0#.Wign40qnHIU>>

<sup>80</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **O direito de ser adolescente:** Oportunidade para reduzir vulnerabilidade e superar desigualdades. Brasília/DF: UNICEF, 2011. p. 20

violação da lei, busca identificar tal responsável para lhe atribuir um castigo, simples e sistemático assim. Ocorre que a imposição de pena, como demonstrado, não previne crimes, provoca a reincidência, não educa, não ressocializa, enfim, não cumpre muitas das suas funções essenciais. Além de tudo, a pena é nada além de um castigo que não traz nenhum benefício nem para quem está sendo submetido a ela, nem para a vítima que acaba esquecida e precisa enfrentar sozinha os seus medos e traumas e, muito menos, para a sociedade que convive diariamente com as altas taxas de criminalidade, sabendo que, na pior das hipóteses, essas taxas permaneceram iguais, isto é, não reduzirão.

O que se busca, portanto, é uma alternativa, uma “luz no fim do túnel” e o que melhor tem se apresentado é o modelo restaurativo de fazer justiça. A Justiça Restaurativa enxerga o episódio crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, por isso, ela tem um olhar atento a todas as necessidades que nascem a partir do episódio crime, sejam elas do ofensor, da vítima ou da sociedade. É um modelo de justiça que busca restabelecer os laços rompidos pelo crime e faz isso através do diálogo e, principalmente, do respeito.

Enxergar além da violação e ver que existe uma pessoa que cometeu determinado crime, talvez por viver em um contexto social onde o crime é tido como uma “saída” ou tantas outras razões. Enxergar além e ver que está errado o Estado ser colocado como vítima enquanto a pessoa que sofreu a violação está sendo esquecida, não tem voz, não tem chance de expressar as suas necessidades e de entender o porquê precisou passar por isso. Enxergar além e ver que existe toda uma sociedade que sofre com “efeito dominó” causado pela mera imposição de pena em face do ofensor, pois a pena não previne a reincidência, não reduz as taxas de criminalidade, não ressocializa, ela simplesmente “faz justiça” e nada além disso. A Justiça Restaurativa, entretanto, enfrenta todas essas questões e busca solucionar todas elas, pois as práticas restaurativas permitem que todos tenham voz e sejam ouvidos.

Assim, os princípios e valores restaurativos se mostram como uma alternativa também para solucionar conflitos envolvendo adolescentes. Neste ponto, foi demonstrado que, infelizmente, uma grande parcela dos adolescentes brasileiros precisa conviver com diversas vulnerabilidades e, diante disso,

encontram no ato infracional uma possibilidade de sobrevivência. A adoção de práticas restaurativas só tem a contribuir nesses casos, elas são o caminho para a conscientização do adolescente sobre a desaprovação do seu ato, a compreensão de todas as consequências dele e que, vale a pena lutar pela transformação da sua vida, pois ainda que as marcas do mal causado resistam ao tempo, a certeza de que tudo foi conduzido da melhor forma também resistirá.

Talvez alguns não acreditem nessa transformação, a enxerguem como uma utopia. No entanto, não podemos esquecer que na adolescência os valores ainda estão em desenvolvimento. É nesta fase que se constrói a base de quem seremos quando adultos. Portanto, devemos alimentar o sentimento de que vale a pena buscar alternativas que tenham essa capacidade de transformação na vida dos nossos jovens, isso não determinará somente quem eles serão, mas também como será a nossa sociedade nos próximos anos e para as próximas gerações.

## 5 REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gerhenson. GROSSI, Patrícia Krieger. SANTOS, Andréia Mendes dos. **Justiça Restaurativa nas escolas de Porto Alegre: desafios e perspectivas.** In: BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (orgs.). *Justiça para o século 21: semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha.* Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** 7. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014.

BRAITHWAITE, John. **Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação – verdade – prevenção.** In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça Restaurativa: a cultura de paz na prática da justiça.** Site do Juizado da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/cultura-de-paz-na-pratica-da-justica>.

\_\_\_\_\_. **Lentes restaurativas: um novo foco sobre conflitos e os crimes.** In: BRANCHER, Leoberto (Org.). **Paz restaurativa: a paz que nasce de uma nova**

justiça: 2013-2013 um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2014. p. 9. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A\\_Paz\\_que\\_Nasce\\_de\\_uma\\_Nov\\_a\\_Justica.pdf](http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nov_a_Justica.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Criação da Central de Práticas Restaurativas.** Disponível em: <<http://fjj.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/MICROSOFT-WORD-822-2010-CRIACAO-DA-CENTRAL-DE-PRATICA-RESTAURATIVA.PDF>>.

Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Governo do Rio Grande do Sul. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. Fundação de Atendimento Sócio – Educativo do Rio Grande do Sul. / **PEMSEIS:** Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul. – Porto Alegre: SDH; FASE, 2014. Disponível em: <[http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2014/11/PEMSEIS\\_v111.pdf](http://www.fase.rs.gov.br/wp/wp-content/uploads/2014/11/PEMSEIS_v111.pdf)>.

CAPITÃO, Lúcia. **A democratização do atendimento a adolescentes privados de liberdade:** interface com a justiça restaurativa. *In:* CRUZ, Roberto Moraes. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Psicologia Jurídica:** perspectivas teóricas e processos de intervenção. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2009.

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

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Organização das Nações Unidas: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/46c455820.html>>.

CURTINAZ, Shirlei de Hann. Silva, Susiâni. **Justiça para o século 21:** semeando justiça restaurativa na capital gaúcha. *In:* BRANCHER, Leoberto e SILVA, Susiâni (orgs.). **Justiça para o século 21:** semeando Justiça e Pacificando Violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova, 2008. p. 15.

DEBONI, Vera Lúcia. **Relatório CPR JIJ.** Disponível em: <<http://fjj.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/RELATORIO-CPR-JIJ-AGO-2012-FINAL.PDF>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** o nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **O direito de ser**



**adolescente:** Oportunidade para reduzir vulnerabilidade e superar desigualdades. Brasília/DF: UNICEF, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMIDE, Paula Inez Cunha. **Reintegração do adolescente infrator ao meio social.** In: CRUZ, Roberto Moraes. ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. **Psicologia Jurídica:** perspectivas teóricas e processos de intervenção. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2009.

LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa:** amanhecer de uma era: aplicações em prisões e centros de internação de adolescentes infratores. Curitiba: Juruá, 2014.

McCOLD, Paul. WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma:** uma teoria de Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Em-Busca-de-um-Paradigma-Uma-Teoria-de-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei – A face obscura da sentença penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa:** da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARKER, L. Lyanette. **Justiça Restaurativa:** um veículo para a reforma? In: **Justiça Restaurativa.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: [http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf). Acesso em 18 nov. 2017.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: PINTO, Renato Gomes. SLAKMON, Catherine. VITTO, Renato Campos Pinto de. (Orgs.). **Justiça Restaurativa.** Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: [http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice\\_Pub\\_Restorative%20Justice.pdf](http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf).

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **A JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENDIMENTO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NO BRASIL:** Uma análise a partir da experiência da 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2008. p. 77. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060751.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SCURO NETO, Pedro. **Fazer Justiça Restaurativa – padrões e práticas.** Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/fazer-justica-restaurativa>>.

TOEWS, Barb. ZEHR, Howard. **Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo.** In: **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

TREVISAN, Maurício. **A vítima no processo penal: retrato na parede?** In: FONTANA, Milton (Org.). **MP/RS – Opinião e memória.** Porto Alegre: Memorial do Ministério Público, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça [justiça restaurativa].** São Paulo: Palas Athena, 2008.

# A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO NA APURAÇÃO DE ATOS INFRAACIONAIS PRETÉRITOS À CONCLUSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA JÁ IMPOSTA AO ADOLESCENTE

Douglas Lima de Souza<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é trazer uma nova visão para o instituto da unificação das medidas socioeducativas, mais precisamente sobre a aplicação de novas medidas aos adolescentes que já cumpriram ou que tenham progredido na fase executiva. Para isso, apresenta-se o problema da divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação do SINASE aos processos de conhecimento em curso. A metodologia comparativa adotada aponta para a possibilidade da aplicação do instituto já na fase de conhecimento, por questões de economia e celeridade processual. Como resultado da pesquisa, houve a contribuição para a minimização da ambiguidade jurídica, concluindo-se que a interpretação sistemática e inovadora do ECA em consonância com o SINASE servirá como referência para a aplicação prática em futuras decisões judiciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução de Medida Socioeducativa. Adolescente que já foi liberado da medida. Extinção da ação socioeducativa pela perda superveniente do objeto.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Sistema nacional de aplicação de medidas socioeducativas. 3 Princípios da brevidade e da intervenção mínima. 4 Unificação das medidas socioeducativas. 5 Extinção da medida socioeducativa pela perda superveniente do objeto. 6 Divergência jurisprudencial das turmas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7 Conclusão. 8 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Lei Federal n.º 12.594/2012, Lei do SINASE, restou estabelecido no ordenamento jurídico pátrio um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-

---

<sup>1</sup> Analista Processual da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Pós Graduado em Processo Civil.

se os sistemas estaduais, distritais e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos para atendimento dos adolescentes em conflito com a Lei, complementando a lacuna legislativa existente desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em vigência desde o início da década de 90.

Dentro do novo sistema de execução de medidas socioeducativas, o princípio da mínima intervenção restringiu a aplicação de medidas socioeducativas limitando-as a focar nos seus objetivos, que dentre outros, resumem-se na responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, a sua integração social e a garantia de seus direitos individuais e sociais, além da desaprovação da conduta infracional.

Ocorre que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo trouxe a regra do artigo 45, §2º, da Lei Federal n.º 12.594/2012 que vedou à autoridade judiciária aplicar nova medida socioeducativa, por atos infracionais praticados anteriormente, aos adolescentes que já tenham concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenham sido transferidos para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo que tais atos são absorvidos por aqueles aos quais se impôs anteriormente a medida socioeducativa.

Nesse viés, surge a problemática na hermenêutica jurídica, no sentido de estender a aplicação do acima mencionado para ações de conhecimento que apuram a responsabilidade do adolescente por condutas pretéritas ao processo originário que gerou a execução da medida socioeducativa.

Em suma, mesmo após sete anos da publicação da Lei do SINASE e da matéria já ter sido sumulada pelo Enunciado 43 do 4º Grupo Cível, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ainda não se posicionou de forma pacífica sobre o tema, surgindo posições divergentes entre as turmas cíveis quanto à matéria, gerando insegurança jurídica, porquanto, a extinção do processo de conhecimento dependerá da sorte na distribuição nas turmas, o que gera incerteza sobre o desfecho do instituto junto ao Tribunal Gaúcho, circunstância que causa inquietação aos operadores do direito e toda comunidade acadêmica gerada pelo imbróglie jurídico sobre o tema.

## 2 SISTEMA NACIONAL DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A Lei 12.594/12 (trata do SINASE – Sistema Nacional Socioeducativo) foi elaborada para complementar a Constituição Federal de 1988, bem como para alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras leis. Tal lei surgiu também para reforçar os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida socioeducativa, em se tratando de criança ou adolescente.

O SINASE integra o Sistema de Garantias dos Direitos Humanos, trata de uma articulação das instâncias governamentais na implantação de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. Tal articulação já vinha sendo tratada na Resolução 113 do CONANDA antes mesmo da publicação da Lei 12.594/12.

O Sistema de garantias dos Direitos Humanos é composto por três eixos: o eixo de promoção, o eixo de defesa e o eixo de controle. No caso, o SINASE está inserido no primeiro eixo, que promove políticas públicas gerais (para atender todo o público), relativas às medidas protetivas e voltadas aos autores de atos infracionais (aqueles a quem se dirigem as medidas socioeducativas).

Por sua vez, o SINASE<sup>2</sup>, enquanto sistema integrado, articula os três níveis de governo para o desenvolvimento dos programas de atendimento, considerando a corresponsabilidade e intersetorialidade da família, comunidade e Estado. O microsistema do SINASE estabelece, ainda, as competências e responsabilidades dos conselhos de direitos da criança e do adolescente, que devem sempre fundamentar suas decisões em diagnósticos e em diálogo direto com os demais integrantes do Sistema de Garantia de Direitos, tais como o CRAS, CREAS, Conselho Tutelar, Defensoria Pública, Ministério Público e o Poder Judiciário.

Com a criação do SINASE, as decisões sobre a aplicação de medidas socioeducativas passaram do protagonismo do Poder Judiciário para a democratização das decisões por um conjunto de órgãos, que se baseiam em diagnósticos técnicos e dialogam entre as diversas esferas de atuação do sistema, nas palavras de Eduardo Digiácomo (2016, p.18):

O objetivo do SINASE, enfim, é a efetiva implementação de uma política pública especificamente destinada ao atendimento de adolescentes autores de ato infracional e suas respectivas famílias, de cunho eminentemente

---

<sup>2</sup> Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006.

intersectorial, que ofereça alternativas de abordagem e atendimento junto aos mais diversos órgãos e "equipamentos" públicos (com a possibilidade de atuação, em caráter suplementar, de entidades não governamentais), acabando de uma vez por todas com o "isolamento" do Poder Judiciário quando do atendimento desta demanda, assim como com a "aplicação de medidas" apenas "no papel", sem o devido respaldo em programas e serviços capazes de apurar as causas da conduta infracional e proporcionar - de maneira concreta - seu tratamento e efetiva solução, como seria de rigor.

O SINASE criou um sistema com mecanismos de cooperação entre os diversos atores do sistema de proteção da criança e do adolescente, complementando o Estatuto da Criança e do Adolescente para subsidiar a atuação do Poder Judiciário na aplicação das medidas protetivas, sustentada nos princípios dos direitos humanos<sup>3</sup>. Contudo, importante destacar que as Resoluções 44/96 e 45/96 do CONANDA<sup>4</sup> já regulamentavam o Sistema de Garantias aos adolescentes em conflito com a Lei, no entanto, a Lei n.º 12.594/12 incorporou tais regras já previstas nestas resoluções.

Em suma, o SINASE como sistema garantista destaca a necessidade de o atendimento socioeducativo deixar de se vincular apenas ao caráter sancionatório e de se atingir uma dimensão ético pedagógica no processo de responsabilização (BRASIL, 2012).

Por isso, falar de responsabilização do adolescente em cumprimento de medida vai além da simples culpabilização deste, pois entende-se que a culpabilização impõe sofrimento e isolamento e desenvolve, por meio de formas assistencialistas de atenção, a passividade do adolescente. O caráter culpabilizante, que muitas vezes se vincula à responsabilização, desfavorece o desenvolvimento da autonomia, da cidadania e da participação dos adolescentes que o atendimento deveria visar (Aguinsky & Capitão, 2008).

A responsabilização juvenil defendida pelo ECA e pelo SINASE, derivada de uma interpretação que se distancia da abordagem meramente jurídica, objetiva a elaboração de novas formas de ação por meio de uma visão que possibilite uma ruptura com a infração e uma mudança de posicionamento subjetivo do adolescente (Yokoy, 2012).

---

<sup>3</sup><http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-eadolescentes/pdf/SinaseResoluoConanda.pdf>, acesso em 3/08/2019 às 21h33

<sup>4</sup> CONSELHO Nacional dos Direitos da Criança. *Resoluções, junho de 1993 a setembro de 2004*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. 200p.

Nessa perspectiva, a responsabilização do adolescente autor de ato infracional deve ser compreendida como um processo mediado por fatores diversos, que exigem a compreensão de alguns princípios norteadores e que possuem características restaurativas. Alguns deles serão apresentados a seguir.

### **3 PRINCÍPIOS DA BREVIDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

O conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, previstas no artigo 112 do ECA<sup>5</sup>, é regida por princípios que asseguram ao adolescente a aplicação das garantias processuais e do devido processo legal, não podendo o adolescente sofrer arbitrariedades ou receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto, conforme preceitua o artigo 35, I, da Lei do SINASE.

A Lei n.º 12.594/12 (BRASIL, 2012) limitou o rol de princípios contidos no artigo 35, apenas positivando os seguintes:

I – Legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II – Excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III – Prioridade à práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV – Proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V – Brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII – Mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização do objetivo da medida; VIII – Não discriminação do adolescente, notadamente em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e IX – Fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (BRASIL, 2012).

Destaca-se, porém, os princípios da brevidade e da intervenção mínima, que juntos formam uma linha para a melhoria na aplicação na execução das medidas, principalmente sob o aspecto de gestão do sistema, melhoria do atendimento do adolescente e unificação dos procedimentos, que restringem a atuação do Estado ao necessário para realização dos objetivos da medida, podendo essas medidas socioeducativas serem substituídas umas pelas outras e a qualquer tempo, ou até mesmo serem extintas quando não mais se fizerem necessárias.

---

<sup>5</sup> ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal n.º 8.069/90

Conforme interpretação teleológica do ECA com o SINASE, o adolescente que cumpriu as metas e objetivos traçados no Plano Individual de Atendimento e, restando constatado pela equipe técnica multidisciplinar responsável pela execução que a intervenção socioeducativa não se faz mais necessária, o próprio adolescente, ou seus pais ou responsáveis (por intermédio do Advogado ou Defensor Público), ou o Ministério Público, podem requerer a substituição da medida inicialmente aplicada por outra menos gravosa ou mesmo sua extinção.

Entretanto, o SINASE prevê que o atendimento ou acompanhamento por determinado período a ser prestado ao adolescente ou aos pais ou responsáveis, sempre que necessário, também pode ser prolongado para além do término previsto inicialmente para o cumprimento da medida socioeducativa, abarcando intervenções de natureza protetiva e voltada ao adolescente ou a seus pais ou responsáveis.

Muito embora pareça soar estranho aos ouvidos de quem reconheça a força da coisa julgada material, as decisões do Juizado da Infância e Juventude que reconhecem a responsabilidade do adolescente pelo cometimento de ato infracional, podem ser mitigadas e o adolescente ser liberado antes do término do prazo final da medida, pois, tudo dependerá do cumprimento das metas e dos objetivos alcançados pelo adolescente no processo de ressocialização, se for considerado apto à liberação, não resta utilidade e necessidade de manter o adolescente vinculado à medida, como bem sustenta Eduardo Digiácomo:

A lógica do "Sistema", em qualquer caso, inclusive em função da incidência do "princípio da intervenção mínima" (art. 35, inciso VII da Lei nº 12.594/2012 e arts. 100, par. único, inciso VII c/c 113, do ECA), é o término da intervenção socioeducativa tão logo ela não mais se mostre necessária. Assim sendo, a partir do momento em que a equipe técnica constate o cumprimento das metas e objetivos especificados no Plano Individual de Atendimento, e entenda possível a substituição ou mesmo extinção da medida em execução, deve efetuar - fundamentadamente - a comunicação de suas conclusões à autoridade judiciária, mediante relatório propriamente dita, abrangendo intervenções de cunho protetivo e/ou voltadas aos pais/responsável. A lógica do "Sistema", em qualquer caso, inclusive em função da incidência do "princípio da intervenção mínima" (art. 35, inciso VII da Lei nº 12.594/2012 e arts. 100, par. único, inciso VII c/c 113, do ECA), é o término da intervenção socioeducativa tão logo ela não mais se mostre necessária. Assim sendo, a partir do momento em que a equipe técnica constate o cumprimento das metas e objetivos especificados no Plano Individual de Atendimento, e entenda possível a substituição ou mesmo extinção da medida em execução, deve efetuar - fundamentadamente - a comunicação de suas conclusões à autoridade judiciária, mediante relatório devendo evitar que o adolescente permaneça vinculado a uma medida que não se mostre útil e/ou necessária à conclusão de seu "processo de ressocialização". (DIGIÁCOMO, 2016, p. 73/74)



Isto posto, fica evidente que a lacuna existente no ECA em relação ao cumprimento das medidas socioeducativas por adolescentes em conflito com a lei foi suprida com a vigência do SINASE, sistema condizente com a Doutrina da Proteção Integral (MIÃO, 2018, p. 40).

Inúmeros são os avanços obtidos pelo SINASE. Entretanto, nas palavras de Araújo, Neto e Albino (2012, p.37):

A previsão de princípios orientadores, sempre curvados ao princípio dirigente da peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, com especial destaque para a inovação da priorização de metodologias restaurativas, merece elogiosa ressalva. Restará agora conquistar uma política pública socioeducativa de qualidade que deverá ser colmatada pelo Poder Público e por todos os agentes do Sistema de Garantia de Direitos.

Sem dúvida, a partir do momento que se tornam aplicáveis os princípios da brevidade e da intervenção mínima, curvados ao princípio da peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, a medida contribuirá para reforçar a noção de justiciabilidade dos direitos fundamentais do adolescente, de que se vem ora tratando.

#### **4 UNIFICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

Ao tratar dos princípios basilares da brevidade e da intervenção mínima, torna-se imprescindível a abordagem em conjunto da operacionalidade da unificação das medidas, que nada mais é do que a essência dos dois princípios acima mencionados.

Dentre todas as inovações trazidas pelo SINASE, cumpre destacar o instituto da “unificação das medidas”, previsto no art. 45 e seguintes da referida legislação. Diz a Lei:

Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

§ 1º É vedado à autoridade judiciária determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, ou deixar de considerar os prazos máximos, e de liberação compulsória, previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução.

§ 2º. É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo

tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

Isso significa, em tese, que todas as medidas socioeducativas eventualmente aplicadas ao mesmo adolescente, em procedimentos diversos de apuração de responsabilidade, deverão ser reunidas em um único processo de execução, restando cada medida socioeducativa aplicada sujeita aos prazos máximos de duração e de liberação compulsória previstos em lei, conforme inteligência do art. 45, §1º, do SINASE.

Desta feita, *exempli gratia*, um adolescente condenado à medida de semiliberdade em diversos procedimentos, deverá ter todas as decisões reunidas num único processo de execução, sendo que, somadas, as medidas aplicadas não poderão ultrapassar a duração superior de 03 (três) anos previstos como prazo máximo para esta modalidade de medida socioeducativa, conforme preceitua o art. 120, §2º combinado com o artigo 121, §3º, ambos da Lei n.º 8.069/90.

A natureza jurídica do instituto da unificação das medidas socioeducativas é um incidente da execução, como dizia Júlio Fabrini Mirabete referindo-se ao processo de execução penal, significando que, por ela se reduz a duração das penas aplicadas nas várias sentenças. Isso, *mutatis mutandis*, é que deve ser considerado para as medidas socioeducativas” (MIRABETE, 1987, p. 316).

A reunião de processos na fase executiva traz economia e celeridade do processo de ressocialização, já que a visão do sistema protetivo é primordialmente reinserir o adolescente no meio social e com o apoio da família e da comunidade, permanecer vinculado a medida tão somente ao estritamente necessário, é nessa linha de raciocínio que Digiácomo sustenta sua tese:

O mais adequado é que o processo de execução englobe todos os feitos anteriormente instaurados em relação ao mesmo adolescente, ainda que ainda não tenham sido instruídos ou sentenciados (embora possam, para fins de unificação, ser contemplados com a concessão de remissão ministerial ou judicial), de modo a evitar que o adolescente, ao longo da execução da medida, ou mesmo após o término desta, seja alvo de novas decisões que tenham por objetivo fazer com que fique a ela vinculado por um prazo superior ao previsto em lei ou que seja estritamente necessário. (DIGIÁCOMO, 2016, p. 75/76)

Considerando a interpretação lógico-sistemática do SINASE, somente por ilustração do exemplo acima apresentado, durante o cumprimento da medida de semiliberdade, da sua liberação ou progressão para medida menos gravosa, no prazo máximo de 03 (três) anos, o adolescente não poderá ser vinculado a esta

modalidade de medida em outros processos relativos a atos infracionais anteriormente praticados que porventura estejam em trâmite.

Ademais, o sistema de execução de medidas socioeducativas trazidas pelas Leis nº 12.594/2012 e n.º 8.069/90 para o atendimento de adolescentes em conflito com a lei, que tenham sido responsabilizados por ato infracional pressupõe a mínima e imediata intervenção e mais adequada às necessidades pedagógicas de cada adolescente, cabendo ao Estado, por seus órgãos e agentes de execução, tomar todas as providências cabíveis para evitar a reiteração infracional.

Aos adolescentes autores de ato infracional pressupõe-se a intervenção imediata e adequada às necessidades pedagógicas específicas de cada um, cabendo ao Estado dar prioridade absoluta para uma solução tempestiva (DIGIÁCOMO, 2016, p. 76-77).

Se o Estado não agiu ao tempo e modo devidos, e houve um "acúmulo de procedimentos" sem que o adolescente tenha sido sentenciado ou submetido (juntamente com seus pais ou responsável) a qualquer intervenção efetiva, não poderá ser, decorrido um prolongado período desde a prática do ato infracional, vinculado a medidas numa perspectiva meramente "retributiva-punitiva" que não encontra respaldo nas normas e princípios aplicáveis em matéria de infância e juventude. Assim sendo, como a aplicação e execução de medidas socioeducativas não está sujeita ao "princípio da obrigatoriedade", mas sim aos princípios da oportunidade, da intervenção mínima, da intervenção precoce e todos os demais relacionados no art. 100, caput e par. único, do ECA e art. 35, da Lei nº 12.594/2012 (além, é claro, do princípio constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente), a previsão legal da unificação de medidas visa evitar, dentre outras, que o adolescente acumule procedimentos sem solução e receba a destempe, e de forma cumulativa, medidas que, a rigor, já perderam seu objetivo pedagógico. Apenas fatos posteriores ao início do cumprimento da medida original/unificada poderão resultar na aplicação de novas medidas, retomando a partir daí a contagem do prazo máximo de sua duração.

Dessa forma, ainda usando o exemplo anteriormente citado, se, no decorrer da execução da medida de prestação de serviços à comunidade, ou após esta ser declarada extinta, o adolescente praticar novo ato infracional e for novamente vinculado a esta modalidade de medida, estará sujeito ao cumprimento do novo prazo estipulado na sentença para sua duração.

## **5 EXTINÇÃO DA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA PELA FALTA DO INTERESSE DE AGIR DO ESTADO PARA APLICAÇÃO DE NOVA MEDIDA**

A Lei do SINASE não prevê expressamente a "extinção" dos processos anteriores, mas apenas a unificação das medidas neles eventualmente aplicadas em

sede de execução. Contudo, diante de tal circunstância e considerando a decretação de novas condenações relacionadas a fatos anteriores ao início do cumprimento da medida, os títulos executivos não terão força de alterar o tempo de duração da medida que já foi cumprida ou que tenha liberado o adolescente, conforme preceitua o art. 45, §§1º e 2º, da Lei nº 12.594/2012, tornando-se inócua a tramitação dos feitos, pois perderam os objetivos pedagógicos primordiais para a reinserção do adolescente no meio social.

A esse respeito, cabe mencionar o voto do nobre Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, quando do julgamento do HC n.º 384.707/ES, expressou que “o art. 1º da Lei n. 12.594/12, segundo o qual esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e **regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**. A referida lei foi elaborada, justamente, para regular a execução das medidas socioeducativas, nada se referindo à impossibilidade de prosseguimento das representações, cujo objetivo é a apuração de eventuais atos infracionais” [grifo no original]<sup>6</sup>.

Ao tratar especificamente acerca da finalidade das medidas socioeducativas, Afonso Armando Konzen ressalta que a objetiva “incidir na causa da infração e produzir, no âmbito da consciência do infrator, a reunião de valores e conhecimentos capazes de devolvê-lo à sociedade apto para o convívio social, sem a reincidência em novas transgressões” (KONZEN, 2005, p. 90).

Ainda, de acordo com o citado autor:

“A finalidade da medida socioeducativa tem nítida configuração instrumental, porque é umbilicalmente dependente da realização de dois objetivos constitutivos: um, o da capacidade em responder à necessidade da defesa social; outro, o da interferência no desenvolvimento do jovem através da prática pedagógica, para devolvê-lo ao convívio social sem os riscos de voltar à delinquência”.

Com isso, mesmo a ação socioeducativa sendo pública incondicionada à representação, em matéria de infância e juventude não se aplica o princípio processual da obrigatoriedade que norteia a ação penal, mas a busca pela aplicação

---

<sup>6</sup> Conteúdo extraído do acórdão da Apelação Cível, Nº 70080734122, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 04-04-2019, em referência ao julgamento do HC n.º 384.707/ES do STJ, acesso ao site [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), acesso em 03/08/2019, às 19h00

de medida mais adequada ao adolescente, sempre levando em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

Mesmo que os adolescentes submetam-se a um procedimento de apuração de ato infracional previsto por legislação especial, com regramento próprio, fato é que possuem eles direitos ao devido processo legal e todas as garantias que lhe são inerentes. (ZAPATA, 2016).

Em suma, o reconhecimento da responsabilidade do adolescente por fatos anteriores ao cumprimento da medida socioeducativa aplicada, pela qual o adolescente foi liberado ou progrediu, certamente não haverá nenhuma "utilidade" na instauração ou continuidade na tramitação de outros processos envolvendo o mesmo adolescente, sendo evidente a perda do objeto socioeducativo.

## **6 DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ENTRE AS TURMAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL**

Com o antagonismo das interpretações adotadas nas Câmaras competentes para o exame da questão de direito atinente à interpretação do § 2º do art. 45 da Lei n.º 12.594/12 (extinção do feito ou aplicação de medida socioeducativa diversa da internação e pela necessidade de pacificar o tratamento jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do 4º Grupo Cível, órgão jurisdicional colegiado de maior hierarquia indicado pelo Regimento Interno da Corte, julgou o incidente de uniformização de jurisprudência n.º 70056517204<sup>7</sup>, de relatoria do

<sup>7</sup> **Ementa:** ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÕES CÍVEIS. ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS ANTES DO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO. EXEGESE DO ART. 45, § 2º, DA LEI N.º 12.594/2012. 1. Demonstrada como relevante a questão de direito atinente à interpretação do § 2º do art. 45 da Lei n.º 12.594/12 (extinção do feito ou aplicação de medida socioeducativa diversa da internação), e havendo interesse público na assunção de competência, pela necessidade de pacificar o tratamento que vem recebendo, sopesado o antagonismo das interpretações adotadas nas Câmaras competentes para o exame da matéria, imperioso o julgamento do recurso pelo 4º Grupo, órgão jurisdicional colegiado de maior hierarquia indicado pelo Regimento Interno da Corte. Observância dos arts. 555, § 1º, do CPC, 13, II, 'b', e §§ 1º e 2º, e 169, XXXII, do RITJRS e 1º, III e parágrafo único, da Emenda Regimental n.º 06/2005. 2. Os atos infracionais pretéritos ao cumprimento de medida socioeducativa de internação ou à progressão dessa medida para uma menos rigorosa são absorvidos por aquele ao qual se cominou a medida extrema, não detendo interesse de agir o Estado no presente processo socioeducativo. Inteligência do art. 45, § 2º, da Lei n.º 12.594/2012. 3. No caso, os atos infracionais narrados na presente

Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 11-10-2013, sumulando a matéria com o seguinte verbete 43:

“Os atos infracionais cometidos anteriormente ao cumprimento de medida socioeducativa de internação ou a progressão desta para uma menos gravosa são absorvidos por aquele ao qual se cominou a medida extrema, carecendo o estado de interesse de agir, o que conduz à extinção do processo, com base no art. 45, § 2º, da Lei n.º 12.594/2012”

Com a adoção dessa linha interpretativa, apenas aqueles atos infracionais cometidos anteriormente ao cumprimento de medida socioeducativa de internação ou a progressão desta para uma menos gravosa é que seriam absorvidos por aquele ao qual se cominou a medida extrema. Isso se incluiu na aplicação de qualquer medida socioeducativa, seja em meio aberto ou fechado, considerando que já havia sido aplicada a medida extrema ao adolescente.

Ocorre que esse entendimento passou a sofrer restrições pela afirmação do Superior Tribunal de Justiça em situações específicas<sup>8</sup> de que apenas ao juízo da execução competiria a aplicação das regras do art. 45, § 2º, da Lei n.º 12.594/12, porém, os precedentes apontados pela Corte Superior não foram extintos, porque os representações são pretéritos à conclusão do cumprimento de medida socioeducativa de internação em razão de procedimento distinto, restando absorvido, assim, por aquele ao qual se impôs a medida extrema, impondo-se a extinção do processo. À UNANIMIDADE, RECONHECERAM O INTERESSE PÚBLICO NA ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. POR MAIORIA, DE OFÍCIO, DECRETARAM A EXTINÇÃO DO FEITO. APELAÇÕES PREJUDICADAS.(Uniformização de Jurisprudência, Nº 70056517204, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 11-10-2013). Assunto: Direito de Família. Assunção de competência. Divergência. Incidente. Uniformização de Jurisprudência. RITJ, art-13, inc-II, let-B, par-1, par-2, art-169, inc-XXXII. Emenda Regimental n.6 de 2005, art-1, inc-III, par-único. Menor. Apuração de ato infracional. Representação. Estado. Interesse de agir. Inocorrência. Aplicação anterior de medida sócio-educativa. Apuração de outras infrações e imposição de novas medidas. Absorção. LF-12594 de 2012. Súmula n.43 do Tribunal de Justiça.. Referência legislativa: CPC-267 INC-VI LF-10826 DE 2003 ART-14 CPC-555 PAR-1 RITJ-13 INC-II LET-B PAR-1 PAR-2 RITJ-169 INC-XXXII EMENDA REGIMENTAL N.6 DE 2005 ART-1 INC-III PAR-ÚNICO LF-12594 DE 2012 ART-11 INC-III ART-45 PAR-2 CPC-555 PAR-1 . Jurisprudência: APC 70052616273 APC 70051931038 APC 70050808914 APC 70052434818 AGI 70051468239 UNI 70036863231 UNI 70055125256 UNI 70054315346 Súmula TJ-43

<sup>8</sup>(v. g. *AgInt no AREsp 1.012.409/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/02/2018; HC 384.707/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/05/2017; HC 380.334/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/05/2017; e HC 391.986/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/04/2017*)

adolescentes ainda estavam cumprindo medida socioeducativa de internação, ou seja, em nenhum deles, teve questionamento expresso acerca da determinação da extinção do feito, mesmo assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cancelou o verbete sumular 43.

Nesse sentido, cabe mencionar os recentes entendimentos da Sétima e da Oitava Câmara Cível do TJ/RS favoráveis à extinção da representação por ausência de interesse de agir do Estado:

**Ementa:** APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 45, § 2º, DA LEI Nº 12.594/2012 (SINASE). ADOLESCENTE QUE JÁ CUMPRIU A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ISPAE APLICADA EM PROCESSO DIVERSO, POR FATO POSTERIOR. PREFACIAL ACOLHIDA. APELAÇÃO PREJUDICADA. (Apelação Cível, Nº 70082194341, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 09-08-2019)

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. INFRAÇÃO PRATICADA ANTES DO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO. No caso, o ato infracional constante na presente representação é pretérito à conclusão do cumprimento de medida socioeducativa de internação, ficando absorvido, assim, por aquele ao qual se cominou a medida extrema, impondo-se a manutenção da extinção do processo, ante a ausência de interesse de agir do Estado. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70080734122, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastil, Julgado em: 04-04-2019)

**Ementa:** APELAÇÃO. ECA. ATO INFRACIONAL. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ESTADO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 45, § 2º, DA LEI Nº 12.594/2012 (SINASE). ADOLESCENTE QUE JÁ CUMPRIU A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ISPAE APLICADA EM PROCESSO DIVERSO, POR FATO POSTERIOR. PREFACIAL ACOLHIDA. APELAÇÃO PREJUDICADA. (Apelação Cível, Nº 70082194341, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 09-08-2019)

Para ilustrar o antagonismo das interpretações, os recentes entendimentos da Sétima e da Oitava Câmara Cível do TJ/RS são desfavoráveis à extinção da representação por ausência de interesse de agir do Estado:

**Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ART.45, § 2º, DA LEI DO SINASE. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. INTERESSE DO ESTADO NA APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. Conforme se infere do teor do art.45, § 2º, da Lei do SINASE, é vedada a aplicação de nova medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional anterior àquele em que a medida extrema foi aplicada. No feito em comento, o ato infracional foi praticado posteriormente, circunstância, por si só, que inviabiliza a aplicação do dispositivo legal invocado. Outrossim, não é

demais lembrar, mesmo que o ato tivesse sido praticado anteriormente, nenhum impedimento haveria à aplicação de medida socioeducativa diversa, ressaltando que o art. 45 da Lei nº 12.594/12 se refere à fase de execução, e não à fase de conhecimento, que poderá, inclusive, culminar com a improcedência da representação, o que, por certo, será mais benéfico ao adolescente. Nessa senda, imperativa a desconstituição da sentença para que o feito tenha regular prosseguimento na origem. APELO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70079693396, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 12-12-2018)

**Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DEFESA: PRELIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ARTIGO 45 § 2º, DA LEI 12.594/12 (SINASE). REJEITADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO DO FATO 03, PELA AUSÊNCIA DE PROVA. NEGADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE IMPROCEDÊNCIA. REJEIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA O RECONHECIMENTO DAS AUTORIAS DOS DISPAROS LETAIS. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. Defesa. Preliminar. Previsão legal que regula a execução de medidas socioeducativas, mas não veda a apuração dos atos infracionais e aplicação de novas medidas. Precedentes do STJ. Mérito. Prova dos autos suficiente para comprovar que os representados se uniram em associação criminosa, ligada às facções de tráfico de drogas, para assegurar o espaço nas comunidades, impondo risco e terror aos cidadãos. Adolescentes que admitiram, em juízo, ligação ao grupo "Bala na Cara". Sentença mantida. Ministério Público. A prova dos autos não foi suficiente para afirmar de forma contundente de que tenham os representados disparado os tiros que atingiram as vítimas letais. Correto o julgado de improcedência quantos aos fatos 01 e 02 da representação. Prefacial rejeitada. Apelações da defesa e do Ministério Público desprovidas. (Apelação Cível, Nº 70075909143, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 22-03-2018)

Pelo que foi exposto, é possível perceber que não é pacífico o entendimento da matéria no Tribunal Gaúcho, o que dá margem a uma "loteria" entre as turmas, circunstância que acaba gerando insegurança jurídica. Com isso, torna-se imperioso destacar que a unificação das medidas socioeducativas merece um tratamento mais isonômico, prestigiando-se a segurança e a estabilidade das decisões judiciais de modo uniforme.

Cabe ressaltar que a questão de direito apresentada possui relevante interesse que transcende aos individuais e tem repercussão para a própria sociedade e, independentemente da solução que o Tribunal de Justiça venha adotar, deverá priorizar a pacificação do tema e, com isso, dando-se aos jurisdicionados uma solução mais adequada, afastando a desigualdade que permeia o imbróglio jurídico apresentado.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da problematização trazida em torno do julgamento dos incidentes que resultaram no cancelamento da súmula 43 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observa-se grande equívoco e permanência do antagonismo do referido tema, tornando um verdadeiro retrocesso na referida matéria de direito atinente à aplicação de medidas protetivas após a vigência da Lei n.º 12.594/2012.

Primordialmente, não há vedação legal capaz de afastar a argumentação de legalidade na extinção da representação, quando no curso da ação para apuração da prática de atos infracionais exista decisão atinente a feito anterior que extinguiu ou progrediu o adolescente para medida menos gravosa.

Isso não significa, necessária e obrigatoriamente, que o juízo do processo de conhecimento não possa verificar a situação vivenciada pelo adolescente, caso a caso, e, querendo, entenda caracterizada ou não a hipótese do art. 45, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.594/2012, e decida extinguir o procedimento em andamento, por não verificar utilidade e interesse em agir. Tudo isso, dependendo da verificação do processo de ressocialização alcançado na fase de execução.

Feitas essas considerações, para deixar mais claro, apenas em duas hipóteses haveria objeção para a extinção do feito. A primeira seria nos casos da ação socioeducativa cumular pedido de reparação de danos à vítima e a segunda, nos casos de dúvida razoável quanto à autoria do ato infracional. Nos demais casos, os atos infracionais cometidos anteriormente ao cumprimento de medida socioeducativa de internação ou a progressão desta para uma menos gravosa são absorvidos por aquele ao qual se cominou a medida extrema. Isso se inclui na aplicação de qualquer medida socioeducativa, seja em meio aberto ou fechado, já que foi aplicada a medida extrema ao adolescente.

Assim, persiste o entendimento que inexistente utilidade na prestação jurisdicional tendente ao reconhecimento de uma suposta necessidade de aplicação de medida socioeducativa ao adolescente, o que é causa determinante para seja extinta a ação, ante a ausência de interesse de agir do Estado.

É necessário o reconhecimento de que, quando os objetivos pedagógicos e ressocializadores das medidas socioeducativas já tenham sido alcançados, total ou parcialmente, pois, o próprio Estado já reconheceu, em procedimento adequado, que o adolescente está apto a retomar o convívio social, dando por desempenhado

o seu papel, impondo-se concluir que é desnecessária, e justamente em virtude dessa apuração ocorrida posteriormente às anteriores práticas infracionais, a imposição de uma nova medida socioeducativa.

## 8 REFERÊNCIAS

Acesso ao sítio eletrônico <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>

ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; NETO, Lélío Ferraz de Siqueira; e, ALBINO, Priscila Linhares. Considerações sobre o subsistema de execução de medidas socioeducativas criado pela Lei Federal n.º 12.594/12 (SINASE). Disponível em <<http://www.mpsp.mp.br/portal/docs/1/2353277.PDF>> Acesso em: 02/03/2017.

Aguinsky, B., & Capitão, L. (2008). **Violência e socioeducação**: Uma interpelação ética a partir de contribuições da justiça restaurativa. *Revista Katálysis*, 11(2). Retirado de <http://www.scielo.br/pdf/rk/v11n2/11.pdf>

BRASIL. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

CONSELHO Nacional dos Direitos da Criança. *Resoluções, junho de 1993 a setembro de 2004*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. 200p.

DIGIÁCOMO, Eduardo. **O SINASE (Lei n.º 12.594/12) em perguntas e respostas** – São Paulo – Ed. Ixtlan – 201, 2016.

KONZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

Lei Federal n.º 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm), acesso em 06/08/2019, às 20h44

MIÃO, João Rafael. **Análise e avaliação de políticas públicas voltadas a adolescentes autores de atos infracionais: o que é preconizado e o que é garantido na atualidade**, (tese de mestrado). UESP Franca, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 1987.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancaseadolescentes/pdf/SinaseResoluConanda.pdf>, acesso em 03/08/2019 às 21h33.

YOKOY, T. (2012). **Processos de desenvolvimento de educadores sociais do sistema de medida socioeducativa: Indicadores de formação** (tese de doutorado). Universidade de Brasília, Brasília.

ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo. **Coleção Defensoria Pública Ponto a Ponto**. São Paulo: Saraiva, 2016.

# A PRISÃO DO INDIVÍDUO SEM CONDENÇÃO: UMA REFLEXÃO JURÍDICO-PSICOLÓGICA SOBRE AS REPERCUSSÕES DO ENCARCERAMENTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

Ana Carolina Mezzalira<sup>1</sup>  
Silvania Dellamora Silveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** Embora a prisão provisória seja medida excepcional, quase metade dos indivíduos que compõem o regime fechado do Sistema Prisional gaúcho não possui condenação transitada em julgada. Assim, é fundamental analisarmos os reflexos dessa medida, pois vem sendo aplicada muitas vezes sem o caráter de excepcionalidade e com prazo de duração excessivo. A prisão cautelar também gera reflexos que vão além do mundo jurídico; nesse ponto, a Psicologia nos permite fazer uma análise mais aprofundada sobre as consequências do cárcere para o indivíduo. É importante refletirmos sobre a prisão provisória e o seu papel no Processo Penal brasileiro, sob o ponto de vista jurídico, bem como ampliar a discussão de forma interdisciplinar, abarcando conhecimentos da Psicologia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisão Provisória, Reflexos jurídicos, Reflexos psicológicos, Interdisciplinaridade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A Prisão Provisória e suas repercussões: uma análise sob o ponto de vista jurídico. 3 O encarceramento e a degradação do "eu": análise sob o ponto de vista psicológico. 4. As alternativas contra o encarceramento desnecessário e degradante. 5. Conclusões. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

---

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.

2 Mestre em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em Gestão Penitenciária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).. Psicóloga da Superintendência dos Serviços Penitenciários do RS. Email: silvania-silveira@susepe.rs.gov.br.

A prisão provisória desempenha um papel de destaque ao longo da persecução penal, sendo considerada um dos principais meios para o alcance da eficácia prática da sentença final, permitindo que o processo atinja todos os objetivos para os quais foi originado.

Atualmente, as hipóteses de prisão provisória previstas no ordenamento jurídico brasileiro detêm características singulares e restritas, já que a medida coloca em xeque a garantia constitucional de liberdade do indivíduo antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, somente podendo ser aplicada diante de situações extremas e excepcionais.

Em que pese tratar-se de uma exceção (nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal), o mapa da população prisional gaúcha de 09 de outubro de 2019, obtido através do site da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul<sup>3</sup>, demonstra que o número total de presos recolhidos nos estabelecimentos prisionais deste estado até aquela data era de 30.532, sendo que destes, 13.758 eram provisórios (16.295 homens e 965 mulheres). Isso significa que quase 45% dos indivíduos que compunham o Sistema Prisional do Rio Grande do Sul naquele período não possuíam condenação transitada em julgada, estando recolhidos provisoriamente - a esmagadora maioria em razão de prisão preventiva decretada em processo criminal em andamento.

Assim, não há dúvidas de que analisar os reflexos da prisão provisória possui enorme relevância, pois se trata de uma medida cautelar que vem sendo sobejamente utilizada em nossos processos judiciais em trâmite, muitas vezes sem o caráter de excepcionalidade que a medida exige.

E da sua ampla utilização, não podemos ignorar que existem reflexos que vão muito além do mundo jurídico: nesse ponto, a Psicologia nos permite adentrar em uma análise mais aprofundada sobre as consequências do cárcere para o indivíduo que está sendo acusado de um crime, bem como para a sociedade, já que o alto índice de decretação de prisões provisórias possui como fundamentos principais a redução da prática de novos delitos e a diminuição da reincidência.

---

3 Disponível em [http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/5348/?Ano\\_2018](http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/5348/?Ano_2018). Acesso em 10 de outubro de 2019.

Dessa forma, faz-se importante refletirmos sobre a prisão provisória e o seu papel no Processo Penal brasileiro, de um ponto de vista jurídico, bem como ampliar a discussão sobre o tema de forma interdisciplinar, abarcando conhecimentos da Psicologia, o que nos permite uma análise mais cuidadosa e detalhada sobre este instituto processual.

## **2 A PRISAO PROVISÓRIA E SUAS REPERCUSSÕES: UMA BREVE ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO**

*“O processo, por si só, é uma pena. O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras. Estes animais irascíveis são corporificados em entidades estranhas aos leões da Roma antiga, apresentando-se, agora, como multidão, sociedade, imprensa e outros tantos, que aguardam sequiosos pelo espetáculo criminal (a inquisição ou a condenação)”.*  
(Francesco Carnelutti)

As prisões cautelares previstas hoje no Brasil são a prisão em flagrante, prisão temporária e a prisão preventiva. Esta última chama a atenção na medida em que tem sido sobejamente utilizada pelos juízes brasileiros, conforme é possível verificar no dia-a-dia forense e na rotina do sistema prisional. E quando o julgador opta pela sua aplicação surge sempre uma inquietude: “Se não adotada, corre-se o risco da impunidade; se adotada, corre-se o perigo da injustiça” (BINDER, apud, CRUZ, 2006, p. 03).

Antônio Alberto Machado salienta que através da prisão provisória é possível identificar claramente as características do sistema político vigente no Estado:

É exatamente aí que o processo deixa ver o seu perfil mais autoritário ou mais liberal, conforme esteja mais comprometido com a repressão pura e simples ou com o civilizado funcionamento da justiça penal. Pode-se dizer que a sistemática das medidas cautelares penais, pelo potencial coercitivo e pelo estilo sumário que exibem, é uma espécie de termômetro por intermédio do qual se mede o grau de autoritarismo ou a vocação mais liberalizante do sistema processual (2009, p.451).

Para André Luís Callegari (2000, p. 205), tem-se utilizado a política ultrapassada de “sujeitar cada vez mais o indivíduo à pena de prisão, política já demonstrada ineficaz na teoria e na prática”. Segundo Francesco Carnelutti (2002, p. 63), o Processo Penal é capaz de produzir o que ele chama de “*misérias*”, pois,

[...] expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois não se ver nenhuma culpa.

Não à toa, muitos doutrinadores se opõem ao uso da prisão cautelar. Magalhães Noronha (1982, p. 167) critica “a desmoralização de quem não é culpado, a depressão de seu sentimento de dignidade, a diminuição do conceito de que desfruta, a memória que se conserva dessa prisão”.

Luigi Ferrajoli (2006, p. 516) assevera que:

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava CARRARA, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado. [...] a supressão do cárcere sem processo valeria, em suma, mais que qualquer outra reforma, para resolver a crise de legitimação do Poder Judiciário e devolver aos juízes o papel, hoje descuidado, de garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse ponto, faz-se necessário recordar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2007); a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 também prevê a presunção de inocência daqueles que respondem processo criminal, determinando que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público” (COUTINHO, 2002, p. 67).

E a corroborar esse entendimento, importante mencionar a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de encarceramento do indivíduo antes do trânsito em julgamento de eventual condenação. Em sete de novembro de 2019 a Suprema Corte brasileira decidiu sobre a possibilidade de prisão de condenados em segunda instância e, desta vez<sup>4</sup>, entendeu que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado.

---

4 Em dezessete de fevereiro de 2016 o STF, em julgamento do HC nº 126.292, entendeu que era possível iniciar a execução da pena imediatamente após decisão condenatória confirmada em segunda instância, não havendo infringência do princípio da presunção de inocência nessa hipótese, permitindo a execução antecipada da pena.

Assim, confirmou-se que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência.

A partir de uma análise constitucional<sup>5</sup>, bem como do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>6</sup>, uma das principais manifestações da presunção de inocência é de que, quanto ao indivíduo, “haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, devem-se reduzir ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante todo o processo” (LOPES JR., 2007, p. 190). O mesmo autor ainda afirma que a presunção de inocência, “enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere [...] à limitação do (ab)uso das prisões cautelares”.

Segundo lição de Monica Ovinski de Camargo (2005, p. 256):

A prisão imprime o estigma de culpado ao indivíduo que ainda está sendo processado, numa clara afronta à presunção de inocência, motivo pelo qual sua aplicação antes da sentença final condenatória deve se reduzir apenas às circunstâncias necessárias, excepcionais e amplamente justificadas. A presunção de inocência não obsta que o indivíduo seja preso antes da sentença final, mas implica determinar que tais prisões obedeçam à disciplina de ser uma medida cautelar, revestida do caráter de excepcionalidade.

Além disso, não se pode esquecer que a prisão cautelar preventiva – e mais presente no interior das nossas penitenciárias, conforme verificação prática – não possui prazo de duração estabelecido em Lei, exigindo dos Juízes e dos Tribunais a análise de princípios constitucionais para determinar a sua razoável duração, o que muitas vezes causa severas consequências ao indivíduo, tornando-se excessivamente longa.

Segundo Aury Lopes Junior (2007, p. 139), o Direito Penal e o processo penal são provas inequívocas de que “o Estado–Penitência já tomou, ao longo da história, o corpo e a vida, os bens e a dignidade do homem. Agora, não havendo

---

5 Como bem informa Jacinto de Miranda Coutinho (2002, p. 46), “a CF de 88 traçou, como se sabe, uma base capaz de, sem muito boa vontade, enterrar grande parte do atual CPP, marcado por uma concepção fascista do processo penal”.

6 Art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789, s.p.).



mais nada a retirar, apossa-se do tempo”. Sobre a demora na prestação jurisdicional nos casos de prisão provisória decretada, leciona Rogério Tucci (1993, p. 289) que,

[...] realmente, tendo-se na devida conta as graves consequências psicológicas (no plano subjetivo), sociais (no objetivo), processuais (dada a evidente possibilidade de apagar-se ou enfraquecer-se, com o tempo, a lembrança do fato ou dos fatos) e, até mesmo pecuniárias, resultantes da persecução penal para o indivíduo nela envolvido, imperiosa torna-se a agilização do respectivo procedimento, a fim de que sua conclusão ocorra num prazo razoável.

Assim, não há dúvidas de que o instituto da prisão provisória no Brasil repercute não somente no mundo jurídico, mas especialmente na vida dos indivíduos que respondem encarcerados aos processos criminais, com consequências que superam a lide processual penal e causam efeitos práticos que nenhum operador do Direito é capaz de efetivamente mensurar e/ou dirimir.

A excessiva utilização da prisão provisória vai de encontro às regras constitucionais e denota um caráter eminentemente autoritário do Estado, gerando, ao invés de segurança jurídica e social, diversas injustiças e reais dúvidas sobre a capacidade do Poder Público de conter a violência e manter a paz social.

Somente com um olhar cuidadoso e atento à interdisciplinaridade desse tema é que será possível analisar de forma responsável e verdadeiramente crítica a prisão cautelar pessoal, reconhecendo que o Direito, por si só, não possui condições de aventar todas as questões que vêm à tona quando se está diante do encarceramento de um indivíduo.

### **3 O ENCARCERAMENTO E A DEGRADAÇÃO DO “EU”: UMA ANÁLISE SOB O PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO**

*“Eu sou aquilo que consegui fazer com o que fizeram de mim”.*  
(Jean-Paul Sartre)

Engana-se quem acredita que o Processo penal e a prisão cautelar possuem apenas escopos jurídicos. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 208),

[...] existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementações no plano político e no propriamente social.

Assim, não há como ignorar que a lide e as medidas cautelares pessoais possuem também objetivos políticos<sup>7</sup> e sociais<sup>8</sup>, não podendo ser analisadas de forma isolada e unidirecional. Conseqüentemente, a prisão provisória gera inúmeros reflexos na sociedade, não estando limitada apenas ao contexto judicial.

Segundo Goffman (2001, p. 14), as cadeias e as penitenciárias (bem como os campos de prisioneiros de guerra e campos de concentração) são instituições organizadas para cuidar e proteger a comunidade contra perigos intencionais. Nesse sentido, o bem-estar das pessoas isoladas não constitui uma preocupação imediata.

As prisões são, portanto, uma das formas de agrupamentos das instituições totais na sociedade ocidental, cuja definição apresentada por Goffman (2001, p. 15) é a de um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada, mesmo que sua segregação não decorra de sentença transitada em julgado. Assim, independente do motivo pelo qual estão encarcerados, todos são submetidos aos aspectos degradados e degradantes que caracterizam a instituição total.

O autor faz referência, ainda, à divisão básica nas instituições totais, que se dá entre um grande grupo controlado, que é o grupo dos internados, e uma pequena equipe de supervisão, que é a equipe dirigente, e que cada grupamento tende a conceber o outro através de estereótipos limitados e hostis. Os internados, em geral, vivem na instituição e têm contato restrito com o mundo fora de suas paredes enquanto a equipe dirigente, no caso estrito das prisões, permanece integrada ao mundo externo, muitas vezes vendo os internados como amargos, reservados e não merecedores de confiança:

---

7 Segundo a doutrina, os aspectos políticos do processo são percebidos de três formas: “primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*) [...]; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício [...]; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política” (DINAMARCO, 2008, p.198).

8 Entende-se que “a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*. [...]; há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos” (DINAMARCO, 2008, p. 199).

A instituição total é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal; aí reside seu especial interesse sociológico (...). Em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas, cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu. (GOFFMAN, 2001, p. 22).

Os internados chegam à instituição total com uma cultura aparente, derivada de um mundo da família, uma forma de vida e um conjunto de atividades aceitas sem discussão até o momento de admissão numa dessas instituições. Ao que parece, as instituições totais não buscam substituir a cultura do indivíduo, não se tratando, portanto, de “*aculturação*” ou “*assimilação*” mas, se o indivíduo ficar muito tempo internado, pode ocorrer, caso ele volte para o mundo exterior, o “*desculturamento*”, ou “*destreinamento*”, tornando-o temporariamente incapaz de enfrentar alguns aspectos de sua vida diária (GOFFMAN, 2001, p.23).

Os processos pelos quais o *eu* da pessoa é mortificado são relativamente padronizados nas instituições totais. A barreira que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo externo assinala a primeira mutilação do eu, ocorrendo o despojamento do papel, significando uma ruptura inicial profunda com os papéis anteriores e uma avaliação da perda do papel, cuja perda pode representar a ‘morte civil’. Começa, então, “uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu” (GOFFMAN, 2001, p. 24).

Ao ser admitido numa instituição total, é provável que o indivíduo seja despido de sua aparência usual, bem como dos equipamentos e serviços com os quais a mantém, provando assim, a deformação pessoal. Além dessa deformação – decorrente da perda do conjunto de identidade do indivíduo –, existe a desfiguração pessoal, decorrente de mutilações diretas e permanentes no corpo. É comum a perda de um sentido de segurança pessoal, fundamentando as angústias quanto ao desfiguramento, passando a sentir o ambiente como não mantenedor de sua integridade física, enfatiza o autor (GOFFMAN, 2001, p. 25).

Nas instituições totais são numerosas as indignidades físicas bem como a ocorrência de um padrão de referência obrigatória nessas instituições. “Qualquer que seja a forma ou a fonte dessas diferentes indignidades, o indivíduo precisa participar de atividades cujas consequências simbólicas são incompatíveis com sua concepção de eu” (GOFFMAN, 2001, p.31).

Também ocorre outra forma de mortificação a partir da admissão, uma espécie de “*exposição contaminadora*”. Nessas instituições “os territórios do eu são violados e a fronteira que o indivíduo estabelece entre seu ser e o ambiente é invadida e as encarnações do eu são profanadas” (GOFFMAN, 2001, p. 31).

Citam-se alguns exemplos de exposição contaminadora: a exposição física; a contaminação por contato interpessoal decorrente de uma relação social imposta; a circulação em locais de desordem e sujeira; a violação de correspondência; o caráter obrigatoriamente público das visitas; a violação da reserva de informação quanto ao eu (*dossier*); a frequência de exames, nos quais o internado deverá expor a novos tipos de audiências fatos e sentimentos sobre o eu (*mea culpa*), cujos exames penetram a intimidade do indivíduo, violando o território de seu eu (GOFFMAN, 2001, p. 35).

Já sob outro aspecto de análise, as prisões pela ótica de Michel Foucault (2001, p.12) tinham apenas uma posição restrita e marginal no sistema das punições, pretendendo-se que caíssem em desuso, como os suplícios. Segundo o autor, cada época criou suas próprias leis penais, valendo-se dos mais variados métodos de punição, desde uma violência física até a aplicação dos princípios humanitários que apostam na recuperação e na reintegração dos delinquentes na sociedade (FOUCAULT, 2001, p.14).

O corpo passou, então, a uma posição de “*instrumento*” ou de “*intermediário*”: qualquer intervenção sobre ele pelo “*enclausuramento*” ou mesmo pelo trabalho obrigatório visava apenas “privar o indivíduo de sua liberdade, considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem”. Assim, o cadafalso (onde o corpo supliciado era exposto à força do soberano) e o teatro punitivo (onde a representação do castigo era dada ao corpo social) foram substituídos por uma arquitetura fechada, complexa, hierarquizada, que se integrava no próprio corpo do aparelho do Estado, chamada prisão (FOUCAULT, 2001, p.14).

A prisão seria, segundo o autor, uma materialidade, uma física do poder e uma maneira de investir o corpo do homem, totalmente diferente da pena aplicada pelo soberano. Essa seria a figura monótona, material e simbólica do poder de punir,

onde a diversidade das punições, tão solenemente prometida, reduz-se finalmente a essa penalidade uniforme e melancólica da prisão (FOUCAULT, 2001, p.15).

Nessa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições, em que o sofrimento físico e a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena: “o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos” (FOUCAULT, 2001, p.17). E nessa nova retenção, outros técnicos substituíram o carrasco: guardas, médicos, capelães, psiquiatras, psicólogos, educadores, que vêm garantir à justiça de que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva (FOUCAULT, 2001, p.18).

Todavia, a prisão, a privação pura e simples de liberdade, nunca funcionou sem certos complementos punitivos referentes ao corpo, como a redução alimentar, a privação sexual e a expiação física (FOUCAULT, 2001, p.15). Isso porque, na realidade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico, permanecendo ainda um fundo suplicante nos modernos mecanismos da justiça criminal que não está inteiramente sob controle, mesmo que envolvido cada vez mais por uma penalidade do incorporal, afirma o autor (FOUCAULT, 2001, p.15).

O afrouxamento da severidade penal, visto como fenômeno quantitativo, “menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e ‘humanidade’, decorre do concomitante deslocamento do objeto da ação punitiva, ocorrendo, aí, uma mudança de objetivo, já que a punição não se dirige mais ao corpo, mas sim, à alma, ao coração, ao intelecto, à vontade e às disposições, detendo-se o aparato da justiça na “*realidade incorpórea*” (FOUCAULT, 2001, p. 18 e 19).

Entretanto, esse modelo de instituição total – coercitivo – chamado prisão, enfrenta inúmeras problemáticas em sua gestão, como bem o aponta Augusto Thompson (1993). De acordo com o autor, o insucesso da prisão frequentemente é atribuído a determinadas causas como: deficiência de verbas, número reduzido de terapeutas, falta de qualidade do pessoal responsável pela segurança, características criminógenas dos internos e demais causas, sendo dada pouca ou nenhuma atenção ao clima social da prisão, ou seja, às relações interpessoais

desenvolvidas pelos indivíduos encarcerados e às dinâmicas de interação que nela se processam (THOMPSON, 1993, p. 23).

É por isso que, segundo Thompson (1993, p. 29), a vida carcerária não se resume à mera questão de muros e grades, de celas e trancas, pois ali, na penitenciária, se institui uma sociedade dentro de uma sociedade, uma vez que nelas foram alteradas de modo drástico, diversas feições da comunidade livre, pois na vida civil o indivíduo geralmente pertence a um grupo familiar, laboral, de vizinhança, a uma comunidade, com a ocorrência de variação de interesses grupais, de idade e de ligações sociais condizentes à vida livre.

Nessa condição a maioria dos adultos tem relações sócio-sexuais com um padrão permanente e usualmente heterossexuais, enquanto que na prisão as relações sociais são temporárias (pela duração da sentença) e compulsórias (residência numa cela, bloco de celas ou pátio e locais de trabalho), sendo muitas vezes exclusivamente homossexuais (CHAPMAN apud THOMPSON, 1993 p. 35.).

A diferença crucial entre as condições de vida na prisão e da vida livre reside justamente nesse processo de assimilação da cultura prisional denominado, conforme Clemmer (apud ESCOBAR e MACHADO, 2003, p. 8), de processo de prisionização. Diz-se que ocorre assimilação quando uma pessoa ou grupo penetra e se funde com outro grupo, sendo um processo lento e gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social a ponto de se tornar característica dela. Assim, o termo prisionização indica adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos, da cultura geral da penitenciária (ESCOBAR e MACHADO, 2003, p. 16).

A população penitenciária é entendida, então, como sendo forçada a conviver numa estreita intimidade, onde a conduta de um é objeto de constante escrutínio por parte dos outros. Com isso deduz-se que o motivo da perturbação desses indivíduos na comunidade carcerária não é a solidão, mas sim, a vida em massa, aponta-nos Thompson (1993).

Para Zaffaroni (1990, p. 63), praticamente toda a população carcerária tem algumas características comuns. Tais características são, entretanto, causas da prisionização da pessoa. Se essas pessoas, diz o autor, não tivessem tais

características, não estariam nas cadeias mesmo respondendo pelos mesmos crimes que as “*peças respeitáveis*”. Essas características não são, portanto, causas do suposto crime, mas, sim, causa da prisionização da pessoa.

A função da cadeia, “é a deterioração da pessoa”, afirma Zaffaroni (1990, p. 64). Ele se reporta a John Irwing para exemplificar quatro momentos de deterioração da pessoa presa: a desintegração, que ocorre pela perda dos vínculos sociais, familiares e outros vínculos do cidadão na vida livre; a desorientação que isso produz na pessoa presa; a degradação, pela vida violenta na cadeia e a preparação para a futura carreira criminal.

E, definida, assim, a *função* da cadeia, desse degradante aparelho de punir do Estado, depreende-se que o processo de deterioração da pessoa presa atinge também, em maior ou menor nível e indelevelmente, os indivíduos presos provisoriamente – ainda mais se considerados o contexto prisional e a conjuntura sócio-jurídico-legislativa brasileira –, posto que o confinamento compulsório, ainda que breve, causa impreterivelmente a submissão, a interdição de direitos, contaminações, obrigando os indivíduos a participar das diversas formas de indignidade, profanações e mortificações do *eu* (GOFFMANN, 2001). E essa situação produz ressignificações subjetivas que, não raro, para além do esfacelamento do aparato psíquico, os impele, amiúde, a ações divergentes ao trato legal.

#### **4 AS ALTERNATIVAS CONTRA O ENCARCERAMENTO DESNECESSÁRIO E DEGRADANTE**

Após a análise de diversos posicionamentos jurídicos sobre a problemática da prisão provisória, bem como a exposição de conceitos sobre a funcionalidade da prisão e dos fins contraditórios desse modelo de instituição punitiva, demarcado por profanações e mutilações do *eu* dos sujeitos encarcerados, não há dúvidas de que o encarceramento do indivíduo ainda não condenado é, nos dias atuais, um dos principais problemas dos nossos Sistemas Jurídico e Penitenciário, sendo necessário refletir, com urgência, sobre a sua utilização.

Eugenio Zaffaroni (1990, p.61) defende, sobretudo, a ideia de que se possa reduzir o âmbito da prisão. Ele diz que a tática para a diminuição dos níveis de

violência no sistema penal passa, indiscutivelmente, pelas penas - medidas - alternativas. Para tanto, o autor tem ciência da imprescindibilidade de uma decisão e de uma determinação de poder político.

A prisão é condicionamento regressivo. É uma etapa da vida, adolescência. O homem é relevado da responsabilidade. A maior justificativa que tem o homem para não trabalhar, não manter a família, está na prisão. Na prisão está relevado das suas responsabilidades. (ZAFFARONI, 1990, p. 63).

É necessário, pois, repensar a responsabilidade do Estado diante do crime, possibilitando a admissão cada vez maior de alternativas ao cárcere. Especificamente sobre às prisões provisórias, já existem medidas alternativas inseridas no Código de Processo Penal que permitem a não opção pelo encarceramento do indivíduo, por meio das reformas advindas com a Lei 12.403 de 2011.

A Lei nº 12.403, após longo período de tramitação legislativa, foi editada com inspiração nas legislações da Itália e de Portugal, pretendendo reduzir a utilização da prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, criando outras alternativas acatutelatórias no processo penal (SILVA, 2011, s.p).

A necessidade das reformas processuais evidenciou-se, primordialmente, pelo descompasso existente entre a codificação processual e a Constituição Federal de 1988, que introduziu no sistema processual penal princípios e regras com os quais o Código processual de 1941 entrou em conflito, “de modo que muitas de suas normas perderam eficácia em face da nova ordem jurídica ou deviam ser interpretadas de modo diverso do tradicional, sob pena de não se coadunarem com a Constituição” (GRINOVER, 2002, p. 01).

São nove as medidas cautelares pessoais criadas, variando desde o comparecimento em juízo até o monitoramento eletrônico, conforme preceitua o art. 319 do CPP.

Daí depreende-se que a preocupação do legislador em estabelecer outras medidas cautelares pessoais que possam fornecer ao juiz a opção de não decretar a prisão cautelar vai ao encontro do princípio da Subsidiariedade, o qual estabelece que a privação da liberdade do indivíduo deve ser utilizada como *ultima ratio* (SILVA, 2011, s.p).



Outra medida trazida recentemente ao nosso Sistema Judiciário e que pretende reduzir o uso e a permanência de prisões cautelares desnecessárias é a Audiência de Custódia, que segundo o Conselho Nacional de Justiça,

[...] consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso. Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. A implementação das audiências de custódia está prevista em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose. (2015, s.p).

Em que pese a audiência de Custódia ainda não esteja positivada em nosso ordenamento jurídico, já tramita Projeto de Lei n. 554/2011 do Senado que prevê a alteração do art. 306 e parágrafos do CPP<sup>9</sup>. Além disso, já existem Resoluções e provimentos nos Tribunais de Justiça dos Estados versando sobre o tema, havendo, também regulamentação da matéria pelo Conselho nacional de Justiça (Resolução 213 de dezembro de 2015<sup>10</sup>).

Além disso, vem também tomando relevância no campo jurídico, preocupando-se em solucionar conflitos através de uma comunicação não violenta,

---

9 Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

10 Resolução 213 do CNJ: “Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante”.

pretendendo evitar medidas extremas e muitas vezes ineficazes - como é o caso da prisão cautelar -, a Justiça Restaurativa.

Após recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para que a temática da Justiça Restaurativa fosse incorporada à legislação dos países, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução 225 de 31 de maio de 2016<sup>11</sup>, pretendendo que esse documento normativo seja um norte para aqueles que desejam aplicar a Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Inclusive, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7006/200622, que visa incluir na justiça criminal brasileira procedimentos de justiça restaurativa, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A Resolução do CNJ traz alguns contornos sobre o procedimento a ser adotado para que a prática restaurativa possa ser incluída em âmbito judicial.

Art. 7º. Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social. Parágrafo único. A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo (BRASIL, 2017, s.p).

Assim, não há dúvidas de que já existem alternativas ao cárcere previstas em Lei, bem como outras sendo refletidas pelo legislador, sinal de que a aplicação da prisão provisória necessita ser repensada, discutida e mantida sempre como *ultima ratio*, como já bem leciona o texto legal.

## 5 CONCLUSÕES

---

11 A Resolução nº 225 dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, contendo diretrizes para a implementação e difusão da prática da JR. A Resolução é resultado de uma minuta desenvolvida por um grupo de trabalho instituído pelo presidente do CNJ no ano de 2016, ministro Ricardo Lewandowski. A Resolução não possui aplicação obrigatória pelos juízes e Tribunais. Apesar disso, inquestionável é a sua relevância para a difusão e conhecimento da prática restaurativa em nosso país. Veja-se que, segundo avaliação do CNJ no ano de 2016, “a Justiça Restaurativa foi implementada e vem sendo executada há mais de dez anos no país, mas, atualmente, apenas seis dos 27 Tribunais de Justiça (TJs) possuem normatizações a respeito, seja por meio de resoluções ou de portarias” (2016, s.p.).

A partir do que foi exposto, a reflexão que se pretende fazer é de que a prisão provisória representa muito mais do que um mero instituto processual penal utilizado para resguardar a sentença final, sendo também medida que afeta e influencia a sociedade e, especialmente, o indivíduo que é sujeito a ela.

Apesar da utilização cada vez mais expressiva das prisões provisórias nos processos criminais brasileiros, a criminalidade segue exacerbada, o que demonstra que esta Justiça Tradicional, nos moldes em que se encontra, alicerçada no encarceramento antecipado como medida de política criminal, não está conseguindo atingir o objetivo de reduzir a violência e os índices de reincidência por meio da prisão.

Assim, emerge a assertiva de Foucault (2001, p. 21) de que o suplício (prisão), ainda que sob o pretexto de não tocar o corpo – mas atingindo-o irreversivelmente pela supressão dos direitos ao corpo do indivíduo preso –, não restabelece a justiça, ao contrário, o caráter suplicante da prisão reativa o poder, o poder de punir, mesmo quando transitória e provisoriamente decretada.

As consequências de uma prisão provisória são severas e causam diversas degradações íntimas no ser humano, além de gerarem insegurança jurídica e incerteza sobre a efetiva utilidade desse instituto legal, o que reafirma a imperiosidade de maior estudo sobre este tema de forma ampla, exaustiva e multidisciplinar.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo penal brasileiro**, de 03 de outubro de 1941. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 225 de maio de 2016**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

CALLEGARI, André Luiz. Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 203 – 219.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Disponível em 20 de dezembro de 2015. Acesso em 30 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>/. Acesso em 17 de novembro de 2016.

CRUZ, Rogério Schietti Machado da. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**; teoria do Garantismo Penal. Tradução de Hassan Choukr Fauzi e Luis Flávio Gomes. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GOMES, Décio Alonso. **(Des)Aceleração Processual**; abordagens sobre Dromologia na busca do Tempo Razoável no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.

**SUPERINTENDENCIA DOS SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS DO RIO GRANDE DO SUL**. Disponível em [http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/5348/?Ano\\_2018](http://www.intrasusepe.rs.gov.br/conteudo/5348/?Ano_2018). Acesso em 22 de maio de 2018.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A criminologia como instrumento de intervenção na realidade**. In: FÓRUM DE DEBATES SOBRE O PROCESSO DE PRISONIZAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO, 1., Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 1990. p. 51-68.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

# INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018: AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO NO CRIME DE ROUBO

Fernando Alves Morsch\*

**RESUMO:** o presente artigo busca demonstrar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que acrescentou causa de aumento de pena para o emprego de arma de fogo na prática do delito de roubo. Traz breves considerações acerca do controle de constitucionalidade, ressaltando as definições dos vícios de inconstitucionalidade formal e material e das modalidades de controle concentrado e difuso. Instaura a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento sob a perspectiva do princípio da individualização da pena e outros postulados correlatos, aliando a uma proposta de arguição da tese em via incidental. Derradeiramente, apresenta argumentos que poderão vir a ser arguidos contra a tese de inconstitucionalidade, rechaçando-os.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inconstitucionalidade. Individualização da pena. Proporcionalidade. Potencialidade lesiva. Discricionariedade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Breves considerações sobre o controle de constitucionalidade. 3 Inconstitucionalidade material do artigo 1º da lei n.º 13.654/2018. 4 Argumentos contrapostos à tese de inconstitucionalidade. 4.1 Violação à separação dos poderes. 4.2 Afronta à vedação da proteção deficiente 4.3 Apreciação da potencialidade lesiva da arma de fogo durante a valoração das circunstâncias do artigo 59 do código penal. 5 Conclusão. 6 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Na data de 24 de abril de 2018, entrou em vigor a Lei n.º 13.654, que promoveu alterações nos tipos penais dos artigos 155 e 157, ambos do Código Penal, a fim de recrudescer a punição sobre a prática delitiva de furto e roubo

---

\* Analista Processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço: Rua Irineu Ferlin, n.º 1.045, Centro, Marau/RS. E-mail: fernandoalvesmorsch@gmail.com.

envolvendo explosivos e de roubo com emprego de arma de fogo ou de que resulte lesão corporal grave.

A medida legislativa (evidente manifestação do Direito Penal simbólico<sup>1</sup>) veio em resposta à repercussão causada pelas notícias de cometimento de crimes de furto e roubo com emprego de explosivos em agência bancárias<sup>2</sup>.

Ocorre que o projeto de lei carregou em seu bojo disposição relativa ao uso de arma de fogo, acrescentando ao artigo 157 do Código Penal o § 2º-A, impondo causa de aumento de pena, pela fração de 2/3, se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo (inciso I), revogando, por outro lado, o inciso I do § 2º, que previa a exasperação da pena de 1/3 até metade se a conduta do *caput* fosse cometida com emprego de arma (sem distinção de sua natureza).

Não obstante seja evidente que o objetivo principal da Lei n.º 13.654/18 tenha sido tornar mais gravosa a pena do crime praticado com uso de explosivo, notabilizou relevante modificação no *quantum* de acréscimo da pena aplicável ao crime de roubo majorado pelo emprego de arma, na medida em que suprimiu a hipótese de a arma branca ou de a arma imprópria ser circunstância especial de agravamento da pena, remanescendo apenas a arma de fogo, além de afastar o juízo discricionário do órgão julgador para definir a fração de aumento da pena ao estabelecer, agora, um patamar único de exasperação.

Esse enrijecimento da fração de aumento da pena, conforme será adiante argumentado no presente trabalho, inquina a indigitada lei de inconstitucionalidade material, tendo em vista que, ao desconsiderar circunstâncias fáticas que envolvem o emprego de arma de fogo, não permite a adequada individualização da pena, imperativo constitucional previsto no artigo 5º, XLVI<sup>3</sup>, da Carta Maior.

Tomando por base esse raciocínio, o presente estudo visa a promover a discussão sobre o vício apontado, propondo, inclusive, a aplicação da tese como meio de defesa, a fim de evitar a exasperação da pena pela referida causa de aumento, apresentando, de outro lado, eventuais argumentos que poderão ser suscitados para rechaçá-la.

---

<sup>1</sup> Segundo Masson, explicando a função simbólica do Direito Penal: “proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. [...] se verifica com a inflação legislativa [...] (hipertrofia do Direito Penal)”. (2012, p. 11).

<sup>2</sup> É o que se extrai da justificativa para a proposição do Projeto de Lei do Senado n.º 149/2015, de autoria do Senador Otto Alencar (BRASIL, 2015).

<sup>3</sup> “XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...]” (BRASIL, 1988).

Entende-se relevante a abordagem do tema diante das inúmeras ações penais cujo objeto é a imputação de crime de roubo cometido com emprego de arma de fogo, pretendendo este ensaio, além de provocar questionamento sobre o efetivo resguardo do direito fundamental à adequada individualização da pena, oferecer tópico a ser suscitado no exercício da defesa do réu no caso concreto.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O escopo do trabalho é tecer comentários sobre a *inconstitucionalidade material* do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que incluiu o § 2-A, inciso I, ao artigo 157 do Código Penal, prevendo circunstância exasperadora de pena pela prática do delito de roubo com emprego de arma de fogo, notadamente sob o enfoque da adequada individualização da pena, elevada a direito fundamental individual pelo artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Diante disso, importante relembrar algumas noções a respeito do controle de constitucionalidade que se mostram relevantes para o desenvolvimento do tema em exame.

Cumpra destacar, nesse sentido, que os pressupostos para o exercício do controle de constitucionalidade das espécies normativas se dividem em formais (conformação do ato normativo com as regras constitucionais do processo legislativo) e materiais (compatibilidade do objeto da espécie normativa com o conteúdo da Constituição Federal).

Sob o *aspecto material*, exsurge o Princípio da Supremacia da Constituição, o qual orienta que a Constituição de um Estado se encontra no topo hierárquico do ordenamento jurídico, conforme representação clássica da pirâmide normativa de Kelsen<sup>4</sup>, devendo as demais espécies normativas extrair da Constituição fundamento de validade.

Assim, em suma, as leis e demais atos normativos infraconstitucionais, além de sua produção obedecer ao processo legislativo constitucional, devem compatibilizar seu objeto ao conteúdo constitucional, aos valores encampados pela Carta Política.

---

<sup>4</sup> A representação escalonada do ordenamento jurídico é relacionada com o sentido jurídico de Constituição, definida por Hans Kelsen, segundo o qual a Constituição é norma fundamental hipotética cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional de mais alto grau (SILVA, 1994, p. 43).



Do contrário, não guardando a espécie normativa correspondência com as diretrizes constitucionais, deverão ser submetidas ao controle por vício de constitucionalidade.

Nessa ordem de ideias, o controle de constitucionalidade, no Direito Constitucional brasileiro, pode ocorrer de modo *difuso* (aberto, por via de exceção ou defesa), a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal no exame de um caso concreto, ou de modo *concentrado* (por via direta), a ser exercido por órgão competente (Supremo Tribunal Federal), em ação direta e objetiva, ou seja, independentemente de análise de um caso concreto em que a norma possa incidir.

O presente estudo propõe adotar a tese como meio de defesa, de modo a concretamente influenciar na dosimetria da pena e afastar o emprego da aludida causa de aumento, o que leva à operação de controle de constitucionalidade pela via difusa, no bojo de uma ação penal.

O controle difuso de constitucionalidade, sendo incidental, pode ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, havendo, contudo, particularidade quando operado no âmbito dos tribunais, conforme previsão do artigo 97 da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (BRASIL, 1988).

Reforçando a regra constitucional, a Súmula Vinculante 10 expressa o seguinte entendimento da Corte Suprema:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte (BRASIL, 2008).

Infere-se, portanto, que a decisão tomada em controle de constitucionalidade difuso, no âmbito de tribunal, não pode ser proferida por órgão fracionário sem antes ser submetido ao plenário ou órgão especial, devendo ser declarada a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos respectivos membros (cláusula da reserva de plenário<sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> De acordo com MORAES, “a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário” (2002, p. 590).

Realizada essa concisa exposição acerca do controle de constitucionalidade, parte-se para o exame do tema proposto. O próximo tópico buscará demonstrar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/18, na parte em que acresceu ao artigo 157 do Código Penal o § 2º-A, inciso I.

### 3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ARTIGO 1º DA LEI N.º 13.654/2018

O objetivo do trabalho é confrontar a disposição do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018<sup>6</sup> com o texto constitucional, demonstrando que padece de vício de constitucionalidade, sob o aspecto material, na medida em que atenta contra o Princípio da Individualização da Pena, insculpido como direito fundamental no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Conforme leciona Nucci:

A individualização da pena tem o significado de **eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores**, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância **é a fuga da padronização da pena**, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto (2005, p. 31-32, grifos nossos).

Segue o doutrinador:

**A individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas.** Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a **individualização legislativa**. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. É **individualização judiciária**. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. [...] É a **individualização executória** (NUCCI, 2005, p. 33-34, grifos nossos).

De outra aclamada obra, extrai-se a seguinte lição do celebrado autor:

---

<sup>6</sup> Art. 1º Os arts. 155 e 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

A meta legislativa, ao elaborar o sistema penal, no contexto da aplicação da pena, é garantir instrumentos eficazes para individualização da pena, permitindo que cada réu possa receber a justa punição pela infração cometida (NUCCI, 2010, p. 160).

Diante dessas considerações, denota-se que o princípio invocado orienta a aplicação de uma sanção justa, assim considerada a que observa as circunstâncias pessoais do agente e fáticas que envolvem a prática delitiva que ensejou a pena, de modo que, tanto sob o prisma qualitativo quanto quantitativo, seja proporcional à infração penal praticada e às condições do apenado.

Para tanto, conforme ensinamento doutrinário coligido, a individualização da pena percorre três etapas, desde a produção legislativa, selecionando as penas em abstrato, pela fixação da pena concreta pelo juiz, até a execução da sanção.

Em todas essas fases, o ponto comum, cerne da individualização, é a **discricionariedade**<sup>7</sup>, observados os limites constitucionais, na aplicação da pena: seja na definição abstrata do *quantum* pelo legislador, em margens mínima e máxima, seja pelo juiz na fixação do montante da pena e nos critérios de execução penal.

Com efeito, a definição da pena, no âmbito legislativo ou judicial, fundadas em critérios mínimos e máximos de quantificação, é, nas palavras de Nucci (2005, p.33), “sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito”, na medida em que ressalta as particularidades da pessoa humana, objeto de proteção pelo Estado.

Seguindo esse raciocínio, portanto, a definição quantitativa da sanção penal, inclusive no plano legislativo, deve cotejar as circunstâncias que levam à adoção do montante da pena, sendo adequado estabelecer margens que servirão de parâmetro na imposição de pena concreta pelo magistrado.

Aliada a isso, a justeza da pena implica a observância do postulado da proporcionalidade, de modo que sua aplicação seja individualizada, sob enfoque da necessidade e adequação, conforme a gravidade da infração penal.

Outro aspecto da definição das penas pelo legislador merece destaque:

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, o item 49 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal explica, sobre a aplicação da pena, que “o Projeto busca assegurar a *individualização da pena* sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao *arbitrium iudicis* variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo da sanção a ser aplicada” (SARAIVA, 2019).

[...] há uma meta revelada em direção a dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime (NUCCI, 2010, p. 211).

Assim, a definição da pena, inclusive no plano legislativo, em caráter abstrato, deve guardar uma lógica sistêmica, ou seja, convergir com o modelo adotado pelo ordenamento jurídico.

Por isso mesmo é que, conforme os critérios constitucionais e legais estabelecidos, a definição do *quantum* das penas previstas no preceito secundário do tipo penal e em causas de aumento e diminuição não deve ser estagnada sob um único patamar.

É o que se extrai, por exemplo, da sistemática de previsão de margens mínima e máxima de pena para os tipos penais e pelo método de aplicação da pena prevista no artigo 59 do Código Penal, oferecendo espaço de atuação discricionária do julgador.

Ademais, devem-se observar outros parâmetros de pena já fixados pelo legislador para condutas semelhantes.

Por essa linha de pensamento é que se aventa a inconstitucionalidade de que padece o artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, que, dentre outras alterações promovidas no Código Penal, acrescentou o § 2º-A ao artigo 157.

Para uma melhor análise, transcreve-se o dispositivo incluído no tipo penal:

Art. 157 [...]

§ 2º-AA pena aumenta-se **de 2/3 (dois terços)**:

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (BRASIL, 1940).

Observe-se que a fração da causa de aumento de pena é fixa, de 2/3, não concedendo ao magistrado margem alguma para valorar o contexto fático em que houve emprego de arma de fogo.

Ora, muito bem se sabe que o emprego de arma de fogo pode ocorrer das mais variadas maneiras, notadamente durante a prática de um delito de roubo, desde a mera exibição, ainda que velada, do artefato, para representar a grave ameaça, até seu emprego efetivo, agravando a potencialidade lesiva da conduta ou efetivamente ofendendo a integridade física da vítima.

Ademais, cediço que existem inúmeros modelos de arma de fogo, de diferentes calibres, em diferentes estados de conservação, oferecendo menor ou maior lesividade.

Obviamente, essas circunstâncias (modelo da arma e modo de emprego) devem ser apreciadas em cada caso, e deveriam ter sido antevistos pelo legislador ao definir a fração de exasperação da pena.

Basta confrontar duas hipóteses:

a) agente que ingressa em estabelecimento comercial, discretamente exhibe um revólver calibre 22, a fim de exercer grave ameaça, exigindo do comerciante o dinheiro que está no caixa;

b) agente que ingressa em estabelecimento bancário, desejando subtrair o dinheiro depositado no cofre, saca de uma submetralhadora 9mm e realiza disparos, colocando em risco a vida ou integridade física dos funcionários e clientes.

Certamente, a arma de fogo e o modo de emprego descritos na segunda conduta agravaram muito mais a prática delitiva; no entanto, a causa de aumento aplicada a ambos os casos será igual (2/3), o que evidentemente ofende o Princípio da Individualização da Pena, aqui relacionada à isonomia, na medida em que se dispensará tratamento igual a situações desiguais.

Não bastasse, verifica-se a incongruência da fração da pena (sob o aspecto da lógica sistêmica do ordenamento jurídico), na medida em que não se harmoniza com outros parâmetros de pena incidentes sobre conduta semelhante (o emprego de arma de fogo), cuja previsão das penas é definida de modo a conceder ao magistrado poder discricionário.

Veja-se, por exemplo, os seguintes tipos penais previstos no Código Penal:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - **Se o crime é cometido** durante a noite, ou em lugar ermo, ou **com o emprego de violência ou de arma**, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, **de seis meses a dois anos**, além da pena correspondente à violência.

[...]

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - **Se o crime é cometido** por duas ou mais pessoas, ou **com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.**

[...]

Art. 351 - Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º - **Se o crime é praticado a mão armada,** ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, **de dois a seis anos** (BRASIL, 1940, grifos nossos).

Tais preceitos revelam a reverberação do Princípio da Individualização da Pena, notadamente da diretriz da justeza da pena conforme o caso concreto, sobre o método adotado para definição abstrata das penas, qual seja, a cominação de limites para discricionariedade do julgador.

Mesmo o § 2º, I, do artigo 157 – revogado pela indigitada Lei n.º 13.654/2018 – previa uma margem (entre 1/3 e 1/2) para definição do aumento da pena em caso de emprego de arma no delito de roubo.

Evidente, portanto, que a previsão do dispositivo impugnado não guarda lógica com o sistema de aplicação da pena.

Percebe-se, assim, que a definição de uma fração única de aumento de pena em razão de emprego de arma de fogo desatende ao direito fundamental assegurado no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, na medida em que não permite ponderar circunstâncias fáticas relevantes para o caso prático, as quais já poderiam ter sido previamente aventadas pelo legislador.

Destarte, em análise da conformação com o conteúdo constitucional, razoável aventar a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, ao menos no ponto em que promoveu o acréscimo do § 2º-A ao artigo 157 do Código Penal.

#### **4 ARGUMENTOS CONTRAPOSTOS À TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Exploradas as razões que levam a crer sobre a inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, é importante ponderar arguições que eventualmente poderão ser opostas à tese, despontando as seguintes: (a) separação dos poderes; (b) vedação à proteção deficiente; (c) apreciação da

potencialidade lesiva da arma por ocasião da valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Vejam-se as ponderações.

#### 4.1 VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES

O primeiro argumento que poderá ser aventado para confrontar a tese apresentada é de ofensa à separação dos poderes, sustentando-se que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se na função de legislador e substituir seus critérios de elaboração do ato normativo, inexistindo a possibilidade de o órgão julgador, no campo penal, redefinir penas fixadas na via legiferante.

Ocorre que a separação de poderes, tal como definida no artigo 2º da Constituição Federal<sup>8</sup>, não é estática e absoluta, adotando-se o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), de modo que os poderes constituídos se submetem a um controle recíproco, evitando-se o excesso de algum deles, em especial sobre as liberdades individuais.

Veja-se, a propósito, a lição de Novelino:

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o *princípio da separação dos poderes* (CF, art. 2º) e protegê-lo como *cláusula pétrea* (CF, art. 60, § 4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. Por não haver uma 'fórmula apriorística' para este princípio, é necessário extrair da própria Constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade.

A *independência* entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de 'freios e contrapesos' para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A *harmonia* se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles (2012, p. 374-375).

Na seara penal, notadamente em relação à atribuição sancionatória, cumpre ao Poder Judiciário apreciar, à luz da individualização da pena e da proporcionalidade, a adequação da pena definida pelo Poder Legislativo, em verdadeiro controle da atividade legislativa.

Com efeito, não se verifica nenhuma ingerência abusiva da jurisdição em redefinir os limites sancionatórios estabelecidos pelo legislador, amoldando-os aos parâmetros constitucionais.

---

<sup>8</sup> "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar arguição de inconstitucionalidade de preceito secundário do tipo penal, reconhecendo-a, no Recurso Especial n.º 915.442-SC.

Do voto condutor do acórdão, de lavra da Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, sustentando a desproporção da pena definida pelo legislador, extrai-se o seguinte excerto: “mostra-se imprescindível que o judiciário dê uma aplicação razoável à norma em apreço, ajustando-a aos princípios constitucionais” (BRASIL, 2010, p. 7).

Inclusive, o objeto do julgado da Corte Superior é tema reconhecido de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 979.962<sup>9</sup>.

Percebe-se, assim, que inexistente óbice, sob a alegação de violação à separação dos poderes, a que o Poder Judiciário interceda para redefinir a quantidade da pena definida em abstrato pelo legislador, a fim de ajustá-la à Constituição.

O exame do *quantum* fixado para a causa de aumento da pena do roubo pelo emprego de arma de fogo, em via incidental de arguição de inconstitucionalidade, sob o princípio da individualização da pena, não afronta, portanto, a separação dos poderes, podendo ser rechaçado tal argumento.

#### **4.2 AFRONTA À VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

O segundo contra-argumento que pode vir a ser invocado é a insuficiência da proteção ao bem jurídico penalmente tutelado pelo afastamento da causa de aumento de pena em comento, sustentando-se que inexistiria reprimenda adequada à circunstância do emprego de arma de fogo caso não houvesse previsão da majorante.

Cumprido, inicialmente, tecer breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade, do qual é corolário a vedação da proteção deficiente.

O princípio da proporcionalidade se vincula à ideia de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, uma vez que é tido como princípio de controle da atuação estatal a fim de interditar qualquer ofensa grave a um direito individual ou coletivo. Por isso é que, no direito pátrio, também o princípio da proporcionalidade se revela por meio do devido processo legal substancial.

---

<sup>9</sup> Conforme pesquisa na aba “Repercussão Geral”, no site do Supremo Tribunal Federal.



Nesse sentido, a lição de Canotilho, dizendo que o referido princípio “é, hoje, assumido como um *princípio de controlo* exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito” (2002, p. 268, grifo do autor).

Dito controle é realizado sobre a relação entre o meio adotado e o fim almejado com o agir do Estado, que jamais devem atingir a essência do direito. E para concretizar o exame da proporcionalidade da conduta estatal, vale-se de três subprincípios integrantes: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Canotilho (2002, p. 269-270), a *adequação* exige que a medida escolhida para realização do interesse público deve ser apropriada a atingir o fim desejado; a *necessidade* impõe a adoção da medida restritiva menos gravosa ao direito; e, por derradeiro, a *proporcionalidade em sentido estrito*, cuida de equacionar meio e fim, objetivando verificar se o resultado obtido é proporcional à restrição do direito.

Outrossim, da exegese do princípio da proporcionalidade, revelam-se outros dois princípios: da proibição do excesso (*ubermassverbot*) e da vedação da proteção deficiente (*untermassverbot*).

Esses princípios decorrem do dever de proteção pelo Estado, porquanto este tem a função positiva de efetivar os direitos e garantias fundamentais e uma função negativa de se abster de causar qualquer abalo que venha a inibir o seu exercício.

O princípio da proibição do excesso confunde-se na essência com o da proporcionalidade, haja vista que trata de limitar a atuação do poder público contra direitos do cidadão, de vedar qualquer arbitrariedade dos órgãos estatais. Há aqui um agir excessivo e desmedido por parte do Estado.

Por sua vez, o princípio da vedação da proteção deficiente informa que o Estado não deve atuar de modo insuficiente para garantir o mínimo dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, Canotilho registra:

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Existe um **defeito de proteção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas

insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais (2002, p. 273).

Por todo exposto, infere-se que o princípio da vedação de insuficiência carrega a ideia de garantia positiva de que o Estado buscará efetivar, ainda que ao mínimo, os direitos dos cidadãos, contrapondo-se ao princípio da proibição do excesso, tratado como uma garantia negativa.

Ademais, vale salientar que o princípio da vedação da proteção deficiente, por ser corolário do princípio da proporcionalidade, incide no controle da adequação das medidas adotadas para a realização de um fim, podendo, inclusive, ser reconhecida a falta da medida adequada.

Na esfera penal, revela-se a importância desse princípio, pois, como já mencionado, se vincula umbilicalmente ao dever de proteção do Estado, de tutelar os bens jurídicos considerados fundamentais.

Contudo, o afastamento da causa de aumento do emprego de arma de fogo na prática do roubo não denota deficiência na tutela do bem jurídico, na medida em que tal circunstância ainda pode ser valorada por ocasião da dosimetria da pena na análise dos vetores do artigo 59 do CP, certamente de acordo com a individualização da pena, levando-se em conta o caso concreto, conforme adiantado.

Assim, não há desamparo da lei penal em relação à conduta de utilizar arma de fogo na prática de roubo, reservando-se ao magistrado, nos limites da proporcionalidade, valorar essa circunstância na definição da pena-base.

#### **4.3 APRECIÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA DE FOGO DURANTE A VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL**

Uma terceira alegação que poderá ser suscitada é de que, a despeito da fração única da majorante não possibilitar a graduação da pena conforme a potencialidade lesiva do armamento, tal apuração seria feita sob os vetores do artigo 59 do Código Penal.

No entanto, isso não se mostra adequado por caracterizar inadmissível *bis in idem*.

Veja-se que uma mesma circunstância (emprego de arma de fogo) seria duplamente valorada em dois momentos distintos da dosimetria da pena, visando à exasperação.

Ora, na primeira fase da fixação da pena, já seria reconhecido o uso da arma de fogo e exasperada a pena base, concedendo-se ao julgador a possibilidade de graduar o aumento conforme o potencial lesivo da arma empregada. Na terceira fase da dosimetria, o emprego da arma de fogo seria novamente sustentado apenas para implicar o aumento legalmente cominado de 2/3 da pena provisória, visto que já invocado e valorado em oportunidade anterior.

Destarte, imperando o *ne bis in idem* no Direito Penal, o argumento ora apresentado não deve prosperar.

## 5 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é mecanismo de afirmação da supremacia da Constituição, ressaltando sua força normativa e vinculante. O constitucionalismo está atualmente sedimentado na eficácia cogente da norma constitucional, sem depender da vontade do legislador a concretização de seu conteúdo, o que se verifica na aplicação dos direitos fundamentais, que é de eficácia plena.

Desse modo, a atividade legislativa encontra legitimidade diretamente da Constituição, devendo observar o procedimento nela previsto para inovação da ordem jurídica e os valores por ela consagrados, pelo que eventual desvio será submetido a controle que tem como pressuposto a conformação com esses elementos.

Por essa premissa, logrou-se demonstrar que o artigo 1º da Lei n.º 13.654/2018, no ponto em que acrescentou o § 2º-A, inciso I, ao artigo 157 do Código Penal, é inquinado de vício de inconstitucionalidade material, vez que atenta contra o direito fundamental à individualização da pena, relacionado, ademais, com a isonomia e a proporcionalidade.

Diante dos argumentos apresentados, foi possível perceber que a fixação de uma fração única de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo na prática do delito de roubo impossibilita uma adequada e justa definição do *quantum* sancionatório aos agentes que incorrem nessa conduta, notadamente em razão das circunstâncias fáticas que envolvem cada caso (espécie e modo de emprego do

armamento), havendo, inclusive, impróprio tratamento igualitário entre situações desiguais.

De outro lado, buscou-se antever contrapontos que poderiam ser aventados para afastar a tese de inconstitucionalidade defendida, havendo respaldo suficiente para confrontá-los.

Em suma, acredita-se que o objetivo do presente trabalho foi alcançado: formar um debate sobre o tema proposto e fornecer argumento defensivo para afastar a majorante do emprego de arma de fogo em condenações pela prática do crime de roubo.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) >. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.654 de 24 de abril de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para dispor sobre os crimes de furto qualificado e de roubo quando envolvam explosivos e do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo ou do qual resulte lesão corporal grave; e altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, para obrigar instituições que disponibilizem caixas eletrônicos a instalar equipamentos que inutilizem cédulas de moeda corrente.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13654.htm) >. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n.º 149 de 24 de março de 2015.** Senador: Otto Alencar, Brasília, DF, 24 de março de 2015. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=585251&ts=1559743208571&disposition=inline> >. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 915.442-SC.** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2010. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13470629&num\\_registro=200700109449&data=20110201&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=13470629&num_registro=200700109449&data=20110201&tipo=5&formato=PDF) >. Acesso em: 25 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 10.** Brasília, DF, 27 de junho de 2008. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: Método, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARAIVA, Editora. **Vade mecum**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

## PROJETO “QUEM É MEU PAI?”: UMA POLÍTICA PÚBLICA EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO

Karina Meneghetti Brendler<sup>1</sup>  
Aida Victória Steinmetz Wainer<sup>2</sup>

**RESUMO:** O conceito de políticas públicas não é unânime entre a doutrina. O ponto de toque entre as distintas compreensões dos expoentes está no fato de que essas são ferramentas empregadas objetivando a concretização dos direitos fundamentais assegurados aos indivíduos. O objetivo do presente trabalho é analisar a atuação do Projeto “Quem é meu pai?”, desenvolvido na comarca de Capão da Canoa/RS como uma política pública concretizadora do direito fundamental à filiação. Para tanto, realizou-se uma pesquisa legislativa e bibliográfica delineando conceitos de políticas públicas e da filiação como garantia constitucional. Outrossim, buscou-se verificar a atuação do projeto no município, apresentando dados de sua atuação e demonstrando sua eficácia enquanto política pública em defesa do direito fundamental à filiação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental à filiação; Política pública; Reconhecimento de paternidade.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Políticas públicas. 3 Filiação: direito e garantia constitucional. 4 O projeto “quem é meu pai?” como uma política pública de garantia ao direito à filiação. 5 Conclusão. 6 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas são ferramentas de concretização dos direitos fundamentais, constantemente empregadas no constitucionalismo moderno-

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha. Especialista em Direito de Família e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Coordenadora e Docente do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – Capão da Canoa e Montenegro atuando principalmente no Direito de Família e Direito da Infância e Juventude. Coordenadora do Projeto de extensão “Quem é meu pai?”. E-mail: [karina@unisc.br](mailto:karina@unisc.br).

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Campus Capão da Canoa. Bolsista PROBEX atuando no projeto “Quem é meu pai?”. Estagiária da Defensoria Pública do Estado da comarca de Capão da Canoa/RS. E-mail: [aidawainer@hotmail.com](mailto:aidawainer@hotmail.com)

contemporâneo<sup>3</sup>. A ideia de políticas públicas está associada a um conjunto de ações articuladas com recursos próprios do Estado e envolve uma dimensão temporal e alguma capacidade de impacto. Ela não se reduz à implantação de serviços, pois engloba projetos de natureza ético-política e compreende níveis diversos de relações entre o Estado e a sociedade civil na sua constituição.

A doutrina entende que sempre está implicada a intervenção estatal na implementação das políticas, porém essas não estão necessariamente restritas ao protagonismo dos agentes públicos, ou seja, é permitida a participação de atores não governamentais por meio de demanda, suporte ou apoio. Trata-se de uma “ação pública” onde não somente o Estado se faz presente, mas também a sociedade, adquirindo maior representatividade, poder e controle para decisões próprias e pautadas pelas questões locais (PEREIRA, 2009).

Nesse sentido, o Projeto “Quem é meu pai?” se insere na esfera local – comarca de Capão da Canoa – dando suporte e apoio a uma política desenvolvida pelo Estado e executada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da implementação do projeto “Pai Presente”. Enquanto política voltada à garantia do direito à filiação, o projeto visa a incentivar e propiciar o reconhecimento espontâneo de paternidade, garantindo ao maior número possível de crianças e adolescentes da comarca um nome paterno em seus registros de nascimento.

A partir de pesquisa bibliográfica e legislativa, objetiva-se verificar se a atuação do projeto “Quem é meu pai?” está configurada como uma política pública e se pode ser considerada efetiva. Essa efetividade será mensurada a partir dos dados quantitativos coletados nas entrevistas realizadas pelos participantes do projeto e os dados obtidos ao final do processo de busca e reconhecimento paterno de cada um dos participantes.

---

<sup>3</sup> Termo utilizado para designar um modelo constitucional desenhado a partir da segunda geração dos direitos fundamentais, notadamente com o surgimento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de 1919 (chamada de Constituição de Weimar) que consagraram os direitos sociais, econômicos e culturais, pautados no ideal da igualdade (material). Nele o Estado abandona seu ideal abstencionista, passando a intervir no corpo social com a finalidade de corrigir as desigualdades existentes. Passam os entes políticos a executar políticas públicas tendentes a garantir a fruição de direitos como a saúde, a moradia, a previdência, a educação.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS

Não é tarefa fácil definir políticas públicas, isso porque a própria doutrina (PEREIRA, 2009; SOUZA, 2006) diverge acerca do tema. De modo geral, elas atuam como ferramentas de concretização dos direitos fundamentais, constantemente empregadas no constitucionalismo moderno-contemporâneo. O contexto de nascimento de tal padrão constitucional decorre, em regra, da transição entre as fases do Estado liberal e a fase da emergência dos direitos econômico-sociais e das constituições políticas.

Essa passagem - marcada pelas crises que acometeram o Estado Liberal - foi delineada pela busca de uma nova função e posição do Estado frente à sociedade, de forma mais ativa e capaz de garantir e assegurar o bem-estar social. Essas circunstâncias ainda foram responsáveis por uma “política da sociedade, antes excluída da normatização constitucional” (CORRÊA, 1999). Tal conjuntura foi propulsora dessas demandas, estimulando a concretização do Estado Social de Direito, “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (STRECK; MORAIS, 2004).

Ademais, analisando a Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito, percebe-se que a primeira abre perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania, que possibilitam concretizar as exigências de um Estado de justiça social fundado na dignidade da pessoa humana (SILVA, 1988). Em concomitância com a vigência da nova Carta Magna, o citado autor já referia à importância da existência de um instrumento capaz de assegurar os diversos direitos previstos aos cidadãos, já prevendo a importância dessa ferramenta, que se concretiza no cenário atual na forma de políticas públicas.

Por sua vez, as políticas públicas possuem uma íntima relação com as leis. *By definition, all law is public policy, in that it is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking institutions for at least some aspect of its existence*<sup>4</sup> (CLUNE, 1993). Em síntese, refere o autor que as normas e as políticas públicas estão profusamente

---

<sup>4</sup> Por definição, toda a lei é uma política pública, uma vez que se trata de um conjunto de vontades da sociedade expressas em normas vinculantes; ainda, toda a política pública é lei, eis que depende da legislação e entidades legiferantes em pelo menos alguns aspectos de sua existência (tradução nossa).



entrelaçadas, apontando que, por definição, toda lei se trataria de uma política pública – vez que as leis seriam o reflexo da vontade coletiva expressa através de normas vinculantes. Desse modo, as políticas públicas agregam algumas características legislativas. Afinal, seriam dependentes das leis e das instituições que as produzem para possuir alguns aspectos de sua existência.

Na literatura inglesa, do ponto de vista terminológico, verificou-se três diferentes formas de se fazer referência às políticas públicas, cada uma delas voltada a uma área específica (SCHMIDT, 2008). Dessa forma, *polity* vincula-se à dimensão institucional da política pública, *politics* às questões processuais e, por fim, a *policy* – também referenciada por Clune (1993) – relacionada às questões materiais, ou seja, o resultado da política institucional e processual.

Por sua vez, seja sob a ótica dos arranjos de poder, seja quanto à forma de elaboração e aprovação, existem duas espécies de políticas públicas: políticas de Estado e políticas de governo (SCHMIDT, 2008).

As políticas de Estado<sup>5</sup> referem-se aos princípios fundamentais que servem de guia ao governo de uma nação. São orientadas por um projeto de longo prazo, e pautadas por temas que refletem o interesse geral da população como educação, saúde, emprego, segurança pública, entre outros. São independentes do governo e governantes porque são amparadas pela constituição.

Em contrapartida, as políticas de governo podem depender da alternância de poder, porque cada governo possui seus projetos, que, por sua vez, podem ser transformados em políticas públicas. Compreendem, assim, o conjunto de programas e projetos que partem da sociedade (políticos, técnicos, organismos da sociedade civil e outros) propõe para a sociedade; em última análise, refletem a orientação política de um determinado governo que assume e desempenha as funções de Estado por um determinado período (HÖFLING, 2001).

Enquanto instrumentos de ação governamental, as políticas públicas devem ser desenvolvidas através de programas, projetos e serviços que interessem à sociedade (SCHMIDT, 2008; HÖFLING, 2001; KAUCHAKJE, 2007). Assim, as políticas públicas podem ser entendidas como o “Estado em ação”. É o Estado implantando seu projeto de governo, através de programas, ações voltadas para setores específicos da sociedade.

---

<sup>5</sup> Estado aqui entendido como o conjunto de instituições permanentes – órgãos legislativos, tribunais, exércitos e outros – que possibilitam a ação do governo.

As políticas públicas podem ser compreendidas como *responsabilidade* do Estado – quanto à implementação e manutenção - a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada (HÖFLING, 2001).

Em sua acepção mais ampla, a ideia de políticas públicas está associada a um conjunto de ações articuladas com recursos próprios do Estado (financeiros e humanos), envolve uma dimensão temporal (duração) e alguma capacidade de impacto. Ela não se reduz à implantação de serviços, pois engloba projetos de natureza ético-política e compreende níveis diversos de relações entre o Estado e a sociedade civil na sua constituição. Órgãos legislativos e judiciários também são responsáveis por desenhar políticas públicas. De toda forma, um traço definidor característico é a presença do aparelho público-estatal na definição de políticas, no acompanhamento e na avaliação, assegurando seu caráter público, mesmo que em sua realização ocorram algumas parcerias (SPOSITO; CARRANO, 2003). Assim, sempre está implicada a intervenção Estatal na implementação das políticas, porém não necessariamente restringindo ao protagonismo dos agentes públicos, ou seja, figurando a participação de atores não governamentais “por meio de demanda, suporte ou apoios”, incluindo, ainda, que tal participação pode se dar através do controle democrático. Trata-se de uma “ação pública” na qual não somente o Estado se faz presente, mas também a sociedade, adquirindo maior representatividade, poder e controle para decisões próprias e frente às decisões governamentais (PEREIRA, 2009).

Dentre as finalidades das políticas públicas está o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, e suas ações devem ser direcionadas às áreas de tensões sociais (VALLÉS, 2002). Assim, é dever do Estado a promoção de programas e outras ações que proporcionem o bem-estar coletivo, enfatizando que tal ação deve ocorrer, independentemente de onde e sob a forma que se apresentem. Deve haver uma interdependência da concretização dos direitos tutelados pela constituição e as políticas públicas. Isso porque a observância dos preceitos constitucionais, na definição de políticas, inclui uma consciência de dignidade, dos direitos políticos, culturais e do direito ao desenvolvimento tais como previstos no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988 (OLIVEIRA, 2005, p. 64).

As políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras com vista a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. As políticas públicas atuam num plano, por assim dizer, mais operacional do direito (BUCCI, 2001), ou seja, implicam ação direta.

Essa ação deve estar pautada por projetos que visem ao bem comum, entendido assim como o desejado pela sociedade, com base em parâmetros constitucionais. Seria próximo do que Häberle defende como pluralidade de intérpretes, onde propugna pela adoção de uma “hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta, onde todo aquele que vive a Constituição é um legítimo intérprete” (HÄBERLE, 1997). Somente por meio de sua interpretação, as normas constitucionais adquirem realidade, vez que sua efetividade não resulta de estarem as normas somente positivadas na Constituição, mas é o resultado de processos pluriarticulados de interpretação por parte de numerosos participantes. Complementa Häberle que esses participantes são conformados pela própria sociedade. Desse modo, cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes. Tem-se assim uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas (1997, p. 14).

Nesse sentido, são intérpretes da Constituição não somente os juristas e titulares de funções públicas, mas também os cidadãos, a opinião pública. Todos eles são pré-intérpretes legítimos da Constituição, muito embora a responsabilidade final caiba propriamente à jurisdição constitucional, que a interpreta em última instância. Trata-se, pois, de uma teoria da interpretação constitucional democratizada, que se interrelaciona com a teoria da democracia.

Desse modo, a tarefa de interpretar, construir e, em último estágio, planejar as políticas voltadas ao desenvolvimento social fica seccionada entre as várias categorias de intérpretes. Essas várias categorias de intérpretes são justamente o que, na concepção de Häberle, vêm dar validade, legitimação às ações. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a

única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional (1997, p. 09).

Enquanto ferramentas de concretização dos direitos fundamentais, as políticas públicas possuem como estrutura basilar os preceitos fundamentais descritos pela Constituição Federal, de tal forma que além de buscar assegurá-los, tal instrumento deverá respeitar e ser guiado pelo descrito no texto constitucional.

As políticas públicas possuem um papel tão importante no equilíbrio e bom desenvolvimento social que, segundo Oliveira (2005), há independência dos Estados e municípios para agirem nas áreas de vulnerabilidade sem dependerem da existência prévia de políticas públicas em escala nacional. Nesse contexto, devem respeitar as atribuições delimitadas pelo texto constitucional, todavia, podendo implementar projetos para ação nesses setores que demandem tal intervenção e cuja competência não proíba.

Em suma, compreende-se que as políticas públicas possuem estreita ligação com as leis, sendo ações governamentais - não necessariamente protagonizadas por agentes públicos - atuando nas lacunas normativas com a finalidade de propiciar a concretização de direitos constitucionalmente previstos ou, ainda, regulamentar determinadas matérias e agir em cenários de vulnerabilidade onde a intervenção se faça necessária, visando, principalmente, a proporcionar o bem-estar social tão almejado pelo *Welfare State*.

Ademais, podem-se mencionar as políticas sociais, as quais funcionam como uma “espécie de gênero de políticas públicas” (PEREIRA, 2006). Deriva disso uma ligação direta entre o conceito de políticas públicas e as políticas sociais. Os objetivos das políticas sociais assemelham-se às metas da outra, uma vez que atuam como ferramentas para reduzir as desigualdades, a pobreza, a exclusão social (BUCCI, 2001) e visam à concretização dos direitos expressos na Constituição.

Falar em políticas sociais significa falar de políticas de saúde, educação, previdência, habitação, saneamento etc. Os fatores envolvidos para aferição do “sucesso” ou “fracasso” dessas políticas são complexos, variados e exigem grande esforço de análise (HÖFLING, 2001).

Essas políticas, a partir da visão doutrinária, focam nas áreas sociais. Referem-se a ações que determinam o padrão de proteção social implementado

pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico (HÖFLING, 2001). Assume, pois, feições distintas em diferentes sociedades e diferentes concepções de Estado. É impossível pensar Estado fora de um projeto político e de uma teoria social para a sociedade como um todo.

O maior protagonismo das ações gira em torno das áreas ambientais, do bem-estar e da educação. Salienta-se, especialmente, o desenvolvimento saudável do indivíduo dentro do corpo social, visando garantir a saúde, seguridade, inclusão e combate à exclusão social (CLUNE, 1993), de forma que os direitos tutelados em específico pelas políticas sociais relacionam-se diretamente com a dignidade da pessoa humana aliada à tutela de seus direitos personalíssimos.

Nesse tear, salienta-se que os direitos personalíssimos são os da personalidade, correspondendo, dessa forma, a direitos fundamentais (REALE, 2004). Emerge, desse panorama, a filiação, inscrita no Estatuto da Criança e Adolescente como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

### **3 FILIAÇÃO: DIREITO E GARANTIA CONSTITUCIONAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui como característica primordial garantir direitos fundamentais e assegurar o desenvolvimento dos indivíduos em sociedade. Essa preocupação aparece de forma explícita logo no primeiro artigo do texto Constitucional, expressa pela dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana é valor absoluto da Constituição, que nunca cede em relação aos demais, tratando-se de verdadeiro mandamento nuclear da Constituição (RICHTER; TABARELLI, 2008). Seus efeitos irradiam sobre todo o ordenamento jurídico e sua atuação no direito de família dá-se principalmente para assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas que integram a entidade familiar (GAMA, 2008). Disso resultou uma grande preocupação do legislador em assegurá-lo de forma expressa também para crianças e adolescentes.

A proteção da dignidade da pessoa tem apelo direto nas relações familiares. Ela anda de mãos dadas com o princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável (art. 226, § 6.º, CF/88), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*, CF/88). Além disso, o art. 230 da CF/88 dispõe que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar os idosos, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (SARLET, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana dissemina-se pelos textos legais, especialmente ligando-se às questões de direito de família, por uma natural afinidade temática. Mas ele não está só. O legislador ordinário foi ágil e prodigioso em dedicar-se à elaboração de normas que possam fazer frente aos conflitos concretos que surgem nessa área tão delicada do Direito. Assim, a proteção visada pela legislação para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito de pertencer a um núcleo familiar está fortemente marcada tanto no texto constitucional quanto infraconstitucional.

A legislação constitucional dispôs no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso) de regras explícitas quanto ao cuidado com os direitos da criança, adolescente e jovem, atenção que irradiou para a legislação infraconstitucional e resultou em um estatuto específico, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA.

O direito à dignidade da pessoa humana traz a reboque a necessidade da garantia de outro importante direito: o direito à identidade pessoal, nele incluído o direito ao próprio nome, compreendendo o prenome e o sobrenome, bem como o direito à honra objetiva e subjetiva. O primeiro diz respeito à reputação do indivíduo frente a sociedade e o segundo corresponde ao seu sentimento próprio em relação a sua dignidade (GAGLIANO, 2012).

O direito à identidade pessoal divide-se em três esferas: a identidade genética, a individualidade genética (relacionada à filiação) e a integridade genética (o reconhecimento dos pares) (ALMEIDA, 2003). Dessa forma, a filiação figura como item basilar no desenvolvimento do direito à identidade. Afinal “a relevância da identidade pessoal retrata-se na aquisição do patronímico, na localização familiar e social de quem adquire o *status* de filho (ALMEIDA, 2003, p.119).

O bem-estar das crianças e adolescentes, bem como a proteção do instituto da família em suas mais diversas formas são dois dos principais alvos de proteção

pelo ordenamento jurídico. Este, ainda que constituído por normas, também é estruturado pela presença de princípios - explícitos ou implícitos – estruturantes do texto constitucional.

O direito à filiação, pois, está diretamente ligado a inúmeros princípios. De forma ampla, possui como basilar o princípio da dignidade humana, pois, para o desenvolvimento pleno e digno, é importante, embora não imprescindível, a existência de uma entidade familiar bem estruturada. Importa ressaltar, ademais, o princípio da afetividade dentro das relações familiares, em específico no tocante à filiação, que tem sido precursor de diversas modificações no ordenamento jurídico exatamente em razão de sua importância.

Ademais, na legislação infraconstitucional, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) apresenta em seu artigo 27, de forma explícita, a filiação como um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Mas a questão da filiação não se limita ao ordenamento jurídico. O Conselho Nacional de Justiça tem buscado diversas formas de conscientizar a sociedade acerca da importância de todo filho possuir a identidade do genitor, mas também tem adotado ações mais concretas no sentido de buscar meios de concretizá-la. Para tanto, instituiu diversos provimentos visando a facilitar o reconhecimento de paternidade extrajudicial, a criação de programas e projetos para conscientizar os genitores e genitoras quanto à importância do reconhecimento e de sua participação e da família paterna na vida desses seres em desenvolvimento (CNJ, 2012).

A preocupação do CNJ com a temática tomou dimensão ainda maior a partir de 2017 com o surgimento de um importante provimento. Diante do relevo que o tema da filiação adquiriu, somando-se à crescente valorização do princípio da afetividade, surgiu o Provimento nº 63 do CNJ<sup>6</sup>, possibilitando o registro de mais de um genitor e genitora nos documentos de identidade, reconhecendo a paternidade socioafetiva como direito digno de proteção e reconhecimento jurídico, instituindo assim a (multi)parentalidade socioafetiva. Com isso, resta evidenciada a importância

---

<sup>6</sup> O Provimento nº 63/2017 foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça instituindo modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e óbito, das certidões de nascimento dos filhos havidos pela reprodução assistida e, especialmente, disciplinando acerca da possibilidade do registro socioafetivo. O referido provimento trouxe a possibilidade do registro pela figura paterna/materna socioafetiva, acrescentando o nome à certidão de nascimento e demais documentos do filho afetivo, que, após o registro, passa a ostentar iguais direitos e herdar iguais responsabilidades equiparadas as provenientes dos vínculos biológicos. Essa determinação sofreu alterações com a edição do Provimento nº 83/2019, instituindo a obrigatoriedade de parecer favorável do Ministério Público à realização de qualquer registro socioafetivo.

que a filiação deve ocupar na sociedade e o cuidado com que o judiciário deve tratá-la. Está emergindo uma nova visão dada não só pela sociedade, mas também pelos legisladores e aplicadores do direito no tocante às questões de filiação.

A filiação é um direito indisponível, imprescritível e personalíssimo e possui relevância para o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Justamente por essa razão, somada aos princípios que regem o ordenamento jurídico, têm surgido diversos projetos e programas visando à concretização fática desse direito fundamental. Desse cenário, busca-se então garantir o pleno desenvolvimento da identidade pessoal dos indivíduos ao conhecerem sua origem, o convívio em uma família que lhe garanta a necessária estabilidade física e emocional e, por consequência, que permita que a criança e o adolescente possam construir uma vida com sua dignidade assegurada.

#### **4 O PROJETO “QUEM É MEU PAI?” COMO UMA POLÍTICA PÚBLICA DE GARANTIA AO DIREITO À FILIAÇÃO**

Considerando a preocupação do Estado em assegurar o direito à filiação a toda criança e adolescente, e estando clara a sua importância, bem como os benefícios do reconhecimento da paternidade para o desenvolvimento de uma personalidade e identidade completa e digna, foi instituída em escala nacional o projeto denominado “Pai Presente” do CNJ.

O “Pai Presente” nasceu de uma preocupação do poder público com o elevado número de crianças sem registro civil no país, um direito básico de todos cidadãos, mas que nem sempre é respeitado. Dados do censo de 2010 apontam que cerca de 600 mil crianças de até 10 anos de idade não possuíam registro de nascimento no país. Além disso, foi estimado que mais de 5 milhões de estudantes não possuíam o nome do pai no documento de identidade.

Com o objetivo de mudar esse quadro, o Conselho Nacional de Justiça colocou em prática, nos anos seguintes, diversas ações (Provimentos) que visaram a fomentar o registro de nascimento e o reconhecimento de paternidade, ainda que tardios. Dentre as ações estavam a facilitação ao reconhecimento tardio em qualquer cartório de registro do país (Provimento nº. 16/2012), o chamamento de genitoras de estudantes ao judiciário para regularizar a paternidade dos filhos sem o nome paterno nos documentos de identidade (Provimento nº. 12/2010), bem como a



gratuidade da averbação do reconhecimento de paternidade em todo país (Provimento nº. 19 de 2012). Todas essas ações foram vinculadas ao projeto “Pai Presente” que serviu como um grande “guarda-chuva”. O projeto possibilitou, até o momento, o reconhecimento espontâneo de paternidade de mais de 14,6 mil pessoas através de parceria entre o CNJ e os Tribunais de Justiça de todo país (CNJ, 2015).

Apesar dos resultados positivos obtidos através do projeto “Pai Presente” em escala nacional, percebeu-se que em escala local seguia sendo elevado o número de crianças sem o nome paterno nos seus registros civis. Dessa preocupação, surgiu o projeto “Quem é meu pai?” no município gaúcho de Capão da Canoa. Desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz do Sul, o projeto está em atividade desde 2013, tendo como finalidade garantir ao maior número possível de crianças da comarca a efetivação do direito à filiação. Tal objetivo é concretizado através da busca pelo genitor, visando ao reconhecimento de paternidade que resulta no acréscimo do nome do pai à certidão de nascimento de crianças e adolescentes.

O projeto atua em escala municipal, envolvendo - e com apoio de - órgãos governamentais como a Defensoria Pública do Estado, a Promotoria de Justiça de Capão da Canoa, o Cartório de Registros de Pessoas Naturais de Capão da Canoa, possuindo ainda o suporte das Secretarias de Educação e de Assistência Social do município.

Inicialmente, o projeto atuou mapeando as crianças que não possuíam o nome dos genitores nas certidões de nascimento, através das relações fornecidas pelas escolas, as quais incluíam as informações dos alunos registrados somente pelas mães, de tal forma que o procedimento adotado foi a convocação das genitoras para reuniões em grupo, visando a conscientização dos benefícios e procedimentos a serem tomados para regularizar a paternidade, visando sempre ao melhor interesse do infante. Além das reuniões em grupo, buscou-se atender particularmente cada uma das genitoras, angariando os dados necessários para dar continuidade ao procedimento de busca pelo genitor.

Com o passar dos anos, o projeto passou a ser de conhecimento público no município, resultando no crescimento da busca espontânea das genitoras, visando ao registro de seus filhos pelos respectivos pais. Importante ressaltar que com a popularização do projeto, a busca não mais restou como exclusividade das

genitoras, sendo que, entre 2017 e 2018, houve um crescimento inesperado nos genitores que buscaram o projeto para lograr o almejado registro de seus filhos.

Através das parcerias concretizadas, o projeto oferece às genitoras e aos supostos genitores duas opções: proceder ao reconhecimento de paternidade voluntário, informando a ambas as partes dos direitos e responsabilidades que acompanham tal escolha, ou, caso haja dúvida acerca da paternidade, requerer a submissão ao exame de DNA para que haja comprovação definitiva da paternidade.

Os dados atuais do projeto indicam que há um expressivo número de crianças e adolescentes que garantiram a inclusão de seus genitores nos registros de nascimento e, a partir disso, passaram a desfrutar na plenitude o direito à filiação, seja ganhando uma nova família, seja recebendo ajuda financeira do seu genitor, ou simplesmente, e o mais importante, conhecendo a suas origens, expoente maior da dignidade humana.

ANO		2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
Participantes mapeados projeto		132	358	138	72	82	64	846
Genitoras presentes		132	249	91	60	63	23	618
Genitores encontrados		41	78	42	24	33	33	251
Decisão genitores	Requereu DNA	9	24	18	7	13	3	74
	Reconheceu espontaneamente	31	52	25	16	22	15	161
Pessoas registradas		29	56	38	18	17	31	189
Registros em andamento		53	170	68	31	35	6	361
Outras soluções (adoções, guardas, investigação de paternidade judicial).		9	13	2	3	2	6	35

Fonte: do autor.

Até dezembro de 2018, foram mapeadas 846 pessoas não registradas pelo genitor na comarca de Capão da Canoa, demonstrando um contingente importante de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. Todas as genitoras ou responsáveis legais foram chamados a comparecer e, do total de chamados, 618 (73%) compareceram. Desses, muitos alegaram desconhecer o suposto genitor ou

seu paradeiro, referiram não ter interesse no reconhecimento ou que o suposto genitor já é falecido, o que justifica o reduzido número de pais que comparecem ao projeto: 251 (40%), em comparação ao das genitoras. Desses supostos genitores, 74 (29,08%) requereram o exame de DNA para averiguação da paternidade e 161 (64,14%) reconheceram a paternidade espontaneamente, sem necessidade de submissão ao exame de DNA. Ao final, foram registradas 189 pessoas, num total de 75,2% dos supostos genitores encontrados pelo projeto.

Interessante referir que ainda estão em processo de busca pelo suposto genitor ou aguardando resultado do exame de DNA de 141 pessoas, e outros 35 indivíduos aguardam outras soluções judiciais decorrentes do projeto, dentre elas sentença de guarda, de adoção unilateral ou decisão de investigação de paternidade judicial.

Esses números indicam a necessidade real de intervenção com a finalidade da resolução e efetivação do direito assegurado pela Constituição Federal a esses assistidos. Essa intervenção é feita através do projeto. Ressalta-se a importância da existência de políticas públicas atuando com esse público (crianças e adolescentes) que, em razão de sua presumida vulnerabilidade, são titulares de cuidados especiais pela legislação. E é o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º, alínea c, que determina que é dever do Estado, com absoluta prioridade, a criação e elaboração de políticas públicas que venham em benefício de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social a fim de assegurar condições para o seu pleno desenvolvimento.

É nesse cenário que o “Quem é meu pai?” se insere. As políticas públicas são estruturas compostas por recursos estatais, que, durante determinado tempo, objetivam causar algum impacto social no seu campo de atuação, figurando principalmente nas áreas de vulnerabilidade e atuando em lacunas normativas para poder efetivar os direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional. Não há óbice à realização de projetos ou políticas públicas não governamentais cuja execução ocorra em parcerias ou convênios (ainda que informais) com órgãos Estatais e demais organismos sociais visando a alcançar os objetivos propostos pela referida política pública.

No trabalho desenvolvido pelo Projeto “Quem é meu pai?” na comarca de Capão da Canoa através da busca pela concretização plena do direito à filiação dos infantes assistidos, é possível perceber o claro envolvimento social e busca de minimizar os impactos causados pela ausência paterna, especialmente naquela

população em situação de vulnerabilidade social. Isso porque, para além do reconhecimento de paternidade, outros direitos passam a ser garantidos de forma subsequente ao primeiro: direito à pensão alimentícia, direito de visitas paternas e ao núcleo familiar paterno, benefícios previdenciários, pensões por morte, auxílio-reclusão, bem como criar alternativas a crianças e adolescentes em processo de destituição de guarda ou poder familiar materno.

Além disso, a partir da observação dos resultados indiretos obtidos com o projeto, verifica-se que acaba por atender aos ditames do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ao buscar garantir as estruturas necessárias ao pleno desenvolvimento de sua identidade, de sua história pessoal, e, por consequência, o gozo pleno de outros direitos, como o direito ao respeito, à inclusão e a pertencer ao seio de uma família.

## **5 CONCLUSÃO**

A criação de uma política pública demanda, principalmente, a presença de dois requisitos: a existência de um direito fundamental que não está sendo efetivamente garantido e a necessidade de uma ferramenta objetivando a implementação de medidas para assegurá-los e uma entidade (seja ela social ou governamental) que objetive, através desses programas/projetos, garantir o acesso a esse direito que se vê prejudicado.

Em escala nacional, observou-se uma movimentação do Conselho Nacional de Justiça em cobrar de instituições como Ministério Público, Defensoria Pública e Registros Cíveis em geral, maior empenho na regularização de paternidade, especialmente de crianças matriculadas na rede de ensino pública, cujas averbações do registro civil tenham sido realizadas somente com o nome da genitora – surge aqui a área de atuação de uma política pública que objetive garantir o direito à filiação. Nasceu, desse cenário, o programa “Pai Presente”, que atua em escala nacional para reverter esse quadro de ausência do registro paterno.

Apesar dos resultados positivos obtidos com o “Pai Presente” em escala nacional, mapeou-se outros quadros críticos de crescimento do número de infantes registrados sem o nome do genitor, demandando a implementação de um projeto em escala local capaz de buscar contornar tal demográfico, objetivando, principalmente, promover a esses infantes o acesso ao direito fundamental à filiação.

É nesse contexto que surgiu o projeto “Quem é meu pai?” no município gaúcho de Capão da Canoa. Desenvolvido pela Universidade de Santa Cruz do Sul, o projeto iniciou suas atividades em 2013, tendo como finalidade garantir ao maior número possível de crianças da comarca a efetivação do direito à filiação.

Em uma análise pormenorizada desse cenário, observa-se a presença dos requisitos inerentes às políticas públicas/sociais: a ausência de registro paterno, que obsta a concretização do direito fundamental à filiação e o interesse de uma organização social (aqui representada pela Universidade de Santa Cruz do Sul) em promover um projeto que objetive garantir o acesso a formas de efetivação desse direito fundamental.

A atuação do projeto “Quem é meu pai?”, bem como a estruturação, desenvolvimento e seus resultados dentro do município de Capão da Canoa têm-se mostrado exitoso; afinal, aproximadamente duas centenas de crianças já tiveram seu direito à filiação concretizado por intermédio dessa iniciativa e outras centenas de crianças estão trilhando o mesmo caminho no desenrolar do projeto. Diante desse cenário, além de ser possível enquadrar o projeto na categoria de “política pública”, deve-se, ainda, reconhecer sua eficácia enquanto responsável por promover a garantia de direitos fundamentais, especialmente o direito ao nome, o direito de conhecer sua história e suas origens e, em especial, o direito fundamental à filiação.

## 6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo. Pólis: 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br>>. Acesso em: 20 mai. de 2018.

CLUNE, William H. Law and Public Policy: Map of an area. **Southern california interdisciplinary y law jornal**. California: 1993. Disponível em: <<http://repository.law.wisc.edu>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento 16. 2012. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 19 nov. 2019.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei n.11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KAUCHAKJE, S. **Gestão pública de serviços sociais**. Curitiba: IBEP X, 2007.

OLIVEIRA, Antonia Teresinha de Oliveira. **Políticas Públicas e atividade administrativa**. São Paulo: Fiuza, 2005.

PEREIRA, Potyara. **Discussões conceituais sobre política pública como política pública e direito de cidadania**. In: BOSCHETTI, Ivonete. et al. (Org.) *Política Social no Capitalismo*. São Paulo: Cortez, 2009.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <[www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br)>. Acesso em: 19 nov. 2019.

RICHTER, Daniela; TABARELLI, Liane. **A efetivação dos direitos sociais como pressuposto à concretização da dignidade da pessoa humana e a jurisdição constitucional**. In: GORCZEWSKI, Clovis (ORG.). *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna: constitucionalismo contemporâneo*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas**: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge (Org). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 23 mai. 2018.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: Uma revisão da literatura. Sociologias. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 20 mai. 2018.

STRECK, L.; BOLZAN DE MORAIS, J. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VALLÈS, Joseph. **Las políticas públicas**. In: *Ciencia política: una introducción*. Barcelona: Ariel, 2002.

## A COISA JULGADA NAS ASSISTÊNCIAS SIMPLES E LITISCONSORCIAL

Felipe Antonioli<sup>1</sup>

**RESUMO:** A matéria atinente aos terceiros intervenientes ainda possui certos pontos que não são unânimes entre os estudiosos. Alguns desses pontos são os efeitos da decisão preferida no processo no qual há assistente e a abrangência da coisa julgada. Por haver duas modalidades de assistência, a simples e a litisconsorcial, cada uma delas é atingida de maneira diferente pela matéria decidida. Esse artigo visa esclarecer quais as repercussões sobre o assistente simples.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência. Coisa julgada. Efeitos da sentença. Justiça da decisão.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 A intervenção de terceiros no direito processual brasileiro. 3 A assistência. 3.1 Assistência simples (adesiva). 3.2 Assistência litisconsorcial. 4 A assistência e a extensão da coisa julgada. 5 Assistência: justiça da decisão e coisa julgada. 6 Conclusão. 7 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A assistência é modalidade voluntária de intervenção de terceiro que se dá por inserção e pode ser, conforme o assistente tenha relação de direito material ou não com o adversário do assistido, simples ou litisconsorcial.

O assistente simples não alcança o *status* de parte, porque não integra a relação de direito material com a parte adversária do assistido. O assistente litisconsorcial, no entanto, se torna parte a partir da intervenção, na medida em que integra a relação de direito material objeto da demanda entre assistido e seu adversário.

É pacífico na doutrina que, em regra, os efeitos das sentenças atingem os terceiros juridicamente interessados. Persiste controvérsia, contudo, no que tange

---

1 Pós graduado em Direito Civil e Processual Civil da Universidade de Passo Fundo – Campus de Lagoa Vermelha. Graduado pela Universidade Regional Integrada do Auto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. Oficial Escrevente Auxiliar de Juiz na Comarca de Getúlio Vargas, RS



ao alcance dos efeitos da coisa julgada em relação a esses terceiros que intervêm no processo no qual a decisão é proferida, na modalidade assistência.

Para as teorias materiais defendidas pela doutrina mais antiga, a coisa julgada está ligada diretamente ao direito material, pois cria entre as partes uma nova norma material de comportamento, enquanto as teorias processuais, mais modernas, imunizam o direito por meio do vínculo processual dos juízes e processos futuros, impedindo nova decisão sobre o tema.

Ao lado da coisa julgada está a questão da justiça da decisão referida pelo legislador processual no art. 123 do Código de Processo Civil de 2015. A justiça da decisão difere da coisa julgada no tocante ao âmbito de abrangência. Enquanto a coisa julgada alcança o dispositivo da decisão, a justiça da decisão abrange a sua fundamentação.

Nesse contexto, o presente estudo busca, por meio de pesquisa bibliográfica, analisar os institutos da coisa julgada material e da justiça da decisão e suas incidências em relação ao assistente.

A primeira parte do estudo destina-se à apresentação do instituto da intervenção de terceiro, conceituando-o e trazendo, de forma sucinta, as suas modalidades. Em seguida, apresentar-se-á o conceito de sentença e coisa julgada. Por fim, tratar-se-á a incidência da coisa julgada e da justiça da decisão ao assistente simples e litisconsorcial.

## **2 A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**

O processo, em regra, se caracteriza pela formação de uma relação triangular entre três sujeitos processuais, quais sejam autor, réu e o juiz. Entretanto, nem sempre essa relação é simples assim, pois é possível que um terceiro intervenha no curso do processo e passe a integrar essa relação processual, tornando-a complexa.

Considerando que o conceito de parte é um conceito formal, ou seja, é encontrado na relação jurídica processual – aquele que demanda e aquele em face de quem a demanda é proposta –, a noção de terceiro é encontrada por exclusão. É terceiro aquele que não figura como parte na demanda proposta.

Assim, é possível que terceiro intervenha na relação processual pendente, tornando-se parte ou coadjuvante da parte, sempre que autorizado por lei e desde que presente interesse jurídico para a intervenção, não bastando para tanto o interesse meramente econômico ou de outra natureza.

Para viabilizar a intervenção de um terceiro em uma relação processual pendente, o sistema processual prevê formas pelas quais essa intervenção pode ser viabilizada, sob o título de “intervenção de terceiros”, assim entendida a permissão legal para que um sujeito alheio à relação jurídica processual originária ingresse no feito já em curso.

Para Ferreira a intervenção de terceiros é o instrumento processual por meio do qual “uma pessoa juridicamente interessada, que não participou da constituição da relação jurídico-processual, nela ingressa, desde que autorizada pela lei e nas hipóteses nela previstas” (2012).

O que justifica a intervenção de terceiros é, na maioria das vezes, a necessidade de diminuir o número de processos e evitar resultados contraditórios. O fundamento, portanto, da permissão de ingresso de terceiro em lide pendente tem como propósito “a **economia processual** (evitar repetição de atos processuais) e a **harmonização dos julgados** (evitar decisões contraditórias)” (NEVES, 2009, p. 177, grifos do autor).

A intervenção de terceiro em processo pendente depende, obviamente, de determinados pressupostos e um deles é que o terceiro tenha interesse jurídico no processo pendente.

O novo Código de Processo Civil indicou como modalidades de intervenção de terceiro a denunciação da lide, o chamamento ao processo, o *amicus curiae*, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a assistência.

A denunciação da lide é modalidade de intervenção de terceiros que pode ser provocada tanto pelo autor quanto pelo réu, por meio da qual é possível fazer ingressar na demanda pendente um terceiro que poderia ser demandado em processo autônomo posterior, em razão da existência de um direito de regresso que possui em face de um dos sujeitos da demanda pendente (CARNEIRO, 2015, p. 239).

O chamamento ao processo, por sua vez, é hipótese de intervenção de terceiro provocada e que “tem por objetivo chamar ao processo todos os possíveis devedores de determinada obrigação comum, a fim de que se forme título executivo que a todos apanhe” (MARINONI, 2014, p. 151).

A intervenção de terceiros na modalidade da *amicus curiae* tem como objeto servir de fonte de conhecimento sobre aspectos específicos da controvérsia posta na demanda pendente, a fim de contribuir com informações técnicas sobre a lide que auxiliem o juiz quando do julgamento da lide (SANTOS, 2006).

A desconsideração da personalidade jurídica é forma de responsabilizar os seus sócios, quando dela se utilizam com finalidade fraudulenta, para violar estatuto, lei ou para praticar ato ilícito ou abuso de poder. Quando ocorrer alguma dessas hipóteses, o patrimônio pessoal dos sócios responderá pelas obrigações contraídas em nome da pessoa jurídica (LOPES, 2015).

A forma inversa da desconsideração da personalidade jurídica, já aceita pela doutrina e jurisprudência, ganhou previsão legal no novo código (art. 133, §2). Tal hipótese ocorre quando busca-se na empresa o patrimônio de particular que faça parte do seu quadro societário.

No tocante à assistência, considerando que é a modalidade de intervenção de terceiro na qual se concentrará a presente pesquisa, será analisada em ponto específico de estudo, consoante tópico que segue.

### **3 A ASSISTÊNCIA**

A assistência é uma forma de intervenção espontânea e que ocorre por inserção do terceiro na relação processual pendente e se justifica apenas quando o terceiro demonstra possuir interesse jurídico (e não meramente patrimonial) na relação processual da qual originalmente não faz parte.

O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, torna-se sujeito do processo, inserindo-se na relação processual “com a finalidade ostensiva de coadjuvar uma das partes, de ajudar o assistido, pois o assistente tem interesse em que a sentença venha a ser favorável ao litigante a quem assiste” (CARNEIRO, 2003, p. 165).

A assistência tem, pois, por objetivo prestar assistência, auxiliar aquela parte que o assistente tem interesse jurídico que seja vencedora na demanda pendente entre assistido e parte adversa (COSTA, 2006).

A assistência poderá ser prestada pelo terceiro a qualquer das partes que pretenda coadjuvar, desde que, evidentemente, demonstrado seu interesse jurídico na demanda pendente<sup>2</sup>. Assim, destaca-se que é modalidade de intervenção de terceiro consistente na ajuda que um sujeito presta a uma das partes da demanda,

---

<sup>2</sup> Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la.

Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre (BRASIL, 2015).

[...] com vista a melhorar suas condições para obter a tutela jurisdicional. Na disciplina das intervenções de terceiros, chama-se assistência o ingresso voluntário de um terceiro no processo, com a finalidade de ajudar uma das partes (DINAMARCO, 2005, p. 387).

A assistência, por ser forma espontânea/voluntária de intervenção de terceiro em demanda pendente, depende da vontade do terceiro, não estando na dependência, portanto, da provocação de qualquer dos sujeitos da demanda. Além do mais, há que estar presente o interesse jurídico do assistente, consoante observa Azem (2005):

A assistência é uma forma espontânea de intervenção, pois o terceiro vem ao processo por sua vontade própria. Somente o interesse jurídico autoriza a assistência, que não cabe por mero interesse econômico ou emocional. Deverá, pois, ter o terceiro interesse jurídico no sentido de que uma das partes saia vitoriosa da demanda.

Importa destacar, por fim, que não é qualquer interesse que autoriza o terceiro a ingressar na relação processual pendente, mas apenas o jurídico, assim compreendido “aquele que demonstrar estar sujeito a ser afetado juridicamente pela decisão a ser proferida em processo do qual não participa, sendo irrelevante a justificativa no sentido de que sofrerá eventual prejuízo de ordem econômica ou de qualquer outra natureza” (NEVES, 2009, p. 181).

Assim, a influência que a decisão proferida no processo pendente poderá produzir na relação entre assistente e assistido é que autoriza essa modalidade de intervenção de terceiro (SCALABRIN, 2016).

A intervenção de terceiro na modalidade da assistência, conforme a intensidade ou natureza do interesse do resultado da demanda pode ser simples ou litisconsorcial.

### **3.1 ASSISTÊNCIA SIMPLES (ADESIVA)**

A assistência simples é a espécie tradicional de assistência e, nos termos do art. 121<sup>3</sup>, é aquela na qual o assistente não integra a relação jurídica que deu origem à demanda.

Na assistência simples não está em causa a relação jurídica que o assistente se afirma titular, mas a relação do assistente (terceiro) com assistido (autor ou réu) é que poderá vir a ser afetada pela decisão a ser proferida na demanda pendente do qual não participa, o que justifica eventual intervenção do terceiro.

---

3 Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido (BRASIL, 2015).

Sobre a atuação processual do assistente simples, transcreve-se a lição de Bertoldi:

Deste modo, o assistente simples tem uma posição processual subordinada em relação à parte a que assiste, tendo em vista não colocar em causa, diretamente, nenhum direito ou relação jurídica que devam ser julgados pela sentença. Dessa posição dependente, deriva o resultado de que o assistente não pode desistir da ação, ou reconhecer o pedido, ou confessar, bem como não pode praticar qualquer ato processual contrário à vontade do assistido, sob pena destes atos serem declarados ineficazes. (2009)

Vê-se, pois, que, nessa modalidade, o assistente é submisso à parte assistida, de modo que, por exemplo, se o assistido não requerer a produção de provas, o assistente não pode fazê-lo, contrariando o assistido, ou, ainda, se o assistido não interpuser recurso, também não poderá o assistente simples e recorrer. Isso se extrai do art. 122 do CPC<sup>4</sup>.

### **3.2. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL**

A assistência litisconsorcial é excepcional, diferenciando-se da assistência simples, porque naquela o terceiro interveniente é titular da relação jurídica de direito material deduzida no processo pendente, enquanto nesta, o terceiro sofrerá apenas os reflexos da decisão em sua relação jurídica com o assistido.

O assistente litisconsorcial, portanto, é aquele que tem relação jurídica tanto com o assistido quanto com a parte contrária, “afinal todos eles participam da mesma relação de direito material, diferentemente do que ocorre no litisconsórcio simples, no qual não há relação jurídica do assistente com o adversário do assistido” (NEVES, 2009, p. 183).

É litisconsorcial, pois, há assistência quando o assistente também é titular da relação jurídica controvertida nos autos. O interesse jurídico do assistente nesse caso é direto, na medida em que “o resultado da demanda afeta diretamente direito seu. É o caso do herdeiro, em processo representado pelo espólio, cuja sentença tenha efeito direito no seu direito de herança” (PERRET, 2013).

Na prática, a assistência litisconsorcial assemelha-se a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior, porquanto o assistente litisconsorcial poderia, desde o início do processo, ter sido litisconsorte facultativo da parte assistida (LEITE, 2009, p. 423).

---

4 Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos (BRASIL, 2015).

Justamente por integrar a relação de direito material posta em juízo é que o assistente litisconsorcial alcança o *status* de parte, consoante se extrai da disposição do art. 124 do CPC<sup>5</sup> e, conseqüentemente, sua atuação no processo não está vinculada à atuação do assistido, mas é independente. Nessa linha, Oliveira Filho afirma que:

[...] por ser co-titular do direito discutido em juízo, o assistente qualificado ou litisconsorcial tem plenos poderes processuais, sendo equiparado, por força de lei, ao litisconsorte, podendo agir como tal, uma vez que o bem em litígio também lhe pertence (2000)

Outra questão que merece referência é o modo pelo qual o assistente litisconsorcial é alcançado pela coisa julgada da decisão proferida no processo em que interveio. Ora, como o assistente litisconsorcial é considerado parte, por integrar a relação jurídica de direito material *sub judice* no processo, sobre ele recaem todos os efeitos da sentença, bem como da coisa julgada.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema no sentido de que o assistente litisconsorcial é atingido pela coisa julgada, porquanto detém relação de direito material com o adversário do assistido<sup>6</sup>.

Desse modo, o assistente litisconsorcial sofre os efeitos da sentença e da coisa julgada no processo no qual intervém, tal como se parte fosse, condição, aliás, que poderia ter alcançado com a propositura da demanda, já que detentor da relação de direito material deduzida em juízo.

A controvérsia no que se refere à assistência está em saber qual a extensão da coisa julgada em relação ao assistente. Para a compreensão desse ponto importa fazer alguns apontamentos sobre sentença e o instituto da coisa julgada.

#### 4 A ASSISTÊNCIA E A EXTENSÃO DA COISA JULGADA

5 Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido (BRASIL, 2015).

6 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. LEGITIMIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. 1. É cediço que, para o conhecimento do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, se faz necessário que a norma infraconstitucional tida como contrariada tenha sido objeto de análise pela instância de origem, sob pena de não ser conhecido por ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 282/STF. 2. Em caso de ocorrência de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, cabe à parte inconformada opor embargos de declaração, suscitando o debate da matéria. Caso sejam rejeitados, deve apontar violação do artigo 535 do Código de Processo Civil para a abertura da via especial, a fim de permitir a análise de eventual omissão. 3. **O assistente litisconsorcial detém relação de direito material com o adversário do assistido, de modo que a sentença que vier a ser proferida, em relação a ele, constituirá coisa julgada material.** Assim, não há como afastar a legitimidade passiva ad causam do recorrente. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido (grifo meu) (Resp 623055 SE 2004/0004366-7, Relator Ministro Castro Meira, Julgamento em 19/06/2007).

Segundo o Código de Processo Civil, a sentença é o pronunciamento pelo qual o julgador, com fundamento nos artigos 485 (sem resolução de mérito) e 487 (resolução de mérito), põe fim à fase cognitiva ou extingue a execução (art. 203, § 1º).

Nos termos do art. 489, são elementos da sentença/acórdão, ou seja, as partes que devem integrar a sua estrutura: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão. O último elemento – dispositivo – é que resta acobertado pela imutabilidade decorrente da coisa julgada.

As sentenças produzem efeitos diretos ou principais, anexos e reflexos diretos, segundo a teoria clássica de Liebman, são aqueles que dizem respeito à situação jurídica controvertida decidida; correspondem à entrega da prestação jurisdicional e que poderão ser: declaratório, constitutivo, condenatório, executivo *latu sensu* e mandamental (teoria quinária) ou, apenas declaratório, condenatório e constitutivo (teoria trinária).

O efeito declaratório tem por objetivo o reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou falsidade de um documento. A finalidade do ajuizamento de uma ação declaratória é trazer certeza ao mundo jurídico, pois a situação de fato já existe ou não existe no mundo dos fatos, o que se pretende é tão-somente a sua declaração judicial (MIRANDA, 1972, p. 05).

O efeito constitutivo, por sua vez, tem por finalidade criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, como acontece, por exemplo, numa sentença que decreta divórcio, na medida em que tal provimento judicial encerra a relação jurídica casamento (JUNQUEIRA, 1993, p. 34).

Já o efeito condenatório da sentença é compreendido por ser aquele que obriga o vencido a cumprir uma prestação, que pode ser de fazer, não fazer, entregar coisa e entregar dinheiro (MIRANDA, 1970, p. 3).

Nas sentenças em que o efeito é executivo *latu sensu* há o que a doutrina denomina de sincretismo, em que a condenação e a realização prática e efetiva da tutela jurisdicional se dão no mesmo processo. Esse efeito está presente, por exemplo, na ação em que o Estado é condenado à prestação de medicamentos, caso não cumpra o determinado, haverá bloqueio de valores (BRONZATTO, 2006, p. 104).

Finalmente, o efeito mandamental é aquele em que há a substituição da vontade privada pela ordem judicial. Para realizar o efeito mandamental, o juiz

poderá valer-se de meios coercitivos indiretos, como ocorre com as multasastreintes (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 58).

Importante salientar que a grande maioria das sentenças possui natureza híbrida, ou seja, são dotadas de mais de um efeito (MIRANDA, 1974, p. 222). Exemplo dessa assertiva é a sentença de despejo que tem natureza declaratória (ao reconhecer a existência da locação), constitutiva (ao rescindir a locação) e executiva *latu sensu* (ao determinar o despejo).

Os efeitos diretos atingem as partes, os terceiros interessados e também os terceiros não interessados, ou seja, possuem eficácia *erga omnes*. Todos estão obrigados a respeitar esses efeitos. Trata-se da chamada *efficatia naturalle*, pois trata dos efeitos internos ou incluso da demanda (PAGANELLA, 2007, p. 77).

Os efeitos reflexos produzem-se sobre relação jurídica estranha ao processo, mas que mantém vínculo de conexão jurídica com a relação discutida e decidida. Atingem os terceiros interessados, ou seja, aquelas pessoas que têm uma relação de dependência com o objeto que estiver sendo discutido, ou ainda, “são repercussões eventuais da decisão que, mesmo que não previstas em lei, decorrem da própria eficácia natural da sentença” (MIRANDA, 1999, p. 49).

Por fim, os efeitos anexos não são consequência da decisão, mas de uma específica determinação legislativa. Para que uma sentença produza efeitos anexos é necessária previsão legal prévia. A própria lei atribui a determinadas espécies de sentenças, independentemente do pedido da parte os efeitos reflexos que devam incidir. Desse modo, “o efeito anexo é previamente determinado pela lei, e, como tal, ocorre necessariamente pela simples verificação da sentença. Ao contrário da eficácia reflexa, o efeito anexo é invulnerável quer pelas partes, quer por terceiros” (BAPTISTA, 1988, p. 113).

Dentre as teorias processuais sobre a coisa julgada, destaca-se a desenvolvida e defendida por Liebman. Para o processualista a sentença produz efeitos diretos, consoante antes referido, e a autoridade da coisa julgada é qualidade de certos tipos de sentença. O trânsito em julgado não é um efeito da sentença, mas sim uma qualidade que se atribui à sentença e aos seus efeitos, tornando-os imutáveis, razão pela qual a coisa julgada está limitada apenas às partes. Ele assim discorre:

A coisa julgada não é um desses efeitos, é a *qualidade* que reconhecemos à sentença e aos seus efeitos depois de esgotados os recursos. Não é, pois, um dos efeitos, é qualidade, que abrange todos eles, dando-lhes aquele caráter de estabilidade, de imutabilidade [...] (1945, p. 253).



Nos termos da doutrina de Liebman a coisa julgada não pode ser entendida como um efeito da sentença, uma vez que, se assim considerada, os demais efeitos não teriam a característica de imutabilidade garantida pela coisa julgada e deve manter sua eficácia apenas entre as partes que fizeram parte da relação processual decidida. Para o processualista, a coisa julgada seria ‘neutra e incolor’ ao conteúdo e aos efeitos da sentença, pois não os altera, apenas imuniza” (CABRAL, 2013, p. 75).

Durante muito tempo aceitou-se no Brasil a definição de coisa julgada moldada por Liebman. Entretanto, modernamente, há doutrinadores que questionam os seus fundamentos, como é o caso de Barbosa Moreira, que é um grande crítico à tese de Liebman.

Segundo Barbosa Moreira a coisa julgada não é uma característica dos efeitos da sentença (mutáveis), mas sim uma característica da própria sentença. Para ele, a coisa julgada se vincula ao conteúdo da sentença e não aos efeitos, pois “conteúdo e efeito são entidades verdadeiramente inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra” (1988, p. 109-112).

A partir da análise da concepção de Barbosa Moreira, pode-se concluir que o conteúdo é sempre interno de uma decisão, enquanto os efeitos são externos. O que atinge a sociedade são os efeitos da decisão judicial e não o conteúdo.

Por exemplo, o sujeito “A” era casado com “B” e teve divórcio decretado por sentença judicial transitada em julgado. Ocorre que, no dia seguinte ao trânsito, resolveram retomar a vida marital e casar-se novamente. Os efeitos da decisão já não existem no mundo fático, embora o seu conteúdo, por ser perfeito, não mais se alterará.

Segundo Barbosa Moreira, ainda que sejam diferentes os efeitos da autoridade da coisa julgada, os efeitos são mutáveis, o que não podem mudar é o conteúdo da decisão proferida. As considerações desse processualista são aceitas por grande parte da doutrina nacional como adendos à tese de Liebman, que, aliás, em suas últimas publicações já se aproxima da tese de Barbosa Moreira, ao afirmar que as partes não podem reivindicar a alteração do conteúdo da decisão (CABRAL, 2013, p. 77).

Outrossim, Pontes de Miranda, traz uma outra roupagem sobre a coisa julgada- concepção clássica – que é coincidente em parte com doutrina de Barbosa Moreira. Segundo ele, quatro dos cinco efeitos diretos que uma decisão pode produzir são mutáveis, sendo o declaratório o único que não pode ser modificado,

porquanto decorre de um reconhecimento do mundo da vida, pois a sentença apenas atestou um fato social.

Sobre o efeito declaratório, comenta o autor (1970, p. 124)

Há ação declarativa para declarar-se, positiva ou negativamente, a existência da relação jurídica, quer de direito privado, quer de direito público, quer de direito de propriedade, quer de direito de personalidade, quer de direito de família, das coisas, das obrigações ou das sucessões, civis ou comerciais.

Assim, a coisa julgada para Pontes de Miranda é qualidade intrínseca da decisão, e que se agrega apenas ao efeito declaratório, tornando-o imutável.

Ao final da discussão acerca da coisa julgada, tem-se que, a tese mais aceita é a que de que a imutabilidade da decisão transitada em julgado se restringe ao seu conteúdo. As partes não podem mais pretender rediscutir o que foi decidido na sentença. A coisa julgada se restringe às partes e a imutabilidade aos conteúdos da decisão.

A questão da incidência da coisa julgada em relação ao assistente, por constituir a razão de ser do presente artigo, será objeto da análise a seguir.

## **5 ASSISTÊNCIA: JUSTIÇA DA DECISÃO E COISA JULGADA**

A participação do assistente no processo alheio produz o efeito de tornar imutável e indiscutível para ele a justiça da decisão após o trânsito em julgado da decisão proferida, nos termos do disposto no art. 123<sup>7</sup>.

Assim, com o trânsito em julgado, ou seja, não sendo mais passível de recurso a decisão proferida, ela se torna indiscutível e imutável. A incidência da imutabilidade em decorrência da coisa julgada, alcança apenas o dispositivo da decisão. Ocorre que, em relação ao assistente, a lei refere que o após o trânsito em julgado para ele o que se torna imutável e indiscutível é a justiça da decisão.

É preciso, nesse particular, compreender qual a extensão da imutabilidade e indiscutibilidade em relação ao assistente em razão da coisa julgada que se forma no processo em que interveio. O assistente é atingido pela coisa julgada ou ela

---

7 Art. 123. Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I – pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II – desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (BRASIL, 2015).

produz seus efeitos apenas em relação às partes originárias? O que significa a indiscutibilidade da justiça da decisão pelo assistente em processo posterior, ressalvadas as duas exceções referidas nos incisos do art. 123?

Uma vez transitada em julgado a decisão proferida no processo em que interveio o assistente, ou seja, dela não cabendo mais recurso, o assistente não poderá mais discutir a justiça da decisão. Essa disposição legal constitui uma limitação que se aproxima da coisa julgada, mas com ela não se confunde.

A justiça da decisão a que se refere o legislador não tem a ver com o conceito abstrato de justiça no sentido de algo justo, mas, sim com a impossibilidade de rediscussão dos fundamentos de fato e de direito que serviram de fundamento para a decisão judicial proferida no processo em que houve a intervenção do assistente. Nessa seara, Gonçalves explica que

após o trânsito em julgado da sentença dada no processo no qual interveio, o assistente simples não poderá mais, em processo futuro, discutir aqueles fatos que foram adotados pelo juiz como fundamento da decisão por ele proferida. A doutrina, em sua grande maioria, nomeia este fenômeno processual de efeito da intervenção ou de eficácia da assistência (2007, p. 17).

A impossibilidade de rediscussão da justiça da decisão pelo assistente é uma característica anormal que se agrega à decisão, na medida em que o instituto típico que gera essa indiscutibilidade e imutabilidade, com a conseqüente segurança jurídica é a coisa julgada material, que incide apenas à parte dispositiva, não alcançando a fundamentação.

Assim, admitir que a justiça da decisão não possa mais ser discutida em demanda futura pelo assistente, importa afirmar que não só a parte dispositiva da decisão se torna imutável, mas também, a própria fundamentação. “Ao não poder mais discutir a justiça da decisão, o assistente fica impedido de voltar a suscitar as questões já enfrentadas e resolvidas no processo em que interveio em futuro processo” (NEVES, 2009, p. 190).

A justiça da decisão, assim compreendidos os fundamentos de fato e de direito da sentença, após o trânsito em julgado, não poderá mais ser discutida pelo assistente simples em processo futuro.

Entretanto, é admitido, excepcionalmente, rediscutir a justiça da decisão nos casos expressamente previstos na legislação processual civil. A primeira hipótese é no caso do assistente, pelo estado em que receber o processo ou pelas atitudes do assistido, for impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença. A

segunda hipótese é no caso do assistente desconhecer a existência de alegações ou provas das quais o assistido não se valeu por dolo ou culpa.

A possibilidade de rediscussão, então, está ligada a atitudes inadequadas do assistido ou ao tempo de ingresso e trâmite da ação. Tais exceções têm por escopo resguardar o direito de o assistente ter influência no processo e contribuir para a formação da convicção judicial na decisão a ser proferida e não se identifica com a limitação imposta pela coisa julgada, que não está sujeita a essas exceções.

O tratamento dos fenômenos da justiça da decisão e da coisa julgada dependem, pois, da espécie de assistência: simples ou litisconsorcial.

O assistente simples, porque não defende interesse próprio, por não ser titular da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, não pode ser atingido pela coisa julgada, pois ainda que participe do processo será considerado sempre terceiro. Sobre essa questão Neves leciona que é evidente que o assistente

sofrerá os efeitos reflexos dessa decisão, visto que a relação jurídica não controvertida que mantém com uma das partes será atingida pelos efeitos da decisão, mas tais efeitos, que evidentemente não se confundem com a coisa julgada, seriam gerados com ou sem a participação do assistente no processo (NEVES, 2003, p. 192)

Como o assistente simples, embora não seja parte, participou da demanda judicial que deu origem à decisão, parece adequado que seja impedido de questionar em processos futuros a justiça da decisão, pois já tinha conhecimento da carga fática que ensejou a decisão do julgador. Ele não é alcançado pela coisa julgada, mas está impedido de discutir a justiça da decisão em processo posterior.

O assistente simples, em regra, portanto, não é alcançado pela imutabilidade da decisão proferida no processo em que interveio após o seu trânsito em julgado, embora esteja sujeito aos efeitos reflexos da sentença, porquanto

a 'coisa julgada' não o atinge, pela mera razão de que não está em julgamento o direito do assistente, mas sim o direito do assistido. Será, todavia, afetado pelos efeitos reflexos da sentença, já que a assistência se funda exatamente no interesse jurídico do assistente na vitória da parte a quem assiste (CARNEIRO, 2003, p. 186 grifo do autor).

Observa-se, pois, que limitação imposta ao assistente simples acaba por ser mais abrangente do que aquela imposta à própria parte, na medida em que a coisa julgada se vincula somente ao dispositivo, enquanto a justiça da decisão se refere aos fatos e fundamentos do *decisum*. Nesse sentido prega Talamini:

É mais rigoroso na medida em que torna imutáveis, indiscutíveis para o assistente, inclusive, os próprios fundamentos da sentença – e não apenas o seu *decisum*. [...] Por outro lado, o 'resultado da intervenção' é mais

flexível do que a coisa julgada, na medida em que se confere ao assistente a possibilidade de subtrair-se de tal autoridade quando demonstrar que sua adequada atuação no processo foi prejudicada por atos ou omissões do assistido (2004, p. 228).

Na hipótese da assistência litisconsorcial, por sua vez, como o assistente é titular da relação de direito material da demanda pendente, ele sofrerá os efeitos da coisa julgada, participando ou não do processo. Tal situação se justifica porque a assistência litisconsorcial

só existe em hipóteses de legitimação extraordinária ou de pluralidade de titulares do direito sem que todos estejam obrigados a participar do processo, situações nas quais o titular do direito não participa do processo, mas sofre os efeitos da coisa julgada. Dessa forma, é incorreto afirmar que o assistente litisconsorcial sofre os efeitos da coisa julgada porque participou do processo; na realidade sofre tais efeitos porque é titular da relação de direito material discutida no processo, sendo inexoravelmente atingido pela coisa julgada, participe ou não do processo (NEVES, 2003, p. 192).

Os efeitos diretos das sentenças atingem tanto as partes como terceiros, sejam estes interessados ou não interessados; os efeitos reflexos atingem apenas os terceiros juridicamente interessados; e os efeitos anexos atingem àqueles a quem a lei determinar. A imutabilidade, contudo, está restrita às partes e ao conteúdo da decisão.

Se, por um lado, entendermos a coisa julgada como efeito da sentença ou como característica de seus efeitos, na linha da tese Liebmaniana, a coisa julgada, como regra, incidirá sobre o assistente simples. Isso porque, conforme já tratado neste estudo, os efeitos da sentença atingem as partes, os terceiros interessados e os terceiros não interessados.

Entretanto, se encararmos a coisa julgada como uma característica da própria sentença, ou seja, do seu conteúdo (e não de seus efeitos), consoante a tese de Barbosa Moreira, a coisa julgada não produzirá seus efeitos em relação ao assistente simples, já que não alcança o status de parte no processo, diversamente do que ocorre com o assistente litisconsorcial.

Nesse sentido, leciona Carneiro (1981, p. 239), ao defender que a coisa julgada não atinge o assistente simples, pela mera razão de que não está em julgamento o direito do assistente, mas sim o direito do assistido. Logo, sendo o assistente simples terceiro na relação jurídica processual entre assistido e parte adversa, não poderá ser atingido pelos efeitos da coisa julgada, estando sujeito apenas à indiscutibilidade da justiça da decisão.

A leitura dos artigos 506 e 123 do Código de Processo Civil nos faz pressupor que o legislador adotou a teoria de Barbosa Moreira quanto à natureza da coisa julgada. A coisa julgada no direito pátrio subjetivamente alcança apenas as partes, consoante se extrai do disposto no art. 506<sup>8</sup>.

## 6 CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto constata-se que parece mais adequado que a coisa julgada não seja considerada efeito da sentença ou característica dos seus efeitos, mas sim característica do conteúdo da decisão.

Subjetivamente, a imutabilidade e indiscutibilidade decorrentes da incidência da coisa julgada se restringe às partes entre as quais a decisão transitada em julgado foi proferida.

Se considerada a teoria de Liebman, no sentido de que a imutabilidade da decisão pela coisa julgada se agrega aos efeitos da sentença, o assistente simples estaria sujeito a esses efeitos.

No entanto, pela a teoria moderna mais aceita, que é defendida por Barbosa Moreira, a imutabilidade da decisão pela coisa julgada atinge o conteúdo da decisão e não seus efeitos, o assistente simples, por não ser parte no processo em que interveio, não sofre os efeitos da coisa julgada, mas apenas, está impedido de discutir em processo futuro a justiça da decisão.

Assim, a imutabilidade da decisão transitada em julgado, por se referir apenas ao seu conteúdo, segundo a teoria mais aceita contemporaneamente, só pode atingir as partes do processo no qual se produz e não terceiros, mesmo que juridicamente interessados, como é a hipótese do assistente simples.

Desse modo e na linha de raciocínio desenvolvida no presente estudo, resta autorizado concluir que está sujeito à imutabilidade decorrente da coisa julgada apenas o assistente litisconsorcial, na medida em que se torna parte porque integra a relação de direito material, enquanto o assistente simples fica sujeito apenas à impossibilidade de rediscutir em futuro processo a justiça da decisão.

## 7 REFERÊNCIAS

---

8 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros (BRASIL, 2015).

ALVES, Guthyerre Alves. **As alterações do instituto da intervenção de terceiros no projeto do novo CPC**, p. 10. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2014/trabalhos\\_12014/GuthyerreGomesAlves.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/GuthyerreGomesAlves.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2016.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Da assistência. **Portal Páginas de Direito**. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/listagem-de-artigos/223-artigos-dez-2005/5169-acao-de-dano-infecto>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Sentença e coisa julgada**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A sentença mandamental - Da Alemanha ao Brasil**. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 58.

BERTOLDI, Thiago Morais. Da Assistência. **Portal Associação Brasileira de Direito Processual**. Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/56-artigos-fev-2009/5846-da-assistencia>>. Acesso em 17 ago. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Portal Planalto**. Brasília: 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 960028 RS 2007/0134660-6**. Relator Ministro Castro Meira. Julgado em 20/09/2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701346606&dt\\_publicacao=20/09/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701346606&dt_publicacao=20/09/2007)>. Acesso em 25 ago. 2016.

BRONZATTO, Alexandre Novelli. **Ação Executiva Lato Sensu**. Tese de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012412.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Assistência no Processo Civil. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 22, p. 239, jul. 1981.

CARNEIRO, Raphael Funchal. A Intervenção de Terceiros no Novo Código de Processo Civil. **Portal Jus Navigandi**. Teresina, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38186/a-intervencao-de-terceiros-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

COSTA, Williams Coelho. Intervenção de terceiros: causas ensejadoras de formação do litisconsórcio. **Portal Âmbito Jurídico**. Rio Grande, IX, n. 31, jul. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1647](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1647)>. Acesso em ago 2016.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Código de Processo Civil Interpretado**. 8.ed. São Paulo: Editora Manole, 2009. P. 97.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v.2. 5.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. P. 387.

\_\_\_\_\_. **Instituições do Direito Processual Civil**. 1.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.3. 3.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. P. 318-319.

FERREIRA, André Romero Calvet Pinto. A assistência na relação jurídica processual: da sentença e seus efeitos em face dos assistentes. **Portal Conteúdo Jurídico**. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56514&seo=1"&HYPERLINK](http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56514&seo=1)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

FERREIRA, Willian Guedes. A intervenção de terceiros no novo Código de Processo Civil. **Portal Jus Navigandi**. Teresina, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21890>>. Acesso em: 28 maio 2013.

GONÇALVES, Carla Meneghetti. **A intervenção do assistente e a do amicus curiae**. Trabalho de Conclusão de Curso. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007, p. 17.

JUNQUEIRA, Gabriel J. P; COSTA, Wagner Veneziani. **Ações do Procedimento Comum**. São Paulo: Editora Angelotti, 1993. P. 34.

KILIAN, Kathleen Nicola. A coisa Julgada no processo civil romano. **Portal Conteúdo Jurídico**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-coisa-julgada-no-processo-civil-romano,48195.html>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: Editora LTR, 2009. P. 423.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e Coisa Julgada. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 40, 1945, p. 253. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/issue/view/5366>> Acesso em 22 ago. 2016.

LOPES, Sávio Oliveira. A desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo código de processo civil. Sorocaba: 2015. **Portal Direito Net**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9191/A-desconsideracao-da-personalidade-juridica-a-luz-do-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em 25 ago. 2016.

MARINONI, Luiz. **Código de Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 151.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. P. 124.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. P. 222.



\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. P. 49.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. P. 3 e 124.

\_\_\_\_\_. **Tratado das ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 05.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988. P. 109-112.

OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo. Diferenças fundamentais entre o assistente simples e o assistente litisconsorcial no direito processual civil brasileiro. **Portal Jus Navigandi**. Teresina: 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4276/diferencas-fundamentais-entre-o-assistente-simples-e-o-assistente-litisconsorcial-no-direito-processual-civil-brasileiro/2>>. Acesso em 17 ago. 2016.

PAGANELLA, Carlos Roberto de Lima. **As bases teóricas do controle difuso de constitucionalidade e suas competências para exame e rejeição no Brasil**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Portal UFRGS. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13167/000640604.pdf?sequence=1>>. Acesso em 25 ago. 2016.

PERRET, Marcelo. Intervenção de Terceiros. **Portal Lopes Perret Marriel**. São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/intervencao-de-terceiros-processo-civil/>>. Acesso em 17 ago. 2016.

SCALABRIN, Felipe. Sujeitos processuais e intervenção de terceiros. In: Curso Preparatório à Carreira da Defensoria Pública. **Anais...** Porto Alegre: Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Partes, Terceiros e Coisa Julgada (Os Limites Subjetivos da Coisa Julgada). In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil (e Assuntos Afins)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 228.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ariane Langner<sup>1</sup>

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo fulcral delimitar os pressupostos de uma tutela jurisdicional adequada, por meio de uma crítica ao modelo predominante, para que seja possível apontar os avanços/retrocessos do novo Código de Processo Civil quanto a esse direito fundamental. Concluiu-se que uma tutela jurisdicional efetivamente adequada é aquela que considera as particularidades do caso concreto (questão de fato) como pressuposto incidível da fundamentação da decisão (questão de direito), sendo, assim, minimamente coerente interna (coerência com o caso concreto) e externamente (coerência com o direito enquanto integridade). Esse modelo coloca em risco o direito fundamental à tutela adequada, nos moldes trabalhados na presente pesquisa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental à tutela adequada. Jurisdição do Estado.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O direito fundamental à tutela adequada diante do perfil da jurisdição do Estado Democrático de Direito. 3 O agravamento dos riscos ao direito fundamental à tutela adequada no novo Código de Processo Civil. 4 Conclusão. 5 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

As Constituições, que tiveram seu advento após o segundo pós-guerra, tem feições marcadamente compromissárias e dirigentes, no sentido de efetivamente vincular a atuação dos poderes do Estado, devido ao aumento de sua densidade normativa. Vivencia-se no Brasil esse perfil de Constitucionalismo, chamado de Contemporâneo<sup>2</sup>, desde a Constituição de 1988. Ocorre que ainda resta uma baixa

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa "Direitos na Sociedade em Rede". Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Analista processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Lattes (<http://lattes.cnpq.br/3202621907128764>). Endereço eletrônico: [arianelangner@hotmail.com](mailto:arianelangner@hotmail.com).

2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 36-37.

compreensão do que os postulados desse Constitucionalismo significam, por grande parte dos operadores do Direito, principalmente em termos de prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva determinar em que sentido poder-se-ia falar em uma tutela jurisdicional adequada, com base nos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo; para que, num segundo momento, seja possível desvelar os eventuais avanços ou retrocessos perpetrados pelo novo Código de Processo Civil quanto a esse direito fundamental. Para tanto, será utilizado como teoria de base (“metodologia” de abordagem) a fenomenológico-hermenêutica, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer. É importante advertir que não se trata de um método, na verdade faz parte de uma tomada de posição do pesquisador enquanto intérprete.

Com efeito, a investigação fenomenológica dá-se por meio da interpretação e propicia a recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de método. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do pesquisador e de sua consciência histórica. Paralelamente, será utilizado o método monográfico, como método de procedimento, pois possibilitará lançar as condições de possibilidade para uma tutela jurisdicional realmente adequada. Como técnica, será utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio de fichamentos e resenhas das obras referenciais.

Dessa forma, entendeu-se necessária a divisão da pesquisa em dois momentos. No primeiro capítulo, será trabalhado com o modelo ideal de tutela jurisdicional, levantando os pressupostos inafastáveis para que se cumpra o direito fundamental à tutela adequada, por meio de críticas ao modelo predominante. Trata-se de construção fundamental para que, no segundo capítulo, investigue-se os avanços e retrocessos do novo Código de Processo Civil no que concerne a esse direito fundamental.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA DIANTE DO PERFIL DA JURISDIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O advento da Constituição de 1988 representou a ampliação do catálogo de direitos e dos instrumentos próprios para a consecução desses objetivos junto à

jurisdição. O perfil do emergente Constitucionalismo Contemporâneo é diametralmente diferente do vigente anteriormente, em especial, em termos da assunção de uma teoria da Constituição e de uma teoria do Estado – modelo de Estado Democrático de Direito - reconfiguradas sob bases democráticas e com novos sentidos.

É possível defender o redimensionamento do próprio conceito de acesso à justiça, nessa conjuntura, enquanto direito fundamental. Ocorreu certamente uma ampliação significativa do acesso – veja-se a previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, em virtude de um aumento dos mecanismos jurídicos e de um dever de cumprimento imediato do programa constitucional. Entretanto, esta ampliação do acesso trouxe um aumento exponencial de demandas e, conseqüentemente, uma necessidade de discutir a questão da celeridade processual, em muito relativizada por esse massivo aumento das demandas e de um perfil clientelista do Estado.

O aumento das demandas judiciais, portanto, não se deve somente ao incremento das possibilidades jurídicas, mas principalmente devido ao Judiciário tornar-se “*locus* de concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes”<sup>3</sup>, intervencionismo próprio do Estado Democrático de Direito. Com efeito, trata-se de um modelo de Estado com ideário prestacional-interventivo, com uma roupagem “colorida pela questão da igualdade, que pretende ser instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” através de um projeto solidário”<sup>4</sup>.

O “fundamento democrático do Estado é qualificado pela ideia de igualdade, no sentido de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito”<sup>5</sup>. É possível interpretar que, da mesma forma, todo e qualquer caso concreto submetido à jurisdição deve ser tratado com respeito e consideração de suas peculiaridades. Ocorre que, diante de uma premente preocupação com a celeridade e a

3 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 45.

4 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. P. 163.

5

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 288.

necessidade de lidar com essa ampliação exponencial de demandas, passou-se a detectar a defesa de um novo modelo decisório, que deveria assegurar:

[...] a) uma uniformidade decisional (padronização decisória) que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas viabilizaria alta produtividade decisória, de modo a permitir critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição, que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura comparticipativa processual, que garantem procedimentos de cognição plena para o acertamento dos direitos.<sup>6</sup>

A configuração apresentada é extremamente preocupante, posto que tal modelo solapa a legitimidade do Judiciário em sua função estatal de prestar a jurisdição – no sentido adotado no presente trabalho –, transformando-se em prestador de serviços subordinado ao cumprimento de uma eficiência pautada em critérios meramente quantitativos. Afinal, por um lado, os julgadores estão submetidos constantemente à pressão de cumprimento de metas, que chegou ao ponto extremo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criar o chamado processômetro<sup>7</sup>, para monitorar a quantidade de ações julgadas e em trâmite no Judiciário brasileiro.

O risco é transformar o juiz em “um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito”<sup>8</sup>, o qual tem como função evitar que o ônus da morosidade traga demasiados danos colaterais. Essa situação é ainda mais perversa quando se verifica que, muitas vezes, é o próprio jurisdicionado que almeja uma geração de produtos (decisões) em larga escala e em espaço-tempo quase inexistente<sup>9</sup>. Lógica essa que não se compatibiliza com uma jurisdição adequada, em especial em um contexto de um vivenciado Estado Democrático de Direito, onde o papel do Judiciário é conceder decisões satisfatórias e satisfativas dos direitos, assim como coerentes com o caso concreto apresentado, situação que jamais será possível de expressar através de números.

Por outro lado, a universalização decisional, como vem sendo trabalhada na jurisprudência brasileira - ou seja, as decisões judiciais ou as súmulas são

6 NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 65.

7 O processômetro pode ser acessado no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/metas-enasp/relatorio/chart>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

8 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 62.

9 NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 66.

transformadas em enunciados assertórios, a serem aplicados a todo e qualquer caso semelhante (lembra-se que não existem casos idênticos) - ignora as especificidades dos casos concretos submetidos à jurisdição. Tal postura tem raízes profundas na relação entre direito e racionalismo, o qual perpetrou a ideia de que as ciências sociais poderiam ser tão demonstráveis quanto as ciências exatas, tendo como um de seus principais pensadores Leibniz, o qual não considerava

[...] apenas demonstráveis as proposições jurídicas, tais como são demonstráveis as verdades geométricas, mas, além disso, lança os fundamentos para a subseqüente construção do “mundo jurídico”, depois consagrado pela filosofia de Kant, tomando o direito uma ciência generalizante, ciência das normas e das verdades eternas; [...] em última análise, alimentando aquela tendência de fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que dramaticamente acomete o pensamento jurídico moderno, particularmente o Processo Civil, que se haveria de supor o ramo do direito mais comprometido com os dramas e contingências humanas de nossa realidade quotidiana.<sup>10</sup>

Paralelo a isso, o positivismo jurídico, na proposta de Hans Kelsen, acabou sendo radicalizado pela doutrina e levou ao afastamento entre Direito e Filosofia, de modo que o Direito tornou-se marcadamente formalista e as discussões cingem-se a confrontação de posições jurídicas, sem que se busque o fundamento por traz da argumentação - posto que essa busca só seria possível pela aproximação entre Direito e Filosofia<sup>11</sup>. Desse modo, resta dificultado o desenvolvimento de posturas crítico-reflexivas e a construção de uma teoria em direito que ultrapasse a mera descrição de normas positivadas.

A conjuntura apresentada repercute na objetivação das coisas no Direito, aprofundando a desvinculação do “mundo jurídico” com o real. Assim, o “jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da facticidade, trabalhando apenas com conceitos produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, que é o véu do ser do Direito”<sup>12</sup>. O senso comum teórico trata-se de um conjunto de saberes acumulados, que são aceitos pelos juristas por intermédio da dogmática jurídica<sup>13</sup> -

10 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 107.

11

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

12 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 124.

13 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 82.

muitas vezes sem aprofundamento crítico, ressalta-se, devido ao afastamento entre Direito e Filosofia.

Essas posturas demonstram, ao fim e ao cabo, que não ocorreu uma recepção da mudança paradigmática – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem – “no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas jurídicas e doutrinárias brasileiras. Os juristas não se deram conta do fato de que o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem”<sup>14</sup>. A linguagem é a condição de possibilidade da inserção do intérprete no mundo, por isso não tem sentido continuar falando em relação sujeito-objeto, tampouco de linguagem enquanto terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto.

Comprova-se a assertiva de que não houve a recepção da mudança paradigmática pelo fato de que ainda permanecem-se os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico, como a separação entre questão de fato e questão de direito, texto e norma, aparência e essência, direito material e direito processual. “Decorrem da separação radical entre o mundo do ser e o mundo do dever ser (Kant), do fato e do direito, fruto da filosofia da consciência que domina não só a cultura jurídica brasileira, mas a de outros países ocidentais”<sup>15</sup>.

Curiosamente, a linha dualista e metafísica propicia a unificação de coisas absolutamente diferentes<sup>16</sup>, pois são objetificantes. Este é o ponto central no problema da uniformização das decisões, ou seja, desconsideram-se as peculiaridades dos casos concretos e trata-os como idênticos para que sejam aplicados os mesmos enunciados assertórios - ou seja, objetivam-se os casos concretos.

Existem diversos exemplos no novo Código de Processo Civil, como será visto no segundo capítulo, onde menciona-se “idêntica questão de direito”. Há muito Lenio Luiz Streck vem alertando que questão de direito (texto) e questão de fato

---

14 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 73-74.

15 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 259.

16 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 112.

(caso concreto) são incidíveis (entre fato e direito há apenas uma diferença ontológica), pensá-las enquanto incidíveis é herança do dualismo metafísico<sup>17</sup>.

“Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica”<sup>18</sup>. Desse modo, sustenta-se que somente uma decisão que respeite as especificidades do caso concreto – Lenio Streck nomeia de DNA factual<sup>19</sup> – pode ser considerada efetivamente fundamentada. Isso porque, a decisão deve ter sua fundamentação, expressa e especificamente, delineada sobre as particularidades do caso concreto, em sua coerência e integralidade. O texto (regra) é inseparável do seu sentido, que apenas se revela na interpretação/aplicação de algo da faticidade.

Resumidamente, consiste em afirmar que somente o caso concreto (questão de fato) poderá ser capaz de determinar corretamente o direito material a ser aplicado (questão de direito). Afinal, o caso concreto será o parâmetro para uma resposta correta, a qual pode ser entendida não como a única possível para o caso, mas uma decisão minimamente adequada à Constituição, ou melhor, uma decisão que tenha coerência interna (com o caso concreto) e externa (com o direito entendido como integridade), para que as decisões tenham um mínimo de conteúdo democrático – dever no contexto de um vivenciado Estado Democrático de Direito.

É importante esclarecer que se trabalha, nesta pesquisa, com o conceito de integridade nos moldes da teoria dworkiniana, assim consistiria no:

[...] respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre o texto (que nunca é algo abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição [...]<sup>20</sup>.

Neste sentido, é possível defender que, a busca de um modelo que prega a uniformidade decisional, renegando as particularidades do caso concreto em nome de uma eficiência pautada em quantitativos numéricos, pode ser extremamente

---

17 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 275.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 275.

19 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 103.

20 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 350.



perigosa para uma tutela jurisdicional adequada. Afinal, nesse percurso, perde-se de vista uma questão que é central: o acesso à justiça não é somente uma garantia formal de acesso, mas engloba o direito fundamental à adequada tutela jurisdicional<sup>21</sup>; e este conceito é inafastável ao que restou delineado nos parágrafos anteriores.

Afinal, seria esquizofrênico assegurar-se tão somente o ingresso da ação em juízo e ignorar que o objetivo central é a prestação jurisdicional, e uma prestação jurisdicional que seja coerente minimamente com o que fora pleiteado. Por essa razão, mais do que nunca, o Judiciário não pode trabalhar os casos alijados da realidade - cisão entre questão de fato e questão de direito -, e é esse um dos muitos fundamentos para o protagonismo do caso concreto, patamar a que foi elevado com a (re)inserção da facticidade através dos princípios na Constituição.

Com efeito, os princípios “(re)inserem a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento”<sup>22</sup>. A jurisdição, assim, deve estar mais comprometida com uma eficiência baseada em uma perspectiva qualitativa – ou seja, realmente voltada para a necessidade de lapidarem-se decisões de qualidade. A condição de possibilidade para tanto é a reaproximação do direito material e do direito processual, separação própria do dualismo metafísico, e que perpetrou o afastamento do caso concreto do intérprete-juiz.

A partir da autonomização do processo civil no século XIX - devido ao amadurecimento do conceito de relação jurídica processual, que tem como pensador principal Oskar Von Bülow -, ocorreu o afastamento do processo do plano do direito material-constitucional e, conseqüentemente, também do caso concreto<sup>23</sup>. Afastamento agravado pelo procedimento ordinário plenário-declaratório, que, ao impor um ritualismo fase-a-fase, vai, paulatinamente, afastando o juiz do caso concreto.

Buscar essa reaproximação entre direito processual e material, portanto, auxiliará a diminuir a tendência do processo civil de trabalhar com abstrações e

---

21 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 118.

22 STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P. 58.

23 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 120-121.

generalidades, pois ainda conserva os ideais do racionalismo de visualizar os casos concretos como se fossem problemas matemáticos a serem resolvidos por uma equação. O ponto chave, neste sentido, é a aproximação entre o intérprete (juiz) e o objeto de sua investigação (fato/direito material), como condição de possibilidade para que o intérprete adquira a facticidade e a historicidade para compreender-interpretar-aplicar o direito ao caso concreto.

Portanto, essa “possibilidade está condicionada à inserção do intérprete no caso concreto, aliada à necessidade, quando da sentença, de uma justificativa argumentativa que demonstre que o julgador, pela linguagem, adentrou no contexto da controvérsia”<sup>24</sup>, pois terá de demonstrar as condições pelas quais compreendeu. A partir dessas considerações, no segundo capítulo, analisar-se-á, se as mudanças perpetradas no novo Código de Processo Civil foram capazes de promover essa aproximação entre juiz-intérprete e caso concreto, ou seja, se facilitará a inserção do julgador no caso concreto, ou se, por outro lado, aprofundará os mecanismos de uniformização decisória.

### **3 O AGRAVAMENTO DOS RISCOS AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Como visto, o modelo predominante atualmente prega uma uniformidade decisional, intimamente vinculada à uma visão de eficiência quantitativa da jurisdição e a tendência de objetivação das coisas no Direito. Diante disso, o presente capítulo analisará a conjuntura do novo Código de Processo Civil, para que seja possível detectar eventuais avanços ou retrocessos no que concerne ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Restou demonstrado no primeiro capítulo que a tutela jurisdicional adequada depende que o intérprete-juiz adentre no contexto da controvérsia, adquirindo a facticidade e historicidade necessárias para compreender-interpretar-aplicar o direito ao caso concreto. Ocorre que, conforme já exposto, um dos problemas cruciais no processo civil é a extrema dependência ao procedimento ordinário-plenário-declaratório, que propicia um maior afastamento entre juiz-intérprete e o caso concreto, o qual é pungente para uma prestação jurisdicional efetiva.

---

24

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010. P. 92.

Afinal, é imprescindível que o juiz, enquanto ser-no-mundo, conheça os pormenores do caso concreto e, somente com essa pré-compreensão, será capaz de compreender-interpretar-aplicar o direito – entendido aqui enquanto integridade. Analisando o novo Código de Processo Civil, no entanto, identifica-se, primeiramente, que não houve alterações legislativas capazes de modificar minimamente o procedimento ordinário, e, tampouco, superar esse afastamento entre juiz e caso concreto.

Observa-se que os artigos 335 à 508 não trazem grandes alterações no procedimento ordinário, em termos de fases de contestação, saneamento, produção de provas e sentença. A única modificação significativa é a inserção de uma audiência de conciliação ou de mediação prévia no artigo 334, a qual, com efeito, é capaz de promover real aproximação entre juiz e caso concreto, devido a oralidade – esta passível de, através da linguagem, auxiliar a inserção do intérprete no contexto da controvérsia.

Entretanto, tal audiência será realizada por mediador ou conciliador, não pelo intérprete-juiz, o que desmorona qualquer avanço positivo que a oralidade poderia delegar ao procedimento ordinário. Ademais, dificilmente esse instituto será tido como regra no processo civil, posto que o parágrafo segundo acrescenta hipóteses demasiadamente genéricas de não realização da audiência, que poderão ser utilizadas como álibi para transpor a audiência prévia.

A par da permanência do procedimento ordinário, com todas as suas mazelas, basta uma primeira análise do novo Código de Processo Civil para constatar comprovadamente que, infelizmente, a eficiência quantitativa - e com ela os mecanismos de uniformidade decisional - fora sensivelmente intensificada com as previsões do novo Código. As decisões monocráticas - que há muito vêm sendo combatidas por Lenio Luiz Streck, por serem mais um dos casos em que se aposta em procedimentos que tem o sujeito-juiz como o único protagonista<sup>25</sup> - ganharam maior espaço no novo Código de Processo Civil.

Além de significativamente aumentadas as hipóteses em que as decisões colegiadas passam ao monocratismo, o artigo 932<sup>26</sup> reverencia as decisões

25 **problema** **dadiscricionari** **idade** **dos** **juizes**. **HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O** STRECK, Lenio Luiz. **HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O** Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. P. 30.

26

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

proferidas nos julgamentos de recursos repetitivos e de demandas repetitivas, e repete a previsão do velho Código de Processo Civil em relação à súmula.

Não são necessários grandes aprofundamentos teóricos para entender a problemática que se encontra intrínseca na súmula – principalmente a súmula vinculante –, que há muito vem adquirindo posição de destaque no ordenamento jurídico. Em que pese a súmula tenha surgido sob o discurso de que solucionaria o problema da inefetividade e da morosidade no Judiciário, “trata-se de rescaldo da cultura iluminista, como se o direito fosse tão demonstrável como um teorema matemático e não construído à luz do processo cultural. Por ser assim, funciona mais ou menos como o *quebra-cabeça* de Thomas Khun”<sup>27</sup>.

Com efeito, a súmula vem sendo aplicada sob o manto do método da subsunção, como se fosse uma premissa maior de onde seria possível extrair um sentido geral, mostrando um positivismo sob uma roupagem de um ideal de eficiência quantitativa. Outrossim, jamais a tarefa do intérprete pode resumir-se a desvelar um sentido oculto no texto. Texto e norma não são possíveis de ser compreendidos isoladamente, posto que “o texto só será compreendido na sua

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. BRASIL, 2015, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

27

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade**

**do direito processual civil** - A sumariada material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. P. 412.

norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas”<sup>28</sup>.

Necessário, assim, mencionar a inserção do capítulo VIII no novo Código de Processo Civil, o qual cria o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Logo no primeiro artigo do capítulo, o artigo 976<sup>29</sup>, em seu inciso I, há menção à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma “questão unicamente de direito”. Não obstante contradições deste nível, a doutrina que vem se formando em torno do novo Código de Processo Civil tende a comemorar o advento do incidente de demandas repetitivas, por estar

[...] em inteira harmonia com dos objetivos do novo sistema:

Agilizar a prestação jurisdicional, sem perda de qualidade, desafogando o Poder Judiciário;

Gerar uniformidade na jurisprudência, dando sentido prático ao princípio da isonomia e à necessidade de previsibilidade, criando segurança jurídica.<sup>30</sup>

Embora a doutrina venha comemorando a criação de novas técnicas como esta, inseridas no novo Código de Processo Civil, com o intuito de uniformizar e estabilizar a jurisprudência<sup>31</sup>, a realidade é que esses institutos promovem um evidente “encurtamento” da atividade interpretativa. Tentativas como esta, de

---

28 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 337.

29 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL, 2015, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1396.

31 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1327.

simplificar a atividade interpretativa, sempre atenderão aos anseios do racionalismo, ou seja, promoverão a generalização e a fuga do mundo empírico, pois a realidade é muito complexa para comportar universalizações de sentidos.

Veja-se a previsão do artigo 985<sup>32</sup>, do novo Código de Processo Civil, que prevê que a tese jurídica estabelecida no incidente será aplicada à “todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. A par de novamente constar o equívoco de cindir questão de fato e questão de direito, o presente artigo pretende que, realmente, um sentido seja acoplado ao caso concreto, como se o sentido ficasse à disposição do intérprete e como se o processo de compreensão-interpretação-aplicação pudesse ser cindido. Não há como separar questão de fato de questão de direito, tampouco é possível hermeneuticamente aplicar sentido sem previamente haver compreensão e interpretação.

Defende-se que o novo Código de Processo Civil possivelmente auxiliará a corrosão da atividade interpretativa. Essa premissa pode ser fortalecida pelo entendimento acerca da

[...] necessidade de superação da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-textos-normativos, para acatar a ideia de que a aplicação dos institutos e regras do direito processual, desvinculados da realidade histórica e do contexto dos direitos materiais, faz a tarefa do intérprete algo estéril, reduzido ao cômputo de formalidades e termos inúteis e abstratos.<sup>33</sup>

Sustenta-se assim que o IRDR, além de ser instituto que marcadamente favorece o *establishment*, trata-se de mais uma previsão que glorifica os Tribunais de Recurso em detrimento da jurisdição de primeiro grau. Neste ponto, é importante a crítica feita por Adalberto Hommerding no sentido que “o primeiro grau é somente uma “fase de espera”: uma “antecâmara extenuante e penosa” para chegar por fim à

32

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. BRASIL, 2015, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

33

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade**

**do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. P. 405.

fase de apelação, sendo esta, sim, um “juízo verdadeiro”<sup>34</sup>. O ápice da problemática revela-se no fato que a jurisdição de primeiro grau é a única que pratica (alguma) oralidade e que – salvo raras exceções em que se produz prova nos Tribunais recursais – colhe a prova; porque quando se julga um caso sem ter colhido a prova, opera-se a cisão entre fato e direito

[...] porquanto o intérprete do caso (o juiz) têm a (inviável) missão de interpretar (compreender) o fato a partir de um verdadeiro discurso previamente apresentado nos autos. Lembre-se que o magistrado naquela nova situação prática é um ser a-histórico na medida em que não participou do andamento do processo, não ouvindo partes, testemunhas, peritos, etc. [...]

A questão está em que o juiz-instrutor, através da linguagem, é quem tem melhores condições de deslocar a legitimidade de suas conclusões (apostas textualmente sob o crivo do contraditório) ao momento derradeiro de colheita da prova em processo, missão praticamente inviável por quem não se faz/fez presente nesse contexto, que acabará tendo que reportar à sua consciência a verificar se “tal” elemento corresponde ou não às pretensões deduzidas no litígio, operando-se uma espécie de cotejo entre sua “adjucação de sentidos” e o que restou apostado textualmente no processo, indo “pra além do texto” ao recorrer à sua subjetividade para descobrir os valores escondidos pelo mesmo.<sup>35</sup>

Conclui-se, assim, que os institutos referidos podem resolver processos em menor tempo, cumprindo supostamente o direito à razoável duração do processo, todavia, colocam em risco o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Paralelo a esses mecanismos que favorecem a uniformidade decisional, o artigo 489<sup>36</sup>, do novo Código de Processo Civil - em que pese o relativo avanço que

34 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 119.

35 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 92-93.

36 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

promoveu em seu § 1º - positiva o instituto da ponderação em seu § 2º. É sabido que a ponderação, no Brasil, é carregada de discricionariedade e subjetividade devido a uma recepção teórica equivocada.

Afinal, a par de sua fórmula original desenvolvida por Robert Alexy ter critérios objetivos bem definidos (necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*)<sup>37</sup>, a teoria foi recepcionada como se fosse um princípio, que se constitui em procedimento para confronto entre princípios; essas duas concepções são equivocadas, assim como equivocado o modo que vem sendo utilizada<sup>38</sup>. Nesse sentido, importante crítica tece Lenio Luiz Streck

[...] a proporcionalidade é a “chave” para resolver a ponderação, a partir de quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só “é chamada a colação” quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples “basta” a dedução/subsunção – caberá ao intérprete a tarefa de “hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável no caso do conflito/colisão.

Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que, discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação?<sup>39</sup>

A ponderação é uma das teorias mais utilizadas pelos Tribunais, mas a teoria alexyana vem servindo como álbi teórico (inautêntico) para posturas decisionistas dos julgadores, pois “pela ponderação abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão”<sup>40</sup>. Afinal, não raras são as decisões judiciais que, embora fazendo referência à ponderação de Alexy, não enunciam o modo como restaram trabalhos os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*.

---

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL, 2015, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

37 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

38 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 114.

39 STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54.

40 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 114.



Ademais, é importante destacar o ápice que atingiu a subjetividade dos julgadores nas decisões judiciais, a ponto de ser necessário inserir no novo Código de Processo Civil um artigo que estabelece um “parâmetro de qualidade” para satisfazer a garantia de fundamentação das decisões judiciais. Tendo em vista que tal garantia tem *locus* constitucional no artigo 93, inciso IX, não seria necessária uma previsão infraconstitucional prever que a decisão deve ser minimamente fundamentada.

O artigo 489, § 1º, com efeito, esbanja obviedade - em que pese necessária frente à excessiva subjetividade nas decisões judiciais – ao poder ser resumido na premissa de que é imprescindível o *link* entre a fundamentação e o caso concreto decidido. Resta vedado, portanto, a decisão “vestidinho preto” – expressão corrente que se remete a algo que pode ser usado em todas as ocasiões sem incorrer em erro grave –, devido à fundamentação dever ser expressa e especificamente vinculada ao caso concreto<sup>41</sup>.

Dessa forma, a conclusão do presente trabalho se forma no sentido que, em que pese trate-se de um novo Código, que deveria ter sido construído sob os princípios da Constituição – em especial ante ao redimensionamento perpetrado na teoria do direito pelo advento do Constitucionalismo Contemporâneo em 1988 –, não apreendeu muito de seus pressupostos e ainda permanece alheio as influências necessárias da hermenêutica filosófica.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o contraponto entre a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e os limites do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. Da mesma forma, salienta-se que o novo Código de Processo Civil ainda não entrou em vigor, de modo que a análise levantada na presente pesquisa ainda é *prima facie*.

É importante ressaltar que a pesquisa partiu do pressuposto que o direito fundamental à tutela adequada só seria cumprido com a inserção do intérprete-juiz no contexto da controvérsia, condição de possibilidade para uma decisão pautada

---

41

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 795.

por uma coerência interna (com o caso concreto) e externa (com o direito enquanto integridade). No entanto, restou demonstrado que o modelo predominante acaba por solapar esse modelo ideal de prestação jurisdicional, sucumbindo com a própria legitimidade do Judiciário enquanto poder de um Estado Democrático de Direito.

Inobstante essa conjuntura, verificou-se que o novo Código de Processo Civil, em que pese surgido sob a vivência de um Constitucionalismo Contemporâneo, não apreendeu a mudança paradigmática (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem), ao manter o afastamento entre juiz e caso concreto e a aposta em mecanismos de uniformidade decisional. Ambos os fatores colocam em risco o direito à tutela jurisdicional adequada, em especial, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

## 5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Lei em vacatio legis até 07 mar. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 abr. 2015.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema dadiscricionariade dos juízes”**. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

## **A DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta<sup>1</sup>

**RESUMO:** O controle de convencionalidade é instrumento para a tutela dos direitos humanos, porquanto relacionado à nova doutrina que prestigia esses direitos e promove uma interlocução entre o direito interno e o direito internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo. A Defensoria Pública, por sua vez, tem, entre suas funções, a de promover os direitos humanos, nessa ordem de ideias, identifica-se no exercício do controle de convencionalidade um meio pelo qual a Defensoria Pública pode atingir sua missão atinente à promoção tais direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defensoria Pública. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Diálogo entre cortes.

**SUMÁRIO:** 1. Defensoria Pública no Brasil 2. Defensoria Pública da União 3. Controle de convencionalidade 4. Considerações finais 5. Referências

### **1 DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL**

A atual Constituição da República Federativa do Brasil marcou a redemocratização do país após o Período Militar, entre 1964 e 1985, com a eleição de um Congresso Nacional Constituinte, em 1986, e sua promulgação no ano de 1988. A Carta Magna estabeleceu, entre o catálogo de direitos fundamentais, o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV. Notável foi o aumento de sua abrangência, já que não se trata apenas de assistência judiciária, como previsto nas Constituições anteriores, mas de assistência jurídica, expressão mais ampla, que abrange a assistência judicial e a extrajudicial, ou seja, em juízo ou fora dele. Além disso, foi criada a Defensoria Pública da União (DPU), incumbida dessa missão e classificada

---

<sup>1</sup> Mestra em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Defensora Pública Federal em Salvador/BA.

como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, ao lado das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal (SOUZA, 2011).

As garantias constitucionais processuais, a exemplo do direito de acesso à Justiça, que na Europa sobrevieram especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, alastraram-se para os países da América Latina. A partir do início do século XX, mais especificamente após 1950, verificou-se uma importante movimentação internacional para prever instrumentos de acesso à Justiça, considerados fundamentais para assegurar a concretização dos direitos previstos em vários textos legais. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em diversas passagens prevê, expressamente, a necessidade de instrumentalizar meios que assegurem o acesso à Justiça para todos e, em especial, aos hipossuficientes (SUXBERGER, 2016).

No Brasil, o registro mais antigo de prestação de assistência judiciária data de 1897, quando foi criado, por meio do Decreto nº 2.457, o primeiro órgão encarregado da tarefa na cidade do Rio de Janeiro. Posteriormente, a Constituição de 1934 expressou a garantia de acesso à Justiça aos necessitados, por meio de órgãos especiais que seriam criados para essa finalidade. A Constituição de 1937, todavia, nada manifestou sobre o tema e as Constituições seguintes, de 1946 e 1967, embora prevendo a prestação dessa assistência, não repetiram a sistemática da Constituição de 1934 sobre a possibilidade de criação de um órgão específico para o desempenho de tal função (PAIVA, 2016).

Aqui se faz pertinente uma distinção conceitual entre Assistência Jurídica, Assistência Judicial e Justiça Gratuita – expressões que tratam de realidades distintas. A Justiça Gratuita, ou gratuidade da Justiça, significa que não serão cobradas custas e despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários para o trâmite do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. Já Assistência Judiciária, prestada pelo Estado, é o patrocínio gratuito da causa por profissional habilitado da Advocacia, ou seja, é um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo dos hipossuficientes, podendo ser levado a efeito por entidades não estatais, conveniadas ou não com o Poder Público. E, finalmente, Assistência Jurídica, além da assistência judiciária inclui serviços jurídicos não relacionadas ao processo, como orientação individual ou coletiva sobre direitos e deveres e o esclarecimento de dúvidas (MARCACINI, 2003).

Outra importante distinção entre esses institutos diz respeito a quem compete concedê-los. Enquanto a gratuidade é avaliada pelo órgão jurisdicional, que a defere ou não, a concessão da Assistência Jurídica ou da Assistência Judicial cabe ao órgão prestador do serviço, não sendo, portanto, de competência judicial (MARCACINI, 2003).

Como refere Bobbio (2004), o grande problema da atualidade não é fundamentar direitos, mas protegê-los, ou seja, efetivar o extenso rol de garantias positivadas nos ordenamentos jurídicos. Nesse sentido, o acesso à Justiça apresenta-se como um dos mais relevantes direitos, já que assegura a proteção de tantos outros, cuja previsão legal, tão somente, não bastaria para assegurar sua fruição. Fernando Pagani Mattos (MATTOS, 2009) entende que se trata de condição fundamental de um sistema jurídico:

A expressão "acesso à justiça" pode ser reconhecida hoje como condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir direitos. Assim, calcado em modalidades igualitárias de direito e justiça, tal instituto deve ser considerado o básico dos direitos fundamentais do ser humano. Não é por outra razão que a incapacidade do Estado em promover a integração efetiva de parcelas marginalizadas da população tem-se mostrado como um dos grandes obstáculos à efetivação das promessas da democracia. Outro aspecto relevante é a exclusão econômica da qual decorre a exclusão jurídica resultante da incapacidade do Estado de garantir ao cidadão o acesso e a efetivação dos direitos humanos constitucionalmente garantidos.

Nessa ordem de ideias, a Defensoria Pública é identificada como instituição capaz de assegurar o acesso à Justiça. Suas bases normativas estão fixadas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), especificamente nos arts. 134 e 135; na Lei Complementar nº 80/94 e na sua Lei Orgânica Nacional; nas Leis Orgânicas das Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal e nas Constituições dos Estados.

O art. 134 da CF/88 assim define a Defensoria Pública:

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 5 de junho de 2014).

A partir de sua previsão constitucional, Caio Cezar Paiva destaca as quatro principais características da Defensoria Pública brasileira. A primeira delas é o fato de ser uma instituição permanente, ou seja, que não pode ser extinta ou enfraquecida por ações ou omissões de qualquer dos poderes constituídos. A segunda é o seu caráter de função essencial à Justiça, o que a projeta como instituição capaz de solucionar conflitos, provocando ou não o Poder Judiciário, ou seja, buscando dirimir litígios de forma judicial e também pela via extrajudicial. Outra característica reconhecida da Defensoria Pública é o fato de ser autônoma e não estar vinculada a qualquer um dos Poderes do Estado, ou seja, aos planos administrativos e hierárquicos de nenhum Poder. Por fim, a quarta característica é ser expressão e instrumento do regime democrático, o que implica, conforme o autor, em três responsabilidades: (a) trazer a democracia para dentro da instituição, com a efetiva participação popular nas suas deliberações; (b) participar dos processos decisórios e da definição de políticas públicas; e (c) atuar de forma estratégica junto à população carente, no sentido de evitar que a hipossuficiência econômica inviabilize possibilidades de autonomia política (PAIVA, 2016).

A Defensoria Pública, criada pela Constituição Federal de 1988, posteriormente foi objeto de quatro importantes alterações normativas, que almejavam seu fortalecimento. A primeira foi em 2004, com a EC-45, ocasião em que foi reconhecida a sua autonomia. Depois, em 2009, as alterações promovidas pela LC-132 trouxeram nova roupagem e dimensão à instituição e, finalmente, as Emendas Constitucionais 74/2013 – que estendeu à Defensoria Pública da União e à do Distrito Federal a autonomia já reconhecida às Defensorias Públicas dos Estados, e 80/2014 – que previu a sua estruturação proporcional à demanda de trabalho.

A primeira modificação que garantiu o fortalecimento da Defensoria Pública limitou-se, de início, às Defensorias Estaduais em favor de quem foi reconhecida, constitucionalmente, autonomia funcional e administrativa, quando a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o § 2º ao art. 134, com a seguinte redação:

§ 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Gozar de autonomia funcional significa ter independência para exercer suas funções, sem sujeitar-se a ordens ou determinações de nenhum dos Poderes. Em outras palavras, é a possibilidade de atuação livre e independente, guiada pelos princípios gerais que norteiam a carreira e o interesse público. A autonomia funcional, entretanto, não garante verdadeira independência à instituição se dissociada de autonomia administrativa e orçamentária, também asseguradas pela EC-45. A autonomia administrativa é semelhante à do Ministério Público, ou seja, cabe à Defensoria Pública a iniciativa de lei para a criação e extinção de seus cargos, bem como sobre política remuneratória e planos de carreira. Ademais, há uma prerrogativa para elaborar a proposta orçamentária nos mesmos moldes do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que ressalta a sua autonomia orçamentária (VELOSO, 2005).

Na estrutura anterior, as Defensorias Públicas estaduais dependiam da iniciativa do Poder Executivo, que era o responsável pela sua estruturação, e que nem sempre atendia aos seus pleitos financeiros de modo suficiente a capacitar a instituição para atender à efetiva demanda de trabalho (ROCHA, 2005).

O segundo pilar de fortalecimento da instituição deu-se a partir da publicação da LC-132, de 2009, que provocou diversas alterações na LC-80, proporcionando à Defensoria Pública o adensamento de suas atribuições e tornando-a “expressão e instrumento do regime democrático”. Para Adriana Fagundes Burguer e Christine Balbinot, “a definição elucida a vinculação, realizada pelo legislador constituinte, de que a democracia somente vinga em um Estado que respeita a dignidade da pessoa humana.” Resulta daí que a Defensoria Pública é uma instituição essencial ao processo de concretização dos direitos conferidos à pessoa humana (BURGUER; BALBINOT, 2011).

Outra alteração trazida pela LC-132 e destacada por Rogério Nunes de Oliveira diz respeito à inclusão do § 5º no art. 4º da LC-80, que diz: “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.” O autor ressalta a importância dessa previsão que deixa clara a exclusiva incumbência da Defensoria Pública, e somente dela, para prestar a assistência jurídica integral e gratuita quando custeada pelo Estado. Afasta, desse modo, qualquer formato paralelo de prestação desse serviço, seja pelos municípios, por convênios, ou por repasse de verbas públicas a entidades do chamado terceiro setor (OLIVEIRA, 2011).



Com a entrada em vigor da EC-74, de 2013, surge a terceira alteração significativa da Defensoria Pública, que assegurou autonomia funcional, administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal e da União, com a inclusão do § 3º no art. 134 da CF/88.

Finalmente, a última alteração normativa de relevo ocorreu em 2013, quando entrou em vigor a EC-80, conhecida como “PEC das Comarcas”, “PEC das Defensorias” ou “PEC Defensoria para Todos” que, além de fortalecer a autonomia da instituição, ao prever uma seção própria no capítulo das funções essenciais à Justiça, estabeleceu o prazo de oito anos para sua estruturação. Ao posicionar a Defensoria Pública em seção própria na Constituição Federal de 1988 (CF/88), ficou clara a distinção entre advogados e defensores públicos, com destaque para o caráter privado dos advogados e caráter público dos defensores públicos. Além disso, a EC-80, ao acrescentar o art. 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fixou uma meta concreta de estruturação da Defensoria Pública ao prever que o quantitativo de profissionais deve ser proporcional à demanda, e que todas as unidades jurisdicionais devem contar com defensores públicos no prazo de oito anos (ROSSÉS, 2014).

Edilson Santana Gonçalves Filho, ao comentar o novo perfil da instituição após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, afirma que “a Defensoria Pública configura, doravante, nova categoria, não se confundindo com o Ministério Público, Judiciário ou Advocacia.” E acrescenta ser a atividade “defensorial” única, com traços distintivos, a exemplo da promoção dos direitos humanos e da educação em direitos. O autor usa o neologismo “defensorar” para definir a atividade desenvolvida pelo defensor público (GONÇALVES FILHO, 2016).

Foi, também, por meio da EC-80 que, constitucionalmente, passaram a ser fixados os seus princípios institucionais, expressos no § 4º do art. 134, quais sejam, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

O princípio da *unidade* consiste na integração de todos os membros da instituição em apenas um órgão; a *indivisibilidade* significa que os membros da Defensoria Pública não estão pessoalmente vinculados aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros, conforme regras de substituição; e a *independência funcional* representa que cada órgão da Defensoria Pública é independente no exercício de suas funções. Exige-se, contudo, que sua atuação ocorra dentro da lei, o que não implica em ingerência de qualquer espécie na

formação de sua opinião, seja da própria organização a que pertence, como o Defensor Geral ou o Conselho Superior da Defensoria Pública, seja do Poder Judiciário (PERES, 2015).

Em que pese o reconhecimento de que essas alterações legislativas alçaram a Defensoria Pública a um patamar de relevo, sua estrutura, ainda hoje, é insuficiente, mesmo tendo passado 30 anos de sua criação constitucional.

Segundo o IV Diagnóstico da Defensoria Pública, atualmente, a instituição está presente em todos os Estados da Federação, bem como no Distrito Federal. Sua história de criação, entretanto, é muito discrepante, na medida em que algumas Defensorias Públicas já existiam antes mesmo da promulgação da CF/88, como é o caso da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – a primeira do Brasil, que data de 1954, enquanto que a última delas – a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, foi instalada somente em 2012 (BRASIL, 2016). E, embora em 2014 estivesse presente em todos os Estados da Federação, naquele ano as Defensorias Estaduais abrangiam apenas 13% das unidades jurisdicionais.

O quantitativo de profissionais também é bastante variado, mas, em média, cada Defensoria Estadual possui 227 membros. O número de defensores fica entre 38 – no Estado do Rio Grande do Norte – e 771 no Rio de Janeiro. A maior deficiência apontada pelo estudo, porém, no quesito recursos humanos, está relacionada à carreira de apoio, já que quase metade das unidades (44,4%) não tem servidores para o apoio administrativo, e em 62,5% inexistem quadro próprio de servidores (BRASIL, 2016).

Essa insatisfatória estrutura tem como destinatários mais de 124 milhões de pessoas, que foi o número de brasileiros e brasileiras, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>2</sup>, que declararam algum rendimento mensal no ano de 2017, e cuja renda mensal média foi de R\$ 2.112,00, ou seja, inferior a três salários mínimos. De acordo com o mapa da Defensoria Pública, embora não seja o único indicador de vulnerabilidade, o critério de renda e o limite de três salários mínimos mensais têm sido os parâmetros utilizados pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) nas edições do

---

2 Pesquisa completa em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil com vistas a aferir o seu potencial público-alvo (BRASIL, 2013).

Importante ressaltar que essa estimativa não inclui pessoas que não ostentam rendimentos, como é o caso, por exemplo, da maioria das pessoas em situação prisional ou em situação de rua, destinatários dos serviços da Defensoria Pública. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em junho de 2016 havia 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil (BRASIL, 2017).

Em relação às pessoas em situação de rua, o país desconhece o seu quantitativo, cuja invisibilidade levou a Defensoria Pública da União (DPU) a ajuizar uma ação civil pública, requerendo ao IBGE a inclusão dessas pessoas no próximo Censo a ser realizado em 2020<sup>3</sup>. O levantamento mais recente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) estimou que, em 2015, 101.854 pessoas estavam em situação de rua no Brasil (IPEA, 2016).

Diante desse cenário, a análise feita por Daniel Sarmento é de que dois fatores contribuem para a atual situação da Defensoria Pública no Brasil: a negligência para com o público-alvo e as consequências de uma Defensoria Pública forte e atuante. Segundo o autor:

É que, apesar do seu inequívoco relevo constitucional, e de sua importância crucial para a edificação de uma sociedade democrática e inclusiva, a Defensoria vem sendo tratada, ao longo dos anos, como uma espécie de “prima pobre” das demais instituições do sistema brasileiro de justiça. Número insuficiente de defensores, falta de estrutura material e de condições adequadas de trabalho, remuneração dos seus membros inferior à das outras carreiras jurídicas são algumas das mazelas que historicamente vêm lhe afligindo. Este “desprestígio”, francamente incompatível com os valores da Constituição, se deve, basicamente, a duas causas: o descaso em relação à clientela da Defensoria, composta pelas camadas mais desprivilegiadas da população; e o fato de que a atuação eficiente da instituição tende a gerar despesa pública, e não receita (SARMENTO, 2015).

A realidade das Defensorias Públicas Estaduais encontra-se refletida na Defensoria Pública da União, braço da Defensoria Pública, objeto do próximo item.

## **2 DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

---

3 Ação Civil Pública nº 0019792-38.2018.4.02.5101, autuada no dia 21/02/2018, em trâmite na 21ª Vara Federal do Rio de Janeiro. O pedido foi julgado procedente em sentença proferida em 17/01/2019, ainda não transitada em julgado.

Institucionalmente, conforme os arts. 2º e 3º da Lei Complementar nº 80/94, a Defensoria Pública é una e engloba a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados. A divisão das atribuições nos três ramos da Defensoria Pública equivale à divisão da competência jurisdicional. Isso significa que a Defensoria Pública da União atua nas causas que competem à Justiça Federal julgar, enquanto a Defensoria Pública dos Estados atua naquelas cuja competência para o julgamento é da Justiça Comum Estadual. A Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, por sua vez, exerce suas atribuições nas causas de competência da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (PERES, 2015). Cabe à Defensoria Pública da União atuar perante às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União, nos termos do art. 14 da Lei Complementar nº 80/94.

A Defensoria Pública da União (DPU) foi criada pela Lei nº 9.020, de 30 de março de 1995, em caráter emergencial e provisório, que instituiu os primeiros 70 cargos de Defensor Público da União, providos mediante aprovação prévia em concurso público de provas e títulos. Os primeiros membros da DPU tiveram origem na carreira de Advogados de Ofício, composta por servidores públicos com atribuição de prestar assistência jurídica gratuita aos militares de baixa renda na Justiça Militar da União<sup>4</sup>. Em 2001 foi realizado o primeiro concurso público para o cargo de Defensor Público da União.

A nomenclatura “Defensor Público da União” foi alterada para “Defensor Público Federal” por meio da LC-132, de 2009, antes referida, e que trouxe uma série de mudanças para a instituição. Caio Cezar Paiva destaca que, apesar de o nome do cargo ter sido modificado na Lei Orgânica da Defensoria Pública apenas em 2009, a CF/88 já os nominava de “defensores públicos federais” em seu art. 33, § 3º<sup>5</sup> (PAIVA, 2016).

---

4 Nesse sentido, é a previsão do art. 138, da LC-80: “Os atuais cargos de Advogado de Ofício e de Advogado de Ofício Substituto da Justiça Militar e de Advogado de Ofício da Procuradoria Especial da Marinha, cujos ocupantes tenham sido aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos e optem pela carreira, são transformados em cargos de Defensor Público da União.”

5 Art. 33 da CF/88. “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios. [...]

§ 3º. Nos Territórios Federais com mais de cem mil habitantes, além do Governador nomeado na forma desta Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais; a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa.”

A DPU exerce suas funções em todo o território nacional, inclusive nos Estados, no Distrito Federal e Territórios, no entanto, sua atuação circunscreve-se à Justiça Federal, tanto Comum como Especializada. Diferente do Ministério Público, que é subdividido em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar, não existem órgãos específicos da DPU para atuar na Justiça Federal Especializada. Significa dizer que o mesmo Defensor Público Federal exerce suas atribuições tanto na Justiça Federal comum como na Justiça Eleitoral, do Trabalho e Militar da União (JUNKES, 2005).

Atualmente, a DPU conta com 638 membros<sup>6</sup>, somados os integrantes dos três níveis da carreira: categoria especial, primeira e segunda categorias<sup>7</sup>, distribuídos em 72 unidades. Entretanto, em 10 Estados da Federação – Acre, Amapá, Amazonas, Goiás, Maranhão, Piauí, Sergipe, Roraima, Rondônia e Tocantins – há somente uma unidade da DPU instalada na capital do respectivo Estado<sup>8</sup>.

Da mesma forma como suas coirmãs estaduais, a DPU possui estrutura muito aquém da necessária para a adequada prestação do serviço a todos os potenciais beneficiários. Segundo o panorama de atuação da DPU, o déficit de profissionais atinge 71%, considerando a existência de ao menos um defensor público federal para cada 100.000 pessoas com mais de 10 anos de idade e rendimento mensal de até dois salários mínimos (BRASIL, 2018).

As principais áreas de atuação dos defensores públicos federais no período de 2009 a 2014, conforme o IV Diagnóstico da Defensoria Pública, foram Previdência Social (86,7%), Saúde (86,1%) e Liberdade Criminal (82,2%). Direitos humanos ocupa a sexta posição, com 73,4%, atrás das áreas da Assistência Social (76,5%) e da Habitação e Moradia (75,6%) (BRASIL, 2016).

Na área de Direitos Humanos merece destaque a Resolução nº 127, de 06 de abril 2016<sup>9</sup>, que regulamentou a tutela coletiva de direitos e interesses pela DPU, criando os cargos de Defensor Nacional de Direitos Humanos (DNDH) e Defensor

---

6 Lista dos membros da DPU, atualizada até 05/04/2019. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/conselho/lista\\_de\\_antiguidade.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/conselho/lista_de_antiguidade.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

7 Conforme arts. 19 a 23, da LC-80/94.

8 Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/contatos-dpu>>. Acesso em: 30 out. 2018.

9 Disponível em: <<https://bit.ly/2zg9W05>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Regional de Direitos Humanos (DRDH). Uma das funções do DNDH é representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e postular perante seus órgãos.

Além da atuação junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, outra forma pela qual as Defensorias Públicas podem efetivar a proteção e promoção dos direitos humanos é, em âmbito interno, por meio do controle de convencionalidade, que será tratado a seguir.

### 3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Para introduzir o assunto, Ernesto Jinema Lobo refere que o instituto implica necessariamente em despojar-se de importantes bases histórico-dogmáticas, profundamente enraizadas na Ciência Jurídica; derrubar uma série de mitos como, por exemplo, o da supremacia exclusiva da Constituição; e, em última análise, trazer um novo paradigma do direito público dos países do Sistema Interamericano (JINEMA LOBO, 2012).

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, o controle de convencionalidade consiste na “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”. (MAZZUOLI, 2016, p. 39). Ao citar normas domésticas, o autor traz um conceito amplo que inclui aquelas constitucionalmente previstas.

O controle de convencionalidade, nas palavras de Sidney Guerra, consiste em um

[...] novo dispositivo jurídico fiscalizador a autorizar um duplo controle de verticalidade, ou seja, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição – controle de constitucionalidade –, quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país: controle de convencionalidade (GUERRA, 2013, p. 179).

A definição de Sidney Guerra, em comparação com a de Valerio de Oliveira Mazzuoli é, por um lado, mais limitada, na medida em que refere apenas o controle das normas infraconstitucionais mas, por outro, é mais ampla ao incluir todos os tratados ratificados pelo país e não apenas aqueles que tratam de direitos humanos.

A expressão “controle de convencionalidade” surgiu na França, em 15 de janeiro de 1975, por ocasião do julgamento feito pelo Conselho Constitucional francês – Decisão 74-54 DC – quando aquele Tribunal entendeu não ter

competência para aferir a convencionalidade preventiva de leis, isto é, sua compatibilidade com os tratados ratificados pela França, por não se tratar propriamente de controle de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2016). Nota-se que essa primeira menção ao controle de convencionalidade veio acompanhada da sua diferenciação com o controle de constitucionalidade.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade, segundo Néstor Pedro Sagúés, tem três fundamentos jurídicos, quais sejam: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); o princípio da efetividade dos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos, cuja eficácia não pode ser reduzida por normas ou práticas do direito doméstico de um Estado-membro, nos termos do art. 29 da CADH; e, por último, a impossibilidade de um Estado-parte invocar direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, conforme preceitua o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (SAGÚÉS).

Para Luiz Guilherme Arcaro Conci, os fundamentos dessa ferramenta estão nos arts. 1.1, 2 e 63 da CADH e, “diferentemente do que ocorre com a jurisdição constitucional nacional, que tem a Constituição e o critério hierárquico como paradigmas”, seus pressupostos são: (a) o efeito útil dos tratados e convenções internacionais; (b) o princípio *pro homine*, que leva a prevalecer a norma de direitos humanos mais favorável, ou seja, aquela mais protética ou menos restritiva; e (c) o princípio da boa-fé ou *pacta sunt servanda*, segundo o qual o Estado que ratifica um tratado internacional não pode utilizar-se de norma interna para desrespeitá-lo (CONCI, 2014).

Parte da doutrina<sup>10</sup> divide as espécies de controle de convencionalidade em dois âmbitos: a) em sede internacional; e b) interna. Néstor Pedro Sagúés afirma que o também denominado “controle supranacional”, ou “desde cima”, é levado a efeito pelos Tribunais Internacionais de modo a reputar inválidas eventuais normas de Direito interno opostas aos tratados e convenções internacionais, cuja atividade é realizada há bastante tempo, embora não com essa nomenclatura<sup>11</sup>. A partir de 2006, no entanto, na apreciação do *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, a

---

10 A exemplo de Ernesto Rey Cantor (2008), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2011) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2016).

Corte Interamericana lançou o segundo nível de controle de convencionalidade, chamado de “controle nacional de convencionalidade” ou “desde baixo”, estabelecendo a competência para os juízes nacionais deixarem de aplicar normas domésticas incompatíveis com a CADH (SAGÜÉS).

André de Carvalho Ramos conceitua o controle de convencionalidade como a análise de compatibilidade dos atos internos em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organismos internacionais). Para o autor, apenas o controle de matriz internacional é o verdadeiro controle de convencionalidade, pois é fruto da ação do intérprete autêntico, ou seja, dos órgãos internacionais. O controle de convencionalidade nacional, segundo sua visão, é, em realidade, um controle de legalidade, supralegalidade ou de constitucionalidade, a depender do *status* atribuído aos tratados incorporados (RAMOS, 2014).

Esse entendimento é compartilhado por Karlos A. Castilla Juárez, para quem o controle de convencionalidade é uma função essencial das Cortes Internacionais. O suposto controle de convencionalidade a cargo dos juízes nacionais nada mais seria do que uma interpretação de direitos e liberdades em conformidade com os tratados (JUÁREZ, 2011).

Pablo González Domínguez (2014) define controle de convencionalidade como “uma instituição jurídica própria do sistema interamericano”, cujo sentido prático consiste em garantir o efeito útil da CADH pelas autoridades nacionais, em conformidade com o art. 1.1. Sua definição, embora genérica, se aproxima mais do controle nacional ou difuso de convencionalidade, pois o autor identifica as seguintes características:

*(i) una obligación de origen internacional; (ii) a cargo de todas las autoridades del Estado -especialmente los jueces; (iii) de interpretar cualquier norma jurídica nacional en casos sujetos a su jurisdicción (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.); (iv) de conformidad con el corpus iuris interamericano (principalmente la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH); (v) y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional; (vi) Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad;*

---

11 No **Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 29/09/98, considerou-se que a constituição chilena, ao estipular prévia censura em produção cinematográfica, violava o direito à liberdade de pensamento e de expressão do art. 13, da CADH.



(vii) pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.<sup>12</sup>

O controle concentrado de convencionalidade, também chamado de controle próprio, original ou externo, é definido por Sergio García Ramírez como o exercício de confrontação entre atos domésticos e disposições convencionais a que um tribunal supranacional é chamado a realizar com o propósito de aferir compatibilidade entre eles, sob o império do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMÍREZ, 2011).

Jesus Tupã Silveira Gomes faz importante distinção entre o controle de convencionalidade, levado a efeito pela Corte Interamericana, e a responsabilidade por violação de obrigações internacionais. Em síntese, ele identifica que “somente há controle de convencionalidade quando há declaração de invalidez de ato normativo nacional – de natureza ordinária ou constitucional – frente ao *corpus juris* interamericano”. Em contrapartida, fica caracterizada a responsabilização internacional diante de outro descumprimento por parte do Estado do parâmetro mínimo de proteção estabelecido pelo Sistema Regional Interamericano (GOMES, 2018). E acrescenta que, da mesma forma como nem toda aplicação de norma constitucional caracteriza controle de constitucionalidade, também nem toda aplicação de convenção ou tratado internacional sobre direitos humanos é controle de convencionalidade.

A decisão do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) tem relevância na temática do controle de convencionalidade ao expressar no seu parágrafo 27, que o Estado é avaliado por inteiro quando do exercício da jurisdição contenciosa da Corte. Isso quer dizer que a divisão de poderes do Estado não pode justificar o desrespeito às normas convencionais, “deixando suas ações fora do controle de convencionalidade que traz consigo a jurisdição do tribunal internacional.” (COSTA RICA, 2003).

---

12 (i) uma obrigação de origem internacional; (ii) a cargo de todas as autoridades do Estado – especialmente os juízes; (iii) de interpretar qualquer norma jurídica nacional nos casos sujeitos à sua jurisdição (normal constitucional, lei, decreto, regulamento, jurisprudência, etc.); (iv) de conformidade com o *corpus iuris* interamericano (principalmente a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte IDH); e, (v) em caso de incompatibilidade, absente-se de aplicar a norma nacional; (vi) as autoridades estatais devem exercer de ofício o controle de convencionalidade; (vii) mas sempre atuando dentro de suas respectivas competências, bem como das regras processuais correspondentes. (DOMINGUEZ, Pablo González. **Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad.** Centro de Estudios de Justicia de las Américas, México, Sep. 2014. Disponível em: <<http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Implementacion-de-la-CADH-en-los-Sistemas-Juridicos-Nacionales-la-Doctrina-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018, p.18, tradução nossa).

Outro caso mencionado pela doutrina sobre o assunto é o *Tibi vs. Equador* (2004) em que o juiz García Ramírez traça um paralelo entre o controle de constitucionalidade levado a efeito pelas Cortes Constitucionais domésticas e o controle de convencionalidade perpetrado pelos Tribunais Internacionais (FLORES, 2018), especificamente no parágrafo 3º de seu voto, onde consta:

*En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos<sup>13</sup>.*

A partir do julgamento do *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006), a Corte de *San Jose* amplia o instituto do controle de convencionalidade e inaugura o entendimento de que o exercício prioritário dessa ferramenta cabe aos tribunais internos (MAZZUOLI, 2016). “O principal objetivo do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de San José da Costa Rica.” (FIGUEIREDO, 2016, p. 84). Significa dizer que o Tribunal Interamericano passa a desenvolver a teoria do controle difuso de convencionalidade, ou seja, aquele levado a efeito em âmbito interno pelos órgãos jurisdicionais domésticos.

O controle de convencionalidade na via difusa, para Eduardo Ferrer MacGregor, é o exame de compatibilidade que sempre deve ser realizado pelos juízes nacionais entre as normas do seu país e a CADH, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAC-GREGOR, 2011). Para Claudio Nash Rojas, o controle difuso de convencionalidade, ou seja, levado a efeito pelos órgãos do próprio Estado, não é uma nova obrigação, mas o desenvolvimento de uma figura frente ao déficit que se constata nos últimos casos

---

13 Em certo sentido, a tarefa do Tribunal assemelha-se à dos tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – disposições de âmbito geral – à luz das regras, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação às normas, princípios e valores dos tratados nos quais baseia sua jurisdição contenciosa. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade”, o Tribunal Internacional de Direitos Humanos decide sobre a “convencionalidade” desses atos. (Tradução nossa).

que chegaram ao Sistema de Proteção aos Direitos Humanos. Os problemas que surgem decorrem da não aplicação, pelas autoridades locais, principalmente, do Poder Judiciário, das obrigações assumidas pelo Estado, que passam a ser incorporadas ao ordenamento doméstico (ROJAS, 2013).

Ernesto Rey Cantor denomina o controle difuso de “controle nacional de convencionalidade” e o define como a atividade do juiz interno quando deixa de aplicar o direito doméstico, aplicando a CADH ou outro tratado, mediante um exame de confrontação normativa (direito interno com tratado) em um caso concreto e adota na decisão judicial aquele que melhor protege os direitos humanos da pessoa (CANTOR, 2008).

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos têm como característica a atuação complementar em relação ao sistema global ou onusiano de proteção. Todos eles atuam, igualmente, de modo complementar em relação ao direito interno de cada Estado-parte, de modo que os estados nacionais mantêm a primazia no processo de concretização dos direitos humanos (CONCI, 2014).

Em razão da subsidiariedade da Corte Interamericana, os juízes e tribunais internos são os primeiros a serem convocados a exercer o controle de convencionalidade exatamente pela necessidade de prévio esgotamento dos recursos efetivos previstos no direito doméstico (JINESTA LOBO, 2012). Nesse sentido, Sergio García Ramírez vê o controle interno de convencionalidade como a recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional, caracterizando relevante instrumento para a construção e consolidação do sistema (RAMÍREZ, 2011).

Corroborando esse entendimento, Raúl Canosa Usera atribui o fomento e o consequente aperfeiçoamento do controle difuso de convencionalidade à ausência no sistema interamericano de acesso direto à Corte, pois persiste o filtro da Comissão. Para compensar o escasso número de casos que a Corte aprecia, ela converteu os Estados em ativos garantidores dos direitos previstos nas convenções (USERA, 2015). O autor considera o controle de convencionalidade interno a inovação mais relevante do recente constitucionalismo ibero-americano convenções (USERA, 2015). Essa inovação é fruto de uma construção oriunda da jurisprudência da Corte Interamericana, principalmente a partir do *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006) e de outras decisões também importantes para a compreensão do instituto.

No parágrafo 124 da decisão referente ao *Caso Almonacid Arellano vs Chile* o Tribunal Interamericano constrói a ideia de que os juízes e tribunais domésticos estão sob o império da lei e que, se o Estado ratifica um tratado internacional, como a CADH, assume a obrigação de respeitar suas disposições e, por consequência, deve afastar a incidência de norma jurídica interna contrária às disposições do Tratado Internacional:

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo. (COSTA RICA, 2016).

Ao apreciar o *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso vs. Peru* (2006) a Corte avançou na temática, fixando a natureza *ex officio* do dever que recai sobre os juízes domésticos em realizar o controle de convencionalidade, colocado lado a lado com o controle de constitucionalidade. Nessa ocasião, o Tribunal Interamericano fixou o duplo dever dos órgãos jurisdicionais: controlar a constitucionalidade e a convencionalidade dos atos normativos, independente de provocação das partes:

*128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [...].<sup>14</sup>*

Na decisão do *Caso Cabrera Garcia e Montiel vs. México* (2010) a Corte de *San Jose* estendeu o dever de compatibilizar as normas domésticas com as normas

---

14 128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos a ele, o que os obriga a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e propósito. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle constitucional, mas também “convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos correspondentes regulamentos processuais. (COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

internacionais a todos os níveis, deixando claro, no parágrafo 226, que as Cortes Constitucionais também devem desempenhar esse controle:

*Thus, for example, the courts of the highest hierarchy in the region have referred to and applied the control of convention, taking into account the interpretations of the Inter-American Court.*<sup>15</sup>

A última decisão largamente mencionada pela doutrina acerca do controle de convencionalidade difuso se refere ao *Caso Gelman vs. Uruguai* (2011), oportunidade em que a Corte, além de impor ao Estado a revisão de uma lei doméstica, determinou que o controle de convencionalidade seja utilizado não apenas pelo Poder Judiciário, mas igualmente pelos demais poderes, ou seja, de uma obrigação dos órgãos jurisdicionais passa a ser uma obrigação de todos os poderes, incluindo, portanto, o Legislativo e o Executivo, cada qual nos limites de suas competências. Esse julgamento também fixou importantes parâmetros sobre os efeitos das decisões em controle de convencionalidade.

Nesse mesmo caso, mas no voto do juiz Eduardo Mac-Gregor Poisot, na supervisão do cumprimento de sentença, o julgador argumenta a eficácia objetiva da sentença interamericana, compreendendo-a “como norma convencional interpretada”, capaz de gerar uma vinculação indireta *erga omnes*, constituindo-se em parâmetro interpretativo mínimo da efetividade da norma convencional. Poisot segue alguns embasamentos do ex-presidente do Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, quanto aos efeitos dos julgamentos da Corte em relação aos Estados que não fizeram parte do litígio. Em suma, Poisot defende que as decisões do Tribunal da Costa Rica produzem duas consequências: a vinculação direta e obrigatória para o país condenado, nos termos dos arts. 62 e 68, da CADH, e a vinculação relativa *erga omnes* para todos os Estados-partes que não participaram do processo, fundamentada nos arts. 1.1, 2 e 62.1 da CADH (HITTERS, 2014).

Os tratados de direitos humanos consagram, principalmente, direitos para as pessoas e obrigações para os Estados, com validade em âmbito internacional, o que autoriza sua proteção e supervisão nesse âmbito. A comunidade internacional entendeu que para o estabelecimento da ordem mundial, a paz e a segurança de

15 Assim, por exemplo, os tribunais da mais alta hierarquia da região têm referido e aplicado o controle de convencionalidade, levando em consideração as interpretações da Corte Interamericana. [...]. (COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

todos precisa estar fundada no eixo central, segundo o qual todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Uma ordem internacional de proteção aos direitos humanos tem como principal objetivo o fortalecimento desses direitos em âmbito nacional, em seu ordenamento jurídico e nas suas práticas (QUIROGA, 2005).

Nessa ordem de ideias, o controle difuso se consagra como sendo tão ou mais importante que o controle concentrado, uma vez que sua efetividade é imediata. No controle concentrado de convencionalidade, a efetividade de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer a incompatibilidade de uma norma doméstica com o *corpus iuris* interamericano e determinar que o Estado-parte altere seu ordenamento jurídico ou deixe de aplicar tal norma, depende da atuação do Estado – consistente em uma ação (alterar sua legislação, adequando-a à CADH e demais tratados) ou omissão (deixar de aplicar a norma incompatível com os parâmetros convencionais). Na via difusa, tão logo seja reconhecida a inadequação da norma aos ditames internacionais, nenhuma outra atividade (ação ou omissão) do Estado faz-se necessária para que tal decisão seja efetivada, ainda que nos limites daquela demanda.

Conclui-se que negar vigência das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil e justapostas à produção normativa interna, ou seja, não realizar o controle de convencionalidade, além de depor contra a efetividade dos direitos humanos representa perigoso procedimento da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais (CALETTI, 2015).

O controle de convencionalidade, ainda que com viés jurídico, é uma alternativa viável ao processo de criação de uma cultura atrelada ao cumprimento dos Tratados Internacionais, pois compreende a influência desses tratados no sistema processual brasileiro como forma de efetivação dos direitos humanos (MORAES, 2013). Não é demasiado afirmar que esse controle é um mecanismo essencial que possibilita a efetivação dos direitos humanos fundamentais (PAMPLONA FILHO; ROCHA, 2018).

Constata-se, entretanto, que a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto aos critérios para realizar tal controle e da forma como solucionar eventuais conflitos entre os tratados e a ordem interna, torna mais difícil sua realização pelas instâncias

ordinárias, sendo ainda escassos os exemplos de prática do controle de convencionalidade (SARLET, 2017).

Outro fator que dificulta a aplicação do instituto é a falta de conhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos – global e regionais – pelos magistrados. Estudo desenvolvido por José Ricardo Cunha avaliou o grau de efetividade dos direitos humanos na prestação jurisdicional, tomando por parâmetro os juízes de Primeira Instância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. O autor observou que 79% dos magistrados não têm conhecimento ou possuem apenas entendimento superficial do funcionamento dos Sistemas de Proteção da ONU e da OEA. E, embora 50% dos juízes considerem as normas de direitos humanos plenamente aplicáveis, 34,3% deles entendem que o caráter desses direitos é subsidiário, podendo ser aplicado, eventualmente, em caso de ausência de norma específica. “Para eles, qualquer ponderação que siga norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não aplicação das normas de direitos humanos.” (CUNHA, 2005).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A atual Constituição da República Federativa do Brasil marcou a redemocratização do país após o Período Militar, entre 1964 e 1985, com a eleição de um Congresso Nacional Constituinte, em 1986, e a sua promulgação no ano de 1988. A Carta Magna estabeleceu, entre o catálogo de direitos fundamentais, o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, LXXIV. Tal direito é instrumentalizado por meio da Defensoria Pública, instituição que tem, entre suas funções, a de promover os direitos humanos.

Promover os direitos humanos implica buscar o respeito aos tratados e convenções internacionais que estabelecem regras de proteção, levando ao crescimento da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional, resultando num inevitável e necessário diálogo entre Cortes. Nessa interação surge o controle de convencionalidade como mecanismo de tutela dos direitos humanos, por meio da aferição de compatibilidade entre o ordenamento jurídico pátrio e as normas de Direito Internacional.

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tendo incorporado definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos a partir do Decreto Presidencial nº 678, de 11/11/1992. Em 10/12/1998, depositou, junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), nota reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, obrigando-se, assim, a implementar as suas decisões.

Identifica-se que a Defensoria Pública pode tutelar os direitos humanos por meio do controle de convencionalidade, mecanismo cada vez mais em foco na doutrina latino-americana. Considerando a divisão proposta pela doutrina entre o controle de convencionalidade concentrado, exercido pelos Tribunais Internacionais, e o controle difuso, levado a efeito pelos juízes e tribunais nacionais, há possibilidade de atuação da Defensoria Pública pela via do controle de convencionalidade junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, em âmbito interno, perante os juízes e Tribunais.

O mecanismo do controle de convencionalidade é instrumento para a tutela dos direitos humanos e caracteriza uma nova doutrina que prestigia tais direitos ao promover uma interlocução entre o Direito Interno e o Direito Internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo.

## 5 REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos humanos e acesso à justiça: aspectos nacionais e internacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). **O direito internacional e o direito brasileiro**: homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí, RS: Unijuí, 2004, pp.189-204.

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

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Brasília, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Infopen, 2017. Disponível em:



<[http://emporiiodireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio\\_2016\\_23-11.pdf](http://emporiiodireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Defensoria Pública da União. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil**: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. Brasília: DPU, 2018. Disponível em:

<[http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama\\_Atuacao\\_mapa\\_DPU.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf)>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Lista dos membros da Defensoria Pública da União, da DPU, atualizada até 05/04/2019**. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/conselho/lista\\_de\\_antiguidade.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/conselho/lista_de_antiguidade.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

BRASIL. **Estados da Federação que possuem DPU**. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/contatos-dpu>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. **Anuário de Atuação Coletiva da DPU, abril de 2017 a maio de 2018**. Disponível em: <[https://www.dpu.def.br/images/dndh/pdfs/anuario\\_20\\_06\\_18\\_revisado.pdf](https://www.dpu.def.br/images/dndh/pdfs/anuario_20_06_18_revisado.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

BURGUER, Adriana Fagundes; BALBINOT, Christine. A nova dimensão da Defensoria Pública a partir das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 132 na Lei Complementar nº 80/94. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova defensoria pública pede passagem**: reflexões sobre a Lei Complementar nº 132. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.1-11.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. **Revista da AGU**. Brasília, v.14, nº 4, out./dez. 2015, pp.133-156.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2008b.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 232, jun./2014, pp. 363-390.

COSTA RICA. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 5 de febrero de 2001. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2018.

COSTA RICA. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 25 de noviembre de 2003. Disponível em:

<[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)>. Acesso em: 07 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_220\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose, 24 de febrero de 2011. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de septiembre de 2016. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justicialidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n° 3, 2005, pp.140-172.

DOMINGUEZ, Pablo González. **Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales**: La Doctrina del Control de Convencionalidad. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, México, Sep. 2014. Disponível em: <<http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marco-normativo/legal/Implementacion-de-la-CADH-en-los-Sistemas-Juridicos-Nacionales-la-Doctrina-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade**: integração jurídica e legitimidade do particular. Curitiba: Juruá, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O controle de convencionalidade no poder judiciário brasileiro**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **Defensoria pública e tutela coletiva de direitos** – teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2016.

GUERRA, Sidney. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HITTERS, Juan Carlos. **Un avance en el control de convencionalidad (el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana)**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 234, ago. 2014, pp.345-361.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td\\_2246.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El Control Difuso de Convencionalidad**. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C, 2012. Disponível em: <[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF)>. Acesso em: 28 set. 2018.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. El control de convencionalidad. Un nuevo debate en Mexico a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. Mexico: UNAM-II.J, v. XI, 2011, pp.593-624. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27767.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

JUNKES, Sérgio Luiz. **Defensoria pública e o princípio da justiça social**. Curitiba: Juruá, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Chile, Año 9, n.2, 2011, p.531-622. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. Defensores Públicos Interamericanos: novos horizontes de acesso à justiça. **Fórum DPU**, n° 8, 2017, pp.1-2.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Instituições da defensoria pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/impacto-no-sistema-processual-tratados-internacionais.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A valorização institucional da Defensoria Pública com o advento da Lei Complementar nº 132/2009. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar nº 132**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.187-198.

PAIVA, Caio César. **Prática penal para defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como um Direito Humano Fundamental e a possibilidade da aplicação do Controle de Convencionalidade à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 990, abr. 2018, pp.129-158.

PERES, Edilon Volpi. **Lei orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios**. Comentários à Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004**; San Jose: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp.207-270.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla**. México, año v, nº 28, jul./dic. 2011, pp.123-159. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Zélio Maia da. **A Reforma do Judiciário: uma avaliação jurídica e política**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Año XIX, Bogotá, 2013, pp.489-509. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

ROSSÉS, José Pedro Oliveira. O fortalecimento da Defensoria Pública no Brasil com a Emenda Constitucional nº 80/2014. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, nº

4015, 29 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29527>>. Acesso em: 29 out. 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle de interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**. São Paulo, v.266, abr. 2017, pp.23-51.

SARMENTO, Daniel. **Autonomia da DPU e limites ao Poder de Reforma da Constituição**. Rio de Janeiro, 14 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-daniel-sarmento-autonomia.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2018.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. **A defensoria pública e o acesso à justiça penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. **Revista brasileira de políticas públicas**. Brasília, v.6, n° 2, 2016, Pp.110-123.

USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**. Cizur Menor (Navarra): Civitas e Thomson Reuters, 2015.

VELOSO, Zeno; Gustavo Vaz, SALGADO. **Reforma do judiciário comentada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

## **PUBLICAÇÕES INSTITUCIONAIS**





**NEUROCIÊNCIA E CULPA JURÍDICO-PENAL**  
**REFLEXÕES ENTRE A LIBERDADE E A CONSCIÊNCIA**

**João Batista Oliveira de Moura**

**Regente: Professora Maria Fernanda Palma**  
**Doutoramento em Direito, Especialidade de Ciências Jurídico-Criminais**

**2017/2018**



**Resumo:**

O presente artigo busca analisar os atuais aportes da Neurociência acerca do livre arbítrio frente ao Direito. Ao afirmar que homem decide agir de forma inconsciente antes de praticar uma conduta, conduz a Ciência Criminal indagar-se quanto ao tradicional conceito de responsabilidade penal que se liga à liberdade de agir de outro modo. Assim, o objeto da investigação consistirá, em forma de problema, analisar e responder se os conhecimentos da Neurociência, acerca da liberdade e consciência, interpretados à luz da Filosofia e do Direito, podem redefinir a culpa jurídico-penal.

**Palavras-chave:**

Neurociência. Filosofia. Penal. Ação. Liberdade. Consciência. Culpa

***Abstract:***

*This article aims to analyze the current contributions of Neuroscience about free will against the Law. In stating that a man decides to act unconsciously before engaging in conduct, it leads Criminal Science to inquire about the traditional concept of criminal responsibility that joins to freedom to act otherwise. Thus, the object of the investigation will be, in the form of a problem, to analyze and answer if the knowledge of Neuroscience, about freedom and conscience, interpreted in the light of Philosophy and Law, can redefine criminal-legal guilt.*

***Keywords:***

*Neuroscience. Philosophy. Criminal Action. Freedom. Consciousness. Guilt*

## Siglas e abreviaturas

ag.	-	agosto
cf.	-	confira, confronto
CP	-	Código Penal
coord.	-	coordenador
dez.	-	dezembro
ed.	-	edição
<i>et al.</i>	-	<i>et alia</i> (e outros)
fev.	-	fevereiro
fMRI	-	functional magnetic resonance imaging
<i>ibid.</i>	-	<i>ibidem</i> (mesma obra)
<i>in</i>	-	em
jan.	-	janeiro
jun.	-	junho
MEG	-	<i>magnetoencephalography</i>
n.º	-	número
<i>op. cit.</i>	-	obra citada
p., pp.	-	página, páginas
SPECT	-	<i>single photon emission computed tomography</i>
set.	-	setembro
t.	-	tomo
vol.	-	volume

## Índice

Introdução.....	5
1. A Neurociência e o experimento de Libet.....	7
1.1. O livre arbítrio na perspectiva da Filosofia.....	9
1.1.1. A Liberdade em Descartes, Leibniz, Locke, Kant e Schopenhauer.....	11
1.1.2. Descartes.....	11
1.1.3. Spinoza.....	12
1.1.4. Leibniz.....	13
1.1.5. Jonh Locke.....	14
1.1.6. Immanuel Kant.....	15
1.1.7. Schopenhauer.....	16
1.2. A liberdade e a consciência no experimento de Libet à luz da crítica filosófica.....	18
1.3. A compreensão da consciência frente ao Direito Positivo e à Neurociência.....	20
2. A culpa jurídico-penal e a Neurociência.....	25
2.1. A Teoria Causalista da Ação.....	25
2.2. A Teoria Normativista ou Clássica.....	27
2.3. A Teoria Finalista da ação.....	28

2.4. A velha, mas sempre presente, discussão entre determinismo, indeterminismo e culpa.....	30
2.5. A consciência e a vontade da Neurociência na interpretação do dolo eventual, negligência consciente e inconsciente.....	37
Conclusões.....	42
Bibliografia.....	44



## Introdução

O avanço das ciências tem revelado a necessidade de expansão dos conhecimentos da humanidade por meio da interdisciplinaridade com os mais variados ramos do saber na busca da estabilização eficaz das relações humanas em sociedade. A Neurociência aparece como uma dessas ciências que mais tem se conexas às diversas áreas do conhecimento, como a Psicologia, Psiquiatria, a Filosofia entre outros. Especificadamente quanto ao Direito, busca-se perceber até que ponto é possível encontrarem-se subsídios nesses conhecimentos que possam reconstruir, ainda que em parte, conceitos de livre arbítrio, consciência, ação, crime e culpa jurídico-penal.

Em tal contexto, toda vez que os temas de abordagem científica tratam-se de decisões judiciais no âmbito dos Tribunais, o centro ocular das atenções dirige-se imediatamente aos resultados que delas decorrem, especialmente em identificar se os resultados são justos ou injustos. Não é por menos que a teoria da infração seja o principal eixo intelectual no âmbito das ciências criminais, já que a partir dela é que se antevê toda a estrutura sob a qual se apoia o Direito Penal relativamente à reprovabilidade de condutas consideradas típicas, antijurídicas e culpáveis.

Na medida em que os conhecimentos da humanidade avançam a tendência natural, se não necessária, é de que o Direito admita certas interferências através da interdisciplinaridade científica<sup>1</sup>, consistente em, se possível, reavaliar e reconstruir suas próprias teorias ou bases de concepção. A Neurociência tem conduzido os Tribunais, numa percepção multidisciplinar, a várias indagações relacionadas à *voluntariedade* e à *consciência* no Direito Penal, com especial relevância no âmbito da teoria do crime.

O objeto da presente investigação, em forma de problema, consistirá em responder se os conhecimentos da Neurociência, acerca da liberdade e consciência, podem redefinir a culpa jurídico-penal na atual teoria da infração. Para tanto, far-se-á necessária uma resposta à seguinte indagação: É possível ou necessária uma nova concepção de conduta voluntária à teoria da ação a partir da compreensão da Neurociência sobre consciência e liberdade?

---

1 Cf. Costa, para quem aceitar os conhecimentos científicos no auxílio do Direito, para atingir seus fins, não significa subserviência ou diminuição de importância. COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações perigosas. *Anuário de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número extraordinário, pp. 109, 2006.

A metodologia da investigação será desenvolvida pela pesquisa em doutrina nacional e internacional, sob as óticas da Filosofia, do Direito e da Neurociência, bem como jurisprudência nacional e estrangeira.

## 1 – A Neurociência e o Experimento de Libet

A Neurociência é ramo da ciência dedicada ao estudo do sistema nervoso central e que se relaciona de forma interdisciplinar com outras ciências, tais como a medicina, Psicologia, Psiquiatria, Filosofia, Direito, Linguística etc. Os neurônios no sistema nervoso central funcionam de forma conexiada, operando circuitos responsáveis por informações determinadas, os quais se organizam em módulos que têm funções específicas a um comportamento em especial. Assim, sentidos como a audição e a visão processam as informações a partir do meio em que estão inseridas, permitindo ao organismo que o sistema motor responda às informações através de ações<sup>2</sup>.

A Neurociência, que tem por objetivo o estudo do comportamento humano na dimensão cognitiva, por meio de pesquisas científicas rigorosas e credivelmente mensuráveis<sup>3</sup>, teve em Libet<sup>4</sup>, nos anos oitenta, um de seus maiores expoentes. O célebre cientista estadunidense deu início a uma série de experimentos na área da neurologia, afirmando que a crença na liberdade humana era algo ilusório. O homem seria livre de forma muito limitada, pois ele seria detentor apenas da capacidade de impedir a realização de uma ação que foi iniciada pelos neurônios cerebrais, os quais por si mesmo foram acionados inconscientemente, antes de que tomasse a consciência de desejar realizar ou não tal ação<sup>5</sup>.

O experimento de Libet<sup>6</sup> consistiu em colocar eletrodos na área motora ou pré-motora cortical do cérebro, responsável pelos movimentos, conectando-os ao computador, que por sua vez coletava as ativações elétricas exatamente no momento anterior à execução de determinadas tarefas, tais como a flexão rápida e aleatória de um pulso.

Questão central do experimento era identificar o momento exato da tomada de decisão de mover o pulso, para mensurar com precisão o tempo decorrido entre a percepção subjetiva do desejo de execução do ato até sua efetiva execução. Os resultados identificados

---

2 LIMA, Renata Pereira. **Biologia da Cognição**: introdução. Primeiro curso de Neurociências e comportamento. Laboratório Neurociência e Comportamento. USP: São Paulo, 2008, pp. 13-20. Disponível em <<http://www.ib.usp.br/labnec/curso/material.html>> Acesso em: 19 dez 2017.

3 POSTLE, R. Bradley. **Essencial of cognitive neuroscience**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2015, p. 3.

4 RUIZ, Francisco T. Bacieiro. Algunas reflexiones sobre los experimentos “tipo libet” y las bases del determinismo neurológico. **Thémata Revista de Filosofia**, Salamanca, n. 46, pp. 259-269, segundo semestre 2012. Também citado por: LAGIER, Daniel González. **La tercera humillación? Sobre Neurociencia, Filosofia y libre alvedrío**. Cuadernos de Filosofia del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 499-510.

5 LIBET, Benjamim. Do have a free will. In: KANE, Robert. **The oxford handbook of methaphysics**. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 1-2.

6 RUIZ, *op. cit.*, pp. 259-269.



por Libet estabeleceram que o “potencial preparatório” era ativado cerca de 350 a 400 milissegundos prévios à ciência do desejo de realização do ato. O desejo ocorreria em torno de 150 milésimos de segundos antes da execução do ato<sup>7</sup>.

Libet<sup>8</sup> não considerou explicitamente que seus experimentos comprovassem a anulação da liberdade, aduzindo que deixava uma margem da mesma ao agente, mas não quanto ao início da ação, e sim em relação ao poder de óbice, veto ou impedimento de sua ocorrência. Alguns deterministas da Psicologia e da Neurologia plasmaram para si as conclusões de Libet sem resistências, outros nem tanto, conforme adiante veremos.

Em que pesem as críticas a seu experimento, ele foi um importante ponto de partida que revolucionou a forma de abordagem da liberdade humana, além de impulsionar novas pesquisas científicas no campo neurológico. Nos últimos anos, através da Neuroanatomia, é possível medir-se a “estrutura do cérebro e sua funcionalidade”, detectando-se alterações cerebrais e problemas estruturais “nas áreas temporal e líbia, como hipocampo, a amígdala e lobo frontal”. A neuroimagem, na atualidade, é apta a mapear seletivamente a atividade elétrica de áreas específicas do cérebro. Além disso, novos equipamentos de avançada tecnologia na seara neurológica surgiram, como a tomografia axial computadorizada, a ressonância magnética funcional (fMRI), a magnetoencefalografia (MEG), a tomografia computadorizada e a emissão de fótons únicos (SPECT)<sup>9</sup>.

Neurocientistas, através de outras técnicas de neuroimagem, afirmam ser possível avaliar, em tempo real, a atividade cerebral diretamente no exato momento de sua exposição a um estímulo emocional. Na atualidade, sabe-se que a amígdala é capaz de responder de formas diversas às “diferentes situações cognitivas, emocionais e comportamentais”. O exame do lobo frontal, por sua vez, possibilita a partir das regiões “orbital” ou “ventromediana” do córtex anterior avaliar neurologicamente a consciência, circunstância determinante à interpretação do “planejamento do ato ou controle de impulsos”, matéria de significativa reflexão no âmbito jurídico<sup>10</sup>.

Resultados obtidos a partir da medição do fluxo sanguíneo cerebral em alguns pacientes revelam que determinadas lesões traumáticas e degenerativas do cérebro são capazes de afetar a capacidade crítica de julgamento do indivíduo, bem como o controle de

---

7 LIBET, 2005, pp. 2-3.

8 *Ibid.*, pp. 1, 6.

9 COLLICA, Maria Teresa. Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità. *Rivista Diritto Penale Contemporaneo, Milano*, pp. 8-9, 2012. disponível em: < <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf> > acesso em: 28 dez. 2017.

10 *Ibid.*, p. 9.

seu próprio comportamento. Cientistas identificaram que certos indivíduos, em que pese serem capazes de compreender suas ações, não poderiam controlar seus impulsos, vez que são “insensíveis e incapazes de entender as emoções dos outros”<sup>11</sup>.

Portanto, as revelações acerca do funcionamento do cérebro são crescentes desde a denominada “revolução neurocientífica”, extravasando de seu próprio mundo para outras áreas científicas, como a “Filosofia política e moral, as ciências do comportamento e a ciência jurídica em geral e jurídico-penal em particular”<sup>12</sup>.

Esses conhecimentos trouxeram novas concepções teóricas acerca da compreensão da liberdade e consciência, objeto de nosso estudo. Para um entendimento fidedigno desses temas, intimamente relacionados à culpa jurídico-penal, faz-se necessária uma abordagem a partir da Filosofia, ainda que em apertada síntese, a fim de chegar-se o mais próximo possível de um significado do livre arbítrio.

De forma a tornar mais didático esse percurso, partir-se-á de um enquadramento geral do livre arbítrio, na atualidade, quanto ao pensamento filosófico. Após, tratar-se-á o tema com maior profundidade com base em filósofos selecionados em decorrência da forma de tratamento e afinidade ao tema, sem olvidar-se a existência de outros de igual relevo, mas que serão prestigiados em oportunidade futura.

### 1.1. O livre arbítrio na perspectiva da Filosofia

O estudo do livre arbítrio é considerado por parcela da Filosofia sob três níveis: (a) descritivo, (b) substantivo e (c) prescritivo. No primeiro plano indaga-se do que se trata o livre arbítrio, no segundo qual a importância de saber se as pessoas possuem ou não livre arbítrio, e o terceiro a ação a ser tomada com base neste conhecimento<sup>13</sup>.

Uma interpretação filosófica de liberdade sob ótica *determinista* designa que todo evento é consequência de uma causa anterior, ou seja, cada fato é regido por um fato anterior que o determina. Essa noção de causalidade tem alcançado fenômenos que se relacionam à formação fisiológica dos seres vivos, bem como a causas psíquicas, circunstância decorrente do reconhecimento da existência de fatores intrínsecos à mente humana e fatores atinentes à herança genética<sup>14</sup>.

11 COLLICA, 2012, pp. 9-10.

12 DIAS, Augusto Silva. **Cérebro social, diversidade cultural e responsabilidade penal.** Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime, Coimbra, n. 3, p. 36, jan./jun. 2016.

13 SGARBI, Adrian. **La hipótesis de la libertad frente al desafío de la neurociencia.** Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 2013, p. 480.

14 SGARBI, 2013, p. 480.

Pelo argumento da “causalidade à distância” a ação humana é decorrente de fatores genéticos (determinismo genético)<sup>15</sup>. As reações são heranças biológicas passíveis de defeitos e de previsibilidade. Já pelo argumento da “inevitabilidade” as reações humanas são decorrências do psiquismo (determinismo psicológico), quem sofre uma “compulsão psicológica intrusiva” repetirá a mesma ação várias vezes. Sob este paradigma não se pode falar em liberdade de ação ou reação<sup>16</sup>.

Nessa senda, para ambos argumentos, o discurso é entabulado no sentido da ausência de liberdade do indivíduo e da eficácia das próprias normas como instrumentos reguladores e estabilizadores das relações humanas. A maioria da doutrina jurídico-penal desacolhe essa posição radical do determinismo que afasta a existência de liberdade e consequentemente de culpa<sup>17</sup> ou de justificação de um castigo<sup>18</sup>.

Portanto, concorrem dois debates em torno da ação a serem destacados: um sob o ângulo da *proposição determinista* e outro sob o ângulo da *proposição da liberdade*. Pela primeira todas as ações são causadas pelas anteriores; pela segunda, relativamente a algumas ações, há livre arbítrio. Algumas correntes contrapõem-se em parte a essas proposições. Para os teóricos *incompatibilistas radicais* o enunciado de que “todas as ações possuem causas que as determinam” é inconciliável com a de que para algumas ações somos livres, uma vez que são excludentes. Para eles a liberdade é uma percepção ilusória decorrente de uma equivocada projeção subjetiva. Todas as decisões do homem são desprovidas de qualquer fundo de liberdade<sup>19</sup>.

Por outro lado, para os teóricos *incompatibilistas liberais* é possível liberdade em um campo em que não vigore o indeterminismo, em uma parte do nosso cérebro onde sejam viáveis construções voluntárias. Searle<sup>20</sup>, por exemplo, refuta as concepções compatibilistas, para ele elas não respondem à questão se “poderíamos nós ter agido de outro modo,

15 Cf. Lombroso, para quem o criminoso está determinística e geneticamente dirigido para o mal, por razões congênitas, pelo que não restaria muito a remediar, cabendo isolá-los para sempre ou suprimi-lo conforme o caso. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013, n.p.

16 SGARBI, *op.cit.*, p. 481.

17 Nesse sentido, Palma refere que “a Neurociência nos oferece a hipótese do determinismo radical, a verdade é que não o consegue demonstrar, numa linguagem válida a todos os níveis de significação, sendo plausível que os seus dados nos orientem antes para as soluções compatibilistas que têm sido ensaiadas pela Filosofia desde há muito.” PALMA, Maria Fernanda. **O Princípio da desculpa criminal em direito penal**. Almedina: 2005, p. 55. Também em oposição ao determinismo radical, CRESPO, Eduardo Demétrio. *Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociencias y derecho penal*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Madrid: Edisofer, 2013, p. 38.

18 GÜNTHER, Klaus. *Voluntary action and criminal responsibility*. In: GÜNTHER, Klaus. *Voluntary action and criminal responsibility*. In: MAASEN, Sabine; PRINZ, Wolfgang; GEHARD, Roth. **Voluntary action: brains, minds and sociality**. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 263-264.

19 SGARBI, *op. cit.*, p. 480.

permanecendo idênticas todas as condições”. Ou seja, se tudo está determinado como podemos ser livres para algumas ações humanas? Em suma, o que há de comum para os teóricos incompatibilistas é que proposições deterministas e liberais são incompatíveis entre si<sup>21</sup>.

Para uma melhor compreensão do estado atual do pensamento filosófico quanto à liberdade, propomo-nos a partir do ponto a seguir dedicar atenção à sua origem, buscando significados em Descartes, Leibniz, Locke, Kant e Schopenhauer.

### 1.1.1 A Liberdade em Descartes, Leibniz, Locke, Kant e Schopenhauer

Muitos aportes trazidos pela Neurociência acerca da liberdade e da consciência humana na atualidade têm linhas de intersecção com preceitos filosóficos já delineados a partir do Renascimento do século XVII. A questão é saber se o que houve foi apenas a mudança do foco de percepção da mesma imagem, com idênticas conclusões, ou algo de novo adveio. Para tanto faremos uma síntese do pensamento filosófico de cada um dos autores e uma crítica correspondente, conforme segue.

### 1.1.2. Descartes

Descartes seguramente é um dos principais filósofos cujo pensamento é buscado como ponto de partida para muitos neurocientistas da atualidade, e que não se limitou a uma mera visão de liberdade que cinde mente do corpo<sup>22</sup>.

Ao delimitar o rompimento com a tradição aristotélica e o pensamento escolástico, Descartes afirmou ter o homem a capacidade de convencer-se, ou seja, ser responsável por seus atos. Assim, em maior ou menor proporção, carrega em si a capacidade de exercer suas escolhas. Ao compreender que o homem, por natureza, existe como ser pensante considerava que o erro humano é apenas o resultado de uma “privação do conhecimento” e não de mera falta de perfeição. Mas perfeito é Deus, o homem, feito a sua semelhança, é um ser limitado por imperfeições, de tal forma que apenas o livre arbítrio, como dádiva, lhe foi concebido de forma ilimitada<sup>23</sup>.

20 SEARLE, John. **Mente, cérebro e ciência**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 115-133.

21 SGARBI, 2013, pp. 482-483.

22 RODRÍGUEZ, Vítor Gabriel. **Livre arbítrio e Direito Penal**: revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 86.

23 RODRÍGUEZ, 2018, pp. 86-87.

A liberdade é tão presente nos experimentos de Descartes que ao se indagar o que levaria o homem a errar responde ser o desconhecimento e suas limitações de compreensão do mundo, ou seja, um contraste entre o livre arbítrio e o desconhecimento. Assim, um excesso ilimitado de vontades o conduziria inevitavelmente ao erro. Descartes parece contradizer-se com tais conclusões quando afirma que Deus preordenou todas as coisas, pois deixa uma interrogação quanto à plenitude do livre arbítrio. Apesar disso, tenta conciliar ambas afirmações por meio da explicação de que a limitação da razão humana não permite ao homem compreender Deus<sup>24</sup>. Mas se todas as coisas estão preordenadas nos é possível falar em erro ou responsabilidade? Somos apenas uma consequência do destino?

Suas teorias ganham contornos de complexidade quando afirma que a *alma* é ligada ao *corpo* de forma conjuntural, em unicidade. Essa simbiose explicar-se-ia pelo fato de o cérebro conter a glândula pineal, responsável pela ligação de um elemento ao outro, funcionando como uma espécie de ponte por onde se cruzam as comunicações. No mesmo local, ao que se denomina “Teatro Cartesiano” processar-se-iam as percepções sensoriais, que ao se agruparem formariam um só sentido, considerando sermos dotados de pensamento único. De fato, vê-se claramente a sensibilidade de Descartes na identificação do fator funcional e biológico do cérebro<sup>25</sup>, o que se observará corroborado, até certa medida, pela Neurociência, ao atribuir a determinadas regiões do cérebro uma função específica quanto à tomada de decisões.

No entanto, em sentido inverso, a própria Neurociência desmistificará, ao menos em parte ou até que se prove o contrário, a assertiva de que há um local de processamento da realidade. O discurso cartesiano de Descartes tem na liberdade seu ponto de partida, mas de alguma forma parece colidir com a ideia de que corpo e mente, embora distintos, estejam ligados entre si como um todo. Se tudo está preconcebido em Deus não se pode falar em livre arbítrio e então não somos responsáveis por nossos atos. Logo, tudo está predeterminado e a liberdade é uma ilusão.

### 1.1.3. Spinoza

Parte dessas indagações, antes destacadas, fizeram com que Spinoza se debruçasse sobre as ideias de Descartes, tendo se referido sobre a liberdade, na famosa carta endereçada em 1964 ao filósofo Schuler, “que os homens têm consciência de seu desejo, mas ignoram as

---

24 *Ibid.*, pp. 88-89.

25 *Ibid.*, pp. 89-90.

causas que a determinam”. Spinoza elabora de forma assente os processos mentais, separação do corpo e mente. Partindo de uma concepção cartesiana de substância, reconhece que “o mundo é uma substância única”, que é Deus. Logo, os elementos do mundo são os “atributos”, aquilo que percebemos dele. O que é dado ao homem perceber é a *cogitatio* e a *extensio*<sup>26</sup>.

Para Spinoza há uma causalidade eficiente imanente de todos os efeitos provenientes de Deus, o que explica a consequência determinista. Deus é criador de todas as coisas, podendo suspender as leis naturais a qualquer momento, fenômeno ao qual se denomina milagre, tendo o domínio, dentro desta lógica, de punir ou recompensar o homem. O *determinismo* é regra aos comportamentos humanos, não há na mente vontade livre, o homem deseja algo motivado por uma causa, que por sua vez é motivada por outra causa, até o infinito. Para Spinoza Deus não teria feito as coisas em função do homem, com um fim específico, mas sim fez o homem para que lhe prestasse culto. Assim, em função do equívoco de que Deus fez as coisas pelo homem é que este acredita ser livre, mas de fato não o é<sup>27</sup>.

A questão que se coloca para a atualidade, em termos de culpa jurídico-penal na vertente da Neurociência, é se mesmo não havendo vontade livre se há liberdade de escolha quanto à execução da ação. Como se observa de Spinoza a consciência da ação é um elemento presente na sua teoria filosófica. No entanto, ao reconhecer que a tudo há uma causa predeterminada infinita, ou seja, ausência de liberdade quanto à causa, deixa em aberto se há liberdade quanto à escolha da execução do ato humano a partir da tomada de consciência da vontade. E como visto, esta era justamente a liberdade admitida por Libet.

#### 1.1.4. Leibniz

Para Leibniz, há uma lei da natureza determinada por Deus que se cumprirá fatalmente. No entanto, a razão como uma das componentes da liberdade, tem na inteligência humana seu pressuposto. Assim, quanto mais racional a conduta, maior a liberdade. Logo, podemos optar entre o bem e o mal<sup>28</sup>.

Segundo Leibniz o homem traz delimitado em si o seu futuro, mas tem a opção de alterá-lo a qualquer momento dentro de infinitas possibilidades que são gerenciadas pela Divindade. Em suma, cada ato humano determinaria um novo mundo eleito por Deus por ele

---

26 RODRÍGUEZ, 2018, pp. 92-93.

27 *Ibid.*, pp. 94-95.

28 *Ibid.*, pp. 96-99.

considerado o melhor. O filósofo foi bastante criticado por suas teses, em razão de contradições não suficientemente explicáveis, mas abriu caminho a indagações de considerável relevo que até hoje são debatidas <sup>29</sup>.

Em tal contexto, pode-se referir que o fato de haver uma predeterminação do futuro, com base em variáveis de *multimundos*, mutável a partir de cada ação escolhida pelo homem, não lhe retiraria a responsabilidade, de maneira que Pedro não se tornou menos culpado ao negar o Cristo pelo fato deste saber previamente que assim procederia <sup>30</sup>.

Apesar da construção de Leibniz quanto à existência de infinitos mundos não configurar algo comprovável até hoje, em face de sua abstração, por se estabelecer sobre uma base meramente hipotética, não prejudica, mas pelo contrário reforça, aquilo que nos interessa quanto à ideia do homem livre e responsável por seus atos, léxico de suma importância à construção da culpa jurídico-penal.

### 1.1.5. Jonh Locke

Na obra *Ensaio sobre o entendimento humano*, Jonh Locke<sup>31</sup> descreve o processo de formação do pensamento humano, onde esboça uma análise do livre arbítrio e da vontade. Ao abordar as ideias e sua origem, afirma serem estas a causa do pensamento, não havendo dúvida de que o homem é consciente daquilo que pensa. Nesse cenário, a mente seria uma folha em branco pintada durante o tempo por meio das sensações ou reflexões adquiridas pela vivência das experiências. Os objetos da sensação seriam um dos fatores responsáveis pela origem de nossas ideias. Pelo contato sensorial com os mesmos produzir-se-iam as mais variadas e distintas formas de percepção das coisas à mente<sup>32</sup>. Disso se deduz que pela ausência dos sentidos não nos seria possível a aquisição das ideias. Noutras palavras “as sensações interiores e exteriores” são as únicas janelas pelas quais entra a luz no *quarto escuro*<sup>33</sup>, metáfora utilizada pelo próprio autor.

No que tange ao livre arbítrio, Locke considera que Deus além de dar-nos o poder de mover nosso corpo e suas partes, deu poder a nossa mente de escolher as ideias sobre as quais pensaremos, de forma que sem esses atributos careceríamos de motivação para exercer escolha entre um ou mais pensamentos ou ações. Assim, não escolheríamos a negligência à

29 RODRÍGUEZ, 2018, p. 100.

30 *Ibid.*, p. 101-102.

31 LOCKE, Jonh. **Ensaio sobre o entendimento humano**. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1999, p. 11.

32 *Ibid.*, p. 83.

33 RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 142.

atenção e nem o movimento ao repouso<sup>34</sup>. Locke deixa claro o poder do homem de dirigir seus pensamentos, dando significado à volição como o uso de fato da vontade dirigida a realizar ou não uma ação<sup>35</sup>.

Portanto, liberdade na visão do filósofo é o poder de iniciar, reprimir, dar continuidade e finalizar as próprias ações<sup>36</sup>. A nosso ver, a afirmação de Locke de que a volição é o uso efetivo da vontade parece-nos equivocada, na medida em que ter consciência e vontade de alguma coisa não correspondem exatamente a poder executar um ato.

Locke reconhece, sob o ponto de vista metafísico, existir uma desculpa de Deus quando o homem age sem plena liberdade do pensamento, a exemplo de estar acometido por emoções que lhe coloquem num estado de perturbação tal que não lhe permita o autocontrole<sup>37</sup>. Vê-se aqui um juízo de reprovação de certa forma refletido à atual teoria da culpa-jurídico penal, que reconhece ausência total ou parcial de responsabilidade do agente à prática de determinados crimes em face de anomalias psíquicas, e que será objeto de identificação mais tarde não apenas pela Neurociência, mas por outras áreas como a Psicologia e a Psiquiatria.

### 1.1.6. Immanuel Kant

Qualquer abordagem que se faça a Kant neste trabalho soará como uma acanhada referência, se considerada a grandeza intelectual e complexidade de sua obra. Por este motivo é que se buscará uma síntese objetiva com aquilo que se relaciona à investigação.

Os diferentes momentos filosóficos conduziram os intérpretes a releituras diferentes às obras de Kant, motivo porque alguns autores as distinguem em três momentos distintos: idealístico alemão, Neokantiano e o atual<sup>38</sup>. Ao analisar-se a *Crítica da Razão Prática* é possível perceber a amplitude da liberdade humana na essência de sua obra, constituindo-se o conceito de liberdade a pedra angular de um sistema de razão pura, inclusivamente da especulativa<sup>39</sup>.

Em *Metafísica dos Costumes*, Kant afirma que um conceito prático de liberdade tem na “espontaneidade absoluta ou faculdade de iniciar um processo causal, a sua condição

---

34 RODRÍGUEZ, 2018, p.107.

35 *Ibid.*, p. 106.

36 LOOK, 1989, p. 219.

37 *Ibid.*, p. 248.

38 RODRÍGUEZ, *op.cit.*, p. 111.

39 KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Ed. S.A., 1959, p. 20



de pensabilidade”. O autor extrai a ação moral da esfera do determinismo, como um processo causal da natureza, inserindo-a no campo da “causalidade da liberdade”<sup>40</sup>. Não obstante, reconhece por meio da Metafísica “um homem determinado pelo mundo da natureza”, definido na Razão Pura como premido pela racionalidade, onde pode ser identificada a moralidade e a reprovação<sup>41</sup>. A lei moral (razão pura prática) baseia-se em princípios morais, o que se torna possível com base em um entendimento comum da humanidade, cuja obediência a esses princípios não se dá por puro sentimento e sim pela “razão”. Ou seja, não há obediência a uma lei que não seja decorrente da razão.

Kant define a liberdade, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, como “a faculdade de iniciar por si um estado, cuja causalidade não esteja, por sua vez, subordinada, segundo a lei natural, a outra causa que a determine quanto ao tempo”<sup>42</sup>. Mas assevera, noutro momento, que “A liberdade no sentido prático é a independência do arbítrio frente à coação dos impulsos da sensibilidade”<sup>43</sup>.

Assim, os acontecimentos do mundo sensível subordinam-se para Kant às leis naturais, sendo determinados por uma causa antecedente no tempo, inevitavelmente, de tal forma que se os fenômenos naturais determinassem o arbítrio do homem as ações humanas seriam meras consequência naturais, pelo que inexistiria a liberdade.

Conforme bem acentua Figueiredo Dias<sup>44</sup>, Kant destaca-se na tentativa de conciliar os fenômenos causais e a liberdade, reconduzindo a “culpa e a responsabilidade do *fazer* humano para o *ser* do homem e para sua qualidade moral”. No entanto, será no pensamento de Schopenhauer que sua temática ganhará um novo impulso, apto a fundamentar uma teoria da culpa<sup>45</sup>.

### 1.1.7. Schopenhauer

A doutrina de Schopenhauer se insere na proposição de que no mundo cada elemento atua em conformidade com sua constituição, cujas manifestações que se encontram

---

40 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução por José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 27-28.

41 RODRÍGUEZ, 2018, p. 111.

42 KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Manuela Pintos dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. A-533/ B-561.

43 *Ibid.*, pp. A-534/B-562.

44 DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 123-124.

45 *Ibid.*, p. 127.

em potência demandam um fator externo que as “provoque e revele sua constituição”<sup>46</sup>. Todas as ações são provenientes dos motivos sobre o caráter empírico, logo em uma situação em concreto somente uma ação é possível, ou seja, *operari sequitur esse*: assim tu és, assim são teus atos. A liberdade pertence ao inteligível e não ao caráter empírico<sup>47</sup>.

O conceito de liberdade advém, assim, da *consciência*, pois cada um se reconhece nela como *vontade*. Sob este paradigma, é em função da *vontade* do homem que se estabelece aquilo que ele é, vértice sob o qual se constrói a fundamentação que liga a culpa à liberdade do homem. Assim, o homem deve responder por seus atos, tendo em vista o que moralmente é, base única sob a qual efetivamente é livre.<sup>48</sup>

Para Schopenhauer a liberdade não depende de uma causa ou razão anterior, procede radicalmente de si mesma. As decisões surgem a partir de dois níveis de consciência: a *autoconsciência* e a *consciência das demais coisas*. A primeira consiste em “fazer o que já se quer”, a partir de um querer específico o homem dirige-se a fazê-lo. Esse é um primeiro nível de liberdade<sup>49</sup>. A consciência das demais coisas dá-se quando o homem tem consciência dos objetos exteriores, mas guia-se e pondera a partir da “lei da causalidade”<sup>50</sup>.

Contudo, a direção de conduta a partir da consciência dos objetos exteriores tem um rito de definição que passa pelo *caráter*, intrinsecamente inalterável e que se constitui como o “núcleo do indeterminismo do ser humano, da sua falta de liberdade real”. A culpa nesse contexto é a sensação de responsabilidade e imputabilidade, a consciência de que o homem era apto agir de outro modo, caso seu caráter fosse outro<sup>51</sup>.

Ressaltam-se do pensamento de Schopenhauer dois pontos que parecem não suficientemente convincentes ou esclarecidos. Inicialmente o fato da imutabilidade do caráter<sup>52</sup>, questionável por si só na medida em que se contrapõe ao próprio argumento de que o homem sofre a sensação de desgosto de não ser outro ou não ter outro caráter. Admitir um tal pensamento, assemelhar-se-ia a uma quase inimputabilidade ou incapacidade de, por meio da punição, não reincidir no mesmo ou noutra crime. Outrossim, carece o autor, à luz de outras ciências, de argumentos credíveis de que o caráter é imutável.

---

46 DIAS, J. F., 1995, pp. 127-128.

47 *Ibid.*, p. 128.

48 *Ibid.*, p. 129.

49 RODRÍGUEZ, 2018, p. 123.

50 *Ibid.*, p. 125.

51 *Ibid.*, p. 126.

52 Sustentando análogo pensamento quanto à imutabilidade do caráter, cf.: WRIGHT, Von Georg Henrik. **La diversidad de lo bueno**. Tradução Daniel González Lagier e Victoria Roca. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 169.

Por derradeiro, aponta-se outro aspecto de fragilidade em seu argumento, que se relaciona à tomada de decisão cindida de qualquer causa anterior. Ora, se os motivos são as ideias, conforme assevera o autor, como desconsiderar a história de formação psíquica do indivíduo na tomada de sua decisão quanto à premeditação e a intencionalidade? O próprio caráter não teria como sua causa de formação as experiências humanas<sup>53</sup>? São questões que, a nosso ver, restaram em aberto.

Superadas as abordagens que se relacionam à formação do pensamento filosófico atinente ao livre arbítrio, voltamos ao experimento de Libet procedendo sobre ele uma análise crítica e dogmática.

## 1.2. A liberdade e a consciência no experimento de Libet à luz da crítica filosófica

A Neurociência funda seus conceitos em fatores objetivos, científicos, experimentais e não filosóficos. Dessa forma, para que se possa compreender a visão filosófica em relação à Neurociência, é imprescindível atingir se os alcances e experimentos científicos da Neurociência são aptos ou não a afastar, ao menos em algumas hipóteses, o determinismo.

As críticas dirigidas ao experimento de Libet são de ordem estritamente científica e estão relacionadas à metodologia utilizada, condições experimentais e parâmetros. Uma delas diz respeito à mensuração do “potencial elétrico” preparatório anterior à realização da ação, que não seria um fator determinante para a relação causa-efeito entre a parte do cérebro ativada e a ação daí decorrente, tendo em conta que várias áreas do cérebro sofrem ativação prévia à execução de qualquer ação<sup>54</sup>.

Antes de o potencial preparatório ser ativado, o sujeito já conhece a ação a ser executada, de acordo com instruções previamente recebidas, por este motivo é que as áreas do cérebro, comprometidas na realização da ação, já estão antecipadas à ação que deve ser executada. Um exemplo é quando esquecemos um nome de uma pessoa ou coisa e após algum esforço não logramos êxito em rememorar-lo. Passado algum tempo, de forma inadvertida, o nome surge na memória espontaneamente<sup>55</sup>.

---

53 Nussbaum, ao analisar a *Retórica* de Aristóteles considera que este claramente inclina-se a “reconhecer que as circunstâncias da vida podem impedir o próprio caráter, tornando até mesmo as virtudes adquiridas difíceis de manter. NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade**: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 294-295.

54 RUIZ, 2012, pp. 265-266.

55 MARCHETTI, G. **Commentary on Benjamin Libet’s mind time**. The temporal factor in Consciousness. 2005. Disponível em: <<http://www.mind-consciousness-language.com/Commentary%20Libet%20Mind%20Time.pdf>> Acesso em 21 dez. 2017, pp. 1-14.

Isso comprova que nosso cérebro após uma tentativa inicial de lembrança continua a operar um trabalho de busca de arquivos, tão logo tenha logrado êxito em identificá-lo externa a informação no consciente do indivíduo. Ou seja, de forma inconsciente o cérebro continuou a operar, mas em algum momento houve da parte da pessoa uma ativação deliberada, uma ordem de execução<sup>56-57</sup>. A esse respeito, destacam-se estudos, que serão abordados adiante, onde pessoas submetidas à hipnose não responderam ao comando de assassinar um ente próximo, o que comprovaria que apesar da inconsciência do indivíduo há domínio sobre a vontade.

Assiste razão a Largier<sup>58</sup> posicionando-se contrário à pretensão de provar empiricamente a falsidade do livre arbítrio em termos neurocientíficos. O experimento de Libet foi constituído de forma simples, baseado no movimento de um membro do corpo humano sem requerer do indivíduo um esforço racional de maior complexidade, configurando ações meramente “mecânicas ou automáticas”.

Além disso, para a comprovação de uma hipótese científica a mesma deve apoiar-se em dados empíricos fiáveis e explicáveis, eliminando-se outras hipóteses alternativas densificadas em idêntica plausibilidade relacionada àqueles mesmos dados empíricos, e que se compatibilize com o resto dos conhecimentos. Seus experimentos não demonstram qual foi a causa da ação, nem qual foi a atividade cerebral inconsciente que produziu as ações. Ademais, existem cadeias de acontecimentos, mentais e físicos, paralelos, que são ajustáveis pela educação mental. Uma sequência física que determina um movimento corporal é concomitante a uma sequência mental, não havendo relações causais de baixo para cima, nem de cima para baixo<sup>59</sup>.

O experimento de Libet limita-se a interpretar a vontade a partir de uma situação cujo indivíduo não é colocado sob condições emocionais adversas, permeadas de medo e/ou estresse, comuns às que se encontram presentes em situações de prática de um crime. Isso é de extrema relevância à culpa jurídico-penal, na medida em que a noção de liberdade projeta à responsabilidade penal uma avaliação do fato concreto na consciência do agente e o seu poder agir de outro modo.

---

56 MARCHETTI, 2005, pp. 6-7.

57 Segundo Pardo e Peterson, é incoerente atribuir a conduta voluntária a processos cerebrais, pois associar a ação voluntária com um processo interno ou sentimento de se envolver conscientemente em uma ação não é uma condição necessária nem suficiente para definir um ato como voluntário. Para os autores é possível mover-se voluntariamente para atender uma chamada telefônica, sem que por isso preexistia um impulso ou intenção de agir. PARDO, S. Michael; PATTERSON, Dennis. L. *Philosophical foundations of law and neuroscience*. *Illinois Law Review*, Illinois, vol. 2010, n.º 4, p. 1233, 2010.

58 LAGIER, 2012, p. 502.

59 *Ibid.*, pp. 509-510.

### 1.3. A compreensão da consciência em face do Direito Positivo e da Neurociência

A compreensão do mundo pelo homem decorre das experiências que ele próprio ou seus antepassados experienciaram. Por ter consciência de que seus sentidos o enganam acerca da realidade, e por dispor apenas deles para acessá-la, constantemente a testa para certificar-se de sua veracidade. Com o processo evolutivo os métodos de compreensão também evoluíram, surgindo assim os denominados neurônios-espelho, que permitiram ao homem ver-se no outro como um igual, passando a ter condições de imaginar o que está pensando ou sentindo. Daí decorreu o desenvolvimento da empatia, da moral e da linguagem<sup>60</sup>.

Essa compreensão de mundo (perfeita ou imperfeita) tem reflexos diretos sobre as relações humanas e sobre o Direito Natural, este consistente no conjunto de princípios decorrentes da razão, que subsistem independente do Direito Positivo<sup>61</sup>.

O positivismo jurídico, em antagonismo à existência de um Direito Natural, e de vértice essencialmente descritivo e objetivo, restringe o conhecimento científico àquilo que seja lógico e empiricamente verificável. Tudo que esteja fora desse plano delimitado é considerado “metafísico, emocional e subjetivo”<sup>62</sup>. Por esta corrente de pensamento, ao se analisar se uma norma é pertencente ou não a determinado ordenamento jurídico ela o faz de forma meramente formal, sem considerar outros critérios externos ao Direito<sup>63</sup>.

O questionamento que nasce dessa compreensão é saber qual o trânsito que os aportes da Neurociência, a partir do estudo do cérebro, da liberdade e da consciência podem exercer na esfera do Direito Positivo ou, noutras palavras, se o Direito como é atualmente concebido na sua estrutura admite seu trânsito ou influência.

Alguns autores, como Levy<sup>64</sup>, afirmam convictamente ter a Neurociência condições de produzir evidências mais confiáveis do que um relato ou de um comportamento subjetivo, sendo capaz de alterar significativamente nossa concepção como agentes e, por

---

60 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Contribuições da Neurociência e da biologia à teoria da justiça. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, nº 1, p. 1108, 2005.

61 KANT, 2011, p. 41.

62 SEGUNDO, 2005, p. 1104.

63 Cf. Bobbio, para quem “<...> a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22.

64 LEVY, N. Is Neurolaw Conceptually Confused? **Journal of Ethics**. vol. 18, n.º 2, pp. 171-172, jun. 2014.

consequência, da lei. Assim, seria possível “determinar a culpa” ou “deter (potenciais) infratores, com base em novos paradigmas sobre moral e responsabilidade, bem como formar provas de que um agente não detinha controle sobre suas ações ou de que uma testemunha está mentindo para o Tribunal.

Pardo e Patterson, por sua vez, criticados por Levy, caracterizaram a Neurociência como reducionista, por limitar-se a reduzir a mente à concepção de cérebro e os processos mentais à concepção de processos neurais. Dessa forma, seria um erro conceitual atribuir ao cérebro ou partes dele substratos que são exclusivos dos indivíduos, tanto quanto identificar o cérebro com a mente<sup>65</sup>. De fato, a crítica é prudente na medida em que o reducionismo referido pelo autor desvincula de forma extrema os atributos que ligam a culpa à conduta humana, o que tornaria a experiência humana em sociedade intolerável. De qualquer forma essa posição será melhor desenvolvida no decorrer do trabalho.

Cabe sinalar, em que pesem as contrariedades de Patterson e Pardo<sup>66</sup> aos movimentos da Neurociência, que ambos reconheceram seu potencial de interferência no Direito, a exemplo do detector de mentiras, que poderia ser considerado em âmbito jurídico, com as devidas cautelas. O argumento aqui é de que aspectos funcionais do cérebro, detectados por ocasião da análise das neuroimagens, podem ser confundidos com outras atividades neurais, não sendo, necessariamente, determinantes na tomada de certas decisões ou comportamentos<sup>67</sup>.

Quanto à Levy<sup>68</sup> partilhamos de sua visão no sentido de que para a lei não importa, por si só, se há identidade entre o cérebro e mente, salvo se essa identidade for capaz de conduzir a estados funcionais que sejam relevantes sob seu ponto de vista ou de incidência normativa. Ocorre que a ausência ou não dessa identidade somente teria relevância para o Direito se de alguma forma estivesse comprovado que tal tem significado à voluntariedade ou à culpa jurídico-penal.

---

65 LEVY, 2014, pp. 172-173; Cf. Fuchs, para quem é ilusório conceber o cérebro como um “órgão de orientação”, que nos conduziria a deduzir acerca de questões práticas e éticas. O cérebro é a matriz de nossas experiências, pensamentos e padrões de comportamento, absorvendo e espelhando o que nós imprimimos sobre ele. Portanto, trata-se de um erro almejar que o cérebro dê respostas acerca do que devemos ou não fazer diante de dilemas centrais da vida, o que corresponderia uma falácia naturalista. FUCHS, Thomas. **Ecology of the Brain The Phenomenology and Biology of the Embodied Mind**. Oxford: Oxford Universit Press, 2018, p. 287.

66 PARDO, 2010, pp. 1227-1228.

67 Cf. Shauer quanto à inconfiabilidade no detector de mentiras constatado por meio de pesquisas. SHAUER, Frederick. Can Bad Science be Good Evidence: neuroscience, lie detection, and beyond, **Cornell Law Review**, vol. 95, pp. 1199-1200, 2010.

68 LEVY, *op. cit.*, pp. 173-174.

A Neurociência, ou ao menos parte dela, ao advogar a ideia de ausência de consciência em ações que são consideradas processos neurológicos mecânicos e prévios à vontade de agir, retira assim por dizer uma das pontes que liga a ação à culpa jurídico-penal. A responsabilidade criminal, em termos gerais, é definida a partir do resultado da influência natural de processos intuitivos e culturais. Quando se diz que o indivíduo tem consciência de suas ações e antevê o resultado torna-se possível estabelecer a capacidade de autocontrole como pressuposto moral da responsabilidade. Tratando-se dos tipos subjetivos, ou seja, do dolo e da negligência, as variáveis estabelecem-se com base nos graus de dimensionamento dessa mesma consciência<sup>69</sup>.

Essa capacidade de autocontrole como definidora da responsabilidade, que está diretamente ligada à noção de livre arbítrio, não foi anulada por Libet, já que deixou expressamente uma margem de liberdade ao indivíduo, não quanto ao início da ação, mas sim em relação ao seu poder de óbice, veto à sua ocorrência.

Por essa via, ao se admitir hipoteticamente tal conclusão, sob a ótica da atual teoria da culpa, a responsabilização do agente somente seria possível com base no grau de capacidade de o agente impedir a execução da conduta. Mas não é tão simples como parece, pois, a partir dessa concepção, restaria outro problema: saber quando nasce essa consciência na experiência real.

Para Chalmers<sup>70</sup>, consciência é um termo ambíguo que se refere a fenômenos diferentes: a *senciência* (*awareness*) e a *consciência* (*consciousness*). A primeira dá-se quando o cérebro tem acesso a uma informação e a usa para prática de um comportamento, tal como o controle voluntário. A segunda corresponde ao problema da experiência. Assim, toda vez que pensamos ou percebemos um fenômeno nasce o desejo de processamento da informação, que traz consigo um aspecto subjetivo: a experiência.

Essa experiência é percebida por meio das sensações visuais, auditivas, corporais, são “estados de experiência”. A questão é como surge a experiência a partir do envolvimento dos nossos sistemas cognitivos? Se a experiência se processa por uma base física, não há uma boa explicação sobre o porquê e de que forma isso ocorre<sup>71</sup>.

---

69 PALMA, Maria Fernanda. Guilt and the time of consciousness. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime**, Coimbra, n. 3, pp. 15-16, jan./jun. 2016.

70 CHALMERS, David. Facing up to the problem of consciousness. **Journal of Consciousness Studies**, Arizona, n. 2, 1995. Disponível em <<http://consc.net/papers/facing.pdf>> Acesso em: 23 dez. 2017, pp. 1-2.

71 CHALMERS, 1995, p. 3.

Chalmers<sup>72</sup> foi um crítico ao pensamento de Searle, em face deste reduzir a formação da consciência a um processo cerebral, posicionamento que não ultrapassaria de mera declaração do problema e não uma solução. Searle não teria respostas para o porquê de o cérebro causar consciência, em virtude de quais de suas propriedades e quais seriam as leis causais relevantes.

Deste ponto é possível estabelecer-se um nexo de correlação à responsabilidade criminal. Admitindo-se o pensamento de Chalmers, de que o controle do resultado causal de uma conduta criminosa estaria na senciência, restaria saber se a “experiência da consciência” terá alguma relevância em termos penais, sendo apta a aferi-la em âmbito judicial.

Chalmers<sup>73</sup> refere que não há uma explicação para uma função cognitiva que possa automaticamente esclarecer a experiência, sendo necessário nesse contexto uma nova abordagem. Os métodos tradicionais da ciência cognitiva e da Neurociência seriam insuficientes, refutando o materialismo. Destarte, ao menos por ora, não haveria uma explicação razoável para a formação da experiência da consciência, nem mesmo se ela se processa sobre uma base material ou imaterial, intuindo ser nesta última.

Dessa posição prospectiva, podemos afirmar que tal valoração da experiência da consciência no plano da culpa torna-se inviável no âmbito criminal por impossibilidade de sua comprovação fática ou material. Por outro lado, ao admitir a possibilidade de níveis de consciência, como assevera o autor, como por exemplo de uma nação, de uma região, de uma sala de conferência, poder-se-á, talvez, a título de futuro, explicar-se a prática de crimes coletivos, cujos agentes são tomados de um impulso quase irresistível na adesão da conduta, tal como ocorrem em crimes de massacres com armas de fogo que, inexplicavelmente, em curto espaço de tempo, repetem-se, por vezes, sem qualquer motivação. Concepção que reforçaria de certa forma a visão de consciência coletiva de Durkein<sup>74</sup>.

Portanto, Chalmers cria um liame de identidade entre a experiência da consciência e os eventos físicos, explicando a consciência a partir de um *logos* comum de outra dimensão, sem que necessariamente seja negada a diferença entre mente e corpo<sup>75</sup>. Sob ótica do

72 Cf. o ponto e o contraponto à crítica na obra: SEARLE, John. **The mystery of consciousness**. New York: A New York Review Book, 1997, p. 167.

73 CHALMERS, 1995, pp. 6, 17-24.

74 Cf. Durkein, para quem “O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece.” DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 50.

75 PALMA, 2016, pp. 18-19.



dualismo cartesiano, responde ao hiato existente entre mente e corpo com base em uma espécie de comunicação entre diferentes dimensões<sup>76</sup>.

O problema em termos filosóficos para o pensamento jurídico, é saber se a estrutura neurobiológica do cérebro ao tomar uma decisão e ao manifestar vontade têm relação com a “experiência destacada da consciência”, indagação necessária ao léxico legal relativamente à valorização da conscientização. O que há é uma simetria, sem que seja possível afirmar conclusivamente que determinados estados cerebrais causam consciência<sup>77</sup>. A discussão filosófica e científica sobre a consciência, mesmo que se afaste de abordagens dualista ou monista, não derroga o estabelecimento de “relações complexas entre fenômenos neurológicos e consciência”<sup>78</sup>.

Essas relações ganham maior significado, pois conduzem a novas indagações de igual complexidade se for admitida uma nova roupagem ao livre-arbítrio, pois submete o intérprete a indagar-se em que medida a culpa, como até então é concebida, deve ser dirigida a uma nova plataforma de valorização. Disso se impõe refletir se o atual sistema de responsabilidade penal pode renunciar completamente à consciência ou lhe atribuir um menor valor na atribuição da culpa, como sói no Direito Penal na responsabilidade das pessoas jurídicas e na negligência inconsciente, e mesmo nos crimes de ação deliberada quanto ao desvalor da consciência da ilegalidade<sup>79</sup>.

Em que pese a consciência e a vontade de executar o ato típico sejam necessárias à culpa, dispensam a confirmação de uma experiência da consciência, conforme antes fora antecipado, haja vista que neles há a previsão do desempenho do ato típico como sendo provável e possível. Dessa forma, a prova da experiência subjetiva por meio da assunção da responsabilidade é irrelevante<sup>80</sup>.

---

76  
2013, p. 227

UTTAL, William R. **Dualism: the original sin of cognitivism**. New York: Psychology Press,

77  
PALMA, 2016, pp. 18-19.

78  
*Ibid.*, pp. 21-27.

79  
*Ibid.*, p. 21.

80  
*Ibid.*, p. 21.

## 2. A culpa jurídico-penal e a Neurociência

O Direito, como todas as ciências, através das suas mais diversas manifestações teóricas, evoluiu como resultado da diversificação das relações humanas e do pensamento jurídico. Imaginar-se um Direito estático, imutável frente a mudança constante do próprio pensamento universal configuraria negar eficácia a qualquer poder comunicativo da norma.

Uma das relações humanas de maior complexidade na sociedade é a que se estabelece sobre o crime, pois decorre da dissintonia entre autor, vítima e o Estado no exercício do *jus puniendi*. Os interesses na responsabilização do agente e de uma resposta moral, ética e jurídica de culpa à sociedade comumente não coincidem.

Nesse trajeto, o livre arbítrio surge como o elo que liga a pena à culpa no Direito Penal. Nesse embate entre o ser e o dever ser a Neurociência, ao indagar se o homem realmente é livre, traz aportes de conhecimento que igualmente são questionados pela Ciência Criminal quanto à ação e a culpa: saber nas mais variadas hipóteses da vida humana se no fato penalmente relevante o agente agiu livremente ou se tinha condições de determinar-se de outro modo ou em conformidade com a norma.

A Neurociência estabelece naturalmente um vínculo relacional com a Ciência do Direito por considerar determinadas condutas humanas precedidas de interações neurais inconscientes e desprovidas de voluntariedade. Assim, sendo o crime constituído em termos gerais por uma ação provida de comportamento voluntário, insta analisarmos teoricamente o grau de interferência e relevância desse entendimento da Neurociência à luz das teorias causalista, normativista e finalista da ação.

### 2.1. A Teoria Causalista da Ação

Embora a teoria causalista da ação de Liszt<sup>81</sup> e Beling<sup>82</sup> não tenha sido a teoria que predominou no Direito Penal anglo saxão, dada sua importância ainda hoje é aplicada no sistema da *common law*<sup>83</sup>. O causalismo foi por certo o ponto de partida do desenvolvimento

81 LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & Editores, 1899, p. 193. t. 1.

82 BELING, Ernst. **Die Lehre vom verbrechen**. Tubingen : J. C. B. Mohr, 1906. Vide também: BELING, Ernst. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução Carlos M. de Eliá. Buenos Aires: Librería El Foro, 2002, p. 42.

83 AMBOS, Kay. **100 años de la “teoría del delito” de beling** ¿: renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, n.º 09-05, p. 9. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>> Acesso em: 04 jun 2018.

da dogmática da infração penal<sup>84</sup>, pelo que merece, neste momento, ser considerada naquilo que é relacionável à Neurociência. Influenciada pelas Ciências Naturais, no século XIX até início do XX, o Direito Penal tentou conceber a “ação humana como um processo natural-externo, uma causação ou não evitação voluntária de uma modificação no mundo exterior”<sup>85</sup>, perceptível pelos sentidos.

Uma das críticas de seus opositores decorreu de que o conceito de ação voluntária se estenderia a quase todos os estados corporais ativos ou passivos, que tivessem por base um ato de vontade, pouco importando a previsibilidade ou evitabilidade do ato. Dessa forma, somente seria útil para excluir da incidência penal aquelas condutas totalmente independentes da vontade, como as reflexas e as hipóteses de total ausência de consciência. Além disso, deixava de considerar descrições substanciais das expressões da vida humana passíveis de valorações sociais<sup>86</sup>, a exemplo das emocionais.

Outra crítica que recaiu sobre o causalismo consistia em desconsiderar, no âmbito da culpa, a negligência inconsciente, pela ausência de conexão psicológica ao fato<sup>87</sup>, o que igualmente entrava em confronto com parte do pensamento doutrinário que se desenvolvia quanto ao dever de cuidado. A questão que nos importa compreender é se há nexo de relevância entre a teoria causal e a Neurociência, especialmente entre a liberdade e a consciência, e se desse cruzamento é possível extrair novos paradigmas que subsidiem ou reconstruam a culpa-jurídico penal.

Ao afirmar que o homem decide praticar uma conduta antes mesmo de tomar consciência dela a Neurociência considera a ausência de liberdade um fato. Do lado dos causalistas, o que efetivamente importa é a voluntariedade “não reflexiva” da conduta, e é sob este ponto de vista que se considera a liberdade, não havendo importância a consciência da conduta no sentido de valores ou resultados. Quando alguém mata com um disparo o que importa não é saber se desejava, mas sim se o puxar do gatilho foi voluntário ou não.

Para a Neurociência, pelo viés da liberdade, o homem não tem qualquer espécie de consciência ao dar início ao ato (reflexivo ou não, automático ou não), o que somente ocorre para Libet num momento posterior (possibilidade de veto). Para os causalistas, pelo viés da infração, a ação deve ser voluntária e não reflexiva, uma conduta corporal regida pela vontade.

---

84 CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal**: Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral Do Crime. 3. ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016, p. 255.

85 STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**: Parte general I – El hecho punible. Tradução Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2000, p. 98.

86 *Ibid.*, p. 99.

87 CARVALHO, *op. cit.*, pp. 256-257.

Portanto, o que se verifica é que para a Neurociência a liberdade não é um elemento presente no início da conduta, para os causalistas a única liberdade que deve estar presente é a física, e somente sobre esta é que se poderia vislumbrar alguma influência, ao nível teórico-jurídico, do pensamento neurocientífico.

Nesse sentido, o fato de haver a possibilidade de um veto na sequência causal, em um segundo momento, a partir de uma tomada de consciência pelo agente, como admitido por Libet, conduz a inferir que apenas nesta última hipótese é que haverá exercício de voluntariedade.

A partir disso, o que se indaga é se para fins do Direito Penal esse possível fracionamento entre início da ação e exercício da vontade teria alguma relevância na teoria causal, tendo em conta o lapso de tempo propagado pelos neurocientistas de milissegundos entre o início da conduta e sua consciência. Interpretamos que não, pois não se percebe como seja possível, numa análise ainda que meramente empírica, uma mudança de rumo do estado das coisas pelo fato de em milissegundos não haver consciência. Assim, conceitos de livre vontade diversos para a Neurociência e para fins do Direito Penal, sob um viés causalista, podem conviver harmonicamente.

## 2.2. A Teoria Normativista ou Clássica

A concepção normativista ou neoclássica, que teve em Mezger seu expoente, não alterou substancialmente a concepção positivista-naturalista. Em verdade “atribuiu sentido normativo às categorias do crime consagradas pela escola positivista-naturalista”. A ação continuava para esta concepção como ato humano que modifica o mundo exterior, mas caracterizado como uma negação dos valores<sup>88</sup>.

A concepção psicológica da culpa, ao ser substituída pela concepção normativa da culpa (censura do agente por ter optado pela realização do ilícito), pressupunha a imputabilidade do agente e não a exigibilidade de conduta diversa. Este, em verdade, foi um dos cerne das críticas sofridas, na medida em que a culpa era concebida por um misto de componentes psicológicas e normativas<sup>89</sup>.

Em um paralelo à Neurociência, pode-se dizer que uma ideia de ausência de liberdade, mesmo que admitida em parte na conduta humana, encontraria um ponto de colisão, na proporção em que a teoria clássica tem na imputabilidade um de seus eixos de

88 CARVALHO, 2016, p. 257.

89 *Ibid.*, p. 258.

responsabilização, e não na aferição da liberdade sob o prisma da exigibilidade de conduta diversa. Alguém pode não ser livre em dado momento, mas esse estado necessariamente não significa inimizabilidade.

### 2.3. A Teoria Finalista da Ação

O crime na sua concepção finalística, como fato típico, antijurídico e culpável representa dentro das teorias da infração penal a segmentação doutrinária de maior aceitação e que, como bem refere Figueiredo Dias<sup>90</sup>, “conduziu a aquisições científicas às quais ainda hoje se não deve renunciar”. Esse se trata de um conceito jurídico-formal, diverso daquele buscado pela Criminologia que “não pretende mostrar nem o que deve ser crime nem como se deve responder com justiça ao crime, mas pretende apenas compreendê-lo e explicá-lo”<sup>91</sup>.

A carga ontológica trazida por Welzel na teoria finalista, no sentido de uma ação voluntária dirigida a um fim, conduzia a perscrutar se de fato havia liberdade na conduta humana. Embora deixasse claro seu distanciamento do determinismo causal, ao analisar a liberdade e a vontade enfatizou categoricamente ser “<...> a Culpabilidade a reprovabilidade da formação da vontade”<sup>92</sup>.

Welzel<sup>93</sup>, ao explicitar seu pensamento sobre a liberdade, abordou-a sob três paradigmas. Pelo *antropológico*, negou a teoria Darwiniana na vertente de que a inteligência humana seja resultado da evolução dos instintos animais. O homem é um ser responsável ou predisposto à responsabilidade, circunstância que o distingue existencialmente de todo o mundo animal.

Pelo paradigma *caracterológico* biparte a estrutura anímica do homem em instintos (esfera baixa) e *estrato elevado*. Na primeira proposição o homem é motivado pelos instintos de sobrevivência e conservação da espécie, por estes o homem seria uma “vítima dos instintos”. Pela segunda proposição esses mesmos instintos são conduzidos já com base em juízos de sentido e valor, ou seja, os atos do pensamento se apoiam sobre fundamentos lógicos, e os da vontade são dirigidos sobre bases de sentido e valor<sup>94</sup>.

---

90 DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 245.

91 PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**: conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 2. ed. Lisboa: AAFI Editora, 2017, p. 14.

92 WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 152.

93 *Ibid.*, pp. 153-155.

94 WELZEL, 1956, pp. 156-157.

Por fim, na ótica *categorialemática*, Welzel afirma que o indeterminismo destruiria o sujeito responsável, pois se o ato de vontade do homem é determinado por nada, o ato posterior de vontade não se relaciona com ele, logo não pode ser responsabilizado. Para tanto, traz uma solução compatibilista que se interpõe entre os extremos do indeterminismo tradicional e o determinismo extremo, ou seja, o estabelecimento da superposição de várias formas de determinação, rechaçando a concepção do monismo em aceitar uma única forma de determinação<sup>95</sup>.

Nesse cenário é que se vislumbra a ponte ao finalismo, quando Welzel indaga se é possível, então, dirigir adequadamente os sentidos dos impulsos do homem. Explicitando seu pensamento, categoricamente assevera que “Liberdade de vontade é a capacidade de poder determinar-se de acordo com esse sentido”, contrariando o indeterminismo na vertente de que liberdade é “um poder atuar de forma diferente”. A liberdade não é um “estado” do indivíduo, mas “um ato de liberação da força causal dos impulsos, em direção a uma autodeterminação adequada ao significado<sup>96</sup>.”

Não é possível afirmar que as conclusões de Welzel sobre a liberdade teriam sido outras se a seu tempo tivesse os conhecimentos atuais da Neurociência. No entanto, partindo-se do pressuposto do experimento de Libet, que admitiu deixar uma margem de liberdade ao agente, não quanto ao início da ação, e sim em relação ao poder de óbice, veto ou impedimento de sua ocorrência, interseccionando à definição de Welzel, de que liberdade é “um ato de liberação da força causal dos impulsos”, ousamos afirmar que seria improvável.

O poder sobre a execução do ato, ainda que não quanto ao início da ação, não desvincularia o homem da responsabilidade, pois no próprio dizer de Welzel “Culpabilidade não é um ato de determinação livre do sentido, senão, precisamente, a falta de determinação de sentido em um sujeito autorresponsável”<sup>97</sup>.

Assim, toda vez que numa hipótese causal o homem tem consciência da mesma e pode impedir a continuidade de seu encadeamento até o resultado será responsável. Nesse contexto, é justamente pela tomada de consciência de que um agir positivo ou negativo poderá produzir um resultado, que se verifica a existência de uma finalidade na ação, que somente será ou não identificável a partir do fato real.

A Neurociência admite ao indivíduo uma margem de liberdade, a partir da tomada de consciência, quanto ao poder de veto da sequência causal da ação. Nesse cenário, repete-se

---

95 *Ibid.*, pp. 157-158.

96 *Ibid.*, p. 161.

97 *Ibid.*, p. 163.

a mesma indagação já externada quando do causalismo, se há relevância, sob o ponto de vista do Direito Penal, uma prévia ausência de liberdade, conforme referida por Libet, de aproximadamente 350 a 400 milissegundos. A partir de um ponto de vista empírico, a resposta deve ser negativa.

Ora, se o indivíduo ao tomar consciência da conduta, tendo poder de óbice à sequência causal, assim mesmo optar por não a interromper, dirigindo-se a um resultado finalístico, terá praticado conduta voluntária. Pelos mesmos argumentos expostos à teoria causal, reprisa-se que conceitos de livre vontade, diversos para a Neurociência e para fins do Direito Penal, sob um viés finalista, podem subsistir de forma compatível.

## **2.4. A velha, mas sempre presente, discussão entre determinismo, indeterminismo e culpa**

A assertiva de uma liberdade absoluta ou baseada num simbolismo de um futuro que não se pode conhecer no presente<sup>98</sup>, encontra-se superada na atualidade, sendo discutível, ao mesmo tempo, associar liberdade com possibilidade de culpa. A associação de uma culpa em abstrato que não se relaciona ao dano efetivo, nada mais é do que uma culpa pela violação da norma. Assim, a definição de culpa sem conteúdo pressupõe liberdade sem limites e ampla responsabilização, paradigma que se incompatibiliza com a filosofia do determinismo<sup>99</sup>.

Em extremo diverso, pode-se afirmar que o critério racional do poder agir de outro modo, como substrato da culpa, que se associa ao indeterminismo revela-se esvaziado ante a dificuldade de produzir-se uma prova empírica nesse sentido<sup>100</sup>. Tanto a Filosofia como as Ciências Empíricas têm admitido que o comportamento humano possa ser influenciado por fatores externos, tais como a cultura, religião e etnia, e fatores internos, como emoções, sentimentos, afetos e inconsciência<sup>101</sup>.

Uma pessoa que antes decidira matar alguém não deixará de ser responsável se após tomada de uma decisão consciente foi coagida a dar fim à vida da mesma pessoa, na

---

98 Cf. Wittengnsstein, para quem o “livre arbítrio consiste no fato de as ações futuras não poderem ser conhecidas no presente. WITTENGNSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Tradução M.S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 85.

99 PALMA, 2005, pp. 35-37.

100 Cf. Crespo, para quem o indeterminismo puro conduz a um vazio, frente aos conhecimentos científicos sobre a multiplicidade de fatores que condicionam e, às vezes, determinam o comportamento humano. CRESPO, Demétrio. *Liberdad versus determinismo en Derecho Penal*. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime**, Coimbra, n. 3, p. 92, jan./jun. 2016.

101 FILHO, Wagner Marteleto. O quarto de locke e a culpa penal: breves reflexões sobre liberdade, determinismo e responsabilidade. **Revista de Ciências Criminais Anatomia do Crime**, n.1, p. 175, jan./jun. 2015.

medida em que se apropria da intenção de outra. Assim, se há apropriação anímica da vontade de outrem, coincidindo com a sua, não deixará de ser culpada, já que a responsabilidade não depende exatamente de uma “liberdade absoluta, de um poder naturalístico, nem de ser fonte ou origem do bem ou do mal”<sup>102</sup>.

A compilação e processamento das informações pelo cérebro são processos naturais, pressupondo à livre vontade que estes processos, ou ao menos parte deles, não encontrem explicação em respostas determinísticas. Se a liberdade é a capacidade de decidir acerca das próprias ações que resultarão em diversos comportamentos, paralelamente também o será a capacidade de reação frente aos fenômenos externos<sup>103</sup>.

A causalidade é consequência da reação humana frente às circunstâncias externas, pressupondo, ao nível psíquico, liberdade de ação. Um entendimento adequado da causalidade não terá o condão de alterar a “possibilidade de autodeterminação da vontade”. Em tal contexto, o livre arbítrio coexistirá a um princípio de causalidade transmitido psiquicamente, o que se tornará admissível nas hipóteses em que o determinismo não seja pressuposto da causalidade, o que encontra sintonia com as leis naturais<sup>104</sup>.

Reportemo-nos agora novamente a Libet, para quem entre a intenção de praticar um ato até sua efetiva realização leva-se em média um segundo (não se olvida de pesquisas posteriores, cujo tempo foi menor, de meio segundo). A ideia de determinabilidade da decisão humana não se revela a nosso ver comprovada. Isso se evidencia pela própria aceitação de Libet de que o homem possui poder de veto ou direcionamento a determinadas condutas a partir da tomada de consciência da decisão.

Experimentos que se utilizaram dos mecanismos da hipnose verificaram ser impossível induzir uma pessoa a praticar o suicídio de um parente ou amigo (excluídas predisposições ocultas), o que demonstra que o poder de veto abrange um domínio que se estende ao inconsciente. Assim, embora o ato hipnótico fosse capaz de fazer o indivíduo executar tarefas como latir, não se revelou eficaz quando envolveu um comando para matar um parente ou amigo<sup>105</sup>. Damásio, por sinal, já reconhecia que, apesar da compreensão dos mecanismos neurobiológicos adjacentes, os seres humanos contam com uma margem de

---

102 PALMA, 2005, pp. 37-38. No mesmo sentido: HARRY, G. Frankfurt. Alternative Possibilities and Moral Responsibility. *The Journal of Philosophy*, vol. 66, n. 23, pp. 835-836, dez. 1969.

103 JAGER, Christian. Libre determinación de la voluntad, causalidade y determinación, a luz de la moderna investigación del cerebro. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013, 60.

104 *Ibid.*, p. 61.

105 JAGER, 2013, p. 63.



liberdade ao executar ações que, aparentemente, vão contra a determinação da biologia e da cultura<sup>106</sup>.

Na concepção corrente da doutrina penal a liberdade de vontade é um pressuposto da culpa. No entanto, há de se indagar se é possível sua atribuição diante de um contexto onde exista liberdade de vontade no inconsciente, tal como na hipótese da hipnose. O que, no entanto, dependerá efetivamente dos conceitos de culpa e pena<sup>107</sup>.

Conforme referido, uma liberdade sem limites é incompatível com um sistema de equilíbrio no âmbito das relações interpessoais, o que acabaria por inviabilizar a responsabilização penal<sup>108</sup>. Hassemer<sup>109</sup> neste ponto bem adverte que negar a responsabilidade, seja quem ou como for, significa omitir um mecanismo de não vulnerabilidade do fundamento normativo das relações sociais, cuja base desse reconhecimento é a expectativa recíproca de que temos uns para com os outros não um mero sistema orgânico, mas pessoas que assim se reconhecem<sup>110</sup>.

Um conceito de liberdade não algo é unívoco, pelo que deve a moderna dogmática penal ater-se aos novos conhecimentos científicos indagando se eles são capazes de alterar a forma como até então vêm sendo fundamentados os vigentes critérios de aferição da culpa<sup>111</sup>. Em que pesem as críticas aos conhecimentos neurocientíficos, em parte abordados, não nos parece haver uma completa incompatibilidade das concepções deterministas com um sistema de culpa jurídico-penal, ao mesmo tempo em que se faz necessário e conveniente um conceito de liberdade que embase suficientemente a culpa.

Os aportes da Filosofia acerca da liberdade e que fundamentaram a dogmática penal acerca da culpa não mais são de sua exclusividade. A Neurociência ao buscar desvendar a liberdade sob o ponto de vista do conhecimento do funcionamento do cérebro conduz o Direito Penal a perscrutar se o modelo de culpa dominante baseado no “poder agir de outro modo” ainda pode ser considerado o mais convincente e apto à responsabilização criminal.

---

106 DAMÁSIO, António R. **E o cérebro criou o homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 327-330.

107 JAGER, *op. cit.* p. 65.

108 SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Culpabilidade Jurídico-Penal Y Neurociencias. In: CRESPO, Eduardo Demétrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidade**. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 272.

109 HASSEMER, Winfried. Neurociencias y culpabilidad em Derecho Penal. **Revista para el análisis del Derecho Penal**, Barcelona, n. 2, p. 9, 2011.

110 Cf. Hassemer, para quem uma teoria da culpabilidade deve ser orientada para os fins da pena, renunciando-se à categoria tradicional do “poder agir de outro modo”, como fundamento e medida da culpabilidade. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, pp. 146-147.

111 SANCHEZ, *op. cit.*, p. 277.

Uma das dificuldades no âmbito da culpa e que se liga à liberdade concentra-se no aspecto prático de provar, a partir do universo individual, factual e psíquico do ser humano, um poder agir de outro modo. Para que isso se torne possível o julgador necessariamente deveria ter o poder de posicionar-se temporal e animicamente nas exatas circunstâncias em concreto do agente da ação<sup>112</sup>.

Isso é praticamente impossível num cenário em que se deve levar em conta, como bem adverte Kaufmann<sup>113</sup>, que a “normal capacidade de motivação não se pode comprovar de modo distinto da liberdade – entendida de forma não indeterminista –, ou seja, unicamente se comprova através dum *processo analógico*”.

Por esta linha de constatação, será através da nossa experiência, como sucede aliás na ciência, que será possível uma resposta quanto ao saber se o homem agiu com normal capacidade de motivação ou não. Para tanto, seu emprego analítico necessitará apoiar-se na figura abstrata do homem médio, a ser considerado sob o aspecto fático exterior e interior do agente, perscrutando se comportar-se-ia ou não como se comportou<sup>114</sup>.

Em tal contexto torna-se discutível um modelo de culpa com base em uma liberdade que não se pode aferir com exatidão sua extensão para fins de imposição da pena, já que sempre haverá uma margem de incerteza que não se pode dissolver. Na tentativa de um ponto de consenso à culpa é que se buscaram modelos que centravam a responsabilização com base na “culpabilidade do caráter”, conforme doutrinado por Schopenhauer<sup>115</sup>.

Esse pensamento, que não aderimos, foi e é rechaçado por significativa parte da doutrina, entre eles Kaufmann, já que punir pelo que se é desconsidera os limites de abrangência da liberdade, ou seja, é possível que não sejamos livres exatamente pelo que somos, pela nossa história, pelas nossas emoções<sup>116</sup> ou paixões, e ser o que somos pode não ser, às vezes, uma escolha livre. Como bem advertiu Goldschmidt<sup>117</sup>, o dito de que um homem bom tem maior capacidade de agir de outro modo em contraposição ao homem mau é falso,

---

112 SANCHÉZ, 2013, p. 279.

113 KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 2010, p. 365.

114 *Ibid.*, p. 365.

115 RODRÍGUEZ, 2018, p. 126.

116 Cf. Brito, para quem estudos científicos demonstram que as emoções interferem na capacidade de inibir ações automatizadas a fim de impor uma comportamento dirigido ou controlado. BRITO, Ana Bárbara Sousa e. **A negligência inconsciente**: entre a dogmática penal e a Neurociência. Coimbra: Almedina, 2016, p. 459.

117 GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Tradução de Margareth de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2007. (Coleção Maestros de Direito Penal, 7. v.), p. 142.

pois sempre que um homem comete um crime, somente podemos avaliar sua bondade avaliando a gravidade da causa externa que motivou sua conduta.

A metáfora utilizada por Locke, da pessoa trancada no quarto escuro que deseja permanecer no mesmo sem ter consciência disso, traduz uma liberdade que não é absoluta. Reconstruindo-se a metáfora, imaginemos a pessoa no quarto a praticar um crime, e indaguemo-nos que tipo de liberdade estaria ligando essa pessoa à culpa, a “liberdade de querer e desejar” ou “uma liberdade num sentido mais profundo” de alterar o rumo das coisas? Como bem refere Palma<sup>118</sup> nessa hipótese “a responsabilidade não decorreria de uma liberdade absoluta (que não existe) mas do conteúdo da vontade e da qualidade da volição”. A censura da conduta aqui teria por base uma reprovação às emoções, aos sentimentos, à paixão e não à liberdade como instrumento de controle dos desejos<sup>119</sup>.

Dessa forma, a qualidade dos desejos e emoções<sup>120</sup> estariam subjugadas ao nível qualitativo das experiências, por meio da educação e da formação dos valores. Assim, a partir da visão paradigmática da vontade de permanecer no quarto, condicionada por circunstâncias (causas) pré-existentes determinadas, podem ser vislumbrados dois tipos de liberdade de vontade: a ideal e aquela que é possível ter-se.

Por este viés, se as emoções fazem parte da aferição da liberdade, as causas de sua formação merecem ser consideradas na aferição da responsabilidade. A Neurociência tem demonstrado que fatores de ordem neurobiológica e genética são moduladores do comportamento criminoso<sup>121</sup>. Estudos realizados sobre gêmeos e adotados evidenciaram que

---

118 PALMA, 2005, p. 74.

119 Cf. Nussbaum, para quem, a exemplo das emoções da ira e do temor, importa questionar não <...> se um homem razoável seria motivado por eles em áreas de importância legal, mas sim que tipo de raiva e medo que gostaríamos de reconhecer como razoável em várias áreas específicas do direito”. NUSSBAUM, Martha C. **El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley**. Traduzido por Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 87. A mesma autora refere em outra obra que as emoções estão intimamente comprometidas com o nosso bem-estar, este reconhecimento valorativo, combinado com as percepções e crenças postas numa situação fática, nos motivará a uma determinada ação. NUSSBAUM, Martha C. **Paisajes del pensamiento: la inteligencia de las emociones**. Tradução Araceli Maira. Barcelona: 2008, p. 162.

120 Cf. Kahan, destacando que a lei deve considerar não apenas a qualidade das emoções, mas também o nível de controle que o indivíduo possui em relação a ela. KAHAN, Dan M. Two conceptions of emotion in criminal law, Yale Law School, Connecticut. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 115, 1996, p. 337. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/sss\\_papers/115](http://digitalcommons.law.yale.edu/sss_papers/115)> Acesso em 06 jun. 2018.

121 Cf. Fuchs (2018, pp. 284-285), para quem os avanços neurobiológicos revelam a dependência do cérebro do mundo da vida humana, ou seja, um órgão social e historicamente moldável, cujas funções de transformação e formação de padrões conduzem experiências a disposições e capacidades permanentes. Segundo o autor, o cérebro seria um fragmento no contexto do organismo, podendo, no entanto, ser um mediador de processos relacionais e intencionais.

cinquenta por cento das variáveis do comportamento antissocial são decorrentes da herança genética<sup>122</sup>.

Indivíduos antissociais apresentam níveis baixos da enzima serotonina, além do comprometimento das estruturas cerebrais envolvidas com as emoções, devido à redução em oito por cento do volume da amígdala e do córtex orbitofrontal<sup>123</sup>. Pesquisas demonstram que a afetação dos genes para o comportamento antissocial decorreria de anormalidades genéticas que afetam o cérebro e por sua vez as emoções, a cognição e o comportamento. Da mesma forma, danos no córtex pré-frontal seriam fatores que predisporiam à tomada de decisões inadequadas. Outras descobertas identificaram que os detentores de transtornos de personalidade têm redução em onze por cento da massa cinzenta pré-frontal, demonstrando serem tendentes a emoções “secundárias” de vergonha, constrangimento e culpa, além da capacidade de respostas rápidas e adequadas às situações de estresse<sup>124</sup>.

Portanto, vê-se claramente que algumas considerações, há muito tecidas pela Filosofia e pela Ciência Criminal, firmadas sobre bases empíricas, acabaram por ser confirmadas na atualidade pela Neurociência. Esta, por sua vez, reforçou o fracasso de outros modelos de responsabilização, construídos ao longo da história, como a Teoria Social da Culpa, formulado por Jescheck<sup>125</sup>, que não obteve espaço na tentativa de corrigir a teoria finalista da ação. Fundada na responsabilização do indivíduo a partir de um déficit pessoal, diante da uma norma de conduta socialmente estabelecida, enredou-se ao afastar-se de um paradigma de liberdade a partir do juízo de valor das capacidades individuais do sujeito no fato concreto, estabelecendo uma forma de presunção de culpabilidade.

Na sequência dessa evolução jurídico-penal, Roxin<sup>126</sup> lançou outro olhar sobre a liberdade, o *funcionalismo penal* ou *racional-final*, ao intentar desvincular a culpa da possibilidade de agir de outro modo, teorizando no sentido de ela não mais constituir-se um fundamento à punição, mas sim um instrumento limitativo à responsabilidade penal. Opondo-se até certo ponto ao finalismo de Welzel, passou a considerar que “a formação do sistema jurídico-penal não pode ser vinculada a realidades ontológicas anteriores (ação, causalidade,

---

122 RAINÉ, Adrian. O crime biológico: implicações para a sociedade e para o sistema de justiça criminal. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 30, n.1, p. 5, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rtps/v30n1/v30n1a03.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2018.

123 *Ibid.*, p. 5.

124 *Ibid.*, p. 6.

125 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlin: Duncker Humblot, 1996, pp. 407-408.

126 ROXIN, Claus. Acerca da problemática do Direito Penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, vol. 59, pp. 6-8, 1984.

estruturas lógico-reais, etc.), mas única e exclusivamente guiar-se pelos fins do direito penal<sup>127</sup>.

Há dois pontos centrais na teorização de Roxin, que interessam pontualmente ao presente estudo, o primeiro é a *imputação ao tipo objetivo*, através do qual a imputação de um resultado vincula-se à incidência no tipo objetivo pela realização de um perigo não permitido pela norma de proteção, assentando-se em um conjunto de regras valorativo-legais<sup>128</sup>.

O segundo ponto é a recondução da "culpa" à categoria de "responsabilidade". Para a culpa, como condição inevitável de qualquer penalidade, Roxin adiciona a necessidade preventiva (especial ou geral) à sanção, de modo que a culpa e a prevenção se limitam mutuamente e apenas juntas dão origem à "responsabilidade" pessoal do sujeito, o que desencadearia a imposição de punição<sup>129</sup>.

Cabe referir que a teorização de Roxin aproxima-se do funcionalismo sistêmico penal de Jakobs, pois ambos se apoiam na justificação social da pena. No entanto, este último rejeita a relevância atribuída à discussão do livre-arbítrio, pois a culpa é a falta manifesta de adequação do indivíduo à norma<sup>130</sup>.

Assim, a liberdade, admitida por Roxin, nos limites da constituição pessoal do indivíduo e pelas circunstâncias externas, deve ser interpretada como uma ficção jurídica. Logo, há uma suposição de liberdade, em detrimento de um “poder agir de outro modo”, que independerá de dados empíricos<sup>131</sup>.

O problema da concepção de Roxin é que ao se valer de um sistema de prevenção penal instrumentalista acabou por desvirtuar o juízo de valor da capacidade de autodeterminação do sujeito, ainda que admitindo a culpabilidade como instrumento limitador da pena, pois no momento de aferição da imputabilidade necessariamente dependerá das

---

127 ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 203.

128 *Ibid.*, p. 204.

129 *Ibid.*, p. 204.

130 JAKOBS, Günter. El principio de culpabilidad. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Rioja, t. 45, fasc. 3, pp. 1054-1083, set./dez. 1992. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5216> > Acesso em 05 jun. 2018. Em sentido similar: JAKOBS, Günter. Sobre la teoría de la pena. **Cuadernos de conferencias y artículos**, n.º 16, pp. 1-34, ag. 1998. Cf. Aburquerque, destacando a crítica à teoria de Jakobs ao desconsiderar no processo de responsabilidade os graus de liberdade (orientação para o *input* do sistema penal). ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 61. Segundo Tavares, a maior crítica a Jakobs é o fato da “culpabilidade pela conduta de vida e de caráter, incompatível com um sistema liberal”. TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 100.

131 ROXIN, *op. cit.*, p. 808.

fórmulas empíricas, mesmo que indiretamente, a exemplo de um exame pericial legal<sup>132</sup>, a fim de comprovar-se a capacidade do indivíduo quanto à compreensão do caráter ilícito da norma.

Disso se vislumbra uma contradição no pensamento de Roxin quando delega à culpa o peso normativo no interesse da prevenção, relegando à imputabilidade o empirismo da análise da normalidade de indivíduo. A pena como instrumento de prevenção não pode desvincular-se de uma concepção empírica e de uma parcela, ainda que mínima, de determinismo, o que se torna incompatível com a presunção de liberdade<sup>133</sup>.

## **2.5. A consciência e a vontade da Neurociência na interpretação do dolo eventual, negligência consciente e inconsciente**

A doutrina em termos gerais define o dolo como o conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo do ilícito. O Código Penal português, no art. 14º limitou-se a delinear as formas como sua incidência se opera (direto, necessário, eventual)<sup>134</sup>, atribuindo-lhe uma carga de desvalor jurídico diferente dos tipos negligentes. Assim, o dolo compõe-se de dois elementos que o caracterizam, o *intelectual* e o *volitivo*. Logo, em curta síntese, o que diferencia o tipo doloso do tipo negligente é essencialmente a vontade de realização do tipo, já que a consciência do ilícito também é elemento comum na culpa consciente<sup>135</sup>.

O foco que agora se enfrenta é saber qual a relação que os conhecimentos da Neurociência fazem incidir ao nível intelectual e volitivo do dolo. A “culpa dolosa” tem na consciência do tipo objetivo a base intelectual à punição do agente. Se esta representação é ausente ou deficiente o tipo não se completa. Não se exige aqui que o indivíduo tenha conhecimento dos elementos normativos do tipo ao nível do jurista, mas a apreensão de um sentido valorativo ao nível do leigo. O aspecto volitivo liga-se ao tipo subjetivo do ilícito doloso caracterizando-se pela vontade de realização do tipo<sup>136</sup>.

---

132 Cf. Rodriguez (2018, p. 224), para quem “a noção de imputabilidade depende de prova empírica, enquanto o sujeito normal não se lhe questiona a liberdade no momento da culpabilidade.

133 Em sentido similar: RODRIGUEZ, 2018, p. 225. Vide Faccini Neto, para quem um princípio da culpa somente se vê atendido quando nele se compreenda um sujeito livre. NETO, Orlando Faccini. Contribuição para o estudo da Filosofia da culpa penal e a sua legitimidade constitucional. In: MOURA, João Batista Oliveira de. **Culpa, dolo e culpabilidade à luz do Direito Penal brasileiro e português**. Curitiba: Juruá, 2017, pp. 7-54.

134 PALMA, M. F. **Direito Penal: Parte Geral...** 2017, pp. 135-159.

135 DIAS, J. F., 2011, pp. 349-350.

136 Cf. Palma (*op. cit.*, p. 136), para quem “No dolo necessário, a realização do facto típico é prevista como consequência necessária da ação, sendo, por isso secundário averiguar qual a posição afetiva relativamente à realização do facto típico, mesmo que não o desejo o agente decide-se pela realização do facto”.

Questão de há muito debatida no âmbito da teoria da infração são os elementos ou critérios de identificação do *dolo eventual* e da *negligência consciente*, cuja linha limítrofe do elemento subjetivo é muito tênue. Da mesma forma que o dolo direto e necessário, o legislador português não define no artigo 14º, n.º 3, do Código Penal o conceito de dolo eventual, mas caracteriza-o quando o agente tem a representação da possível ocorrência de um fato típico decorrente de uma conduta a qual assim mesmo a executa, “conformando-se com sua realização”.

A negligência consciente consiste na prática de um ato pelo agente, que tendo a representação da possível ocorrência de um fato criminoso, bem como a obrigação do cuidado objetivo, atua sem se conformar com sua realização (art. 15º, a, CP).

São várias e extensas as teorias acerca das diferenças entre o dolo eventual e a culpa consciente, sendo inviável sua abordagem nesta estreita investigação. Contudo, pertinente destacar a referência de Palma<sup>137</sup>, segundo a qual a questão do dolo eventual deveria “ser discutida no plano da culpa, como problema de capacidade efetiva de ponderação do risco do resultado perante o contexto motivacional”.

Ressalta-se aqui, naquilo que se relaciona à Neurociência, que o elemento comum entre o dolo eventual e a culpa consciente será a representação do fato como possível<sup>138</sup>. Logo se vê que o problema central a ser discutido será saber para fins de valoração jurídico-penal, quando se inicia e termina a *capacidade de cognição* quanto à representação da possibilidade do fato e se essa avaliação dar-se-á sob o ponto de vista do indivíduo no caso concreto ou do homem médio.

Na atual estrutura do Código Português, diferentemente do dolo, a negligência só é punível quando haja previsão legal (art. 13º, Código Penal). A negligência consiste no descumprimento do dever de cuidado objetivo a que o agente está obrigado diante do bem jurídico tutelado nas circunstâncias do fato, cujo tipo é capaz de representar como possível de acontecimento, sem se conformar com essa situação, ou sequer chegar a representá-lo como possível de realização (art. 15º, “a”, “b”, Código Penal).

Essa construção positivista teve origem em Engisch<sup>139</sup>, segundo o qual a negligência deve ser caracterizada inicialmente de forma negativa, e apenas num segundo

---

137 PALMA, Maria Fernanda. Dolo eventual e culpa em direito penal. In: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, 2002, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, p. 61.

138 DIAS, J. F., 2011, p. 360.

139 ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1964, p. 241.

momento de forma positiva. Isso significa dizer que somente é possível punir-se a negligência quando inexistentes os pressupostos de um crime doloso. Assim, da mesma forma que a caracterização do dolo não reside apenas na identificação de se o sujeito quis o resultado, aprovou ou aderiu a sua realização, a culpa não será identificada apenas no fato de o sujeito não querer ou não aprovar a realização do tipo, mas também na ausência de sua parte da cautela, empenho e de atenção<sup>140</sup>.

Segundo Figueiredo Dias<sup>141</sup>, no atual Código Penal português, a violação de cuidado objetivo na negligência está relacionada não com o resultado, mas sim com a “realização de um facto que preenche um tipo de crime”. Assim, “a norma de ilicitude é mais que uma norma destinada a evitar resultados, uma norma de cuidado no relacionamento interpessoal”. Dessa forma, nos crimes negligentes de mera conduta a “violação de um dever de cuidado de previsão e evitação do resultado” ganha autonomia teórico-dogmática”. Figueiredo Dias, contudo, rechaça a ideia de Engisch no sentido de ser comum aos tipos dolosos e negligentes a violação do dever de cuidado, pois quando se tratam destes últimos o que se quer designar é a ausência de cuidado objetivo nas condutas não dolosas que devem ser evitadas.

Daqui é possível antever-se o problema da consciência frente a teoria de Libet no que diz respeito à *negligência inconsciente*, segundo o qual a tomada de decisão de uma ação ocorre de forma inconsciente antes que o agente tome consciência da mesma, restando-lhe tão somente a possibilidade de veto a essa decisão. A questão a saber, em se tratando da negligência inconsciente, de ser possível falar-se em capacidade de veto na medida em que o agente não toma consciência da tomada de decisão. A resposta deve ser não.

Isso não anula os conhecimentos neurocientíficos, na medida em que é preciso identificar-se em quais as circunstâncias o agente terá condições de atingir essa consciência de tomada de decisões e a capacidade de interromper o nexo de causalidade. A observância da existência de sinais objetivos, tais como o sono antes de dirigir em uma viagem longa, a ausência de revisão periódica dos mecanismos de segurança de um veículo automotor, a ingestão de medicamentos ou bebidas alcoólicas antes de dirigir um veículo, o fato de atear fogo próximo à mata em época de seca, etc., indicam um princípio de solução à questão.

No entanto, mesmo que o indivíduo atinja a consciência de perigo ao bem jurídico, será necessário que o agente tenha condições temporais de evitar o resultado. O motorista que dirigindo em módica velocidade inesperadamente vê atravessar uma

---

140                    ENGISCH, 1964, p. 267.

141                    DIAS, J. F., 2011, pp. 869-870.



motocicleta em sua via, mas que apesar de frear não consegue a tempo desviar da vítima, abalroando-a e matando-a<sup>142</sup> poderá ser responsabilizado criminalmente? Destaca-se aqui a relação entre atenção e consciência.

Lavy<sup>143</sup> afirma que toda vez que o cérebro está por completo carregado no processamento de informações relevantes, na execução de uma tarefa, informações periféricas ou consideradas menos relevantes não atingem nível de consciência. Por outro lado, quando os níveis de atenção a determinadas tarefas são médios ou baixos as informações de menor relevância ou que o indivíduo não pretende prestar atenção, por serem distrativas, serão atingíveis à consciência. A esse respeito, sinaliza Duttge<sup>144</sup> que a atenção humana é estimulada a despertar a partir da disponibilidade de informações. Assim, informações de perigo geram estímulos que naturalmente reagem a ameaças.

Importante distinção encontra-se entre *cognoscibilidade individual* e *cognoscibilidade média*, que neste momento correlacionamos também ao dolo eventual e à culpa consciente. A primeira liga-se à capacidade intelectual e cognitiva do indivíduo no caso concreto e que deve ser considerada ao nível da culpa. Assim, não se pode deixar de ter como relevante o fato de um salva-vidas que detém enormes habilidades no salvamento de afogados deixar por pura comodidade ou displicência de usar todas as técnicas de reavivamento de uma vítima, tal como a respiração boca a boca. Portanto, quanto maior a capacidade individual de antever o risco da sua conduta, maior o grau de culpa.

A segunda, *cognoscibilidade média*, é aquela que deve ser considerada como um padrão comum em sociedade (homem médio). A questão que se coloca é saber se alguém cujo padrão de *cognoscibilidade* é abaixo da média poderá sujeitar-se à atipicidade ou mesmo à atenuação de pena. Para Roxin<sup>145</sup>, a capacidade do indivíduo abaixo da média não pode conduzir à atipicidade da conduta negligente, posição que adere Figueiredo Dias<sup>146</sup>, ao afirmar que “outra solução significaria um inadmissível esvaziamento do relevo da negligência a nível da culpa”.

---

142 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão n° 236/13.4GATBU.C1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em: 03 fev. 2018.

143 LAVIE, Nilli. Attention and Consciousness, *In*: VELMANS, Max; SCHNEIDER, Susan. **The Blackwell Companion to Consciousness**. Oxford: Blackwell, 2007, pp. 497-498, 492.

144 DUTTGE, Gunnar. **Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 410.

145 ROXIN, 1997, pp. 1013-1018.

146 DIAS, J. F., 2011, p. 873.

Concordamos com tal posição, na medida em que de fato a força comunicacional e preventiva da norma perderia sua relevância e eficácia. No entanto, aceitamos que no plano da culpa seja possível sua consideração.

A conclusão diante da relação *negligência consciente* e *Neurociência* é de que é irrelevante se a tomada de decisão é antecedente ou concomitante à tomada de consciência, já que o agente tem poder de veto da execução. O que é relevante de fato é quando se inicia tal consciência, resposta que, como vimos anteriormente, deve ser buscada em elementos objetivos que poderão ter por base os conhecimentos da Neurociência, e que também poderão ser definidores do grau de culpa ou até de exclusão de culpa criminal.

Por outro lado, não se pode omitir que anomalias neurológicas, já citadas no decorrer desta investigação, indiquem que o agente não tem condições de atingir plena consciência, o que deverá ser considerado na valoração da culpa jurídico-penal, não se justificando uma atipicidade frente a um nível de consciência simplesmente por ser inferior à do homem médio.

No que tange à negligência inconsciente, se avocados os conceitos da Neurociência, não haverá como atribuir culpa ao agente, pois sequer tomará consciência da tomada de decisão. O que é incompatível com a ideia de obrigação de cuidado objetivo nos crimes negligentes. Por outro lado, os conhecimentos da Neurociência ganham relevo no que se relaciona à identificação da existência de consciência como substrato à diferenciação entre o dolo eventual e a culpa inconsciente.

## Conclusões

De tudo quanto foi exposto, seguem as seguintes conclusões:

1) Quanto à indagação inicial de nosso problema se “é possível ou necessária uma nova concepção de conduta voluntária à teoria da ação a partir da compreensão da Neurociência sobre consciência e liberdade” entendemos que não. O entendimento da Neurociência no sentido de que há liberdade do indivíduo apenas quanto ao poder de veto da ação não se encontra cientificamente comprovado de forma a conduzir o Direito Penal a uma reformulação do conceito de ação, motivo pelo qual resta afastada tal possibilidade. Isso, contudo, não obsta a que seus conhecimentos subsidiem o Direito Penal na compreensão da liberdade nas mais variadas situações fáticas da vida humana, ponto em que é necessária atenção por parte dos Tribunais;

2) Admite-se o livre arbítrio em um campo de compatibilidade com o determinismo, em uma parte de nosso cérebro onde sejam viáveis construções voluntárias, não sendo o determinismo incompatível com uma sociedade baseada na responsabilização pela culpa, e cuja prevenção deve ser instrumento de estabilização das relações humanas. Ou seja, sendo a pretensão das normas incidir sobre as relações humanas deve-se compreender a liberdade a partir de um ponto de referência, que é a forma como o homem compreende a si mesmo<sup>147</sup>;

3) O lapso de aproximadamente 350 a 400 milissegundos entre a decisão inconsciente e a consciência da decisão da ação, até que se prove o contrário, não tem o condão de alterar, com base em uma interpretação empírica ou científica, o conceito de liberdade que se relaciona e interessa ao Direito Penal, sendo possível coexistirem conceitos de ação voluntária diferentes à Neurociência e à Ciência Criminal;

4) As emoções e as causas de sua formação devem fazer parte da aferição da liberdade para fins de culpa penal, paradigma reforçado pela Neurociência ao demonstrar que fatores de ordem neurobiológica e genética são moduladores do comportamento criminoso;

5) Quanto à negligência consciente, os aportes da Neurociência devem centrarem-se na identificação do momento em que se inicia essa consciência, os quais poderão revelar sinais objetivos de seu marco;

---

147 HIRSCH, Hans-Joachim. **Zur gegenwärtigen deutschen discussion über willensfreiheit und strafrech.** ZIZ, 2/2010, p. 65. Disponível em:< [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010\\_2\\_405.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_2_405.pdf)> Acesso em: 03 jun. 2018.

6) A capacidade do indivíduo abaixo da média não pode ter o condão de conduzir à atipicidade da conduta negligente, pois significaria o esvaziamento do relevo da negligência ao nível da culpa. Admitimos, contudo, possa ser apreciada ao nível da dosimetria da pena.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. **Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 1994.

AMBOS, Kay. **100 años de la “teoría del delito” de beling** ¿: renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007, n.º 09-05, pp. 05-15. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf>> Acesso em: 04 jun 2018.

BELING, Ernst. **Die Lehre vom verbrechen**. Tubingen : J. C. B. Mohr, 1906.

\_\_\_\_\_. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Tradução Carlos M. de Eliá. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRITO, Ana Bárbara Sousa e. **A negligência insconsciente**: entre a dogmática penal e a Neurociência. Coimbra: Almedina, 2016

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal**: Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral Do Crime. 3. ed. Porto: Universidade Católica do Porto, 2016.

CHALMERS, David. Facing up to the problem of consciousness. **Journal of Consciousness Studies**, Arizona, n.º 2, 1995. Disponível em <<http://consc.net/papers/facing.pdf>> Acesso em: 23 dez. 2017, pp. 1-27.

COLLICA, Maria Teresa. Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità. **Rivista Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, pp. 1-26, 2012. disponível em: < <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>> acesso em: 28 dez. 2017.

COSTA, José de Faria. O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações perigosas. **Anuário de La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, número extraordinário, pp. 107-119, 2006.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Compatibilismo humanista: una propuesta de conciliación entre Neurociências y derecho penal. *In*: CRESPO, Eduardo Demétrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociências y derecho penal**: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidade y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidade. Madrid: Edisofer, 2013, p. 17-42.

CRESPO, Demétrio. Liberdade *versus* determinismo em Derecho Penal. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime**, Coimbra, n. 3, p. 85-96, jan./jun. 2016.

DAMÁSIO, António R. **E o cérebro criou o homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DIAS, Augusto Silva. **Cérebro social, diversidade cultural e responsabilidade penal**. Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime, Coimbra, n.º 3, pp. 35-56, jan./jun. 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. t. 1.

DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUTTGE, Gunnar. **Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

ENGISCH, Karl. **Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht**. Aalen: Scientia, 1964.

FILHO, Wagner Marteleto. O quarto de locke e a culpa penal: breves reflexões sobre liberdade, determinismo e responsabilidade. **Revista de Ciências Criminais Anatomia do Crime**, n.º1, p. 173-192, jan./jun. 2015.

FUCHS, Thomas. **Ecology of the Brain The Phenomenology and Biology of the Embodied Mind**. Oxford: Oxford Universit Press, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **La concepción normativa de la culpabilidad**. Tradução de Margareth de Goldschmidt e Ricardo C. Nuñez. 2. ed. Buenos Aires: Euros, 2007. (Coleção Maestros de Direito Penal, 7. v.).

GÜNTHER, Klaus. Voluntary action and criminal responsibility. *In*: MAASEN, Sabine; PRINZ, Wolfgang; GEHARD, Roth. **Voluntary action: brains, minds and sociality**. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 263-280.

HARRY, G. Frankfurt. Alternative Possibilities and Moral Responsibility. **The Journal of Philosophy**, vol. 66, n.º 23, pp. 835-836, dez. 1969.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles *et al*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

\_\_\_\_\_. Neurociencias y culpabilidade em Derecho Penal. **Revista para el análisis del Derecho Penal**, Barcelona, n. 2, pp. 1-14, 2011.

HIRSCH, Hans-Joachim. **Zur gegenwärtigen deutschen discussion über willensfreiheit und strafrech**. ZIZ, 2/2010, pp. 62-67. Disponível em:<  
[http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010\\_2\\_405.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_2_405.pdf)> Acesso em: 03 jun. 2018.

JAGER, Christian. Libre determinación de la voluntad, causalidade y determinación, a luz de la moderna investigación del cérebro. *In*: CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y Derecho Penal: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidade y tratamiento jurídico-penal de la pelilgrosidad**. Madrid: Edisofer, 2013, 57-69.

JAKOBS, Günter. Sobre la teoría de la pena. **Cuadernos de conferencias y artículos**, n.º 16, pp. 1-34, ag. 1998.

\_\_\_\_\_. El principio de culpabilidade. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Rioja, t. 45, fasc. 3, pp. 1051-1083, set./dez. 1992. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5216>> Acesso em 05 jun. 2018.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlin: Duncker Humblot, 1996.

KAHAN, Dan M. Two conceptions of emotion in criminal law, Yale Law School, Connecticut. **Yale Law School Legal Scholarship Repository**, Paper 115, 1996, pp. 269-374. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/115](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/115)> Acesso em 06 jun. 2018.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Ed. S.A., 1959.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. Tradução Manuela Pintos dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **A metafísica dos costumes**. Tradução por José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LAGIER, Daniel González. **La tercera humillación: Sobre Neurociência, Filosofía y libre alvedrío**. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LAVIE, Nilli. Attention and Consciousness, *In*: VELMANS, Max; SCHNEIDER, Susan. **The Blackwell Companion to Consciousness**. Oxford: Blackwell, 2007, pp. 489-502.



LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguet & Editores, 1899. t. 1.

LEVY, N. Is Neurolaw Conceptually Confused? **Journal of Ethics**. vol. 18, ed. 2, pp. 171-185, jun. 2014.

LIBET, Benjamim. Do have a free will. In: KANE, Robert. **The oxford handbook of methaphisics**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

LIMA, Renata Pereira. Biologia da Cognição: introdução. **Primeiro curso de Neurociências e comportamento**. Laboratório Neurociência e Comportamento, USP: São Paulo, 2008, pp. 13-20. Disponível em <<http://www.ib.usp.br/labnec/curso/material.html>> Acesso em: 19 dez 2017.

LOCKE, Jonh. **Ensaio sobre o entendimento humano**. México: Fondo de Cultura Economica, 2 ed., 1999.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

MARCHETTI, G. **Commentary on Benjamin Libet's mind time**: The temporal factor in Consiousness. 2005. Disponível em: <<http://www.mind-consciousness-language.com/Commentary%20Libet%20Mind%20Time.pdf>> Acesso em 21 dez. 2017, pp. 1-14.

NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade**: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Paisajes del pensamiento**: la inteligencia de las emociones. Tradução Araceli Maira. Barcelona: 2008.

\_\_\_\_\_. **El ocultamiento de lo humano: repugnancia, verguenza y ley**. Traduzido por Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Katz, 2006.

NETO, Orlando Faccini. Contribuição para o estudo da Filosofia da culpa penal e a sua legitimidade constitucional. *In*: MOURA, João Batista Oliveira de. **Culpa, dolo e culpabilidade à luz do Direito Penal brasileiro e português**. Curitiba: Juruá, 2017.

PALMA, Maria Fernanda. **O Princípio da desculpa criminal em direito penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. Guilt and the time of consciousness. **Revista de Ciências Jurídico-Criminais Anatomia do Crime**, Coimbra, n.º 3, pp. 11-30, jan./jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: conceito material de crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. 2. ed. Lisboa: AAFL Editora, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: parte geral, a teoria geral da infração como teoria da decisão penal. 3. ed. Lisboa: AAFL Editora, 2017.

\_\_\_\_\_. Dolo eventual e culpa em direito penal. *In*: VALDÁGUA, M.C. (Coord.). **Problemas fundamentais de Direito Penal**: Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, 2002, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, pp. 45-67.

PARDO, S. Michael; PATTERSON, Dennis. L. Philosophical foundations of law and neuroscience. **Illinois Law Review**, Illinois, vol. 2010, n.º 4, pp. 1211-1250, 2010.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão n.º 236/13.4GATBU.C1**. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em: 03 fev. 2018.

POSTLE, R. Bradley. **Essencial of cognitive neuroscience**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2015.

RAINE, Adrian. O crime biológico: implicações para a sociedade e para o sistema de justiça criminal. **Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 30, n.º1, pp. 5-8,

2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rprs/v30n1/v30n1a03.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2018.

RODRÍGUES, Vítor Gabriel. **Livre arbítrio e Direito Penal**: revisão frente aos aportes da Neurociência e à evolução dogmática. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

ROXIN, Claus. Acerca da problemática do Direito Penal da culpa. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, vol. 59, pp. 3-31, 1984.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: parte general. Tradução Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUIZ, Francisco T. Bacieiro. Algunas reflexiones sobre los experimentos “tipo libet” y las bases del determinismo neurológico. **Thémata Revista de Filosofía**, Salamanca, n.º 46, pp. 259-269, 2 sem./2012.

SANCHÉZ, Bernardo Feijoo. Culpabilidade Jurídico-Penal Y Neurociencias. *In*: CRESPO, Eduardo Demétrio; CALATAYUD, Manuel Maroto. **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas em el ámbito de la culpabilidade y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidade. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 278-297.

SEARLE, John R. **The mystery of consciouness**. New York: A New York Review Book, 1997.

\_\_\_\_\_. **Mente, cérebro e ciência**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Contribuições da Neurociência e da biologia à teoria da justiça**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, n.º 1, pp. 1103-1130, 2005.

SGARBI, Adrian. **La hipótesis de la libertad frente al desafío de la neurociencia**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Madrid, 2013, p. 479-506.

SHAUER, Frederick. Can Bad Science be Good Evidence: neuroscience, lie detection, and beyond, **Cornell Law Review**, vol. 95, pp. 1191-1120, 2010.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal: Parte general I – El hecho punible**. (tradução Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2000.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

UTTAL, William R. **Dualism: the original sin of cognitivism**. New York: Psychology Press, 2013.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: parte general**. Tradução Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WITTENGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas**. Tradução M.S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

WRIGHT, Von Georg Henrik. **La diversidad de lo bueno**. Tradução Daniel González Lagier e Victoria Roca. Madrid: Marcial Pons, 2010.





**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

---

SIGA-NOS






**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Sete de Setembro, 666 - Centro - Porto Alegre / RS - Brasil - CEP 90010-190

Telefone: (51)32 11-2233 - [www.defensoria.rs.def.br](http://www.defensoria.rs.def.br)

 [facebook/defensoriars](https://www.facebook.com/defensoriars)

 [@\\_defensoriars](https://twitter.com/_defensoriars)



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL