

Ano 12 | v.1 | n. 29
Julho/Dezembro 2021

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA

CECADEP

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



DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ANO 12 | v.1 | n. 29 | 2021

Porto Alegre/RS

2021

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Organização

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

Arte da Capa

Thiago Silveira de Oliveira – ASCOM DPE/RS

Diagramação

CECADEP/RS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [*online*] / Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 12, v. 1, n. 29 – Porto Alegre: DPE, 2021.

Semestral.

Modo de acesso: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria>

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

ISSN 2177-8116

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO

Antonio Flávio de Oliveira

CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Cristiano Vieira Heerdt

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Rafaela Consalter

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Alexandre Brandão Rodrigues

SUBDEFENSORA PÚBLICA-GERAL PARA ASSUNTOS

ADMINISTRATIVOS

Melissa Torres Silveira

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

Samara Wilhelm Heerdt

COMISSÃO EDITORIAL

COORDENADORA DA REVISTA

Samara Wilhelm Heerdt

EDITORES-CHEFES

Andrey Régis de Melo
Lizana Dallazen

ASSISTENTES EDITORIAIS

Andréia Alves Rocha
William Pereira Rosa

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO DA REVISTA

Membros internacionais

Helena Moura Fietz
Roberta Silveira Pamplona

Membros Nacionais

Alberto Milnickel Ruttke
Alexandre Brandão Rodrigues
Alisson de Lara Romani
Ana Maria Marchesan
André Perin Schmidt Neto
Angelita Maria Maders
Augusto Jobim do Amaral
Christiane Russomano Freire
Clara Moura Masiero
Daniel Kessler de Oliveira
Denise Luz
Eduardo Medeiros Cavalcanti
Fabiano Aita
Fábio Vieira Heerd
Francis Moraes de Almeida
Giovana Buonicore
João Batista Oliveira de Moura

João Fernando de Moraes Trois
Jorge Luís Terra da Silva
Juliano Viali dos Santos
Leonardo Sagrillo Santiago
Luciano de Faria Brasil
Mônica Medeiros Kother Macedo
Paulo César Carbonari
Renata Costa Farias Simeão
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Rodrigo dos Santos Ribeiro
Sandra Beatriz Morais da Silveira
Simone Schroeder
Tássia Aparecida Gervasoni
Vanessa Cerezer de Medeiros
Vanessa Chiari Gonçalves
Veyzon Campos Muniz

PARECERISTAS AD HOC DA EDIÇÃO

Caroline Ceni
Deise Ferraz
Felipe da Veiga Dias
Luiz Horn
Marina Nogueira de Almeida
Pâmela Ghisleni
Paulo Rodrigues
Simone Cruz
Thaís de Oliveira

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

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

SUMÁRIO

Editorial

| | |
|----------------------------|----|
| Andrey Régis De Melo | 06 |
|----------------------------|----|

AUTORA CONVIDADA

Sobre a responsabilidade subjetiva

| | |
|----------------------|----|
| Marcia Steffen | 09 |
|----------------------|----|

AUTORES DA EDIÇÃO

Os círculos de reintegração e a preparação da liberdade dos apenados: uma proposta restaurativa para a execução penal.

| | |
|--|----|
| Ana Carolina Mezzalana Viviane de Freitas Pereira | 29 |
|--|----|

Técnica de julgamento ampliado: uma análise acerca de sua (in)aplicabilidade na ação socioeducativa

| | |
|--|----|
| Brenda Rachel Lopes Lisiane Beatriz Wickert | 50 |
|--|----|

O preço da pornografia de vingança: os danos e as indenizações reconhecidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre os anos de 2017 a 2020

| | |
|--|----|
| Iuri Bolesina Briane Gomes Teixeira | 71 |
|--|----|

Sistema de patentes e função social da propriedade industrial: uma abordagem sob a ótica da sustentabilidade e das tecnologias verdes

| | |
|--|----|
| João Pedro do Nascimento Costenaro | 91 |
|--|----|

O acordo de não persecução penal: potencialidades e limites para o afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Miguel Sávio Ávila da Rocha | 108 |
|-----------------------------------|-----|

As vulnerabilidades processuais e a Súmula n. 421 do STJ como obstáculo ao acesso à justiça consensual

| | |
|--|-----|
| Natália Ramos Pinheiro da Silva Maurilio Casas Maia | 130 |
|--|-----|

A cadeia de custódia da prova no processo penal pela perspectiva da Lei 13.964/2019 como mecanismo garantidor do devido processo legal em um estado democrático de direito

| | |
|---------------------|-----|
| Rafaela Ramos | 150 |
|---------------------|-----|

As dificuldades para a promoção do direito à convivência familiar das crianças e dos adolescentes em regime de acolhimento institucional com os seus genitores encarcerados e suas possíveis consequências

| | |
|-------------------------------|-----|
| Renata Martins de Sousa | 173 |
|-------------------------------|-----|

A eficácia da Ação Popular na tutela do meio ambiente

| | |
|---------------------------------|-----|
| Vinícius Moreira Mendonça | 194 |
|---------------------------------|-----|

EDITORIAL

Apesar dos desafios impostos pela pandemia da covid-19, que segue moldando as dinâmicas da vida em sociedade, a Revista da Defensoria Pública encerra mais um ano de publicação, consolidando-se como um importante espaço de debate no sistema de justiça e comunidade científica. Desse modo, a revista segue priorizando os trabalhos e os autores que têm enfrentado problemas de pesquisa que se relacionam às atividades desempenhas pela Defensoria Pública, promovendo as necessárias reflexões aos atores inseridos no campo defensivo.

Na presente edição, o leitor encontrará, portanto, temas absolutamente relevantes em diversos campos do conhecimento jurídico. No âmbito do processo penal, o acordo de não persecução penal, que tem apresentado celeumas no cotidiano da defesa criminal, é objeto de estudo que relaciona as potencialidades do benefício penal com a política criminal voltada ao desencarceramento. No mesmo sentido, a questão da cadeia de custódia, que afeta diariamente a validade da prova e a construção da verdade processual, é revisada a partir do princípio do devido processo legal.

A Súmula nº 421 do Superior Tribunal de Justiça (“Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”) ganha nova e necessária abordagem, reforçando a discussão sobre a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública.

A edição também apresenta artigo relacionado à execução penal, as autoras tratam da repercussão da Justiça Restaurativa no ambiente prisional, refletindo sobre o quanto a prática se coloca como ferramenta auxiliar no caminho à liberdade, preparando o egresso à convivência nos espaços sociais além dos muros prisionais. Por derradeiro, a revista estampa artigos que tratam da tutela do meio ambiente por intermédio da ação popular, a efetividade do direito de convivência familiar das crianças com genitores encarcerados e uma

revisão das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul relacionadas ao dano provocado pela pornografia da vingança.

Andrey Régis De Melo - Editor-chefe



AUTORA CONVIDADA

SOBRE A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

SOBRE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

ON SUBJECTIVE RESPONSIBILITY

Márcia Steffen¹

RESUMO

Este artigo trata da responsabilidade subjetiva, a partir da concepção de sujeito da Psicanálise. A responsabilidade subjetiva é proposta como uma resposta possível do sujeito em relação ao seu ato, resultado da possibilidade de ressignificá-lo a partir da culpa. Revisamos a articulação entre o delito, a culpa, a responsabilidade e a sanção penal. Além disso, apontamos o risco de redução do tema aos seus aspectos subjetivos, como também os limites e possibilidades da interdisciplina entre Psicanálise/Psicologia e Direito. O texto procura apresentar elementos que proporcionem desenvolvimentos posteriores, tanto por profissionais do Direito quanto da Psicologia, na intervenção institucional e no desenvolvimento teórico.

Palavras-chave: Responsabilidade subjetiva. Delito. Culpa. Psicanálise.

RESUMEN

El presente artículo discute la responsabilidad subjetiva, a partir de la concepción de sujeto del Psicoanálisis. La responsabilidad subjetiva es propuesta como una respuesta posible del sujeto con relación a su acto, resultado de la posibilidad de ressignificarlo a partir de la culpa. Revisamos la articulación entre el delito, la culpa, la responsabilidad y la sanción penal. Además, apuntamos el riesgo de reducción del tema a sus aspectos subjetivos, y también los límites y posibilidades de interdisciplina entre Psicoanálisis/Psicología y Derecho. El texto busca presentar elementos que plantean desarrollos posteriores, tanto por profesionales del Derecho cuanto de Psicología, en la intervención institucional y en el desenvolvimiento teórico.

Palabras clave: Responsabilidad subjetiva. Delito. Culpa. Psicoanálisis.

1 Psicóloga. Psicanalista. Psicóloga aposentada do Tribunal de Justiça RS. Mestre em Psicanálise. Docente da AEAPG – Asociación Escuela Argentina de Psicoterapia para Graduados. Doutoranda em Psicologia – Universidade de Buenos Aires.

ABSTRACT

This paper addresses the subjective responsibility based on the concept of subject in Psychoanalysis. Subjective responsibility is proposed as a possible response from the subject in relation to their act, resulting from the possibility of re-signifying it based on guilt. We review the articulation between crime, guilt, responsibility and criminal penalty. In addition, we point out the risk of reducing the theme to their subjective aspects, as well as the limits and possibilities of the interdisciplinary between Psychoanalysis/Psychology and Law. The text aims to present elements that provide further developments, both by Law and Psychology professionals, in institutional intervention and theoretical development.

Keywords: Subjective responsibility. Crime. Guilt. Psychoanalysis.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem o objetivo de discutir a questão da responsabilidade em Psicanálise, pensando esta como ponto fundamental da articulação entre o sujeito e seu ato. Por sua vez, pensamos que tanto a questão do sujeito e seu posicionamento em relação ao ato – especial o ato transgressor – quanto a questão da responsabilidade e da culpa, são temas em comum entre a Psicanálise e o Direito.

Partimos das noções de sujeito subjacentes ao Direito e à Psicanálise, essencialmente o sujeito autônomo e o sujeito de inconsciente. Propomos pensar os conceitos de culpa e de responsabilidade subjetiva. Neste contexto, é fundamental a questão da lei, especialmente a lei simbólica. Estes conceitos são trabalhados do ponto de vista psicanalítico, e, sendo termos de algum modo compartilhados com o Direito, podem fundamentar discussões interdisciplinares.

Do ponto de vista psicanalítico, diferentes posicionamentos do sujeito são possíveis na emergência de um ato que transgride a lei social e simbólica, em acordo com a singularidade psíquica. Assim, percorremos diferentes modelos de construções subjetivas em que o ato transgressor emerge. Abordamos inicialmente o ato disruptivo, sem controle do Eu, seguimos apresentando a noção do ato transgressor realizado por efeito da intensidade da culpa e, por fim, discutimos a internalização (ou não) da lei simbólica. Por fim, propomos algumas questões sobre a responsabilidade subjetiva e jurídica nestas diferentes

organizações psíquicas e a possibilidade de articulação entre o ato delitivo, a culpa, a responsabilidade e a sanção penal.

A discussão foi realizada através de autores os quais acreditamos que proporcionam a compreensão e articulação destes conceitos, tanto nos fundamentos freudianos tanto nas abordagens de autores que atualmente se dedicam ao tema.

2 O SUJEITO DE INCONSCIENTE E A ÉTICA

O Direito supõe o sujeito autônomo, consciente, capaz de fazer-se responsável por suas ações e decisões, tanto no âmbito penal como civil. (SALOMONE, 2006a) Quando falamos de sujeito, em Psicanálise, estamos nos referindo a um sujeito dividido, que não se constitui apenas de consciência, mas de um sistema intrapsíquico complexo² que inclui os sistemas Pré-consciente/Consciente, mas vai mais além destes. É um sujeito de Inconsciente. Suas ações não são determinadas apenas por sua escolha consciente. O sistema de normas e padrões internalizados que regulam sua conduta tampouco é totalmente consciente.

Desde o início da sua obra, Freud (1901) assinalou de que modo ações aparentemente involuntárias são, ainda assim, advindas do psiquismo, portadoras de um sentido não conhecido, questão esta que fundamentou a noção de inconsciente, tanto como referência a uma qualidade quanto de um sistema psíquico. Denominou estas ações como “atos sintomáticos” (perda de objetos, esquecimentos de nomes próprios, troca de palavras, ações aparentemente casuais e involuntárias). Este conjunto de ações (“atos falhos”) são expressões do Inconsciente, chegam à consciência, escapando ao controle das instâncias internas. São “formações do Inconsciente”, do mesmo modo que os sintomas, os chistes e os sonhos. O sujeito, do lado da consciência, não atribui a si mesmo a

2 Remetemos aqui fundamentalmente aos dois modelos tópicos freudianos: Consciente/Pré-consciente/Inconsciente e Ego/Superego/Id ou Eu/Supereu/Isso. Optamos pela tradução Eu/Supereu/Isso por ser a versão com melhor equivalência às traduções em espanhol e francês.

responsabilidade por estas ações. Freud, ao contrário, as assinala para demonstrar a origem no próprio psiquismo.

O tema da regulação das ações humanas e sua relação com as normas sociais também vai ser tema de Freud em muitos trabalhos. O conjunto de normas que regulam a sociedade é reconhecido pelo sujeito psíquico enquanto ser social e inserido no contexto histórico. Distinguimos ética e moral, sendo moral o código de regulação das relações em sociedade que depende da época e, por outro lado, ética como aquilo que regula a relação dos sujeitos e que não depende de uma época, mas que a transcenda. A ética interessa especialmente à Psicanálise, porque trata do seu fundamento: a relação do sujeito com o outro. Este é o pilar da construção do sujeito psíquico e da técnica psicanalítica. A moral, por sua vez, vai interessar à Psicanálise do ponto de vista de uma formação cultural, diversa em cada época e cultura.

Existe uma formulação bastante conhecida em Freud, em um de seus primeiros textos, em que ele fala sobre as primeiras experiências do bebê com a mãe (ou com quem exerce os cuidados primários) e refere o desamparo inicial do ser humano –depende de outro ser humano para sobreviver –e é esta condição e na dependência desta relação que se constrói o sujeito psíquico. Então ele vai dizer que este desamparo inicial do ser humano é a origem de todos os “motivos morais.” (FREUD, (1950[1895])). Entende-se que aqui, Freud usa o termo moral no sentido de ética, como descrito acima. É sobre estas primeiras experiências de relação com o outro que vai se construir um modelo das relações posteriores.

As normas sociais têm esta noção como subjacente, porque regulam a relação do sujeito com o outro, porém estão condicionadas aos preceitos da época e da cultura. Este sentido se equipara com a lei jurídica. É interessante pensar que a interdição considerada por Freud como fundamental para a construção do sujeito psíquico e da cultura – o incesto – não esteja explicitada como crime em nosso código penal como possivelmente também não está em muitos países. Seu caráter fundante da cultura não torna imprescindível sua regulação escrita como norma.

Na Psicanálise, a questão ética fundamental é o reconhecimento da alteridade, o reconhecimento da diferença entre si e o outro e isto é uma aquisição no processo de construção psíquica. Está presente desde as primeiras relações que o constituem e tem momentos decisivos, como na interdição edípica. Trata-se da construção da lei simbólica.

3 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Freud, em *Malestar en la cultura* (1930), postula que para o ser humano o bom e o mau não é algo estabelecido desde o início, esta noção necessita ser adquirida, internalizada, para que se institua. Vai chamar de Supereu este aspecto do aparato responsável pela internalização das proibições e ideais e – em tensão com o Eu – pela geração de culpa.

O Supereu corresponde aos aspectos internalizados que nos guiam entre o que é permitido e o que é proibido, baseado na identificação com os pais (ou objetos que exercem a função dos cuidados fundamentais) de modo que estes aspectos da autoridade externa se tornam uma instância interna que regula a conduta do sujeito. É uma instância relacionada diretamente com a cultura, porque se refere também a nossa assimilação dos códigos culturais do que é certo ou errado, através do outro. Pode ser mais ou menos severo e tampouco corresponde linearmente à vivência, cabendo sempre à elaboração subjetiva no processo de construção do psiquismo. O Supereu introduz a noção de culpa no sentido psíquico. A culpa é um afeto que corresponde à tensão interna entre o Supereu e o Eu. Logo, a culpa é subjetiva, pois não há relação direta como ato.

Em *Los que delinquen por conciencia de culpa* (1916), Freud vai dizer que uma pessoa pode realizar um crime, impulsionado pela sensação de culpa a qual precisa se ligar a um fato e, assim, um sentido. Neste modelo, então, a culpa impulsiona o crime e está ligada à necessidade de punição, noção que Freud vai desenvolver, especialmente, em *El problema económico del masoquismo* (1924).

São as diferentes concepções de sujeito – em articulação com a culpa – que nos fazem distinguir a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade

jurídica. A responsabilidade do sujeito, do ponto de vista psicanalítico, não se refere apenas ao sujeito da consciência, mas à totalidade do sujeito psíquico, ainda que este não tenha controle objetivo de seus atos, nem consciência de como este se produziu a partir de si mesmo. A responsabilidade restrita ao Eu consciente, à intencionalidade consciente no momento da realização do ato, é uma circunscrição jurídica. O sujeito autônomo é o fundamento da responsabilidade no sentido jurídico. (SALOMONE, 2006b) Para a psicanálise, esta é uma redução da responsabilidade do sujeito ao Eu.

Reconhecer as próprias ações como determinadas pela própria subjetividade e que esta vai mais além da consciência é o modo como se pode definir a responsabilidade subjetiva do ponto de vista psicanalítico. (SALOMONE, 2006b). É um movimento subjetivo que pode ou não ocorrer.

Em *La responsabilidad moral por el contenido de los sueños* (1925), Freud discute o fato de que o conteúdo dos sonhos muitas vezes contradiga a moralidade daquele que sonha. Os sonhos –ou a interpretação de seu conteúdo manifesto – revelam com frequência desejos “egoístas, sádicos, perversos, incestuosos”. (FREUD, 1925, p. 2). Ademais, ele assinala que, para a psicanálise, o sujeito é responsável tanto pelos aspectos conscientes, como pelos impulsos a que habitualmente não tem acesso, mas que são advindos do Isso (ou Id) e, portanto, de aspectos psíquicos próprios, que “atuam” no sujeito. A responsabilidade restrita ao Eu, seria a responsabilidade delimitada para fins jurídicos.

El médico dejará al jurista la tarea de instituir una responsabilidad artificialmente limitada al yo metapsicológico. Todos sabemos cuán difícil es deducir de esta construcción artificiosa consecuencias prácticas que no violen los sentimientos humanos. (FREUD, 1925, p. 3).

Pode-se entender que neste texto, Freud não está falando em responsabilidade moral no sentido anteriormente descrito, mas no sentido de responsabilidade subjetiva. (SALOMONE, 2006b).

4 LOUIS ALTHUSSER E A REINVIDICAÇÃO DO SUJEITO SOBRE SEU ATO

A divisão entre o sujeito do Direito e o sujeito da Psicanálise é artificial. Cabe aos profissionais estabelecerem as diferenças e semelhanças, e articularem o que em cada uma das disciplinas favorece a compreensão do sujeito e a intervenção nas diferentes instâncias. O sujeito é interpelado de modos distintos de acordo com que se questione desde sua responsabilidade jurídica ou subjetiva e responde de modos igualmente distintos nestes campos. A lei simbólica e a jurídica se inter-relacionam e há efeitos no sujeito derivado do confronto com a lei jurídica.

O sujeito do Direito pode ter uma responsabilidade ou esta pode lhe ser retirada. Trata-se então de uma responsabilidade restrita aos atos quando possam ser reconhecidos como sob o domínio do Eu, como assinalava Freud. Ainda que seja importante reconhecer a diferença fundamental entre a ação cometida pelo sujeito com consciência de seus atos daquele que – por sua condição subjetiva naquele momento – não pode conter um ato no qual foi mais além de si mesmo como sujeito consciente, propomos inicialmente uma reflexão sobre o efeito subjetivo nos casos em que se estabelece a inimizabilidade.

Louis Althusser é um caso paradigmático neste sentido. Filósofo reconhecido, Althusser sofria de crises depressivas graves que haviam demandado internações e tratamento regular. Em novembro de 1980, nas dependências da Escola Normal Superior, rua d’Hulm, em Paris, assassinou sua mulher, Hélène. As circunstâncias: realizava massagens na região do pescoço de Hélène, quando percebeu que ela estava sem vida. Concluiu tê-la matado. Em sua descrição, em um texto de 1982, diz: “[...] estrangulei minha esposa, que era tudo para mim, durante uma crise intensa e imprevisível de confusão mental, em novembro de 1980.” (ALTHUSSER, apud CARDOSO, 1998. p. 36).

O fato gerou uma movimentação imediata entre seus amigos, para que tenha o benefício da inimputabilidade, benefício logrado, mas que será questionado pelo próprio Althusser. O filósofo foi internado no hospital Sainte-Anne, imediatamente após o crime, e depois transferido para Soinsy, até julho de 1983. Outras internações posteriores ainda viriam, em decorrência de sua condição psíquica.

Em 1985, portanto cinco anos depois da morte de Hélène, em um período de retorno ao seu apartamento, escreveu um livro/depoimento, *L'avenir dure longtemps* (ALTHUSSER, 1992). Segundo o autor, não se trata de uma autobiografia.

[...] o que se segue não é nem um diário, nem memórias, nem autobiografia. Sacrificando todo o resto, apenas quis reter o impacto dos afetos emotivos que marcaram minha existência e lhe deram forma: aquela em que me reconheço e em que penso poderem me reconhecer. (ALTHUSSER, 1992. p. 25).

Descreve a sua infância e juventude, o relacionamento com Hélène, o homicídio e o período posterior. O texto somente foi publicado após sua morte. A escrita deste depoimento, para o autor, trata de retomar sua possibilidade de declarar por si mesmo, de sair do “não-lugar” que o “benefício” de não responder juridicamente por seu ato o tinha colocado. Então, tenta ir a público para fazer ouvir seu próprio testemunho “[...] me condenarón a vivir hasta fin de mis días si no intervenía personal y publicamente para hacer oír mi propio testimonio. [...] El destino del no ha lugar es, en realidad, la losa sepulcral del silencio.” (ALTHUSSER, 1992, p. 31, *apud* Gutiérrez, 2021). Este não-lugar, não ter a palavra sobre si mesmo, é equiparado por Althusser com a morte do sujeito psíquico com a qual colabora intensamente, como o título do livro sugere, o efeito na temporalidade psíquica da condenação a um tempo indefinido.

Diversos psicanalistas têm tomado Althusser como tema de reflexão. A psicanalista Marta Resende Cardoso (1998) analisa o episódio do ponto de vista do Supereu e dos aspectos intrusivos internos ao sujeito que encontram repetição, neste caso, no modo de atuar da lei jurídica, que retira do sujeito a responsabilidade sobre seu ato e, deste modo, sobre si mesmo, tornando-o sujeitado a uma lei externa e impossibilitado de ter a palavra sobre o próprio ato. Nestes casos, há um movimento de dessubjetivação, porque torna alheio ao sujeito a responsabilidade além das fronteiras do Eu.

As questões subjetivas se articulam com um contexto institucional e jurídico que, a partir da imputabilidade, retira a voz do sujeito e diminui suas possibilidades de ação sobre si mesmo. Entre a impossibilidade de uma perícia

prever a conduta futura do sujeito e a suposta necessidade da autoridade jurídica de um aval técnico – predominantemente médico-psiquiátrico – para uma decisão que modifique a condição de restrição de liberdade, o sujeito do qual se discute permanece em um vazio, a decisão sobre seu destino se torna postergada a um futuro interminável. Neste sentido, remetemos ao texto da antropóloga Débora Diniz (2015), sobre sua pesquisa referente aos centros de custódia e manicômios psiquiátricos no Brasil e, especialmente, a discussão que faz sobre a responsabilidade em relação ao uso de dados e a confidencialidade em pesquisa neste campo, em que o apagamento da identidade do sujeito seria novamente um silenciamento de sua história. Revela, pois, o futuro indeterminado a que são ainda condenados aqueles nos quais se conjuga o crime com o transtorno mental e, deste modo, o poder jurídico e o poder psiquiátrico.

5 O SUJEITO PSÍQUICO E O ATO TRANSGRESSOR

Propomos retomar a questão da responsabilidade subjetiva, pensando nos diferentes modos de aceder ao ato transgressor, na qual a psicose de Althusser é um destes. Nestes casos, a fragilidade do Eu na estruturação da psicose origina momentos nos quais o Eu não pode conter a carga pulsional, desencadeando um ato disruptivo.

A atuação é um tema complexo. Quando falamos em delito, estamos no campo dos sintomas psíquicos que se manifestam em ato diferenciado de outros sintomas que se mantêm no campo psíquico e que tem sua abordagem através de palavras, que é a origem da Psicanálise. No entanto, Freud percebeu que alguns pacientes colocavam os processos inconscientes em ação, ao invés de recordá-los. São os momentos de atuação (*Agieren*), que podem ocorrer dentro de sessão ou fora dela. Além dos atos sintomáticos, que nos referimos anteriormente, as atuações podem ter esta característica simbólica. Os atos podem ser também momentos disruptivos, com uma intensidade de descarga direta do aparato psíquico e em geral se reserva a estes momentos o termo passagem ao ato. Podem ser dirigidos ao outro – como no crime – ou a si mesmo,

como nas tentativas de suicídio. É um tema importante na psicanálise contemporânea porque cada vez mais os analistas precisam lidar com manifestações clínicas que não se manifestam em palavras, mas sim em atos. Envolvem diferentes níveis de simbolização. No delito, também ocorrem atos que podem ser mais simbólicos ou mais disruptivos, podem ser atos isolados ou manifestações compulsivas.

O modelo do ato criminoso produzido pela intensidade da culpa, conforme proposto por Freud no texto *Los que delinquen por conciencia de culpa* (1916), é o modelo do ato/crime no sujeito neurótico, cujo ato vem ao encontro da necessidade de punição. Neste texto, compara o neurótico com o criminoso: o primeiro sente-se culpado por um crime que ele mesmo não conhece (o crime edípico) e o segundo conhece o seu crime (real) e o esconde do outro. A hipótese de uma culpa primitiva que esteja presente também nas demais organizações psíquicas e sejam fundamentos de atos criminosos é uma hipótese a qual muitos psicanalistas se baseiam, com fundamento desenvolvido por analistas posteriores a Freud.

Freud, em *Malestar en la cultura* (1930) se pergunta, no capítulo VII, como o ser humano lida com a agressividade para que seja possível viver em sociedade. Diz neste texto que a renúncia à satisfação pulsional imediata ocorre por medo de perda do amor do objeto. Em um primeiro momento, esta renúncia à agressividade se dá através do medo da autoridade parental. Em um segundo momento, estes aspectos de autoridade externa são internalizados e parte deles forma o Supereu. Para alguns, diz Freud, pode ser mantido o medo apenas quando a autoridade está presente. Então não vão fazer nada de “errado” quando estão sendo vistos, quando tem que responder à autoridade. Pode ser uma criança, em quem ainda não instalou um impedimento externo, mas pode ser um adolescente ou um adulto que não estabeleceram esta interdição simbólica.

Outros modos de organização psíquica distintos da neurose – fundada na culpa – têm ocupado os analistas pós-freudianos e contemporâneos: são os transtornos narcísicos, perversos e limítrofes. Identificamos muitas vezes nestas organizações – de distintos modos e gradações – a dificuldade de

estabelecimento de instâncias internas que possibilitam o reconhecimento do outro como semelhante. A lei simbólica, e por consequência a lei social, por vezes não são reconhecidas e a culpa pode não se instituir. O narcisismo pode adquirir uma conotação perversa, no qual pretende uma submissão do outro, como nos casos de atuação contra crianças e, frequentemente, mulheres.

Seja porque a psicanálise tem ampliado seu alcance técnico pelo trabalho dos analistas que vieram depois de Freud, seja porque a cultura de hoje tem características específicas – nas quais se destacam o narcisismo e a repetição em ato – encontramos cada vez mais o significado do próprio ato distanciado da percepção do sujeito sobre si mesmo. Também a ausência de um registro interno de reconhecimento da alteridade e da sensação de culpa se identifica com frequência.

Distintos modos de organização psíquica geram diferentes reações à lei jurídica, que por sua vez também gera efeitos subjetivos, já o psiquismo é uma organização aberta e com possibilidade de modificação.

6 RESPONSABILIDADE: CULPA E RESSIGNIFICAÇÃO

Responder está conectado etimologicamente com responsabilidade, podendo ser usado inclusive como sinônimo. Diferentes sujeitos respondem de diferentes modos à realização de um ato e, também, como consequência, à interpelação jurídica deste ato. As respostas podem ser de distintas naturezas, como, por exemplo: o sentimento de culpa, a projeção, a intelectualização e a formação de sintomas. (D'AMORE, 2006) São mecanismos defensivos em relação ao reconhecimento interno de processos psíquicos.

Lacan escreveu sobre criminalidade e propõe a noção de responsabilidade como noção central para pensar o crime a partir da psicanálise. A ideia fundamental é de que para o sujeito chegar a se responsabilizar de fato pelo ato realizado é necessário fazer a conexão entre “qual o ponto da subjetividade foi tocado e produziu este o ato como resposta”. (SIQUEIRA, 2015) Ou seja, que o

próprio sujeito possa encontrar a vinculação do crime com aspectos inconscientes.

A culpa, no sentido psicanalítico, é outra variável fundamental. A responsabilidade subjetiva é efeito da culpa. “Não há responsabilidade subjetiva sem culpa.” (D’AMORE, 2006). Outra formulação de Lacan é que a responsabilidade subjetiva é “outro nome do sujeito”, ou seja, é quando o sujeito se reconhece em sua totalidade. Assumir responsabilidade desde a consciência é um ato jurídico, não ético. Conforme descrevemos, um ato pode ser sentido como alheio a si mesmo, o sujeito não sabe por que o fez e não se sente responsável por seu ato. Ainda que assuma uma responsabilidade objetiva, segue distanciado de seus elementos subjetivos. Isto ocorre em qualquer uma das organizações psíquicas descritas anteriormente, ainda que de modo diferente. Considerando também que há múltiplas determinações em uma conduta (determinações internas e externas ao sujeito), é frequente o sujeito distanciar-se de sua responsabilidade subjetiva, que – quando ocorre – tem um efeito psíquico, muitas vezes de dor.

Para que o sujeito aceda à responsabilidade subjetiva, tem que sentir-se de fato interpelado por algo que gere sentido. É aí que a responsabilidade como resposta adquire pleno significado. A interpelação sobre seu ato gera culpa e leva à resignificação do ato. Trata-se da proposta da responsabilidade subjetiva como um circuito em três tempos. (D’AMORE, 2006).

7 DELITO, CULPA, RESPONSABILIDADE E SANÇÃO PENAL

Marta Ambertín (1999) propõe que o modo de articulação entre delito – culpa – responsabilidade – sanção penal é fundamental para compreensão e intervenção no âmbito judicial. Trata-se de articular o delito (ato), a culpa, a responsabilidade (subjetiva ou jurídica) e a sanção penal. O modo como se articulam no sujeito é singular. Propõe diferentes articulações entre os elementos.

1) Crime ——— Sanção penal

Ocorre um delito e uma sanção penal, mas o sujeito psíquico não está implicado, não sente nem culpa nem responsabilidade. O sujeito fica alheio porque o seu ato não alcança sentido como transgressão. Pode cumprir a pena, mas se sente inocente, pode reconhecer que realizou o delito, mas não tem nenhum significado subjetivo. Pode ser o fundamento de modos repetitivos, em um circuito de limitado sentido subjetivo.

2) Crime — Culpa — Sanção penal

Há o reconhecimento da culpa, mas o sujeito não se faz responsável pelo ato. Há uma implicação subjetiva parcial (AMBERTÍN, 1999).

Ainda que aqui nos pareça que a autora fala de culpa no sentido objetivo, consideramos que os elementos expostos anteriormente podem nos acrescentar outras reflexões. Consideramos que pode haver a sensação subjetiva da culpa, que pode ter maior ou menor relação com o delito. A sanção penal pode não ter sentido, mas sim levar a modos masoquistas, que causam sofrimento ao sujeito e a sanção tem apenas um significado de castigo. Não causa uma mudança significativa no sujeito no sentido de evitar a repetição de delitos.

3) Crime — Culpa — Responsabilidade — Sanção penal

A articulação entre o crime realizado, a sensação de culpa e responsabilidade subjetiva seria a articulação que proporcionaria um efeito psíquico da sanção penal, de modo a romper a sequência de repetições de atos transgressores que muitas vezes observamos.

Acreditamos que a identificação destes elementos e sua inter-relação amplia a compreensão da complexidade do que está em questão tanto na realização do delito quanto na resposta às intervenções institucionais. A singularidade de cada caso desafia os profissionais a um trabalho que favoreça a saída dos circuitos de repetições em ato.

Passar por uma instância judicial (pelos diferentes atores do processo) pode ter (ou não) um efeito de uma interpelação e provocar no sujeito uma ressignificação do seu ato. A pena pode ter um efeito simbólico ou não. A culpabilização jurídica interage com a culpa subjetiva e a intensidade do conflito interno que existe (ou não) no sujeito. O trabalho psíquico interno pode direcionar-se a um efeito de responsabilidade subjetiva ou o sujeito pode seguir alienado de si mesmo, restrito às suas possibilidades de simbolização. Há um interjogo entre a(s) subjetividade(s) humana(s) e suas construções sociais e institucionais.

A responsabilidade subjetiva, elemento fundamental neste processo, não é alcançada com uma formulação prescritiva, mas sua compreensão favorece uma abertura dos profissionais a uma percepção da complexidade do sujeito nas diferentes ações institucionais nas quais, no entanto, a lei não perca seu caráter de regulação social que fundamenta seu sentido simbólico.

8 PSICANÁLISE, DIREITO E SOCIEDADE

Gostaríamos ainda de ampliar a reflexão sobre o tema da Psicanálise e Direito. Dois outros textos freudianos são interessantes para a compreensão desta relação: *La indagatória forense y el psicoanálisis* (1906) e *La peritación forense en el proceso Halsmann* (1930). Em *La indagatória forense y el psicoanálisis* (1906), Freud comenta a diferença entre as possibilidades que a Psicanálise oferece de compreensão da subjetividade e a atividade judicial, que predominantemente deve atender aos fatos objetivos. A Psicanálise oferece uma compreensão do sujeito psíquico que pode auxiliar a explicar muitos fenômenos que chegam às instituições judiciais, como o crime, mas não tem a possibilidade de definir os fatos objetivos, tarefa do Direito.

O texto *La peritación forense en el proceso Halsmann* (1930) trata do parecer emitido por um perito no processo no qual Philippe Halsmann, um jovem de 22 anos, foi acusado de matar o pai. O complexo de Édipo foi utilizado como fundamento da condenação, a partir de um informe da faculdade de Medicina de Innsbruck. Um professor de jurisprudência de Viena, advogado defensor, solicitou

um parecer a Freud com a finalidade de fundamentar sua manifestação sobre o caso. Evidentemente, Freud se posiciona no sentido de que a existência do Complexo de Édipo no psiquismo humano – de modo universal, acreditava Freud – não comprova a realização de um parricídio. Além de uma manifestação clara sobre os limites da utilização dos conceitos da Psicanálise no campo do Direito, é também um alerta sobre sua distorção com a finalidade de favorecer um interesse jurídico. Pouco conhecida no meio psicanalítico, a história do caso Halsmann se refere a um processo de muita repercussão na época. A suspeita era de que a acusação e o julgamento de Philippe Halsmann estavam ocorrendo em decorrência das fortes ideias antissemitas presentes na região. O caso ficou conhecido como o caso Dreyfus da Áustria, com manifestações públicas de ambos os lados. Halsmann foi libertado com a condição de deixar a Áustria. Viveu em Paris e posteriormente em Nova Iorque, onde se tornou destacado fotógrafo. Seu julgamento somente foi anulado em 1973. (KIJAK, 2006).

Há encontros possíveis entre a lei jurídica e a lei simbólica. A lei jurídica servirá de melhor modo à intervenção em relação ao sujeito psíquico quando estiver em acordo com a lei simbólica, atendendo assim ao objetivo de que o Direito possa servir à Justiça. Há um valor simbólico para o sujeito ao ser confrontado com a lei normativa quando a lei está em acordo com a função ética.

Acreditamos importante acrescentar a importância da clareza da concepção do sujeito que sustenta nosso trabalho, não somente entre Psicanálise e Direito, mas também nos diferentes modos de intervenção em Psicologia. Atender a uma suposta objetividade do Direito com a ideia de uma psicologia positiva a partir da qual se construiriam os instrumentos necessários para corresponder à demanda do Direito é partir de uma submissão de uma disciplina a outra (SAUNIER, [s.d.]). Trabalhamos com a ideia de um sujeito psíquico complexo, cuja noção enriquece também o Direito. Se existem diferenças nas concepções de sujeito no Direito e na Psicanálise, assim como em outros conceitos aqui discutidos, há motivos e ganhos em uma interlocução sobre estas diferenças. Não há como evitar a complexidade e a singularidade do sujeito

psíquico e é uma contribuição que a Psicanálise pode aportar ao Direito, não somente como teoria, mas na prática institucional.

Outra questão a qual acreditamos importante assinalar é que o detalhamento, neste trabalho, dos aspectos subjetivos para propô-los em discussão com conceitos do Direito, não significa dar priorização ao subjetivo em relação à complexidade dos fatores envolvidos na realização de um delito. A renúncia à satisfação pulsional imediata como proposta por Freud, em *Malestar en la cultura* (1930), constrói a possibilidade de convivermos em sociedade, ainda que cause o mal-estar interno, a tensão constante entre as instâncias psíquicas e destas com o mundo externo. Então Freud vai dizer que aceitamos a renúncia pulsional em troca dos benefícios de viver em sociedade. No entanto, em nosso contexto, esperamos que grande parte da sociedade cumpra as regras sociais, sem que recebam – nem tenham recebido, desde o início – os benefícios desta sociedade. Estamos falando aqui, evidentemente, do fato de que grande parte da população brasileira não tenha acesso desde o nascimento àquilo que são direitos fundamentais. E mais ainda, a dificuldade de internalização de regras se agrava quando aqueles que são culturalmente os representantes da lei exercem violência. Então, não se trata de criar estigmas individuais a partir da compreensão que a Psicanálise possa proporcionar sobre a subjetividade, mas qualificar os modos de intervenção especialmente para aqueles que, tendo vivido nesta realidade, constituíram marcas subjetivas que os condiciona a um modo de funcionamento psíquico que causa sofrimento a eles e aos outros.

9 CONCLUSÕES

A concepção de sujeito da psicanálise – sujeito de Inconsciente – faz com que seja necessário articular diversos conceitos para compreender a relação do sujeito com seu ato. A ética com a qual o sujeito regula a relação com o outro é construída nas relações com os outros primordiais. A inserção na cultura nos insere em normas e leis de cada sociedade e época.

Consideramos como conceitos primordiais na relação do sujeito com seu ato tanto a culpa como a responsabilidade. No sujeito psíquico, a culpa não corresponde ao ato, mas sim às tensões internas do sujeito. A responsabilidade subjetiva é um elemento com o qual o sujeito pode responder ao ato ou não. É um processo que envolve a interpelação a culpa e a ressignificação. Há outras respostas possíveis ao se sentir interpelado pelo ato que realizou, mecanismos defensivos que visam a não sentir a dor que ocorre ao reconhecer os elementos subjetivos que levaram a realização de um ato, que pode ser conservado como alheio a si mesmo.

Um ato transgressor pode ser realizado por sujeitos com diferentes modos de construções subjetivas. Pode ocorrer quando o sujeito não consegue conter o impulso subjetivo por fragilidade na capacidade de contenção do Eu, como nas psicoses e, nestes casos, não responder por seu ato termina por ser mais um elemento de desubjetivação. Esta condição é agravada pela privação de autonomia e condenações a tempo indeterminado que ainda ocorrem. Há outros modos de estruturação subjetiva que podem levar o sujeito a um ato transgressor, impulsionado pela força de sua culpa interna que necessita encontrar uma ligação na realidade ou, de outro modo, pela incapacidade de internalização de interdição ética em relação ao outro.

Para melhor intervenção em relação ao sujeito que cometeu um ato transgressor (à lei simbólica e/ou à lei jurídica) tomamos o modelo proposto pela psicanalista Marta Ambertín, que articula o crime, a culpa, a responsabilidade e a sanção penal. Acreditamos que serve, sobretudo de modelo de compreensão, ainda que seja na construção de hipóteses, dos posicionamentos do sujeito em relação ao próprio ato, ou seja, o modo como responde subjetivamente às diferentes demandas institucionais.

Assinalamos a questão da relação entre as disciplinas Psicanálise/Psicologia e Direito porque a construção de uma interdisciplina depende da compreensão aprofundada de cada uma em seu corpo teórico, como também de suas relações institucionais. No caso da Psicologia, reivindicamos sua necessária precisão teórico-clínica e sua autonomia, anterior à sua função de sua

assistência ao Direito, para que corresponda, de modo adequado, à complexidade do sujeito psíquico e assim cumpra de melhor modo sua função em relação ao Direito e aos sujeitos assistidos.

A construção interdisciplinar apresenta desafios para que se mantenha, ao mesmo tempo, o conhecimento aprofundado de cada disciplina e a constituição de um campo em comum. Esperamos que este texto seja mais uma abertura ao diálogo e ao intercâmbio entre nossos saberes e nossas práticas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à colega Valéria Quadros, psicanalista, pelo estudo compartilhado sobre o tema Psicanálise e Direito ao longo de vários anos e na elaboração deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, L. **O futuro dura muito tempo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

AMBERTÍN, M. **Ley y subjetividade**: culpa y prohibición. [S.l.: s.n.], 1999.

Disponível em: [Clase 1: Ley y subjetividad : culpa y prohibición. - Por Marta Gerez Ambertín \(edupsi.com\)](#). Acesso em: 26 set. 2021.

CARDOSO, M. R. Algumas reflexões sobre a autobiografia de Louis Althusser. **Revista Latinoamericana de psicopatología fundamental**. v. 1, n. 3, p. 33-62, jul./set., 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1415-47141998003003>. Acesso em: 14 set. 2021.

D'AMORE, O. Responsabilidad subjetiva y culpa. *In*: SALOMONE, G. Z.; DOMINGUEZ, M. E. **La transmisión de la ética**: clínica y deontología. Buenos Aires: Letra Viva, 2006.

DINIZ, D. Ela, Zefinha – o nome do abandono. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n. 9, p. 2667-2674, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2015.v20n9/2667-2674/pt/>. Acesso em: 19 ago. 2021.

FREUD, S. **Proyecto de psicología**: obras completas, tomo I. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **Sobre la psicopatología de la vida cotidiana**: obras completas, tomo VII. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **La indagatoria forense y el psicoanálisis**: obras completas, tomo IX. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **Algunos tipos de carácter dilucidados por el trabajo psicoanalítico**: los que delinquen por conciencia de culpa. Obras completas, Tomo XIV. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **El problema económico del masoquismo**: obras completas, tomo XIX. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. La responsabilidad moral por el contenido de los sueños. *In*: **Algunas notas adicionales a la interpretación de los sueños en su conjunto**: obras completas, tomo XIX. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **El malestar en la cultura**. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

FREUD, S. **La peritación forense en el proceso Halsmann**: obras completas, tomo XXI. Buenos Aires: Amorrortu, 1994.

GUTIÉRREZ, C. **Responsabilidad jurídica y subjetiva**. Material da Cátedra I de Psicología, Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Psicologia da Universidade de Buenos Aires. Programa 2021.

KIJAK, M. **Freud y el proceso Halsmann**. Mendoza, Argentina: Fundación Auge, 2006. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2006/10/doctrina30956.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

SALOMONE, G. El sujeto autónomo y la responsabilidad. *In*: **La transmisión de la ética**: clínica y deontología. Volumen I: Fundamentos. Buenos Aires: Letra Viva, 2006a.

SALOMONE, G. El sujeto dividido y la responsabilidad. *In*: **La transmisión de la ética**: clínica y deontología. Volumen I: Fundamentos. Buenos Aires: Letra Viva, 2006b.

SAUNIER, R. V. **La práctica forense a caballo del Derecho y el Psicoanálisis**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.edupsi.com/forense-psa.htm>. Acesso em: 26 set. 21.

SIQUEIRA, F.G. Da culpa em Freud à responsabilidade em Lacan: paradigmas para uma articulação entre psicanálise e criminologia. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 21.n. 1. p.141-157. abr. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-11682015000100010#:~:text=Partindo%20da%20concep%C3%A7%C3%A3o%20da%20culpa%20em%20Freud%20e,ci%C3%A7%C3%A3o%20humanas%20e%20criminais%20no%20tratamento%20do%20criminoso. Acesso em: 26 set. 21.



AUTORES DA EDIÇÃO

OS CÍRCULOS DE REINTEGRAÇÃO E A PREPARAÇÃO DA LIBERDADE DOS APENADOS: UMA PROPOSTA RESTAURATIVA PARA A EXECUÇÃO PENAL

THE REINTEGRATION CIRCLES AND THE PREPARATION OF THE FREEDOM OF PENALTIES: A RESTORATION PROPOSAL FOR CRIMINAL ENFORCEMENT

LOS CÍRCULOS DE REINTEGRACIÓN Y LA PREPARACIÓN DE LA LIBERTAD DE LOS PRESOS: UNA PROPUESTA DE RESTAURACIÓN PARA LA EJECUCIÓN PENA

Ana Carolina Mezzalira ¹

Viviane de Freitas Pereira ²

RESUMO

A implantação de programas de Justiça Restaurativa pelos tribunais brasileiros é uma realidade. Tais programas podem se dirigir a ações penais e também à execução penal. No âmbito da execução da pena, considerando-se as dificuldades encontradas pelo apenado no seu retorno à liberdade, as quais advêm da barreira intransponível colocada entre ele e o mundo externo pelas instituições prisionais totais, bem como da ausência de medidas ressocializadoras eficientes operadas por um sistema processual penal que trata o encarceramento como política de segurança pública, mostra-se urgente a adoção de medidas capazes de preparar o caminho de volta à liberdade de forma humanizada e segura. Neste contexto, a partir de pesquisa teórica e bibliográfica, o presente artigo, após tecer considerações sobre a incompetência do sistema prisional em ações de reintegração do apenado, descreve a estrutura dos círculos de construção de paz e de sua modalidade de reintegração, como proposta de ação restaurativa para a execução penal. Ao final, conclui que o método restaurativo que oportuniza ao apenado escuta e exposição de suas necessidades e que assegura a participação da rede de apoio, constitui-se em uma ação muito potente para a construção de novos caminhos e, assim, de um efetivo plano de inclusão do apenado junto à comunidade para onde deve retornar.

¹ Advogada da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: ana.mezzalira@yahoo.com.br.

² Juíza de Direito da Justiça Militar Estadual do Rio Grande do Sul. Mestra em Integração Latino-americana, UFSM. Coordenadora da Comissão de Implantação da Justiça Restaurativa na JME/RS. Facilitadora de Círculos menos e mais complexos, ESM/Ajuris. vivianefspereira@yahoo.com.br.

Palavras-chave: execução penal; preparação para a liberdade; justiça restaurativa; círculos de construção de paz; círculos de reintegração.

ABSTRACT

The implementation of Restorative Justice programs by Brazilian courts is a reality. Such programs can address criminal prosecutions as well as criminal enforcement. Considering the difficulties encountered by the convict in his return to freedom, which come from the insurmountable barrier placed between him and the outside world by total prison institutions, as well as the absence of efficient resocializing measures operated by a criminal procedural system that deals with incarceration as a public security policy, it is urgent to adopt measures capable of paving the way back to freedom in a humane and safe manner. In this context, based on theoretical and bibliographical research, this article, after considering the incompetence of the prison system in actions for the reintegration of the inmate, describes the structure of peacemaking circles and their modality of reintegration, as a proposal for restorative action for criminal enforcement. In the end, it concludes that the restorative method that allows the inmates to listen and expose their needs and that ensures the participation of the support network constitutes a very powerful action for the construction of new paths and, thus, an effective plan for the inclusion of the inmates in the community where they should turn back.

Keywords: criminal enforcement; preparation for freedom; restorative justice; peacemaking circles; reintegration circles.

RESUMEN

La implementación de programas de Justicia Restaurativa por parte de los tribunales brasileños es una realidad. Dichos programas pueden abordar tanto los procesos penales como la ejecución penal. Considerando las dificultades encontradas por el preso en su retorno a la libertad, que provienen de la barrera infranqueable que entre él y el mundo exterior colocan las instituciones carcelarias totales, así como la ausencia de medidas eficientes de resocialización operadas por un sistema procesal penal que se ocupa del encarcelamiento como política de seguridad pública, es urgente adoptar medidas capaces de preparar el camino de regreso a la libertad de manera humana y segura. En este contexto, a partir de una investigación teórica y bibliográfica, este artículo, luego de considerar la incompetencia del sistema penitenciario en las acciones de reintegración del interno, describe la estructura de los círculos de construcción de paz y su modalidad de reintegración, como una propuesta de acción restauradora para ejecución penal. Al final, concluye que el método restaurativo que permite a los internos escuchar y exponer sus

necesidades y que asegura la participación de la red de apoyo, constituye una acción muy poderosa para la construcción de nuevos caminos y, así, un plan efectivo de inclusión de el interno con la comunidad a la que debe regresar.

Palabras clave: ejecución penal; preparación para la libertad; la justicia restaurativa; círculos de construcción de paz; círculos de reintegración

Data de submissão: 28/07/2021

Data de aceite: 06/09/2021

1 INTRODUÇÃO

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 no ano de 2016 a Resolução nº 225, tendo sido este documento um marco normativo para regulamentação do tema em âmbito nacional e um norte para aqueles que desejavam aplicar a Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Desde então, a temática da Justiça Restaurativa vem ganhando espaço nos tribunais, na medida em que a Justiça Tradicional não tem conseguido, por si só, atingir os objetivos de reduzir a violência e a reincidência com a mera punição penal estatal, já que o tratamento penal oferecido hoje nas prisões do país não produz os resultados esperados, apesar dos esforços com ações isoladas na perspectiva de garantia de direitos.

A necessidade de propostas alternativas para contenção da criminalidade no Brasil mostra-se latente na medida em que, segundo Azevedo e Sinhoretto (2018)³, a população carcerária brasileira vem aumentando de forma contínua desde o período pós-Constituição de 1988, em que pese essa época seja marcada pelo aumento dos estudos sobre o tema - tanto pela academia quanto pelas instituições e órgãos de controle e fiscalização -, bem como pela ampliação das possibilidades de aplicação de penas alternativas já previstas em Lei.

³ Segundo os autores, “em 1990 havia 104,7 presos para cada grupo de 100 mil habitantes acima dos dezoito anos de idade, e chegamos a 2014 com esta taxa em 420,6. O número absoluto de encarcerados no país chegou a 607 mil em 2014, em aceleração acentuada desde 2003” (AZEVEDO; SINHORETTO, 2018, p. 03).

Nesse contexto, a edição da Resolução nº 300 de 29 de novembro de 2019, que fixou prazo para a apresentação de plano de implantação, difusão e de expansão da Justiça Restaurativa, contribuiu significativamente para o fortalecimento das ações restaurativas no âmbito dos tribunais brasileiros, as quais, conforme registra a própria resolução, cumprem o intuito de reforçar o entendimento de que a Justiça Restaurativa não se reduz a métodos de solução de conflitos, mas representa, na verdade, um conjunto de princípios e valores com grande potência de atuação na transformação social e na construção da paz, sempre que forem as práticas pensadas e estruturadas para lidar com os fatores relacionais, institucionais e sociais que fomentam a violência.

Orientadas pelos termos da Resolução, as ações restaurativas congregam projetos que podem ser direcionados às capacitações de magistrados e servidores, como também propostas de atuação no âmbito das ações ou das execuções penais. No âmbito da execução da pena, ao se considerar o caminho percorrido pelos apenados até à liberdade, percebe-se a pertinência da inserção de uma proposta restaurativa que atue para contribuir com sua reintegração social, especialmente pela oportunização de fortalecimentos de vínculos e de empoderamento por meio da inclusão.

Essa espécie de iniciativa se mostra relevante na medida em que, conforme alertado por Goffman (2001), em instituições totais como a prisão, o *eu* do indivíduo é mortificado, perpassando por processos de padronização e anulação, os quais se mostram extremamente prejudiciais à sua ressocialização e ao seu retorno à sociedade após o cumprimento da pena. A barreira que as instituições totais colocam entre o indivíduo e o mundo externo assinala a primeira mutilação do eu, ocorrendo o despojamento do seu papel, cuja perda pode representar a 'morte civil'. É nesse contexto que os círculos de construção de paz podem ser um importante passo à reconexão entre o reeducando e a comunidade.

Os círculos de construção de paz constituem um método dialógico que pode ser aplicado com diversas finalidades. Decorrem das experiências do Juiz canadense Barry Stuart, o qual, com base nas tradições das primeiras nações, incluiu ofensores, vítimas e comunidade nas tomadas de decisões em processos

judiciais. A partir do método estruturado por Kay Pranis, os círculos de construção de paz podem se dirigir à reintegração de uma pessoa ao convívio de seus familiares e comunidade.

Neste sentido, o presente artigo objetiva descrever a necessidade de que os atores da execução penal brasileira busquem outras alternativas para que o apenado encontre um caminho de volta à liberdade, destacando, entre elas, uma proposta restaurativa de círculos de reintegração, analisando sua estrutura e a possibilidade de produção de efeitos positivos para a transformação das condições encontradas na saída do cárcere.

2 NOTAS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: DRAMAS E ALTERNATIVAS

Buscar entender verdadeiramente a execução penal exige do estudioso um apreço pela civilização, uma empatia por tudo que é do humano. Carnelutti (2002) alertava que o maior equívoco de um jurista seria “considerar o homem como uma coisa: pode haver fórmula mais expressiva de incivilidade?”. Contudo, esse mesmo autor asseverou que, no tocante ao indivíduo encarcerado, muitas vezes se perde a noção de que este nada mais é do que um homem de verdade, e não uma mera ficção.

Não há como compreender a execução penal no Brasil de forma desvinculada do complexo Sistema de Justiça criminal, composto por fatores políticos e ideológicos que formam um aparato criminal perverso, seletivo⁴ e injusto, que não podem ser ignorados quando da análise da existência de uma opção clara pelo

⁴ Interessante ler o relato de um egresso do sistema prisional do Rio de Janeiro, que conta sobre a diferente forma de tratamento feita pelos agentes do sistema prisional, de acordo com o “tipo” de preso recolhido ao cárcere: “De acordo com o lugar a saudação de abordagem é diferenciada: fala rapaziada, umbóira vagabundagem, bom dia, senhores, vai conferir, bandido. Uma coisa é certa, o tratamento dado ao cara que foi miliciano ou policial na rua, não é o mesmo dos demais vagabundos. Não à toa, quando a comida (quentinha) está muito gostosa, os bandidos que não são milicianos ou ex-policiais respondem: caramba, a comida hoje caiu errada, esse rango deve ser dos caras lá do presídio tal. Há crimes e crimes, há repressões e repressões, há presos e presos. E para alguns, o processo de ressocialização se inicia na prisão, de fato, pois os mesmos nem de vagabundo ou bandido são chamados” (LOURENÇO FILHO, 2020, p. 145).

encarceramento, sob pena de uma incompreensão sistêmica do seu verdadeiro sentido.

A atuação do sistema de justiça criminal repercute diretamente na execução penal, especialmente em um momento no qual aquele tem se mostrado cada vez mais amplo e com um aparente fôlego para abarcar supostas proteções a um número ainda maior de formas de violência, geradas pelas mudanças contínuas das relações sociais.

Esse risco social que permeia o sistema gera contradições de difícil superação, na medida em que, ao mesmo tempo em que se deseja a plena liberdade individual e a contenção de excessos por parte do Estado, espera-se também um recrudescimento das políticas públicas de segurança e a solução rápida para o problema da criminalidade que novamente acaba desaguando no uso desproporcional das prisões como medida repressiva (FAYET JÚNIOR; Ney; MARINHO JÚNIOR, 2009).

Observa-se que, apesar da ineficiência da prisão como medida de contenção da criminalidade já ter sido comprovada, tendo em vista os elevados índices de reincidência dos presos brasileiros, a pena privativa de liberdade do indivíduo ainda é a medida mais aplicada quando se trata de reprimenda penal.

É por isso que Davis (2018) sugere que se faça uma importante reflexão sobre qual é, hoje, o papel das prisões no sistema de justiça penal, pois, segundo a autora, é possível que as mesmas simplesmente tenham substituído aquele ocupado pela escravidão, levando uma parte da população do país a uma “servidão involuntária legalizada”. A ativista também compreende que a prisão seria uma das formas ocultas de manutenção do racismo institucional, embora raramente sejam reconhecidas como racistas.

Em um país onde as alterações legislativas são realizadas freneticamente, especialmente em âmbito criminal, a fim de alinhar os ideais políticos e ideológicos de determinado momento histórico à lei vigente, é de se estranhar que a Lei de Execuções Penais nº 7.210, de 11 de julho de 1984, tenha sofrido poucas modificações desde a sua primeira edição, em pleno período de Ditadura Militar.

Esse aparente desinteresse pela legislação demonstra que o campo da Execução Penal é permeado por um descaso político e institucional, o qual coloca em xeque todo o sistema punitivo brasileiro e assola de mazelas o sistema carcerário do país, numa flagrante contradição com os ditames constitucionais trazidos ao ordenamento jurídico pátrio após 1988.

E esse descompasso entre as garantias estabelecidas pela Constituição Federal do período democrático e os preceitos da execução foi reforçado pela recente mudança legislativa ocorrida com a “lei anticrime”⁵ nº 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu significativas modificações na legislação de execução penal. A novel legislação trouxe inegáveis retrocessos, violando o sistema progressivo de cumprimento de pena e aumentando o tempo de aprisionamento, numa clara política que visa incentivá-lo (CAMARGO; FELIX, 2020).

Nesse contexto de políticas públicas voltadas ao encarceramento, ao discurso de ódio contra o desconhecido ou diferente, “o desafio mais difícil e urgente hoje é explorar de maneira criativa novos terrenos para a justiça nos quais a prisão não seja mais a nossa principal âncora” (DAVIS, 2018).

Para uma melhor compreensão sobre os desafios enfrentados pela execução penal no Brasil, importante a análise do sistema prisional, local para onde a maioria dos culpados é direcionada, numa busca ilógica por três objetivos: retribuição, prevenção (geral e especial) e ressocialização.

2.1 O SISTEMA CARCERÁRIO: DESAFIOS E ENFRENTAMENTOS

O julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pelo Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2015, trouxe informações importantes sobre a situação carcerária do país. Naquela decisão, restou reconhecida a configuração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) ⁶ no

⁵ Interessante a reflexão de Leonel e Dias, ao apontarem que o próprio nome dado ao projeto de lei, “almejou identificar seus detratores como favoráveis ao crime”, uma clara expressão populista e com estratégia midiática (LEONEL; DIAS, 2020, p. 188).

⁶ Para TRESSA (2019), a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, no julgamento de “pedidos de cidadãos colombianos forçados ao deslocamento interno naquele país, em razão de violência existente em várias partes daquele Estado”, evidenciando “a ausência de ações estatais voltadas ao atendimento dos direitos constitucionais” daqueles cidadãos”.

sistema prisional brasileiro, tendo em vista o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas.

Segundo Tressa (2019), a teoria do ECI pode ser entendida como:

Uma definição jurídica para problemas sociais que, embora sejam objeto de previsão constitucional para proteção de direitos, não foram objeto das ações do Estado na aplicação direta do ordenamento jurídico vigente. Isto significa que, embora haja norma constitucional prevendo determinados direitos, sobretudo aqueles inerentes à dignidade da pessoa humana, as ações estatais não são suficientes ou não foram realizadas para o cumprimento do mandamento constitucional.

A situação apresentada pelo sistema penitenciário nacional reflete a realidade de um Estado que, historicamente, sempre foi omisso e silente quanto ao seu sistema prisional, pouco se importando quanto às diferenças existentes em relação à prisão provisória e a definitiva, por exemplo. Esse posicionamento estatal é fruto de uma mentalidade inquisitorial e autoritária que insiste em permanecer em muitos juízes, os quais se utilizam do processo penal de forma equivocada, olvidando-se das suas funções constitucionais, as quais não se confundem com salvaguardas da segurança pública do Estado.

Não se pode ignorar que o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito há pouco mais de três décadas, tempo parco se comparado aos outros quinhentos anos de “existência turbulenta e opressora em que se pensava que o povo existia em razão do Estado e não o inverso” (PÊCEGO, 2016), pautando-se no princípio da culpabilidade, e não da presunção de inocência.

Em último Relatório apresentado pelo Banco Nacional de Monitoramento de prisões no Brasil, datado de agosto de 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, 602.217 pessoas haviam sido cadastradas no sistema como privadas de liberdade em todo o país. Contudo, este número, em junho de 2021, já havia aumentado vertiginosamente, alcançando a marca de 410.218 presos provisórios (sem nenhuma condenação), 201.051 em execução provisória (sem condenação definitiva) e 293.059 em execução definitiva (com condenação transitada em

julgado), totalizando o assustador número de 904.328, ou seja, quase um milhão de pessoas encarceradas (BRASIL, 2018).

Embora o número de indivíduos encarcerados já seja alarmante, há ainda que se considerar que o Conselho Nacional de Justiça verificou “a vulnerabilidade dos números que eram apresentados pelo Poder Executivo quanto a presos (pela ausência de sua correspondência com os processos judiciais em curso ou finalizados)”, fato que justificou a criação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, assim como o Cadastro Nacional de presos, demonstrando que os dados carcerários do Brasil ainda não são plenamente confiáveis (BRASIL, 2020).

De qualquer sorte, a partir do levantamento das informações fornecidas pelos órgãos oficiais, constata-se que a prisão, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, mantém-se como reprimenda penal sobejamente aplicada no país, reforçando a ideia de um processual penal a serviço da segurança pública e da celeridade imediatista, pensada como forma de contenção da criminalidade, sem observar um propósito de reintegração do criminoso à sua comunidade, tampouco à reparação efetiva dos danos à vítima, que é colocada sempre em um segundo plano.

Nesse sentido, merece destaque a falta de oportunidades efetivas de retorno ao convívio social ofertadas pelo sistema prisional brasileiro ao indivíduo encarcerado. Embora a Lei de Execuções Penais estabeleça o trabalho do condenado como obrigatório (artigo 31 da Lei 7.210/84) e a educação como sendo uma das formas de assistência previstas, na qual o ensino de 1º grau deveria ser regra (artigo 17 e seguintes da Lei 7.210/84), essa não é a realidade da maioria dos estabelecimentos prisionais do país.

Em levantamento realizado no ano de 2019 pelo G1, em parceria com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, constatou-se que menos de 19% da população prisional nacional exercia alguma atividade laboral e 12,6% estavam estudando⁷,

⁷ Pesquisa disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>. Acesso em 31 de agosto de 2021.

demonstrando o descaso do poder público em relação ao futuro do indivíduo encarcerado.

Além dos dados objetivos sobre o encarceramento, não se pode ignorar os aspectos psicossociais dessa experiência, que deixa marcas profundas no indivíduo e, muitas vezes, comprometem o seu retorno ao adequado convívio social. Segundo Goffman (2001), 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 primeira deformação pessoal.

A corroborar essa deformação, surgem também mutilações diretas e permanentes no corpo do apenado, sendo comum a perda de um sentido de segurança pessoal, fundamentando angústias quanto ao desfiguramento, passando a sentir o ambiente como não mantenedor de sua integridade física (GOFFMAN, 2001).

Para Zaffaroni (1990), a função da prisão seria “a deterioração da pessoa”, referindo quatro momentos nos quais isso se verificaria: na desintegração, que ocorre pela perda dos vínculos sociais, familiares e outros vínculos do cidadão na vida livre; na desorientação que isso produz na pessoa presa; na degradação, pela vida violenta na cadeia e na preparação para a futura carreira criminal.

Diante de tudo isso, não há dúvidas de que o Sistema de Justiça precisa pensar em novas estratégias para o enfrentamento da criminalidade e do criminoso, vislumbrando alternativas que possam resgatar o indivíduo em cumprimento de pena, possibilitando-lhe o retorno da sua identidade pessoal, dos seus vínculos familiares, dos seus anseios e desejos por um futuro melhor, sem olvidar da necessária responsabilização. É nesse contexto que a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade efetiva de transformação.

3 A PROPOSTA RESTAURATIVA

O plano de implantação, de expansão e de difusão da Justiça Restaurativa pelos Tribunais brasileiros pode e deve contemplar ações que se dirijam à execução penal. A humanidade perdida no cárcere pode ser reavivada por encontros

circulares em que os apenados vejam suas necessidades de escuta serem atendidas.

A possibilidade de falar e ser ouvido de forma respeitosa, de compartilhar angústias e traumas e de participar de decisões que digam respeito ao seu dia a dia ou ao seu futuro, empodera pessoas, melhora as relações interpessoais e fortalece vínculos de convivência harmoniosa. Nesse sentido, a proposta a seguir desenvolvida relaciona-se à realização de círculos de reintegração que atuem na preparação da liberdade do apenado. O método que deve ser conduzido por facilitadores devidamente capacitados vai auxiliar na reintegração dos egressos do sistema carcerário e no fortalecimento de suas relações com a comunidade.

3.1 PRINCÍPIOS E VALORES RESTAURATIVOS: DELIMITAÇÕES NECESSÁRIAS

A construção da paz demanda a contenção dos processos de violência e dominação por meio do diálogo, da solidariedade e da criatividade a serem empregados para a resolução dos conflitos. Impõe-se identificar e desvelar as mais variadas formas de violência para que, em sendo expostas e vistas, encaminhe-se a recomposição das relações mediante a colaboração e a cooperação entre todos os envolvidos, num processo constante de assunção de responsabilidades e de empatia.

No fim do ano de 2004, o Ministério da Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), criou o projeto “Implementando Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, o qual fomentou as primeiras iniciativas no âmbito da Infância e Juventude, notadamente nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, e nos Juizados Especiais Criminais, em Brasília. Desde então, são muitas as iniciativas advindas de magistrados e magistradas, as quais estenderam-se para áreas como violência doméstica e execução criminal e acabaram ensejando a edição da Resolução nº 225/2016 e, posteriormente, da Resolução nº 300/2019, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

Ao tratar da Resolução nº 225/2016, Flores e Brancher (2016) destacam:

A nova Resolução enuncia e sistematiza, projetando sua aplicação pelo Judiciário brasileiro, os elementos essenciais de uma aprendizagem construída a partir de um processo coletivo e capilarizado de apropriação e testagem do repertório teórico e metodológico colhido originalmente do cenário internacional, mas amalgamado no fazer cotidiano das experiências nacionais – modo que tornou possível a composição de um modelo que podemos denominar, genuinamente, de uma Justiça Restaurativa do Brasil.

Os autores ainda registram que já no ano de 2012, por deliberação do Conselho de Administração (CONAD) foi aprovada a inclusão da Justiça Restaurativa no Mapa Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, momento em que passou a coexistir com as demais linhas de solução adequadas de conflitos definidas pela resolução nº 125/2010 do CNJ. O Programa Justiça Restaurativa para o Século XXI foi instituído no ano de 2014, com o escopo de “promover estratégias de pacificação social baseadas na difusão dos princípios e no desenvolvimento das práticas restaurativas para prevenção e transformação construtiva de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial”.

No Estado de São Paulo, a Portaria nº 35/2014, posteriormente atualizada pela Portaria nº 29/2015, delineou o fluxo básico que balizou os projetos em Justiça Restaurativa desenvolvidos naquele Estado. Salmaso (2016) relata que as ações restaurativas e processos circulares foram utilizados, desde então, para o trabalho com adolescentes envolvidos em transgressões e conflitos, como ameaça, roubo, furto, injúria, tráfico ilícito de entorpecentes, entre outros. O autor também menciona a existência de experiências em processos circulares envolvendo adultos que respondem a processos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o que ocorre de acordo com as disposições da Lei 9099/95 referentes a transação penal ou suspensão condicional do processo.

A já citada Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, inaugurou, segundo Pamplona e Silva Neto (2019), um novo estágio de desenvolvimento deste modelo de administração de conflitos no Brasil, estabelecendo uma série de desafios por parte dos Tribunais de Justiça, que levaram, posteriormente, à criação do Comitê Gestor da Política Judiciária Nacional de Justiça Restaurativa. A Resolução nº 300/2019, por sua vez, é resultado dos trabalhos do Comitê Gestor e institui a Política Nacional de Justiça Restaurativa e determina aos Tribunais de Justiça estaduais e aos Tribunais Federais que

apresentem plano de implantação, expansão e difusão da Justiça restaurativa, de acordo com as diretrizes estabelecidas pela própria resolução.

A Justiça Restaurativa é um convite ao diálogo e ao envolvimento na tomada de decisões. Permite que cada um dos atores tenha a oportunidade de assumir suas responsabilidades e, além disso, de revelar suas necessidades, por meio da participação em um processo de escuta sem julgamento, assumindo obrigações que resultam na reparação dos danos.

A assunção de responsabilidade por parte do ofensor deve levá-lo a uma melhor compreensão de sua conduta, para que possa repensá-la e perceber as consequências geradas para a vida das outras pessoas. A vítima, por sua vez, provavelmente encontrará nas práticas restaurativas um caminho de reparação que a leve a um ponto em que “a agressão e o agressor não mais a dominem” (ZEHR, 2015).

Já a comunidade estará diante de uma proposta colaborativa e de corresponsabilidade, que leva seus integrantes a repensarem suas estruturas e relações para que as pessoas desenvolvam sensações de pertencimento e confiança. Nesse sentido, a partir das práticas restaurativas, é possível promover mudanças de paradigma e transformações sociais que surtirão efeitos de forma ampla, contemplando tanto a situação problema, quanto medidas preventivas que fortaleçam a paz social.

Não há dúvidas, portanto, de que a Justiça Restaurativa apresenta chances reais de reconstrução (instauração) das relações e de obtenção de um resultado positivo para o futuro, por isso é um importante instrumento na construção da paz.

Diante deste contexto, a Justiça Restaurativa propõe uma revisão dos paradigmas individuais relacionados à solução dos conflitos, próprios das relações humanas, desde que seus princípios e valores sejam sempre considerados. Os princípios e valores que fundam a Justiça Restaurativa constituem a base necessária de qualquer programa que se pretenda implantar.

Os programas devem se estruturar considerando a voluntariedade de participação, a igualdade, o diálogo, a colaboração e a horizontalidade. Devem ter como norte o restabelecimento de pessoas e das relações esgarçadas, a correção

dos males, a construção no coletivo comunitário, o empoderamento da vítima e o estímulo à auto-responsabilidade do ofensor.

Não é à toa que Howard Zehr (2015) registra que a Justiça Restaurativa é um sinal de esperança e de rumo para o futuro. Em se reconhecendo os limites e as carências deixados pelo sistema de justiça tradicional, as práticas restaurativas apresentam-se como um campo fértil para a construção de novos caminhos.

Sob a perspectiva do apenado e de sua reintegração comunitária, interessante assinalar que a perspectiva restaurativa não deve ser entendida, necessariamente, como um retorno ao estado anterior. Muitas vezes, a pessoa pode não dispor de um estado pessoal saudável para onde retornar. Nesse sentido, a atuação restaurativa deve se dar para colaborar com o estabelecimento de novos caminhos e de perspectivas para o futuro, além do restabelecimento de vínculos e da aceitação. A atuação é muito mais transformadora do que restauradora.

Dentre as possibilidades de atuação restaurativa, destacam-se os círculos de reintegração. A compreensão deste método insere-se nos círculos de construção de paz. Os círculos de reintegração constituem-se em um tipo de círculo com finalidade específica, como será visto no próximo tópico.

3.2 CÍRCULOS DE CONSTRUÇÃO DE PAZ E CÍRCULOS DE REINTEGRAÇÃO

De acordo com Medeiros e Neto (2020):

Os círculos se valem de elementos simbólicos, de fácil assimilação, que ajudam a construir espaços seguros que permitem a escuta atenta e empática, a revelação de sentimentos e necessidades, bem como a construção de relações saudáveis e a tomada de decisões consensuais. A estruturação dos processos circulares observa um conjunto de princípios e recomendações procedimentais, embora não menos substantivas porque voltadas para, antes de tudo, a identificação de valores e diretrizes comuns que conectam os participantes uns aos outros e favorecem um diálogo desalienado das máscaras impostas pelas relações sociais cotidianas, atrás das quais regularmente escondemos nossa subjetividade e histórias de vida.

Kay Pranis⁸ apresenta o método de círculos como uma importante ferramenta para o estabelecimento de conexões positivas entre as pessoas. Trata-se de uma metodologia que se inspira em tradições das populações originárias que “se mescla aos conceitos contemporâneos de democracia e inclusão, próprios de uma complexa sociedade multicultural” (PRANIS, 2010).

O método prevê que as pessoas sentem-se em círculos, tenham as mesmas oportunidades de fala e que relatem histórias, as quais acabam gerando a conexão pela sua humanidade. Diante da oportunização de contribuição que é assegurada a cada participante, podem surgir novos caminhos para uma situação-problema. Os círculos são dialógicos e colaborativos. Geram sensações de empoderamento e de pertencimento.

Os Círculos de Construção de Paz possuem uma estrutura que objetiva criar um espaço seguro de fala e de compartilhamento de histórias. Devem ser conduzidos por facilitadores capacitados, os quais são responsáveis pela manutenção do espaço coletivo e de suas diretrizes, assegurando a qualidade e o respeito do encontro. Sua estrutura inclui cerimônia de abertura e de encerramento como um mecanismo de centramento, o qual busca a presença real e efetiva de seus participantes.

As pessoas são convidadas a sentarem-se em círculos, enquanto a oportunidade de fala organiza-se por meio de um bastão que é passado de um ao outro, assegurando que somente aquele que estiver com o bastão poderá falar. O recurso do bastão permite que a pessoa que está falando não seja interrompida e que receba a plena atenção dos demais. Com este sistema, a escuta é qualificada.

A participação no círculo é sempre voluntária e sua organização contempla a discussão de valores e a fixação de diretrizes pelos próprios participantes, as quais devem ser plenamente observadas. O facilitador assegura que entre as diretrizes

⁸ Kay Pranis é instrutora de Círculos de Construção de Paz e Justiça Restaurativa. Desde 1998 vem conduzindo treinamentos em Processos Circulares nas mais variadas comunidades: escolas, presídios, empresas, igrejas nos Estados Unidos. É autora de diversas obras, entre elas Processos Circulares de construção de paz, São Paulo: Palas Athena. Na mencionada obra, apresenta a teoria e a prática desses processos.

constem a confidencialidade, o não julgamento, a linguagem em primeira pessoa e o respeito ao bastão da fala.

Valores como honestidade, humildade, compartilhamento, inclusão, confiança e amor devem sempre estar presentes. O método integra-se de um momento de contação de histórias, que normalmente resultará na conexão entre os participantes por meio do partilhamento de experiências e pela identificação, por isso unindo-os por sua humanidade. A experiência angariada com a aplicação dos círculos permitiu que fossem identificados tipos de círculos conforme suas funções e finalidades.

Segundo Kay Pranis, o círculo de reintegração reúne um indivíduo com o grupo ou comunidade do qual foi separado ou afastado, a fim de se promover reconciliação e aceitação, culminando na reintegração do indivíduo. Em geral o processo se desenvolve em torno de um acordo consensual. São utilizados para adolescentes e adultos que retornam a suas comunidades, vindos de prisões ou instituições correccionais (PRANIS, 2010).

Durante a organização do círculo, o facilitador pode trazer à participação pessoas que componham uma rede de apoio aos envolvidos. Podem ser chamadas pessoas com quem o apenado tenha relações de afeto, como também integrantes da comunidade para a qual retornará. O círculo atuará no estabelecimento de estratégias para este retorno.

Na aplicação dos círculos em sede de execução penal, o apenado terá a oportunidade de expor suas angústias, temores e até arrependimentos. Os familiares e os integrantes da comunidade poderão participar enumerando formas de colaboração para o atendimento das necessidades do apenado. Este ponto decorre da percepção ancestral de que existe uma necessária interdependência entre as pessoas. O acolhimento encontrado no círculo poderá contribuir positivamente para um retorno inclusivo à liberdade.

3.3 OS CÍRCULOS DE REINTEGRAÇÃO E OS POSSÍVEIS EFEITOS POSITIVOS PARA O CAMINHO DA LIBERDADE

Como visto, os círculos de construção de paz são espaços para a construção de relacionamentos saudáveis e fortalecimentos de vínculos. Pranis (2010) afirma o seguinte:

Os Círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.

Já Zehr (2015) refere a área da justiça restaurativa que trata da reintegração do prisioneiro recém-libertado como programa de transição. Destaca, neste contexto, que um dos modelos mais interessantes é o Círculo de apoio e responsabilização desenvolvido no Canadá para trabalhar com autores de crimes sexuais. O autor ressalta que os círculos que trabalham com ex-presidiários para que se responsabilizem por seu comportamento, ao mesmo tempo oferecendo apoio, têm tido sucesso na reintegração e se mostrado eficiente na redução da reincidência, além de aplacar o temor da comunidade.

A participação de familiares e da comunidade como rede de apoio ao apenado é fundamental para o processo de reintegração. Essa dinâmica advém do ensinamento ancestral segundo o qual estamos todos interconectados:

De acordo com a teoria do caos, quando uma borboleta bate as asas na América do Sul, o vento muda na América do Norte. Isso nos leva à interconectividade das forças naturais em volta do mundo. A mudança climática é outro lembrete visível da interconectividade na natureza. Pode ser que nós não estejamos sempre conscientes do impacto de nossas ações em nosso meio ambiente, mas nós devemos finalmente perceber que nossas ações têm consequências. A sabedoria popular americana expressa a mesma ideia com uma frase comum: 'tudo que vai, volta'. A Bíblia também diz: 'pois o que o homem semear, assim também colherá'. Em nossos relacionamentos humanos, nós estamos, da mesma forma, profundamente interconectados. Quando os povos nativos dizem 'nós estamos todos relacionados', eles querem dizer que os seres humanos estão relacionados a todas as criaturas vivas, a todo o mundo natural. A sociedade africana tradicional usa o termo 'ubuntu' para expressar a ideia de que cada um de nós é, fundamentalmente, uma parte do todo. Significa 'Eu sou porque você é'. Nós acreditamos que este princípio nos faz lembrar que não há jovens e pessoas que possamos jogar fora (WATSON; PRANIS, 2011).

A interconexão indica que em razão de estarmos todos ligados, cada um de nós tem valor para o todo. Assim, a presença da rede de apoio justifica-se porque “o bem praticado a um é um bem para todos” (PRANIS, 2010). Depreende-se deste ensinamento que a situação do apenado liberado do cárcere não pode ser tratada como uma questão individual, sob uma visão reducionista.

Trata-se, na verdade, de algo que afeta a todos e, assim, necessita de uma atenção comunitária e colaborativa que considere a complexidade desse processo. Os vínculos que foram atingidos ou mesmo destruídos pela conduta que o levaram ao sistema prisional precisam ser restabelecidos para que haja um ambiente propício e seguro à reintegração.

Em havendo acolhimento e atenção, as chances de que venham a ser despertados bons sentimentos e comportamentos ampliam-se, pois é com criatividade e esperança que podemos qualificar e resgatar nossos relacionamentos. Ademais, o círculo, em que as pessoas percebem-se escutadas, propiciam a criação de novos caminhos para o futuro de uma forma democrática, já que haverá especial atenção às necessidades do apenado que, em qualquer outro contexto, provavelmente, não seriam percebidas.

O círculo permitirá que estratégias consensuais sejam fixadas mediante uma construção coletiva. Considerando-se que o apenado terá encontrado oportunidade de expor suas necessidades, ficarão potencializados seus compromissos e sua responsabilidade em cumprir o que eventualmente venha a ser estabelecido, pois “algo de bom sempre pode surgir em qualquer situação” (PRANIS, 2010).

Neste cenário, os círculos de reintegração constituem-se em um método restaurativo a ser incluído no sistema de execução penal. O caminho para a liberdade demanda um olhar restaurativo. A experiência inexitosa decorrente do sistema tradicional demonstra a necessidade de ações que gerem uma efetiva reintegração. Somente em se concedendo oportunidade de fala e escuta a quem precisa restabelecer vínculos, será possível identificar suas reais necessidades, para que, por meio de uma conduta colaborativa, estabeleçam-se estratégias que sejam capazes de produzir uma real e verdadeira inclusão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 225/2016, alterada pela Resolução nº 300/2019, incentivou a criação de planos de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa por tribunais brasileiros. A disciplina instituída delimita a necessária observância aos princípios e valores da Justiça Restaurativa, todavia permite considerável flexibilidade nos programas a serem apresentadas, que podem se dirigir às ações ou às execuções penais.

No campo da execução penal, considerando-se o incontestável fracasso do sistema tradicional em promover a reintegração do apenado, os métodos restaurativos apresentam-se como uma alternativa promissora. Os círculos de construção de paz são métodos dialógicos estruturados para assegurar a oportunidade de fala e escuta mediante igualdade de oportunidade e respeito entre os participantes.

De acordo com a finalidade do círculo, a experiência demonstrou a possibilidade de realização dos chamados círculos de reintegração, os quais consubstanciam estratégias para o retorno do apenado à liberdade e dão a ele a possibilidade de revelar necessidades e assumir responsabilidades, permitindo uma construção coletiva de caminhos para o seu futuro.

O círculo de reintegração deve contar com a participação de pessoas que possuam relações afetivas com o apenado, bem como daquelas que fazem parte da comunidade para onde irá retornar. As pessoas convidadas a participar do círculo formam uma rede de apoio indispensável ao acolhimento e à aceitação daquele que precisa restabelecer conexão positiva com as demais pessoas.

Considerando-se que o bem feito a um é um bem para todos diante da nossa inegável interconexão, justifica-se a proposta de utilização dos círculos de reintegração na preparação da liberdade do apenado. A questão abandona a perspectiva reducionista individual para ensejar o reconhecimento de sua complexidade, atribuindo à construção coletiva a possibilidade de colaboração efetiva e cuidadosa no estabelecimento de um plano de reintegração. Sem dúvida

alguma, o mecanismo proposto apresenta-se com grande potência transformadora da realidade social.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SINHORETTO, Jaqueline. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: A Mentalidade Punitiva em Ação. *In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS*, 42., 2018, Caxambu, MG. **Anais [...]**. Caxambu: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2018.

BRANCHER, Leoberto; FLORES, Ana Paula. **Por Uma Justiça Restaurativa Para o Século XXI**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>. Acesso em: 03 set. 2021

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri (org). **Pacote Anticrime**: Reformas processuais: Reflexões à luz da lei 13.964/2019. Florianópolis: Emais, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2002.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

FAYET JÚNIOR, Ney; MARINHO JÚNIOR, Inezil Penna. Complexidade, insegurança e globalização: Repercussões no sistema penal contemporâneo. **Sistema Penal e Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 84-100, jul./dez. 2009.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LOURENÇO FILHO, Samuel. **Além das grades**. Rio de Janeiro: Nota Terapia, 2020.

PAMPLONA, J. G.; SILVA NETO, N. M. Breve Histórico da Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. **Revista Ciências da Sociedade**, Santarém, v. 3, n. 6, 2019.

PAMPLONA, J. G.; SILVA NETO, N. M. **Notas sobre Quatro Metodologias de Justiça Restaurativa** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/44439688/NOTAS_SOBRE_QUATRO_METODOLOGIAS_DE_JUSTI%C3%87A_RESTAURATIVA. Acesso em: 08 out. 2020

PÊCEGO, Antonio José F. de S. Panorama das Prisões no Brasil e a (Des)ordem pública na prisão provisória do processo penal brasileiro. *In*: GIACOMOLLI, Nereu (org.). **Prisão cautelar e medidas alternativas ao cárcere**: anais do IV encontro nacional do instituto brasileiro de direito processual penal – IBRASPP. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz**. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

SALMASO, Marcelo Nalesso. **Uma Mudança de Paradigma e o Ideal Voltado à Construção de uma Cultura de Paz**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>. Acesso em 03 set. 2021.

TRESSA, Simone Valadão Costa e. Estado de Coisas inconstitucional: legitimidade e efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, Teresina, v. 6, n. 1, p. 76-95, jan./jun. 2019.

WATSON, Carolyn Boyes; PRANIS, Kay. **No Coração da Esperança**: guia de práticas circulares, o uso dos círculos de construção de paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

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. **Anais [...]**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 1990.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2015.

TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA (IN)APLICABILIDADE NA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA

EXPANDED JUDGMENT TECHNIQUE: AN ANALYSIS ABOUT ITS (IN)APPLICABILITY IN SOCIO-EDUCATIONAL ACTION

TÉCNICA DE JUICIO AMPLIADO: UN ANÁLISIS DE SU (IN)APLICABILIDAD EN LA ACCIÓN SOCIOEDUCATIVA

Brenda Rachel Lopes¹

Lisiane Beatriz Wickert²

Resumo: O presente artigo objetiva verificar se a técnica de julgamento ampliado, prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, deve ser aplicada na ação socioeducativa em todos os casos de julgamento recursal não unânime. Como ponto de partida, busca analisar o atual sistema especial de responsabilização penal do adolescente no Brasil. Na sequência, visa examinar a técnica de ampliação do colegiado. Por fim, propõe desenvolver uma interpretação sistemática dos institutos jurídicos pertinentes ao tema, bem como realizar a análise das decisões divergentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A metodologia utilizada é básica estratégica, de natureza observacional, do tipo exploratória, abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo e procedimento técnico bibliográfico, tendo como fonte investigatória as produções doutrinárias, teses, artigos científicos, jurisprudência e legislação, obtidos em meio físico e eletrônico.

Palavras-chave: Ação socioeducativa. Técnica de julgamento ampliado. Embargos infringentes e de nulidade.

Abstract: This article aims to verify whether the expanded judgment technique, provided for in article 942 of the 2015 Code of Civil Procedure, should be applied in socio-educational action in all cases of non-unanimous appeal judgment. As a starting point, it seeks to analyze the current special system of criminal liability for adolescents in Brazil. Next, it aims to examine the collegiate expansion technique. Finally, it intends to develop a systematic interpretation of the legal institutes relevant to the subject, as well as carry out the analysis of the divergent decisions handed down by the Superior Court of Justice. The

1 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). E-mail: brenda.lobes@sou.unijui.edu.br.

2 Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela UNIJUÍ. Pós-graduada em Instituições Jurídico-Políticas pela UNIJUÍ. Professora do Curso de Direito da UNIJUÍ. Advogada. E-mail: wickert@unijui.edu.br.

methodology used is a strategic basic, observational, exploratory, qualitative approach, with a hypothetical-deductive method and technical bibliographic procedure, having as investigative source the doctrinal productions, theses, scientific articles, jurisprudence and legislation, survey in physical environment and electronic.

Keywords: Socio-educational action. Expanded judgment technique. Infringing and nullity embargoes.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo comprobar que la técnica de juicio ampliado, prevista en el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil de 2015, debe aplicarse en la acción socioeducativa en todos los casos de recurso unánime. Como punto de partida, busca analizar el actual sistema de responsabilidad penal especial para adolescentes en Brasil. A continuación, el objetivo es examinar la técnica de expansión colegiada. Finalmente, propone desarrollar una interpretación sistemática de los institutos jurídicos relevantes en la materia, así como realizar un análisis de las decisiones divergentes dictadas por la Corte Superior de Justicia. La metodología utilizada es un enfoque estratégico básico, observacional, exploratorio, cualitativo, con un método hipotético-deductivo y procedimiento bibliográfico técnico, teniendo como fuente investigativa las producciones doctrinales, tesis, artículos científicos, jurisprudencia y legislación, obtenidas en forma física y electrónica.

Palabras clave: Acción socioeducativa. Técnica de juicio ampliado. Embargos infractores y de nulidad.

Data de submissão: 28/07/2021

Data de aceite: 31/08/2021

1 INTRODUÇÃO

A ação socioeducativa é um procedimento especial destinado à apuração da suposta prática de ato infracional imputada a um adolescente e, se o caso, aplicação da medida socioeducativa mais adequada. O referido procedimento especial é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação que instituiu normas próprias voltadas à proteção do adolescente e ao respeito a sua peculiar condição de ser em desenvolvimento, a fim de efetivar os princípios consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não obstante a especialidade da norma, por expressa determinação do artigo 198 da Lei nº 8.069/1990, aplica-se na ação socioeducativa o sistema recursal do diploma processual civil, com algumas adaptações previstas no referido dispositivo legal e artigos subsequentes. Com a implementação do novo Código de Processo Civil em 2015, foi inserido no referido sistema recursal a denominada técnica de ampliação do colegiado. Prevista no artigo 942, a inovadora técnica determina que sempre quando o resultado do recurso de apelação não for unânime, o julgamento deverá ter prosseguimento com a presença de outros julgadores, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. A peculiaridade deste instituto consiste na sua observância automática e obrigatória, isto é, aplica-se de ofício a todos os casos de julgamento não unânime.

Entretanto, a possibilidade de alteração de decisão recursal proferida por maioria não existe no processo penal quando em desfavor do penalmente imputável. O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 906, parágrafo único, os embargos infringentes e de nulidade, institutos recursais com finalidade similar da técnica de julgamento ampliado, entretanto, oponíveis apenas contra decisão não unânime desfavorável ao réu. Desta forma, o referido recurso consiste em uma faculdade exclusiva da defesa, sendo assegurado ao penalmente imputável a primazia do resultado que lhe é mais favorável, ainda que não unânime.

À vista disso, o presente artigo tem como objetivo verificar se a técnica de julgamento ampliado, prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, deve ser aplicada na ação socioeducativa em todos os casos de julgamento recursal não unânime, considerando, sobretudo, os princípios constitucionais basilares da doutrina da proteção integral, as regras de hermenêutica jurídica, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico pátrio.

A metodologia adotada para o desenvolvimento da pesquisa é básica estratégica, de natureza observacional, do tipo exploratória, abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo e procedimento técnico bibliográfico, tendo como fonte investigatória as produções doutrinárias, teses,

artigos científicos, jurisprudência e a legislação, obtidos em meio físico e eletrônico.

2 A RESPONSABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE NO BRASIL

O atual sistema especial de responsabilização penal do adolescente no Brasil está fundado intrinsecamente nos princípios basilares da doutrina da proteção integral consagrada na Constituição Federal de 1988.

À vista disso, o presente tópico objetiva, inicialmente, analisar os princípios constitucionais da proteção integral, prioridade absoluta e interesse superior do adolescente, possibilitando compreender, em um segundo momento, o atual sistema especial de responsabilização penal do adolescente no Brasil.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao voltar-se à história do Brasil, é possível perceber que os direitos infanto-juvenis foram conquistados gradativamente, através de muita luta. Conforme leciona Liberati (2012), a criança e o adolescente passaram de uma concepção niilista, isto é, onde não eram considerados no mundo jurídico, para uma ordem jurídica onde figuram como titulares de direitos e obrigações inerentes à sua peculiar situação de desenvolvimento físico e mental, dando-lhes dignidade e respeito.

Diante da forte influência da conjuntura internacional de afirmação dos direitos humanos para todos, incluindo as crianças e adolescentes, corroborado pelo anseio populacional interno de redemocratização, o Brasil promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual consagrou em seu artigo 227 a doutrina da proteção integral. Este novo paradigma conferiu à criança e ao adolescente o status constitucional de proteção integral, prioridade absoluta e interesse superior, elementos que representam os três princípios gerais da basilares no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da proteção integral consiste, substancialmente, em reconhecer a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, e não mais objetos da norma. Em substituição à arcaica concepção de que a legislação infantojuvenil destinava-se apenas à tutelar crianças e adolescentes em “situação irregular”, o princípio da proteção integral preconiza que todas as crianças e adolescentes são titulares de direitos fundamentais conferidos a todos os seres humanos e também de direitos fundamentais especiais, decorrentes das suas necessidades específicas de acordo com a idade, desenvolvimento e circunstâncias materiais (SPOSATO, 2013).

O princípio da prioridade absoluta, por sua vez, confere a primazia para a criança e o adolescente. Segundo Liberati (2010), o referido princípio preconiza que a criança e o adolescente devem estar em primeiro lugar no interesse e no agir do Estado, em todas as esferas, uma vez que suas necessidades são preferenciais, com status constitucional.

Por fim, o princípio do interesse superior ou melhor interesse da criança e do adolescente determina que os operadores do direito devem observar, em todos os contextos, o que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente, visando proporcionar o melhor benefício possível para os mesmos. O mencionado princípio representa, nas palavras de Amin (2018, p. 77), “a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”.

Paralelamente, o referido princípio também opera como um limitador da intervenção do Estado e da família com relação às questões envolvendo a criança e ao adolescente, a fim de garantir os direitos constitucionais dos mesmos (FARIA; POLI; SÃO JOSÉ, 2018). Neste sentido, em eventual conflito de interesses, direitos ou garantias, o melhor interesse da criança e do adolescente deve prevalecer.

Ante a nova ordem constitucional, emergiu a necessidade de reformular as normas que regulamentavam a situação da criança e do adolescente no Brasil, a fim de efetivar os princípios, garantias e direitos recém consagrados,

bem como cumprir com o compromisso assumido na esfera internacional de proteção dos direitos da criança e do adolescente, em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança recém aprovada.

Assim, em 13 de julho de 1990 foi publicada a Lei nº 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. O referido diploma normativo instituiu normas de direito material e processual, implementando um verdadeiro sistema protetivo destinado à infância e juventude, dentro do qual está inserido o atual modelo especial de responsabilização penal do adolescente, que será analisado a seguir.

2.2 SISTEMA ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou expressamente no artigo 228 a teoria da inimputabilidade penal para os menores de dezoito anos de idade, os quais estão sujeitos às normas da legislação especial. Em cumprimento à norma constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema de responsabilização penal diferenciado, compatível com o grau de desenvolvimento da criança e do adolescente, a fim de efetivar os princípios, garantias e direitos consagrados na Carta Magna.

O ponto de partida do referido sistema de responsabilização é a classificação dos sujeitos menores de dezoito anos de idade em crianças e adolescentes. O artigo 2º da Lei nº 8.069/1990 define como criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Tal distinção implica na resposta oferecida pelo Estado quando praticada conduta definida como crime ou contravenção penal, denominada pelo artigo 103 Estatutos da Criança e do Adolescente como ato infracional.

Conforme explica Bandeira (2006, p. 25) a criança está sujeita a medidas diversa do adolescente “em face de sua condição peculiar de ser em formação, sem aptidão suficiente para entender o caráter ilícito do ato

infracional praticado ou de determinar-se de acordo com tal entendimento”. Desta forma, a resposta conferida pelo Estado ao ato infracional praticados por criança é a aplicação medidas de proteção elencadas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme determina o artigo 104 da mesma legislação.

Já o adolescente, ainda que inimputável penalmente, responde por sua conduta infracional, estando sujeito a aplicação de uma ou mais medidas socioeducativas previstas no artigo 112 da Lei nº 8.069/1990, quais sejam: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e/ou qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI do mesmo instrumento normativo.

Nos termos do artigo 1º, §2º, da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, as medidas socioeducativas têm como objetivos desaprovar e responsabilizar o adolescente acerca ato infracional cometido e, sempre que possível, incentivar a reparação dos danos causados, bem como promover a integração social do adolescente, garantindo seus direitos individuais e sociais.

O procedimento adotado quando praticado um ato infracional também é diferente para a criança e para o adolescente. Atentando-se para a temática da presente pesquisa, o atual sistema de responsabilização penal do adolescente é didaticamente dividido em fase policial, disciplinada nos artigos 171 a 178, fase de atuação do Ministério Público, regulamentada nos artigos 179 a 183, e fase judicial, normatizada a partir do artigo 184, todos da Lei nº 8.069/1990. (MORAES; RAMOS, 2018).

A ação socioeducativa está inserida na última fase, constituindo um procedimento judicial especial destinado à apuração da suposta prática de ato infracional imputada a um adolescente e, se o caso, aplicação da medida socioeducativa mais adequada.

Nos termos do artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplica-se subsidiariamente à ação em questão as normas gerais previstas na

legislação processual pertinente. Ante a ausência de menção legislativa específica, esclarece Rossato, Lépure e Cunha (2019) que até a prolação da sentença, não havendo norma especial que discipline certa questão, aplica-se as disposições gerais do Código de Processo Penal. Entretanto, concernente ao sistema recursal, o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina, de forma expressa, a aplicação do sistema processual civil, observadas as adaptações previstas nos incisos e artigos subsequentes.

Entretanto, o procedimento recursal civilista foi completamente reformulado pela Lei nº 13.105/2015. Uma das novidades está inserida no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, denominado pela doutrina como técnica de julgamento colegiado e que será objeto de análise no próximo tópico.

3 A AMPLIAÇÃO DA COLEGIALIDADE EM JULGAMENTOS NÃO UNÂNIMES

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a sistemática processual civilista sofreu significativas alterações decorrentes não apenas da inovação interpretativa dos dispositivos já existentes, como também da criação de novos institutos. Uma destas novidades é a técnica de ampliação da colegialidade em julgamento não unânime inserida no artigo 924 do supramencionado diploma normativo, a qual que será objeto de estudo no presente tópico.

O artigo 530 da Lei nº 5.869/1973 dispunha sobre os embargos infringentes, espécie recursal cabível em face de decisão não unânime que reformava a sentença de mérito na apelação, ou quando julgado procedente a ação rescisória. As diversas críticas lançadas sobre o referido instituto recursal culminaram na redução gradativa de seu cabimento, culminando, por fim, em sua extinção do rol de recursos do Código de Processo Civil de 2015.

Apesar da extinção na forma anteriormente prevista, o novo diploma normativo criou uma técnica processual similar em seu artigo 942, que passou

a ser caracterizado como sucedânea ou substitutiva dos embargos infringentes (DIDIER JÚNIOR.; CUNHA, 2016; DONIZETTI, 2017), ou ainda, embargos infringentes “cover” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018), apesar de se tratarem de institutos com natureza jurídica e hipótese de cabimento distintas.

Nos primeiros anos de vigência da nova lei processual, a doutrina e jurisprudência estabeleceram calorosas discussões sobre a natureza jurídica do novo instituto em comento, especialmente se o mesmo constituía uma espécie de incidente processual, recurso *ex officio* ou apenas uma técnica procedimental de julgamento.

Atualmente, prevalece a terceira hipótese, em consonância com o mencionado no próprio §3º do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015. Adeptos à essa concepção, como Câmara (2017), Nery Jr. (2018), Zaneti Jr. (2015), Didier Jr. e Cunha (2016), destacam em suas obras que a referida técnica representa tão somente uma alteração no rito procedimental do julgamento dos recursos submetidos à sua aplicação quando presente o voto divergente, inserindo a obrigatoriedade da ampliação do julgamento, se possível na mesma sessão, com a convocação de novos julgadores em número suficiente para garantir a possibilidade da inversão do resultado inicial.

Os novos julgadores convocados não ficam restritos aos capítulos ou pontos sobre os quais houve inicialmente divergência, cabendo-lhes a apreciação da integralidade do recurso (OLIVEIRA JÚNIOR, 2018).

Ademais, o resultado do julgamento, nos casos de divergência na votação inicial, somente é proferido após a manifestação de todos os julgadores integrantes do colegiado ampliado, de modo que todos aqueles que já votaram poderão retificar seus votos, inclusive o voto vencido que deu suporte fático para aplicação da técnica, sem que isso implique no afastamento posterior da referida técnica e a “desconvocação” dos novos julgadores, em conformidade com o enunciado nº 599, do Fórum Permanente de Processualistas Civis de 2017 (CUNHA, 2017).

O artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 prevê três hipóteses de aplicação da técnica em estudo, quais sejam: apelação (*caput*), ação

rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno (§3º, inciso I), e agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (§3º, inciso II).

Na apelação, a técnica de julgamento é aplicada sem nenhuma restrição, bastando, portanto, que o pronunciamento do Tribunal não seja unânime no elemento dispositivo, eliminando as antigas controvérsias existentes para a aplicação dos embargos infringentes (ASSIS, 2016).

A segunda hipótese de aplicação da técnica processual ostenta algumas peculiaridades. Explica Donizetti (2017, p. 1224) que, no caso da ação rescisória, somente deve ser aplicada a técnica de julgamento ampliado quando o juízo rescindendo julgar procedente, total ou parcial, o pedido de rescisão da sentença, com a presença de voto divergente. Nestes casos, o julgamento da ação rescisória deve ter prosseguimento com a transferência da competência para o órgão de composição mais ampla, previsto no regimento interno do respectivo Tribunal.

A terceira hipótese legal de aplicação da técnica de julgamento estendido é no agravo de instrumento. De acordo com a previsão normativa, a técnica de julgamento ampliado só tem cabimento no agravo de instrumento quando houver a reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito, isto é, quando o recurso que versa sobre o mérito parcial da ação for dado provimento de forma majoritária e não unânime.

Na sequência, o §4º do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 menciona de forma expressa que não se aplica a regra processual de ampliação da colegialidade no incidente de assunção de competência e resolução de demandas repetitivas (inciso I), na remessa necessária (inciso II), e nos julgamentos não unânime proferidos, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial (inciso III).

Para algumas doutrinas, a ampliação do colegiado só é possível nos casos expressamente estabelecidos no artigo 942 do Código de Processo Civil, principalmente porque se trata de regra processual excepcional. Contudo, não

é o que acontece na prática. Em cinco anos de vigência do novo Código de Processo Civil, que inseriu no ordenamento jurídico pátrio a técnica de julgamento ampliado, ainda há fervorosas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre questões procedimentais e possibilidades de aplicação em hipóteses não expressas na lei.

Uma questão, em especial, de grande relevância social e que desencadeou intensos debates jurídicos sobre aplicabilidade ou inaplicabilidade da técnica de julgamento ampliado é a ação socioeducativa, hipótese que será analisada no próximo tópico.

4 A INAPLICABILIDADE DA TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO NA AÇÃO SOCIOEDUCATIVA

A técnica de julgamento ampliado do processo civil possui grande similaridade com os embargos infringentes e de nulidade do processo penal, entretanto, os mesmos são oponíveis apenas contra decisão não unânime desfavorável ao réu.

Diante desse contraste, o presente tópico se propõe a analisar de forma conjunta e sistemática os referidos procedimentos, bem como, examinar as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, a fim de verificar a possibilidade ou não da aplicação da técnica de ampliação do colegiado na ação socioeducativa em todos os casos de julgamento não unânime.

4.1 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

O artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que para os procedimentos afetos à justiça da infância e juventude, o que inclui a ação socioeducativa, deve ser aplicado o sistema recursal do Código de Processo Civil de 1973, atualmente revogado. Diante disso, é possível perceber que a regra prevista no artigo 198 do Estatuto é anterior a edição do novo Código de Processo Civil de 2015 e, por conseguinte, a criação da técnica de julgamento ampliado. Não havendo nenhuma lei posterior que disponha sobre a

possibilidade de aplicação da mesma na ação socioeducativa, se torna necessário, pois, a análise da compatibilidade do referido dispositivo com os princípios constitucionais, garantias processuais, unidade e coerência do ordenamento jurídico pátrio.

Conforme já discorrido anteriormente, o instituto do artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 é uma técnica procedimental de julgamento que determina a ampliação do colegiado, de ofício, sempre que não for unânime o julgamento da apelação, da ação rescisória quando o resultado for a rescisão da sentença e do agravo de instrumento quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

No procedimento para apuração e responsabilização do indivíduo maior de dezoito anos de idade pela prática de fato típico, antijurídico e culpável, quando a decisão do julgamento do recurso de apelação, recurso em sentido estrito ou agravo em execução não for unânime e desfavorável ao réu, é cabível a oposição de embargos infringentes e de nulidade previstos no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Os referidos institutos recursais são privativos da defesa, e decorre do interesse do réu em buscar melhorar a sua situação jurídica e fazer prevalecer, no colegiado ampliado, o voto vencido que lhe favorece (LOPES JÚNIOR, 2019). O objetivo, portanto, é levar a matéria divergente à apreciação de mais julgadores, possibilitando a inversão do resultado inicial somente em favor do réu, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Através da comparação da técnica de julgamento ampliado criada pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 e os embargos infringentes e de nulidade previstos no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é possível perceber que os institutos possuem grande similaridade, porém, este último aparenta ser mais benéfico ao penalmente imputável do que a técnica de julgamento se ela for aplicada na ação socioeducativa em todos os casos, pois cria a possibilidade de reverter uma decisão inicialmente favorável ao adolescente, o que não existe no processo criminal, situação que confronta

os princípios constitucionais basilares da doutrina da proteção integral, bem como a unidade e a coerência do ordenamento jurídico pátrio.

Primeiramente, é importante destacar que a ação socioeducativa e a ação penal possuem correlação, uma vez que são procedimentos utilizados para apurar a suposta infração de uma norma penal pelo adolescente e pelo adulto, respectivamente, e, se for o caso, aplicar a resposta Estatal prevista na legislação atinente a cada caso, possibilitando, desta forma, a comparação entre os dois procedimentos.

Outro ponto importante a ser analisado é a natureza jurídica híbrida da medida socioeducativa. Segundo Liberati (2012), a medida socioeducativa possui caráter impositivo, sancionatório e retributivo, uma vez que é aplicada independentemente da vontade do adolescente, através do poder coercitivo do Estado, em face da violação de uma regra de convivência social, como resposta à essa violação. Ademais, complementa Machado (2003), que as referidas medidas são substancialmente repressivas e aflitivas, admitindo a restrição de direitos fundamentais, inclusive a liberdade de locomoção, ainda que com finalidade pedagógica e educativa. Diante disso, é inegável que a aplicação de medida socioeducativa ou substituição por outra mais severa tem conotação prejudicial ao adolescente, mesmo que com um viés pedagógico e educacional.

Afirma Sposato (2013) que a medida socioeducativa cumpre, em sua essência, a mesma função de controle social e ressocialização da pena criminal destinada aos maiores de dezoito anos de idade. A única diferença entre a sanção criminal e infracional reside na observância obrigatória imposta pela Constituição à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que exige a adoção de um conjunto de ações pedagógicas e educativas voltadas ao atendimento das necessidades do jovem em conflito com a lei e sua integração com a família e comunidade.

Sob essa perspectiva, disserta Machado (2003, p. 235) que “O fato que está na base da intervenção do Estado quando segrega o adolescente é o mesmo que leva à segregação do adulto: o CRIME”. Isso significa que o

Estado, diante da violação de uma norma penal, deve aplicar uma sanção como resposta à infração cometida. Ainda que a medida seja diversa para o inimputável, a mesma não perde o seu caráter sancionatório e limitador de liberdades individuais.

À vista disso, é possível concluir que a ação socioeducativa e a medida socioeducativa possuem a mesma razão de ser da ação penal e da pena criminal, o que nos remete ao antigo, porém atemporal, brocardo jurídico “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*”. A referida máxima hermenêutica representa o conceito substancial da analogia em Roma, e representa a noção de que “onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida” (MAXIMILIANO, 2017, não paginado).

Diante disso, havendo a mesma razão de ser da ação socioeducativa e ação penal, bem como, da medida socioeducativa aplicada ao adolescente e da pena criminal aplica ao imputável, deve ser garantido àquele os mesmos direitos assegurados no processo penal quando presente a decisão recursal divergente, limitando, dessa forma a aplicação da técnica de julgamento ampliado para apenas os casos de decisão não unanime desfavorável ao adolescente.

Interpretação diversa implicaria em conferir tratamento mais gravoso ao adolescente do que o destinado ao penalmente imputável, o que vedado pelo ordenamento jurídico pátrio de forma expressa na Lei nº 12.594/2012, corroborado pelos princípios constitucionais, bem como, na notória desvirtuação da finalidade protetiva do sistema especial de responsabilização penal.

Entretanto, esse entendimento não é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o último tópico deste trabalho se destina à análise das decisões proferidas pela Corte Superior referente ao tema.

4.2. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NA CORTE SUPERIOR

O objeto central da presente pesquisa foi levado à apreciação do Superior Tribunal de Justiça em mais de uma oportunidade. O primeiro posicionamento adotado pela Corte Superior foi no sentido de reconhecer a possibilidade da aplicação da técnica de julgamento ampliado prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015, conforme se observa no julgamento do Habeas Corpus nº 407.670.

Entretanto, em 03 de maio de 2018 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão diversa ao apreciar o Recurso Especial nº 1.694.248, indicando uma possível alteração na interpretação até então conferida ao sistema recursal da ação socioeducativa quando a decisão do recurso não for unânime.

A decisão que ensejou o referido recurso especial foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual deixou de aplicar a técnica prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil no recurso de apelação interposto em ação socioeducativa, cujo julgamento não unânime foi favorável ao adolescente. Inconformado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro recorreu à Corte Superior.

A 6ª Turma, por unanime, negou provimento ao mencionado Recurso Especial, firmando o entendimento de que não é possível a aplicação da técnica de julgamento prevista no artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 na ação socioeducativa quando a decisão não unânime for favorável ao adolescente, sob pena de se conferir ao adolescente tratamento mais gravoso que o atribuído ao penalmente imputável, em indvidosa afronta às normas protetivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destacou a Relatora Exma. Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura que a doutrina e jurisprudência majoritária asseguram aos adolescentes em conflito com a lei os mesmos direitos que gozam os penalmente imputáveis perante a justiça criminal, bem como, reconhecem que a medida socioeducativa possui natureza sancionatória. À vista disso, afirmou:

[...] ainda que não se trate de processo criminal regido pela proibição de *reformatio in pejus* e, conquanto que não se cuide de recurso ou

meio autônomo de impugnação, em estando o menor infrator sujeito a medida socioeducativa de natureza inegavelmente sancionatória, entendo que é incabível a complementação do julgamento segundo a técnica do artigo 942 do novo Código de Processo Civil quando em prejuízo do menor. Decerto, se a decisão não unânime for favorável ao menor infrator, a complementação do julgamento nos termos do artigo 942 do novo Código de Processo Civil, com a eventual modificação do julgado em prejuízo do menor implicaria, em última análise, em impingir ao menor infrator tratamento mais gravoso que o atribuído ao réu penalmente imputável já que os embargos infringentes e de nulidade previstos na legislação processual penal (art. 609, Código de Processo Penal) somente são cabíveis na hipótese de o julgamento tomado por maioria beneficiar o réu por se tratar de recurso exclusivo da defesa. Com efeito, se não se admite revisão pelo mesmo colegiado de acórdão não unânime favorável ao réu punido com pena de natureza repressiva e punitiva, com maior razão não se pode admitir incidente processual que produz efeitos semelhantes ao menor cuja reprimenda, apesar da carga sancionatória, possui natureza preventiva e reeducativa. (BRASIL, 2018, não paginado).

Apesar da decisão inovadora proferida pela Sexta Turma, em 17 de maio de 2018 o tema em estudo foi objeto de nova apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, decidindo a Quinta Turma em sentido totalmente contrário.

Neste segundo caso, a decisão também foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, ao apreciar um recurso de apelação na ação socioeducativa, desclassificou o ato infracional e aplicou uma medida socioeducativa mais branda ao adolescente em conflito com a lei, por maioria de votos, deixando de aplicar a técnica de julgamento ampliado. Irresignado, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde a 5ª Turma, por decisão monocrática, determinou a aplicação da técnica. Desta decisão o Ministério Público Federal interpôs Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.673.215.

A referida Turma, também por unanimidade, negou provimento agravo, firmando o entendimento de que não há qualquer ilegalidade na aplicação da técnica de julgamento ampliado em todos os julgamentos não unânimes da ação socioeducativa, especialmente diante da previsão do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente que determina a utilização do sistema recursal civil, bem como, que não há o que se falar em *reformatio in pejus*, uma vez que o instituto em voga não ostenta natureza recursal.

Estas duas decisões completamente antagônicas, proferidas em intervalo de apenas quatorze dias, marcam a instauração da divergência de entendimentos entre a Quinta Turma e Sexta Turma da Corte Superior sobre a possibilidade de aplicação da técnica de julgamento ampliado na ação socioeducativa em todos os casos de julgamento não unânime do recurso, a qual permanece até o momento, conforme se verifica nas decisões proferidas em momento posterior, a exemplo o Recurso Especial nº 1.693.977, lesando os princípios de igualdade, proteção absoluta e, sobretudo, enfraquecendo a necessária segurança jurídica.

Ante os deveres dos Tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, conforme determina a redação do artigo 926 do Código de Processo Civil, é necessário que a referida divergência seja sanada pela reunião conjunta das turmas, na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para uniformizar o entendimento sobre a matéria.

5 CONCLUSÃO

Considerando que o artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina expressamente a aplicação do sistema recursal previsto na legislação processual civil para a ação socioeducativa, através da interpretação literal do referido dispositivo é possível afirmar que a técnica de julgamento ampliado deve ser aplicada na ação socioeducativa em todos os casos de julgamento não unânime, uma vez a mesma está inserida no sistema recursal adotado pela ação socioeducativa.

Todavia, quando realizada a interpretação sistemática do referido dispositivo, tal conclusão é totalmente infirmada. Isso porque a ação socioeducativa tem, em sua essência, o mesmo propósito da ação penal, assim como a medida socioeducativa imputada ao adolescente e a pena criminal imputada ao adulto possuem a mesma função de controle social e ressocialização, representando a desaprovação e a responsabilização do agente pela conduta ilícita praticada através do poder coercitivo do Estado.

À vista disso, é possível afirmar que a ação socioeducativa e a medida socioeducativa possuem o mesmo fundamento e razão de ser que a ação penal pena criminal, admitindo a solução do problema de pesquisa através da aplicação do antigo brocardo jurídico “*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*”, o qual preconiza que onde existe a mesma razão fundamental, deve prevalece mesma regra de Direito. Neste sentido, não sendo admitido no processo penal a possibilidade de alteração da decisão recursal não unânime de forma desfavorável ao réu, conclui-se que, igualmente, não é admitido a ampliação do colegiado em julgamento não unânime quando em desfavor do adolescente em conflito com a lei.

Outrossim, a doutrina majoritária e o Superior Tribunal de Justiça asseguram ao adolescente todas as garantias processuais penais, de modo que o mesmo não pode ser tratado de forma mais gravosa que o penalmente imputável, o que reforça a limitação da aplicação da técnica de julgamento ampliado na ação socioeducativa. Interpretação diversa implicaria em flagrante violação aos princípios constitucionais da proteção integral e interesse superior do adolescente, bem como, a unidade e coerência do ordenamento jurídico pátrio.

Pelo exposto, se espera que a presente pesquisa contribua com o aprimoramento da prática processual civil, bem como, que os tribunais brasileiros pacifiquem o entendimento sobre o tema no sentido de que a técnica de julgamento ampliado deve ser aplicada na ação socioeducativa apenas quando o resultado inicial do julgamento recursal não unânime for desfavorável ao adolescente em conflito com a lei, tendo como norte a decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribuna de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.694.248.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso**

de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 67-80.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas:** uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus: Editus, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.673.215/RJ.** Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 17 de maio de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=TA&sequencial=1713376&num_registro=201701258620&data=20180530&peticao_numero=201800051684&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial nº 1.693.977/RJ.** Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=105204952&tipo_documento=documento&num_registro=201702257361&data=20200204&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus nº 407.670/RJ.** Relatora. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 04 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=>

MON&sequencial=79049770&tipo_documento=documento&num_registro=201701682576&data=20171207&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial nº 1.694.248/RJ**. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 13 de novembro de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1707585&num_registro=201702277633&data=20180515&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária do tribunal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIA; Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda. Análise de alguns dos principais princípios constitucionais norteadores dos direitos da criança e do adolescente. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**, v. 21, n. 41, p. 113-151, nov. 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18472>. Acesso em: 02 dez. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1141-1269.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. *In*: GAJARDONI, F. F. *et al.* **Execução e Recursos**: comentários ao CPC 2015. 2. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n. 8.069/90 - Comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O PREÇO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: os danos e as indenizações reconhecidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre os anos de 2017 a 2020.

THE PRICE OF REVENGE PORN: the damages and indemnities recognized by the Justice Court of Rio Grande do Sul between the years 2017 to 2020.

EL PRECIO DE LA PORNOGRAFÍA DE VENGANZA: daños e indemnizaciones reconocidos por el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul entre los años 2017 a 2020.

Iuri Bolesina¹

Briane Gomes Teixeira²

RESUMO

O presente artigo analisou quais foram os danos reconhecidos e os valores de indenização dados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul as vítimas de Pornografia de Vingança entre os anos de 2017 a 2020. Como problema de pesquisa, estabeleceu-se o questionamento: qual o tipo de dano reconhecido e qual a média dos valores das indenizações por Pornografia de Vingança encontradas nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado Do Rio Grande do Sul nos anos de 2017, 2018, 2019 e 2020? As metodologias aplicadas foram o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa da documentação indireta. O texto divide-se em dois capítulos: no primeiro, conceituou-se a Pornografia de Vingança como violência, em especial de gênero contra mulher, destacou-se suas possíveis repercussões e identificou-se os sujeitos da relação. Na segunda parte, analisou-se as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da Pornografia de Vingança e verificou-se os tipos de danos reconhecidos e valores indenizatórios dados por este tribunal. Concluiu-se que o ilícito de Pornografia de Vingança é um problema de gênero pois suas maiores vítimas são as mulheres, e que seus agressores são seus ex-companheiros. O dano majoritariamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nesses casos é o dano moral e o que o valor médio

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo -UPF. Advogado. Professor do Curso de Direito na Faculdade Meridional – IMED. Associado ao IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPQ. ORCID: 0000-0001-5290-152X. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Orcid: 0000-0002-0811-1800. briane_teixeira@hotmail.com.

recebido por cada vítima é em torno de R\$10.760 (dez mil e setecentos e sessenta reais) de indenização.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Revenge Porn; Dano moral; Indenização.

ABSTRACT

Abstract: This article analyzed which were the recognized damages and the indemnity values given by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul to the victims of Revenge Porn between the years 2017 to 2020. The research problem faced were the type of recognized damage and the average of the indemnities for Revenge Porn found in the jurisprudence of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul in 2017, 2018, 2019 and 2020? The methodologies applied were the deductive approach method, the monographic procedure method and the indirect documentation search technique. The text is divided into two chapters: the first was directed to the concept of Revenge Porn as violence, especially of gender against women, its definitions and its possible repercussions, and the subjects of a relationship. In the second part, there is an analysis of the decisions taken by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul about revenge porn and verified the types of damages recognized and indemnity values given by this court. The illicit Revenge Porn is a gender problem because the biggest victims are women and their aggressors are their ex-partners. The damage mostly recognized by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul in these cases is moral damage and the average amount received by each victim is around R\$ 10,760 (ten thousand, seven hundred and sixty reais) in compensation.

Keywords: Civil liability; Revenge Porn; Moral damage; Civil damages.

RESUMEN

Este artículo analizó cuáles fueron los daños reconocidos y los valores de indemnización otorgados por la Corte de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul a las víctimas de Pornografía de Venganza entre los años 2017 a 2020. El problema de investigación enfrentado fue: cuál el tipo de daño reconocido y cuál es el promedio de las indemnizaciones por Pornografía de Venganza encontradas en la jurisprudencia de la Corte de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul en 2017, 2018, 2019 y 2020? La metodología aplicada fue: el método del enfoque deductivo, el método del procedimiento monográfico y la técnica de búsqueda de documentación indirecta. El texto se divide en dos capítulos: en el primero se definió el concepto de lo que es la Pornografía de Venganza como violencia, especialmente de género contra la mujer, y se destacaron sus posibles repercusiones y sujetos de la relación. En la segunda parte, analizamos las decisiones del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul sobre la Pornografía de Venganza y verificamos los tipos de daños reconocidos y los valores de indemnización otorgados por este tribunal. Se concluyó que la pornografía ilícita de venganza es un problema de género porque sus mayores víctimas son las mujeres y sus agresores son sus exparejas. El daño mayoritariamente reconocido por la Corte de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul en estos casos es daño moral y el monto promedio recibido

por cada vítima ronda los R \$ 10.760 (diez mil setecientos sesenta reales) en concepto de indemnización.

Palabras-clave: Responsabilidad civil; Revenge Porn; Daño moral; Indemnidad.

Data de submissão: 28/07/2021

Data de aceite: 24/08/2021

1 INTRODUÇÃO

A *Pornografia de Vingança ou Revenge Porn* é uma espécie de exposição pornográfica não consentida que vem crescendo muito ao longo dos últimos anos com a predominância do uso da internet, das redes sociais e aplicativos de relacionamentos pelas pessoas. A Pornografia de Vingança é um ilícito que consiste na divulgação e/ou compartilhamento de cena com conteúdo sexual de terceiro, sem o seu consentimento, por qualquer meio, com imagens ou vídeos.

Esse vazamento não consentido de imagens íntimas tornou-se um grande problema com diversas repercussões nos dias atuais pois, além de ser usado como um mecanismo de humilhação ou vingança após término de relacionamento afetivo contra a vítima, essa violência pode ser considerada atualmente como uma nova forma de violência de gênero por ser do sexo feminino a maioria de suas vítimas.

Desta forma, o presente escrito tem como desafio responder: qual o tipo de dano reconhecido e qual a média dos valores das indenizações por Pornografia de Vingança encontradas nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos anos de 2017 a 2020?

Assim, o trabalho será dividido em dois capítulos, sendo que o capítulo inicial terá como objetivo específico conceituar o que é a Pornografia de Vingança como violência de gênero contra mulher, destacando suas possíveis repercussões e sujeitos da relação da violência. E posteriormente, o segundo capítulo terá como objetivo específico a análise jurisprudencial das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da pornografia de vingança onde irá se verificar

quais os tipos de danos e quais os valores indenizatórios reconhecidos por este tribunal, onde iremos encontrar seu termo médio.

A metodologia utilizada neste trabalho foi o método de abordagem dedutivo; como método de procedimento valer-se-á do monográfico; e, por fim, no que tange à técnica de pesquisa, será adotada a documentação indireta, por meio de livros e especialmente decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2 PORNOGRAFIA DA VINGANÇA NA ATUALIDADE

O avanço da tecnologia somado à velocidade com que a internet vem crescendo ao longo dos anos mudou completamente a vida das pessoas revolucionando a forma de comunicação e relacionamento social. Pode-se afirmar que a internet transformou totalmente o modo como as pessoas interagem umas com as outras, seja em família, em grupos sociais ao qual pertencem e também nas relações íntimas e amorosas. Com o passar do tempo essa tecnologia foi alterando a forma como as pessoas vivem, trabalham, se divertem e também em como se relacionam amorosamente.

A tecnologia trouxe inúmeros benefícios facilitando a interação entre as pessoas e permitindo o fácil acesso a praticamente tudo de uma maneira instantânea, nesse caso, inclusive, questões indesejadas como o desrespeito, a má-fé e a intenção de se causar dano a outrem. Tais efeitos são especialmente sentidos quando afetam direitos da personalidade, fruídos no afeito e/ou na privacidade e por meio delas (SIBILIA, 2016).

Por conta das inovações inauguradas com base na internet, alguns relacionamentos começam e se mantêm de forma virtual. Também relações eventuais e flertes ocorrem graças a tais facilidades. Nesses casos, não é raro que as pessoas busquem manter sua intimidade virtualmente, valendo-se do compartilhamento recíproco de mensagens, fotos e vídeos, dentre eles também os de conteúdo erótico-sexual (BEDIN; SANDER, 2015). Em paralelo, também as fantasias afeto-sexuais presenciais podem ser exponenciadas com a ajuda da tecnologia. São exemplos as situações em que as pessoas registram em conjunto e, a princípio, consensualmente seus momentos de intimidade.

Portanto, não é peculiar o fato de o envio do material acontecer de modo consensual e amparado na boa-fé. Tal circunstância, embora, *a priori*, permita o armazenamento, por outro lado, não autoriza ao receptor o direito de compartilhar ou divulgar a terceiros ou em redes sociais, salvo acordo em contrário (BOLESINA, 2019, p. 90). Quando o vazamento, intencional ou não, ocorre, ao menos uma das partes torna-se vítima de uma ilicitude. Tal ilicitude, na atualidade, dado o seu crescimento cotidiano, tem nome próprio sendo chamada de “Pornografia de Vingança”. Além de uma ilicitude civil, também se configura em crime digital (CARVALHO, 2019).

A “Pornografia de Vingança” ou “*Revenge Porn*”, também conhecida por “Pornografia de Revanche”, “Pornografia Não Consensual”, “Pornografia Não Autorizada” (SOUZA, 2020, p. 182). Esses são alguns dos muitos termos utilizados atualmente para se referir a esta espécie de gênero de exposição pornográfica não consentida, ou seja, que consiste no ato de divulgar ou compartilhar, pela internet, celular ou qualquer outro meio digital, material de conteúdo íntimo e/ou pornográfico por meio de fotos, vídeos e até mesmo áudios da vítima sem o seu consentimento³ (SYDOW; CASTRO, 2017).

O conteúdo deste material contendo cenas de sexo ou nudez pode ser obtido sem o conhecimento e consentimento da vítima, onde ela foi gravada ou fotografada sem saber, ou até mesmo enviado pela própria vítima baseado na relação de confiança criada com o agressor. Uma das características da prática desta ilicitude é justamente a divulgação não consentida, inobstante tenha enviado ao agressor, autorizado a gravação ou por si tenha registrado (CITRON; FRANKS, 2014).

Seguindo o pensamento de Citron e Franks (2014) na maioria dos casos a produção deste material contendo cenas de sexo ou nudez é realizado consensualmente e em conjunto entre as partes, vítima e agressor, durante suas relações de intimidade. Com base nos dados da Cyber Civil Rights Initiative – CCRI,

³ A Ministra Nancy Andrighi, do STJ, conceituou o termo Pornografia de Vingança, no Recurso Especial nº1679465/SP de 2018, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da seguinte forma: “A divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de “exposição pornográfica não consentida” ou “pornografia de vingança”, em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo. (BRASIL, 2018a).

83% das vítimas de Pornografia de Vingança eram as próprias autoras das fotos e vídeos que foram divulgados (CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE, 2021).

O recebimento e o armazenamento das cenas não autorizam a divulgação a terceiros. Ainda assim, nos casos de pornografia de vingança, os agressores valem-se da oportunidade para divulgar as cenas como uma espécie de retaliação pelo fim da relação. Daí porque os casos de *revenge porn* tendam a acontecer ao final do relacionamento entre as partes, por aquele(a) irresignado com o fim. Em ocorrências mais raras, a divulgação aparece como uma forma de punição pelos comportamentos da vítima que desagradaram o agressor. Há também as hipóteses de chantagem. Em qualquer dos casos, sempre há o objetivo prejudicar, difamar, constranger, humilhar a imagem e conseqüentemente a honra da vítima perante a sociedade, família e amigos (SYDOW; CASTRO, 2019, p. 47).

O “Projeto Vazou” busca por meio de pesquisas, trazer informações e dados a partir das experiências de vítimas que sofreram com esse vazamento não consentido de imagens íntimas. Com base nos resultados parciais disponíveis no site⁴ do projeto, percebe-se que a maioria das respondentes da pesquisa eram jovens do gênero feminino, sendo 84% do público participante da pesquisa mulheres e 16% homens. A idade média mais frequente na época do registro das fotos e/ou vídeos era de 19 anos. Em 81% dos casos as vítimas conhecem quem vazou os arquivos; em 82% dos casos a vítima tinha ou tem algum relacionamento com a pessoa que vazou os arquivos (desses casos: 39% namoro, 31% “amizade” e o restante outro tipo de relacionamento); 84% das pessoas que vazaram os arquivos são homens, e aproximadamente cerca de 60% afirmaram que sabiam do registro e/ou haviam autorizado ou fornecido os arquivos (FRANÇA, 2018).

Em 2018, foi realizada uma pesquisa de conclusão de curso na Faculdade IMED, na cidade de Passo Fundo-RS, sobre *sexting* e *revenge porn*. No estudo, foram convidados todos os alunos maiores de 18 anos a responderem voluntariamente e anonimamente a perguntas que englobam o tema. Cerca de novecentos alunos responderam e, quando questionados se já enviaram imagens/vídeos seus de cunho erótico/sexual para alguém, 50,4% disseram nunca

4 <https://www.crimlab.com/projeto-vazou>

terem enviado, 36,3% enviaram para o(a) companheiro(a), 9,1% para contatos meramente virtuais e 4,2% já enviaram para amigos(as). Destes que já enviaram, 45,7% fazem “eventualmente” ou “seguidamente” (PALAGE, 2018).

Sobre o vazamento de cenas eróticas, quando questionados se em “algum momento seu parceiro(a) ou outra pessoa pediu para fotografar/filmar você em situação íntima?”: 62,8% responderam que nunca e 37,2% que sim. Das pessoas que responderam positivamente a questão anterior, 65,7% afirmaram que se deixaram filmar/ fotografar por amor/confiança, 26% por não se importar e 8,2% se deixaram filmar/fotografar por pressão/medo/chantagem/ameaça (PALAGE, 2018).

Juridicamente, a Constituição Federal garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assim como o direito à indenização pelo dano moral e/ou material decorrente de sua violação conforme seu artigo 5º, inciso X⁵ (BRASIL, 1988). Sendo assim, todas as condutas que envolvem a Pornografia de Vingança constituem-se em ilícitos por atacarem não apenas os direitos da personalidade da vítima, mas, igualmente, a sua privacidade (SILVA, 1996; CAVALLARO FILHO, 2016, p. 51). Tais atos, então, tornam-se propícias fontes de responsabilidade civil, sem prejuízo de outras implicações de ordem administrativa e penal⁶.

Como concluem Sydow e Castro (2019, p. 117-118) as reparações nos casos envolvendo a pornografia de vingança no Brasil, podem ser por meio de ações

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

6 No âmbito criminal a partir de 2018 a Pornografia de Vingança ou Pornografia não consensual foi tipificado pela Lei 13.718/2018 que inseriu no Código Penal o artigo o 218-C, essa lei alterou o Código Penal tipificando os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, estupro de vulnerável, de cena de sexo ou pornografia, tornando pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável. Estabeleceu, ainda, causas de aumento de pena para esses crimes, além de definir como causa de aumento de pena o estupro coletivo. Esse artigo criminaliza a conduta de divulgação de cenas de sexo, nudez ou de pornografia sem o consentimento da vítima, trazendo sem seu parágrafo 1º uma causa de aumento de pena caso o agente mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. Anteriormente a 2018 o entendimento acerca da pornografia de vingança pelos tribunais e juízes era de que esta conduta feria a honra das vítimas e esse delito, vinha sendo tipificado no capítulo dos crimes contra a honra, previsto dos artigos 138 ao artigo 145 do Código Penal, mas, ainda assim, possuía muitas falhas no sentido de não tutelar a integridade física e psicológica da vítima (OLIVEIRA, 2019).

indenizatórias por danos morais, materiais, existenciais, dentre outros. Ao lado, também podem ser incluídos pedidos, em tutela de urgência ou não, veiculando obrigações de fazer ou não fazer, caso haja pedido para indisponibilidade do material em circulação ou até mesmo a proibição de sua divulgação.

Materialmente, a responsabilidade civil decorrente dos atos ilícitos está estabelecida no Código Civil no artigo 927⁷ e seu parágrafo único, combinado juntamente com os artigos 186 e 187⁸ também do Código Civil (BRASIL, 2002). As ilicitudes civis podem ser ilícitos culposos, conforme o artigo 186, ou ilícitos funcionais conforme o artigo 187. No caso da Pornografia de Vingança, tende-se a reconhecê-lo como ilícito culposo (art. 186), porém, nada obstante, poderia ser caracterizado como ilícito funcional pela parte detentora das imagens ou vídeos as utilizá-las de modo abusivo, violando a boa-fé e os bons costumes (pois, quando uma pessoa envia cenas de conteúdo erótico-sexual, geralmente o faz de boa-fé, entregando posse dos arquivos ao outro, sem, todavia, consentir com a publicação).

Os provedores de aplicação têm regramento específico no Marco Civil da Internet. Diante de conteúdos eróticos-sexuais gerados por terceiros, existe a previsão do artigo 21 da Lei 12.965/2014⁹, que responsabiliza subsidiariamente o provedor, caso não adote as medidas necessárias para indisponibilizar o conteúdo (BRASIL, 2014). Tal artigo, realiza-se a partir de notificação realizada pelo próprio interessado e independentemente de determinação judicial, tendendo a tornar a

7 Artigo 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

8 Artigo 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

9 Artigo 21 [MCI] - O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”.

tutela mais célere, diminuindo os impactos sobre a vítima (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019).

Como citado anteriormente, de acordo com os estudos mencionados, a maioria das vítimas da pornografia de vingança são as mulheres, não raro também sendo culpabilizadas por fruïrem dos seus direitos da personalidade. Neste sentido, não é errado afirmar se tratar de uma violência de gênero. Evidentemente existem as exceções onde o homem é a vítima, porém, são exceções episódicas a regra. Ademais, os efeitos da pornografia de vingança tendem a ser mais graves perante as mulheres, as quais acabam sofrendo não apenas o dano jurídico, mas também os julgamentos morais, além de precisarem suportar a ressonância advinda da violência estrutural da cultura e das instituições do Estado.

3 OS DANOS E AS INDENIZAÇÕES RECONHECIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NOS CASOS DE PORNOGRAFIA DA VINGANÇA ENTRE OS ANOS DE 2017-2020

O presente espaço intenta revelar qual o “preço¹⁰ da pornografia de vingança”, a partir das decisões do Tribunal gaúcho. Assim, a pesquisa foi realizada no site do tribunal (tjrs.jus.br), na aba de pesquisa das jurisprudências. As palavras-chave usadas na pesquisa foram “pornografia de vingança”, “*revenge porn*”, “*nudes*”, “nudez”, “vídeo íntimo” e “fotografia íntima”. Os anos abrangidos na pesquisa foram os últimos 04 anos (2017 a 2020), onde foram encontrados um total de 50 decisões.

Depois da análise de todas, 31 referiam-se efetivamente a pedidos indenizatórios por pornografia de vingança. As outras 19 foram descartadas pois, apesar de se tratarem de nudez, ato sexual e divulgação de material íntimo não configuravam a pornografia de vingança em si. Das 31 decisões que foram analisadas, 20% (6) foram improcedentes e 80% (25), foram procedentes.

10 A expressão “preço” é utilizada propositadamente em tom ambíguo para contrastar com a ideia de “valor”, pois, não raro, para os ofensores o valor das indenizações tornam-se efetivos preços a serem pagos pela satisfação de violar direitos alheios.

Figura 1 - Total de casos analisados: 80% dos pedidos foram procedentes e 20% improcedentes



Fonte: Elaborado pelos autores.

Das 31 decisões que foram analisadas e julgadas, 25 condenaram o réu e 6 absolveram. Das improcedências, 5 foram julgadas improcedentes por falta de provas que comprovassem a autoria na divulgação e/ou compartilhamento do material íntimo envolvendo as vítimas e 1 por necessidade de perícia. Ademais, em 5 destes 6 casos, o polo ativo da ação eram mulheres, ou seja, em 83% dos casos julgados improcedentes, as possíveis vítimas eram do sexo feminino. Além disso, também os possíveis agressores eram homens.

Das 6 decisões improcedentes, 1 caso foi divulgação de fotos íntimas da vítima pelo Whatsapp; 2 casos foram divulgações de vídeo íntimo entre agressor e vítima gravado durante o relacionamento; 1 caso foi uma tentativa de extorsão por parte da ré (advogada) ao subornar o autor (candidato a prefeito na cidade) para não expor suposto vídeo íntimo dele com uma menor na época das eleições; e 2 casos foram criações de perfis das vítimas em rede social e em site de relacionamento

seguindo de postagem das fotos íntimas das vítimas. Em 5 dos 6 casos, os eventos ocorreram após o fim do relacionamento entre as partes.

Das decisões improcedentes, uma chama atenção pelo seu contexto, no qual, embora a existência de fortes indícios da autoria e da materialidade por parte do réu, um aspecto processual barrou a procedência dos pedidos. Trata-se do recurso inominado nº 71007527641, ajuizada por uma mulher contra um homem. Segundo a autora, ela manteve um relacionamento amoroso com o réu e logo após o término ele passou a ameaçá-la com a divulgação de fotos e vídeos íntimos que ela lhe havia enviado voluntariamente. A autora declarou que as cenas de conteúdo sexual foram repassadas réu a família do seu atual companheiro, além do réu ter criado um perfil falso seu em um site de relacionamento com o nome da ex-companheira, expondo seu nome e telefone, causando-lhe enorme constrangimento.

Foi solicitado em sede de tutela de urgência que o réu excluísse imediatamente o perfil falso criado no site do relacionamento e também a exclusão de todo material ofensivo. No mérito, foi postulada a procedência dos pedidos, condenando o réu a indenização por danos morais no valor de R\$37.480,00 (trinta e sete mil e quatrocentos e oitenta reais) (BRASIL, 2019). Decorrido o regular trâmite processual, sobreveio decisão sem resolução de mérito em razão da suposta complexidade e necessidade de perícia, a qual, em tese, não é comportada nos Juizados Especiais Cíveis (BRASIL, 1995).

No acórdão do recurso inominado, a relatora manteve a decisão de primeiro grau, pois, mesmo que as fotografias e o depoimento da testemunha nos autos confirmem que as partes tiveram um relacionamento amoroso, o conjunto probatório não permitia concluir com total certeza e com segurança que, o envio do material íntimo e a criação do perfil falso nasceram do telefone e/ou computador do réu. Destarte, seria imperiosa a realização de perícia para a devida averiguação.

Em outra perspectiva, tem-se um alinhamento das pesquisas doutrinárias com o encontrado na jurisprudência gaúcha. A pesquisa científica do tema evidencia que todos os gêneros podem vir a ser vítimas da “violência pornográfica”, mas, tem-se constatado reiteradamente que as mulheres são a maioria das vítimas. Na presente análise, as mulheres foram reconhecidamente prejudicadas em 23 das 25 decisões procedentes, sendo, portanto, vítimas em 92% dos casos e agressoras em somente

em 8% dos casos. Já os homens, em sentido oposto, foram o que mais cometeram a agressão, aparecendo como ofensores em 92% dos casos e vítimas em 8% dos casos analisados.

Figura 2 - Proporção entre vítimas e agressores, nos 25 casos julgados procedentes



Fonte: Elaborado pelos autores.

Das 25 condenações procedentes, 24 reconheceram apenas danos extrapatrimoniais¹¹ e 1 a cumulação de danos extrapatrimoniais e danos patrimoniais¹² (no caso, o custeio do tratamento psicológico da vítima). As condenações, neste sentido, retratam os efeitos da pornografia da vingança mais como danos extrapatrimoniais e menos como patrimoniais. Isso também pode demonstrar-se como reflexo dos pedidos iniciais, os quais vinculam a atuação judicial e o desfecho processual.

Na maioria dos casos, senão em todos, ficaram bastante evidenciados os prejuízos à mulher, decorrentes da exposição, da vergonha e do constrangimento sofrido com as divulgações de suas imagens e/ou vídeos íntimos. As lesões atentam contra direitos da personalidade como honra, imagem e a dignidade humana, no

11 O dano extrapatrimonial é a lesão de reflexos morais que atinge os direitos da personalidade da vítima. (BOLESINA, 2020, p. 181)

12 O dano patrimonial é a lesão de reflexos patrimoniais, avaliável economicamente de modo preciso. São os danos emergentes ou os lucros cessantes. (BOLESINA, 2020, p. 181)

momento no qual a vítima torna-se objetificada. Tais prejuízos, ademais, tem o agravante sociocultural, isto é, uma série de pré-julgamentos decorrentes da cultura e da sociedade brasileira, ainda, machista e moralista. É exemplo disso a “culpabilização da vítima”, ou seja, a tendência de culpar a vítima que enviou as imagens ou deixou-se filmar ou fotografar, ao tempo que toleram o agressor e a sua conduta (FRANKS, 2015).

Embora a possibilidade da existência autônoma e específica de dano psicológico¹³ e dano existencial¹⁴, nenhuma das decisões analisadas reconheceu tais danos. Reitera-se que, isso também pode ser reflexo da ausência de pedido na petição inicial, sugerindo que os advogados, nesse contexto, entenderam pela inexistência de tais danos, desconhecem tais categorias, evitam pedidos específicos ou o fazem de modo genérico, apenas solicitando danos extrapatrimoniais.

Em alguns dos casos analisados, seria possível o pedido de dano psicológico e, em outros, de dano existencial. Isso porque, na mesma via da pesquisa da *CCRI*, além das vítimas terem suas imagens íntimas divulgadas, em muitos casos também o são seus nomes, seus endereços, cidade onde moram e contatos (pessoais e profissionais). Com isso, a vítima acaba não só tendo que encarar toda uma significativa angústia emocional pelo sofrimento que lhe foi causado originalmente, mas também problemas com os familiares, com o círculo de conhecidos e de amigas, em estabelecer novos vínculos, e, em casos mais graves, até a perda de emprego, a difícil realocação no mercado de trabalho e, conseqüentemente, a perda da sua estabilidade financeira.

13 O dano psicológico é a lesão à psique da pessoa humana que implique em uma significativa alteração ou perturbação do seu bem estar psicológico, passível de ser aferido objetivamente por avaliação pericial, e demandante de tratamento de saúde especializado para sua eventual cura ou amenização. (BOLESINA, 2020, p.182)

14 O dano existencial é a lesão ao regular desenvolvimento pessoal, profissional ou social da vítima que lhe impõe negativamente uma alteração do seu projeto de vida e na qualidade desta. Fala-se que o dano existencial atrofia ou amputa os prazeres ou amenidades de uma vida normal. Assim, em concreto, como regra, a vítima se vê, por razões injustas, dramaticamente impossibilitada de fazer ou seguir fazendo algo que estava incorporado ao seu cotidiano ou que claramente poderia estar no futuro. (BOLESINA, 2020, p. 182)

Figura 3 - Valores indenizatórios: valor total recebido entre 2017 e 2020; e média geral advinda de cada condenação por danos morais



Fonte: Elabora do pelos autores.

Quanto aos valores, a pesquisa revelou que a monta indenizatória recebida por danos morais¹⁵ pelas vítimas de pornografia de vingança nos anos analisados (2017 a 2020) foi de R\$269.000,00 (duzentos e sessenta e nove mil reais). A média recebida por cada vítima foi de R\$10.760,00 (dez mil e setecentos e sessenta reais).

A condenação mais baixa foi de R\$2.000,00 (dois mil reais) no recurso inominado de ação indenizatória nº 7100765181 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul por danos morais onde a autora teve suas fotos íntimas transferidas a terceiros pela ré. O recurso pretendia a minoração do valor indenizatório referente ao dano moral. O caso ocorreu entre duas mulheres. A autora relatou que em 2016 tomou conhecimento de que havia sido divulgado um vídeo e fotos íntimas suas em um grupo do Whatsapp, o qual a ré afirmava que era a autora nas imagens e no vídeo. A autora ressaltou ainda que as fotos e o vídeo se espalharam pela cidade e por diversos outros grupos do Whatsapp. Na audiência de instrução, a ré, em seu depoimento pessoal, informou que repassou as fotos da autora. Ao final, foi proferida sentença na qual a ré foi condenada ao pagamento da indenização por danos morais a autora no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) (BRASIL, 2018b).

15 O dano moral é aquele que viola a dignidade da pessoa humana e como regra ofendendo especificamente algum direito da personalidade, caracteriza-se como a ofensa ou violação dos bens de ordem moral de uma pessoa, tais sejam o que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua saúde (mental ou física), à sua imagem (BOLESINA, 2020, p. 182)

A desembargadora, no acórdão justificou que: “embora reprovável a conduta da ré, a mesma só teria feito o repasse das imagens e do vídeo e que alguém do círculo pessoal da autora havia lhe encaminhado, assim, não deveria a ré arcar com toda a responsabilidade do acontecimento sozinha” (BRASIL, 2018b). Assim, deu parcial provimento ao recurso da ré. Na decisão, a desembargadora reduziu o valor indenizatório por danos morais e a ré foi condenada a pagar o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) a autora.

A condenação de valor mais alto foi de R\$30.000,00 (trinta mil reais), na apelação cível nº 70078417276. O caso ocorreu entre ex-namorados, no qual o homem, após o fim do relacionamento, divulgou em um site pornô um vídeo contendo imagens íntimas de sua ex-namorada e intitulou a postagem como “*Sami putinha safada de Erechim – vídeo 1 – chamando pra fuder*”. O título fazia referência ao *nickname* da vítima e a sua cidade, a fim de expô-la de forma direta. Outro agravante deste caso são as ameaças que o réu fazia a autora. Ele a ameaçou por mais de uma vez pessoalmente e também virtualmente, tendo a autora registrado três ocorrências policiais e solicitado medidas protetivas para sua segurança (BRASIL, 2018c)

No acórdão, o desembargador salientou que a divulgação das fotos íntimas pelo ex-namorado no pós-relacionamento é classificada como *pornografia de vingança ou reveng porn*, se tratando de fato gravíssimo no qual atinge homens e mulheres, estas em sua maioria, ressaltando ser um tema de extrema discriminação de gênero à subjugação que a mulher sempre sofreu em geral, por conta dos padrões de comportamento que a sociedade sempre lhe impôs. Na decisão, o desembargador deu parcial provimento da apelação majorando o valor indenizatório a título de danos morais e condenando o réu ao pagamento de R\$30.000,00 (trinta mil reais) para a autora (BRASIL, 2018b).

Figura 1 – O valor de indenização mais alto foi de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e o valor mais baixo foi de R\$2.000,00 (dois mil reais).



Fonte: Elaborado pelos autores

Assim, em suma, em relação as condenações, o valor de indenização mais alto foi de R\$30.000,00 (trinta mil reais) e o valor mais baixo foi de R\$2.000,00 (dois mil reais). Já, para as mulheres, o valor mais alto foi de R\$ 30 mil e média geral foi R\$ 11mil. Em relação aos homens vítimas, o valor mais alto foi R\$ 5 mil e a média geral R\$ 4,5 mil.

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi realizar uma análise e identificar qual é o tipo de dano reconhecido e qual a média dos valores das indenizações por Pornografia de Vingança encontradas nas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos anos de 2017 a 2020. Para se responder a este problema, o presente artigo foi dividido em duas partes.

A primeira parte conceituou-se sobre o que é a Pornografia de Vingança e destacou suas possíveis repercussões e sujeitos da relação desta violência. Concluiu-se poder afirmar que, no Brasil, a pornografia de vingança é uma violência de gênero contra a mulher, por serem elas as maiores vítimas e as mais prejudicadas com os efeitos deletérios. Não obstante, a *revenge porn* pode acontecer também

com homens, embora seja rara exceção, sobretudo em relacionamentos heterossexuais.

Com base nos estudos pode-se concluir que qualquer pessoa e qualquer relacionamento podem vir a serem vítima desse compartilhamento não autorizado de cenas íntimas. Ainda assim, denotou-se que isso acontece com uma frequência maior entre ex-casais após término de relacionamentos amorosos. A vingança pelo término do relacionamento aparece como a motivação dos vazamentos, tendo majoritariamente homens como agressores e mulheres como vítimas.

Os materiais utilizados na *revenge porn* costumam nascer de conteúdos sexuais e íntimos enviados pelas próprias vítimas, como ato de boa-fé no desenvolvimento do relacionamento afeto-sexual. Em outros casos, são obtidos com o seu consentimento pelos agressores, não necessariamente de forma premeditada. Mais raro são os casos de obtenção forçada ou oculta, hipótese onde há dupla ilicitude: na obtenção e na posterior divulgação não consentida.

Na segunda parte analisaram-se as decisões da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca da pornografia de vingança e verificou-se os tipos de danos reconhecidos e valores indenizatórios dados por este tribunal. Analisaram-se 31 decisões, lançadas entre 2017 e 2020, específicas sobre a pornografia de vingança.

Em 80% os casos foram procedentes e 20% foram improcedentes. Das 25 procedências, as mulheres foram vítimas dessa violência em 23 dos 25 casos, isto é, o sexo feminino foi vítima em 92% dos casos e agressora em apenas 8%. Em sentido oposto, homens foram agressores em 92% das decisões procedentes.

Sobre as lesões, o principal e majoritário prejuízo reconhecido foi o dano moral. Quanto aos valores, chegou-se à conclusão que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul concedeu as vítimas em casos de pornografia de vingança nos anos de 2017 a 2020 o valor indenizatório total de R\$269.000,00 (duzentos e sessenta e nove mil reais) em danos morais. O valor mais baixo foi de R\$ 2 mil (dois mil reais) e o mais alto de R\$ 30 mil (trinta mil reais). Por fim, sobre o “preço da pornografia da vingança”, viu-se que, cada vítima recebeu, em média, o valor de R\$10.760,00 (dez mil e setecentos e sessenta reais) de indenização, sendo tal número a resposta.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Ismael Junior Murbach; SANDER, Annelise Cristine Emidio. Revenge Porn: Brasil e Estados Unidos, diferentes sistemas jurídicos, o mesmo problema: a falta de tutela. In: **Direito Civil Contemporâneo II**. Florianópolis, Conpedi, 2015, pp. 44-74.

BOLESINA, Iuri. **Danos**: um guia sobre a tipologia dos danos em responsabilidade civil. Porto Alegre: Fi, 2020. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_b11b5d5daba242b490f3785d0b28ca32.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. **Diário Oficial da União**: Seção 1, p. 15033, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 10 dez 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1679465/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. **DJe do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 19 mar. 2018a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp1679465-sp-2016-0204216-5>. Acesso em: 15 out 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70078417276. Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Julgado em 27 de setembro de 2018c. **DJe do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Brasília, DF, 26 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado de Ação Indenizatória n. 7100765181. Relator: Ana Cláudia Cachapuz Silva Raabe. Julgado em 20 de junho de 2018b. **DJe do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=71007651581&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 10 mar 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado n. 71007527641. Relator: Sílvia Maria Pires Tedesco. Julgado em 29 de março de 2019. **DJe do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Brasília, DF, 03 abr. 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas->

[solr/?aba=jurisprudencia&q=71007527641&conteudo_busca=ementa_completa](#). Acesso em: 15 mar 2021.

CARVALHO, Renata da Silva. Crimes Digitais. **Dom total**, 2019. Disponível em: <https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29709/crimes-digitais>. Acesso em: 27 de out. 2020.

CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete. Responsabilidade civil para violação à imagem nas mídias sociais. **Revista Intellectus**, ano 9, n. 24, p. 48-65, 2016.

CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. CRIMINALIZING REVENGE PORN. **Wake Forest Law Review**, Winston-Salem, v. 39, p. 345-391, 2014.

CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. **End Revenge porn**: a campaign of the cyber civil rights initiative, inc. 2013. Disponível em: <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>. Acesso em: 05 May 2021.

FRANÇA, Leandro Ayres. Projeto vazou: uma pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas. **Canal ciências criminais**. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/577911045/projeto-vazou-uma-pesquisa-sobre-o-vazamento-nao-consentido-de-imagens-intimas>>. Acesso em: 08 de dez 2020.

FRANKS, Mary Anne. **Drafting an effective “revenge porn” law**. A guide for legislations. **SSRN**, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468823. Acesso em: 05 maio 2021.

OLIVEIRA, Camilla Pricilliany Alves. **Pornografia de vingança**: as inovações trazidas pelas leis 13.718 e 13.722 à Lei Maria da Penha e os seus reflexos na persecução penal. Jus.com.br. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/78711/pornografia-de-vinganca-as-inovacoes-trazidas-pelas-leis-13-718-e-13-772-2018-a-lei-maria-da-penha-e-os-seus-reflexos-na-persecucao-penal/2>. Acesso em: 10 dez 2020.

PALAGE, Maria Alice Lodi. A auto percepção dos fenômenos do sexting e do reveng porn pelos alunos da Imed – Passo Fundo. In: BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia; FORTES, Vinícius Borges. **DIREITO, DEMOCRACIA E TECNOLOGIAS**. Erechim-RS: Editora Deviant LTDA. 2019.

ROCHA, Renata de Lima Machado; PEDRINHA Roberta Duboc; OLIVEIRA Maria Helena Barros de. O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro. **Scielo Brasil**. 2019. Disponível em: www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-11042019000800178&script=sci_arttext. Acesso em: 25 nov 2020.

SIBILIA, Paula. **O show do eu**: a intimidade como espetáculo. 2. ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 2016.

SILVA, João Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 1996.

SOUZA, Manuela Gatto de Santa Rita. A Pornografia de Vingança como espécie de Violência de Gênero na Nova Sociedade Digital. Revista Húmus, vol. 10, num. 28, 2020, pp. 181-201.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Exposição pornográfica não consentida na internet**: da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SISTEMA DE PATENTES E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL: UMA ABORDAGEM SOB A ÓTICA DA SUSTENTABILIDADE E DAS TECNOLOGIAS VERDES

PATENT SYSTEM AND SOCIAL FUNCTION OF INDUSTRIAL PROPERTY: AN APPROACH FROM THE VIEW OF SUSTAINABILITY AND GREEN TECHNOLOGIES

SISTEMA DE PATENTES Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: UN ENFOQUE DESDE LA PERSPECTIVA DE SUSTENTABILIDAD Y TECNOLOGÍAS VERDES

João Pedro do Nascimento Costenaro¹

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar, à luz da busca por um desenvolvimento sustentável, em que medida as tecnologias verdes se constituem como catalisadores para a efetivação da função social da propriedade industrial. Para responder a este problema de pesquisa restou empregado o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma análise geral, através das normas aplicáveis ao tema da propriedade industrial, para uma análise específica, no tocante à utilização das tecnologias verdes. Por sua vez, o método de procedimento empregado na elaboração da pesquisa foi o bibliográfico, visto que se buscou em trabalhos científicos e documentos oficiais, conceitos, reflexões e dados atinentes à temática. Ademais, restaram elaboradas resenhas e fichamentos como técnicas de pesquisa, objetivando a organização das informações obtidas com a pesquisa bibliográfica com o intuito de serem analisadas no decorrer do presente trabalho. Primeiramente, colacionou-se conceitos introdutórios acerca da propriedade industrial, especialmente relacionados à sua função social e das formas de proteção nacional dos direitos dela decorrentes. Após, verificou-se as possíveis interseções entre a sustentabilidade e o desenvolvimento tecnológico sustentável, utilizando-se as tecnologias verdes como objeto de estudo. Concluiu-se que as tecnologias verdes colaboram para o cumprimento da função social da propriedade industrial e para a ocorrência plena do desenvolvimento sustentável.

¹ Pós-Graduando em Direito Constitucional (CEI). Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). E-mail: jpcostenaro1@hotmail.com.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Função Social; Patentes; Sustentabilidade; Tecnologias Verdes.

ABSTRACT

The present work sought to analyze, in the light of the search for sustainable development, to what extent the green technologies constitutes catalyst for the realization of the social function of industrial property. To respond to this problem of investigation, the deductive approach has been used, based on a general analysis, through the principles and norms applicable to the industrial property issue, for a specific analysis, regarding the use of green technologies. In turn, the method of procedure used was the bibliography, since it has been sought in scientific papers and official documents, concepts, reflections and data about the topic. In addition, reviews and records were prepared as research techniques, aiming to organize the information obtained from the bibliographic research in order to be analyzed in the course of this work. First, it was sought introductory concepts about the industrial property, especially related to its social function, and the forms of (inter)national protection of its rights. After, it was discussed the possible intersections between the sustainability and sustainable technological development, using green technologies as the object of study. It was concluded that green technology patents contribute to the fulfillment of the social function of industrial property and collaborate for the full development of sustainable development.

Keywords: Development; Green Technologies; Patents; Social Function; Sustainability.

RESUMEN

El presente trabajo buscó analizar, a la luz de la búsqueda del desarrollo sostenible, en qué medida las tecnologías verdes son un catalizador para la realización de la función social de la propiedad industrial. Para dar respuesta a este problema de investigación se utilizó el método del enfoque deductivo, partiendo de un análisis general, pasando por los principios y normas aplicables al tema de la propiedad industrial, hasta un análisis específico, en relación al uso de tecnologías verdes. A su vez, el método de procedimiento utilizado en la elaboración de la investigación fue el bibliográfico, ya que se buscó en trabajos científicos y documentos oficiales, conceptos, reflexiones y datos relacionados con el tema. Además, se elaboraron reseñas y registros como técnicas de investigación, con el objetivo de organizar la información obtenida de la investigación bibliográfica para ser analizada en el transcurso de este trabajo. En primer lugar, se recopilaron conceptos introductorios sobre la propiedad industrial, especialmente relacionados con su función social, y las formas de protección (inter) nacional de los derechos que de ella se derivan. Posteriormente, se verificaron posibles intersecciones entre la sustentabilidad y el desarrollo tecnológico sostenible, utilizando tecnologías verdes como objeto de estudio. Se concluyó que las patentes de tecnologías verdes colaboran para

cumplir la función social de la propiedad industrial y colaboran para la plena ocurrencia del desarrollo sostenible.

Palabras clave: Desarrollo; Función Social, Patentes, Sustentabilidad; Tecnologías verdes.

Data de submissão: 27/07/2021

Data de aceite: 22/11/2021

1 INTRODUÇÃO

Em um cenário de globalização, a cada momento surgem demandas por novos produtos e serviços visando atender às necessidades criadas como consequência de tal processo. Então, com o objetivo de assegurar posições mais vantajosas, as empresas aprimoram seus produtos mediante o investimento em tecnologias e no desenvolvimento de novos produtos. Todavia, para que estas invistam é necessário que tenham segurança ao comercializarem seus produtos para os demais países; esta segurança, por sua vez, é obtida por meio dos instrumentos de proteção à propriedade industrial.

Tais instrumentos guardam relação intrínseca com o tema do desenvolvimento sustentável e com o contexto socioeconômico no qual se situam os países com economias em desenvolvimento.

Nesse sentido, a sociedade deve tomar conhecimento da posição vital que a propriedade industrial ocupa nas relações comerciais no mundo contemporâneo, especialmente em países do sul global, dada a influência que aquela possui nos rumos da economia de um país e, conseqüentemente, na vida das populações nacionais.

Com o intuito de usufruir dos direitos concedidos pelos instrumentos de proteção à propriedade industrial, a tecnologia ou produto protegido deverá cumprir sua função social, qual seja, atender aos interesses sociais e trazer desenvolvimento tecnológico e econômico ao país. Porém, atualmente, o

cumprimento da função social da propriedade industrial também se encontra intrínseco aos impactos que tal tecnologia causará no meio ambiente.

Assim, as tecnologias verdes despontam no novo contexto apresentado às empresas e indústrias, dada à conscientização destas e do público consumidor global à necessidade de proteção das gerações atuais e futuras, mediante o uso sustentável dos recursos naturais, na busca pelo desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, questiona-se: no contexto da busca por um desenvolvimento sustentável, em que medida as tecnologias verdes se constituem como catalisadores para a efetivação da função social da propriedade industrial?

No primeiro tópico será discorrido acerca das multifacetadas apresentadas pela função social da propriedade industrial e no segundo tópico serão analisados os investimentos em tecnologias verdes, seu papel no desenvolvimento sustentável e de que maneira elas podem contribuir para o cumprimento da função social da propriedade industrial.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Na seara nacional, a propriedade intelectual se caracteriza como o gênero, o qual se subdivide, principalmente, em direitos do autor e direitos da propriedade industrial. O ordenamento jurídico pátrio regula tais institutos em duas leis, quais sejam, a Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610 de 1998) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279 de 1996). Tais leis retiram sua validade diretamente da Constituição Federal de 1988, que garante no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, o direito dos autores de obras e, no inciso XXIX, o direito dos autores de inventos industriais.

Nessa esteira, cabe ressaltar que as patentes industriais, as quais são instrumentos de proteção à propriedade industrial, dependem de concessão pela autarquia competente, no caso brasileiro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Na seara constitucional, os direitos de tutela da propriedade industrial restam previstos no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal de 1988, juntamente com o princípio da temporariedade, visto que "[...] a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização [...]". Dessa forma, tal princípio dispõe que.

[...] a concessão da patente e a conseqüente proteção da criação humana não perdurará indefinidamente, como ocorre, por exemplo, com a propriedade material que se encontra regida pelo princípio da perpetuidade. Trata-se de uma proteção conferida por um período certo e determinado ou determinável [...]. (RAMOS, 2016, p. 71).

Portanto, a propriedade industrial configura um direito fundamental previsto na Constituição Federal e normatizado pela Lei de 9.279/96, restando protegida por diversos instrumentos nacionais. Todavia, em um mundo cada vez mais globalizado, com o surgimento de novos produtos e serviços de forma cada vez mais dinâmica, as formas de tutela devem, também, ocorrer na seara internacional, sem se olvidar da necessidade do cumprimento da sua função social, prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXIX, qual seja, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

O entendimento pleno do significado da expressão “função social da propriedade industrial” requer a análise individual dos termos que a compõe. Primeiramente, “função”, segundo Portell (2006, p. 169), significa “[...] algo estático e significa a ação natural e própria de qualquer coisa [...]”. De seu lado, “social”, para a mesma, traduz-se como “[...] adjetivo que diz respeito a uma sociedade, às manifestações decorrentes das relações humanas [...]”.

Percebe-se, com isso, que as disposições constitucionais sobre o tema, previstas no artigo 5º, inciso XXIX, determinam que a propriedade deverá cumprir sua função social. Dessa forma, ocorre a quebra do paradigma individualista da propriedade privada, no qual o proprietário tem poderes absolutos sobre seus bens e pode usufruí-los da maneira que mais lhe aprouver.

O cumprimento da real função da propriedade traz em seu âmbito o uso desta em favor tanto do indivíduo que a detenha quanto dos demais indivíduos

- ou seja, da sociedade em geral - e, conseqüentemente, a partir desta conjunção a função da propriedade restará cumprida.

Outrossim, a função social da propriedade constitui verdadeiro alicerce constitucional referente às disposições que versam sobre o direito de propriedade, firmando-se em duas concepções do ser humano, individual e coletivista (PORTEL, 2006), as quais devem ser harmonizadas a fim de cumprir o metaprincípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, o atual cenário de tutela da propriedade industrial demonstra-se problemático, no sentido de apresentar desigualdades entre países com economias desenvolvidas e aqueles com economias em desenvolvimento. Assim, os países com economias desenvolvidas são os que mais possuem criações protegidas por patentes e, conseqüentemente, buscam uma maior rigidez no sistema patentário. Por sua vez, os países com economias em desenvolvimento sofrem com tratados desfavoráveis a seus interesses, os quais são impostos mediante pressão dos países com supremacia econômica.

Devido a isto, percebe-se um desequilíbrio nas balanças comerciais, pois os países com economias em desenvolvimento dependem de tecnologias advindas dos países com economias plenamente desenvolvidas e estes objetivam a consecução de novos instrumentos internacionais favoráveis a seus interesses.

Portanto, o exercício dos direitos de propriedade industrial deve ocorrer de forma sustentável, com respeito aos direitos da sociobiodiversidade, de forma de perfazer sua função social. Nesse sentido, as tecnologias verdes, surgem como uma forma de respeito tanto aos direitos de propriedade industrial quanto à busca pelo desenvolvimento social.

3 A UTILIZAÇÃO DAS TECNOLOGIAS VERDES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A correlação entre propriedade intelectual e meio ambiente restou estabelecida em 2003, no intitulado "Green Intellectual Property Project (GIP)",

desenvolvido em Genebra. Este projeto buscou demonstrar que as patentes verdes são o Norte para a integração equilibrada entre crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, visando a redução do impacto ambiental mediante seu controle (SOUZA, 2019). Importante frisar que o crescimento econômico não impede a proteção ambiental e vice-versa, ou seja, resta plenamente possível o desenvolvimento econômico sustentável.

Embora os países com economias desenvolvidas sejam, em grande parte, responsáveis pela atual situação ambiental, dado seu modelo de desenvolvimento predatório, inexistente uma "permissão para poluir" para os países com economias em desenvolvimento, tendo em vista que.

[...] o crescimento econômico se deu, até então, através do uso intensivo de recursos naturais e, portanto, os países hoje desenvolvidos teriam grande parcela de responsabilidade sobre a atual condição ambiental. Países em desenvolvimento usam este argumento para desqualificar as solicitações que lhes são feitas a fim de controlar o crescimento e frear o uso de recursos naturais [...]. (TOLEDO; CAMPOS, 2018, p. 151-152).

Com efeito, compreendeu-se que as questões ambientais postas em discussão derivavam do modo de vida não equilibrado adotado pela população global, a exemplo da utilização desmedida dos recursos naturais para fabricação de novas mercadorias (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016).

Nesse sentido, a utilização dos instrumentos de proteção da propriedade industrial para a ocorrência de um desenvolvimento sustentável demonstra uma vital importância, pois a correta utilização destes remete ao cumprimento de sua função social. Dessa forma, o incentivo à proteção de tecnologias verdes, proporciona mais que o monopólio da fabricação ao seu inventor, trazendo benefícios a toda sociedade global que utilizarão um produto ambientalmente, socialmente e economicamente sustentável. Isso ocorre, pois.

[...] a Propriedade Industrial exerce forte influência sobre o encorajamento de investimentos em novas tecnologias, além de estimular o desenvolvimento econômico de uma nação. Essa intervenção da ONU visou tão somente incentivar planos de desenvolvimento estratégico nas nações ao redor do planeta, os quais deveriam ser empreendidos ampla e difusamente e convertidos

em ações de avaliação de riscos, minimização de vulnerabilidades e maximização de oportunidades de desenvolvimento sustentável, por meio de incentivos às tecnologias 'verdes' [...]. (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016, p. 22).

Segundo Silva e Silva, as patentes verdes têm como objetivo a promoção de "[...] uma sustentabilidade principalmente ambiental, fazendo assim uma menor deterioração do meio ambiente mediante a promoção de medidas que ampliem a sustentabilidade [...]" (SILVA; SILVA, 2016, p. 158).

Assim, a utilização das patentes verdes para a proteção de inventos sustentáveis, vai ao encontro do cumprimento da função social da propriedade industrial, visto que utilizam recursos de maneira sustentável, com a reciclagem dos resíduos produzidos, redução do nível de poluentes, e do correto descarte dos produtos já utilizados (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016, p. 20). Isto tudo contribui para o alcance do desenvolvimento sustentável.

As empresas e indústrias buscam, cada vez mais, o desenvolvimento de produtos sustentáveis. Segundo Macedo "[...] é possível verificar que existe uma forte tendência em priorizar Pesquisa e Desenvolvimento [P&D] na direção de tecnologias que contribuem para conferir maior recurso natural, qualidade de energia e segurança de fornecimento [...]" (MACEDO, 2003, p. 02). As tecnologias que dão origem a tais produtos são denominadas "tecnologias ambientalmente amigáveis", as quais se caracterizam por ser.

[...] tecnologias que protegem o meio ambiente, que são menos poluentes, que usam todos os recursos de uma forma mais sustentável, reciclam mais seus resíduos e produtos e, além disso, tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável do que as tecnologias que vieram substituir [...]. (REIS; OSAWA; MARTINEZ 2013, p. 02).

No Brasil, o projeto que deu início ao programa de patentes verdes foi desenvolvido pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, através do INPI, baseado no estabelecimento de novas formas de resolução de problemas ambientais por meio de tecnologias limpas, resultantes de estudos desenvolvidos no âmbito da Conferência Rio-92 (SOUZA; RABÊLO, 2015).

Atualmente, o tema encontra-se regulado pela Resolução INPI nº 283/2012, atualizada para a Resolução INPI nº 175/2016, o qual conceitua o instrumento das patentes verdes em seu artigo 2º. Segundo o Relatório, patentes verdes são.

[...] os pedidos de patentes com foco em tecnologias ambientalmente amigáveis ou ditas tecnologias verdes, sendo tais tecnologias dispostas e apresentadas em um inventário publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI - excluindo as áreas: a) administrativas, regulamentadoras ou aspectos de design; e, b) geração de energia nuclear [...]. (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2012)

Ademais, esse relatório estabelece que a patente verde poderá ser requerida "[...] quando o produto ou processo produtivo é desempenhado com cuidados ambientais específicos que comprovados e constantes da documentação, são analisados pelo INPI e recebem o selo [...]" (TOLEDO; CAMPOS, 2018, p. 147). Não obstante, existem incentivos para invenções relacionadas às categorias de: energias alternativas; transporte; conservação de energia; gerenciamento de resíduos e agricultura sustentável (SOUZA; RAMALHO, 2019, p. 218).

Ainda, demonstra-se como uma forma de conceder efetividade às políticas públicas relativas ao combate às mudanças climáticas, instituídas pela Lei nº 12.187/2009, a qual dispõe acerca da Política Nacional sobre Mudança do Clima (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016, p. 20).

Entre os incentivos na busca da proteção de determinada tecnologia verde, ressalta-se a possibilidade da realização do exame prioritário (SOUZA; RAMALHO, 2019, p. 218) dos pedidos relacionados às categorias citadas anteriormente. Este incentivo é extremamente importante, visto que segundo o Relatório de Atividade do INPI de 2018, embora o *backlog* de patentes tenha sido reduzido em 8% comparado com os dados de 2017, o tempo médio de concessão é de, aproximadamente, 10 anos (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2018).

Porém, para as tecnologias verdes, o prazo estipulado para a concessão dos pedidos é de 9 meses, pois estão situadas na categoria de *fast track*

(SOUZA; RABÊLO, 2015), ou seja, o período de sigilo de 18 meses - aplicado às patentes convencionais - resta não aplicado (SOUZA; RAMALHO, 2019). Ainda, os titulares de tecnologias limpas possuem um custo mais baixo ao realizar o depósito destes, pois não há a obrigatoriedade do pedido de exame (SOUZA; RABÊLO, 2015), necessários para os depósitos convencionais.

Nesse sentido, discorre-se acerca da expressão "*shared value*", importante conceito aplicado ao tema, a qual se refere ao valor compartilhado representado pela "[...] criação de valor econômico a partir da criação de valor para a sociedade através do 'lucro correto', ou seja, o lucro advindo de ações que adicionam benefícios sociais [...]". (PORTER; KRAMER, 2011, p. 148)

Dessa forma, empresas que realizam investimentos em sustentáveis - a exemplo das tecnologias verdes - colaboram para a criação de *shared value* e, conjuntamente, aumentam seus lucros. Assim, o programa das patentes verdes permite que as inovações sustentáveis criem valor para as empresas ao mesmo tempo que criam valor para a sociedade.

Nesse contexto surge a inovação ecológica, também denominada de ecoinovação, a qual é uma derivação da inovação convencional, porém com foco na sustentabilidade (SOUZA; RABÊLO, 2015).

Isto ocorre, pois a necessidade de adequação ao novo contexto global de preservação do meio ambiente se origina da pressão social pelo reconhecimento da responsabilidade ambiental das empresas, mediante a pesquisa de tecnologias limpas e o desenvolvimento de materiais sustentáveis. Como exemplo tem-se o Econyl - tecido fabricado mediante a utilização de 100% dos resíduos das redes de pesca feitas de nylon e o Recyclon - tecido fabricado a partir de garrafas pet recicladas.

Logo, os produtos e tecnologias sustentáveis, protegidos por meio do instrumento das patentes verdes, colaboram para o desenvolvimento sustentável, apresentando-se como alternativa para as mercadorias produzidas em desacordo com padrões sustentáveis, as quais circulam, atualmente, no mercado internacional.

Importante frisar que o instrumento das patentes apresenta tanto possibilidades quanto limites ao desenvolvimento sustentável, dependendo da sua utilização, uma vez que as tecnologias empregadas nem sempre atentam para a correta utilização dos recursos naturais e os impactos ambientais que as mesmas causam (TOLEDO; CAMPOS, 2018, p. 151). Assim, ressalta-se a importância dos incentivos para a utilização de tecnologias limpas - protegidas por patentes verdes - a exemplo da celeridade no processo de concessão da carta-patente, configurando, então, o papel do Estado como indutor do desenvolvimento.

A título de contrapartida, o fomento daecoinovação promove oportunidades para as empresas destacarem-se perante o público consumidor, com o incremento no seu lucro, dada a propagação e valoração de sua marca e produtos, além de reduzir os custos na produção destes (SOUZA; RABÊLO, 2015). Nesse sentido, tem-se o emprego do selo ISO 14001:2015 nos produtos fabricados de acordo com padrões sustentáveis; esse selo incorpora além de questões estratégicas, a preocupação com a cadeia de valor e ciclo de vida.

Com efeito, o debate acerca das patentes verdes coloca o país no cerne da responsabilidade perante as atuais e futuras gerações (SOUZA; RABÊLO, 2015), comprometendo-se com a manutenção ou recuperação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A efetividade do programa de patentes verdes no Brasil foi demonstrada por Teixeira, de forma que, entre 2014 e 2016, “[...] o tempo de processamento (tempo entre a solicitação de entrada no Programa Piloto Patentes Verdes e o deferimento do pedido) variou entre um, dois e três anos, prevalecendo, dentre eles, o período de dois anos [...]”. (TEIXEIRA, 2017, p. 83).

Resta imperioso afirmar, a título de comparação, que o tempo médio para aprovação de uma patente convencional, ou seja, não verde, é de, aproximadamente, 7 anos. (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2021).

Percebe-se, assim, uma redução no tempo de obtenção da carta-patente das tecnologias verdes, em comparação com as patentes convencionais. A

partir deste incentivo, o apoio às tecnologias ambientalmente amigáveis (EST's) tende a aumentar e, conseqüentemente, empresas se sintam mais encorajadas a produzir tecnologias e produtos sustentáveis, tendo em vista a celeridade no procedimento de obtenção de patentes. (SOUZA; RAMALHO, 2019).

As áreas química e metalúrgica estão entre as áreas que mais detêm patentes verdes (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016), especialmente nas subáreas de óleos vegetais, tratamento de água e esgoto e bioquímica. Isto pois,

[...] a indústria química participa ativamente de quase todas as cadeias produtivas e complexos industriais, inclusive serviços e agricultura, desempenhando um papel de destaque no desenvolvimento das diversas atividades econômicas do mundo. Ou seja, a indústria química desempenha relevante papel na economia, além dos inegáveis benefícios oriundos da prática química na saúde e agricultura [...]. (FARIAS; FAVARO, 2011, p. 1089).

Não obstante, a área da agricultura também desponta como importante segmento de patentes verdes, pois é considerada uma área que gera grande impacto ambiental, haja vista a necessidade de utilização intensiva da água e o risco de poluição derivado do uso excessivo de agrotóxicos. Logo, deve-se buscar soluções alternativas para a manutenção da produção de alimentos, porém adotando precauções para não degradar o meio ambiente.

Com efeito, as tecnologias verdes relacionadas à área se centram principalmente em inventos relacionados ao melhoramento do solo, a exemplo dos fertilizantes orgânicos derivados de resíduos, pesticidas alternativos e técnicas naturais de reflorestamento (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016). O Brasil exsurge nesta categoria de patentes verdes devido à condição de ser um dos maiores exportadores de produtos derivados de atividades agrícolas e pecuárias, ou seja, atividades que dependem do uso sustentável do solo.

Entre as tecnologias verdes passíveis de exportação estão as energias alternativas, a exemplo dos biocombustíveis e o aproveitamento de energia a partir dos resíduos derivados de atividades humanas, assim como a produção

e comercialização de veículos híbridos, elétricos e as estações de carregamento destes (SOUZA; RABÊLO, 2015).

Portanto, as patentes permitem que seu titular usufrua a exploração comercial de sua invenção, obtendo lucro para sua indústria ou empresa e, conseqüentemente, assegurando investimentos e futuras pesquisas. Todavia, a patente também garante uma contrapartida para a sociedade, mediante o cumprimento da sua função social com a promoção do desenvolvimento, pois esta resta disponível em bancos de dados de livre acesso para consulta, constituindo, assim, grandes repositórios de conhecimento tecnológico (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016).

Nesse diapasão, o programa brasileiro de patentes verdes observa uma tendência internacional - originada com a edição do Relatório Brundtland - ao dar prioridade à análise das tecnologias verdes. Com isso, as novas tecnologias limpas estarão disponíveis no mercado em menor tempo que o usual, dessa forma motivando a concorrência ao desenvolvimento de outras tecnologias igualmente sustentáveis para fazer frente aos concorrentes. (MENEZES; SANTOS; BORTOLI, 2016).

Percebe-se, segundo a análise das áreas que obtêm a concessão de patentes verdes, a modulação do mercado à crescente demanda por produtos e tecnologias sustentáveis, ambientalmente equilibradas, socialmente justas e economicamente viáveis. Não obstante, o valor social das patentes verdes também é observado no momento em que se permite a possibilidade das demais empresas utilizarem essa tecnologia para promover o bem estar ambiental.

Por conseguinte, as empresas, com a adoção e comercialização de tecnologias verdes, obtêm seu valor perante o mercado nacional e internacional, pois aumentam seus índices de inovação usufruindo, por exemplo, da celeridade na obtenção da carta-patente decorrente do incentivo concedido pelo programa (TOLEDO. CAMPOS, 2018). Ressalta-se que não é necessário acabar com o a cultura do consumo, mas sim com o consumo desequilibrado e predatório. Para isso se sugere o consumo de produtos cujo

modo de produção ocorreu de forma sustentável, atestado pela concessão de uma patente verde.

4 CONCLUSÃO

Conforme o exposto no decorrer do trabalho, as tecnologias e produtos objetos de patenteamento - com o intuito de cumprir as multifacetadas relacionadas ao cumprimento da função social - devem contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Nesse cenário surgem as tecnologias limpas utilizadas em produtos e serviços, as quais resultam do emprego da inovação tecnológica na redução dos impactos ambientais, seja na reciclagem dos resíduos produzidos, seja na utilização consciente dos recursos naturais empregados durante sua fabricação. Dessa forma, resta a compreensão que o crescimento econômico não impede a proteção ambiental, restando plenamente possível o desenvolvimento econômico sustentável.

Com efeito, as tecnologias verdes se constituem como a principal forma de proteção destas invenções e trazem benefícios à sociedade mediante a promoção do desenvolvimento ambiental, social e economicamente sustentável, efetivando, portanto, a função social da propriedade industrial. As empresas que investem em tecnologias verdes acrescentam valor a sua marca e aos seus produtos, tornando-se reconhecidas por práticas sustentáveis e pela comercialização de tecnologias e produtos que as observem.

Assim, a criação do programa de patentes verdes, permite que, com a adesão dos interessados, as inovações sustentáveis criem valor para as empresas ao mesmo tempo que geram valor para a sociedade. Isto ocorre, pois esta terá a possibilidade de continuar usufruindo de mercadorias que utilizam tecnologias de ponta e, concomitantemente, auxiliará na preservação ambiental, mediante a substituição das mercadorias produzidas em desacordo com padrões sustentáveis.

Portanto, as tecnologias verdes contribuem para a efetivação da função social da propriedade industrial, mediante a observação dos direitos da sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Matheus Ferreira. O tratamento jurídico da propriedade industrial brasileira no contexto internacional. **Juris Plenum Ouro**, Florianópolis, n. 25, p. 13, 2012. p. 13. Disponível em:

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_tratamento_juridico_da_propriedade_industrial_brasileira_no_contexto_internacional.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021.

FARIAS, Luciana A.; FAVARO, Déborah I. T. Vinte anos de química verde: conquistas e desafios. **Química Nova**, São Paulo, v. 34, n. 6, 2011. DOI 10.1590/S0100-40422011000600030. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422011000600030&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 13 jul. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. **Indicadores tempo de decisão técnica e número de decisões**. Brasília, DF: INPI, 2021.

Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/relatorios/gerenciais/TempoDecisao_AgoOut_2021.pdf. Acesso em: 14 de nov. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. **Relatório de atividades INPI**: 2018. Brasília, DF: INPI, 2018. Disponível em:

<http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/relatorio-de-atividades-inpi-2018.pdf>. Acesso em: 09 de jul. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. **Resolução INPI 283/2012**. Disciplina o exame prioritário de pedidos de Patentes Verdes, no âmbito do INPI, os procedimentos relativos ao Programa Piloto relacionado ao tema e dá outras providências. Brasília, DF: INPI, 2012. Disponível em:

http://ld2.ldsoft.com.br/siteld/arg_avisos/Comunicados_Patentes1_RPI_2154.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

JUNGMANN, Diana de Mello. **A caminho da inovação**: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário. Brasília, DF, 2010. Disponível em:

http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/guia_empresa_iel-senai-e-inpi.pdf. Acesso em: 09 de jul. 2021.

MACEDO, Isaias. **Estado da arte e tendências tecnológicas para energia**. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Brasília, DF: 2003. Disponível em: https://www.cgее.org.br/documents/10195/734063/estudo_estado_arte_tendencias_1013.pdf/1ab33c89-7bcb-4576-85cc-4e145e8d50ce?version=1.0. Acesso em: 11 jul. 2021.

MENEZES, Cláudia Cardinale Nunes; SANTOS, Sérgio Menezes dos; BORTOLI, Robélius de. Mapeamento de tecnologias ambientais: um estudo sobre Patentes verdes no Brasil. **Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade – GeAS**, v. 5, n. 2, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.revistageas.org.br/ojs/index.php/geas/article/view/369>. Acesso em: 11 jul. 2021.

PORTELL, Ana Carolina Lamego Balbino. A função social e a propriedade industrial. **Revista de Direito da ADVOCEF**, ano II, n. 3, p. 164-198, ago. 06. Disponível em: <https://www.advocef.org.br/revista-de-direito/edicoes-publicadas/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

REIS, Patrícia Carvalho dos; OSAWA, Cibele Cristina; MARTINEZ, Maria Elisa Marciano. Programa das Patentes Verdes no Brasil: aliança verde entre o desenvolvimento tecnológico, crescimento econômico e a degradação ambiental. **Congresso Latinoibero-americano de gestão de tecnologia**, ALTEC. 2013. Disponível em: http://www.altec2013.org/programme_pdf/1518.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

SILVA, Marcos Vinicius Viana da; SILVA, José Everton da. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a necessidade de adoção transnacional de medidas para promoção das patentes verdes. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 152-170, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322630191_A_Organizacao_Mundial_da_Propriedade_Intelectual_e_a_Necessidade_de_Adocao_Transnacional_de_Medidas_para_Promocao_das_Patentes_Verdes. Acesso em: 11 jul. 2021.

SOUZA, Djeimella Ferreira de; RABÊLO, Oliven da Silva. Ecoinovação: uma análise através das patentes verdes no Brasil. **Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente (ENGEMA)**. 2015. Disponível em: <http://engemausp.submissao.com.br/17/anais/arquivos/250.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

SOUZA, Rachel Nogueira; RAMALHO, Paulo Roberto Azevedo Mayer. O papel da organização mundial da propriedade intelectual na proteção do equilíbrio ambiental: perspectivas para o estado brasileiro. **Publicações da Escola da AGU**. v. 11 n. 2, p. 207-221, 2019. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2527>. Acesso em: 11 jul. 2021.

TEIXEIRA, A. V. **Patentes Verdes**: tecnologias para o desenvolvimento sustentável. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Stricto Senso. Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo, 2017.

TOLEDO, Ana Grazielle Lourenço; CAMPOS, Leonardo Augusto de. Patentes Verdes e o setor de Fabricação de Abrasivos no Brasil: Discutindo o Potencial Estratégico do Programa à Luz do Shared Value. **Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade – GeAS**. v. 7, n. 1, p. 146-161, 2018.

Disponível em:

<http://www.revistageas.org.br/ojs/index.php/geas/article/view/313>. Acesso em: 15 jul. 2021.

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: POTENCIALIDADES E LIMITES
PARA O AFASTAMENTO DA CENTRALIDADE DA PRISÃO COMO ELEMENTO
DE POLÍTICA CRIMINAL**

*THE NON-PINAL PERSECUTION AGREEMENT: POTENTIALITIES AND LIMITS
FOR REMOVING THE CENTRALITY OF PRISON AS AN ELEMENT OF CRIMINAL
POLICY*

**EL ACUERDO DE PERSECUCIÓN NO PINAL: POTENCIALIDADES Y LÍMITES
PARA ELIMINAR LA CENTRALIDAD DE LA PRISIÓN COMO UN ELEMENTO DE
LA POLÍTICA PENAL**

Miguel Sávio Ávila da Rocha¹

Resumo: O artigo, partindo do programa de desencarceramento idealizado por Iñaki Rivera Beiras, bem como de construções desenvolvidas por renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, pretende verificar, no que se refere ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), suas potencialidades e limites para o afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal. Para tanto, através de pesquisa baseada essencialmente em análise bibliográfica e da legislação pátria, busca-se resposta à seguinte indagação: o ANPP atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas? Em resposta, constata-se que, apesar de ser possível inferir certos avanços do instituto em apreço, várias ainda são as limitações por ele apresentadas, fazendo com que não se mostre como verdadeira via ao afastamento da centralidade da prisão em nosso sistema penal.

Palavras-Chave: Acordo de Não Persecução Penal; Medidas Alternativas; Desencarceramento.

Abstract: The article, based on the extrication program devised by Iñaki Rivera Beiras, as well as constructions developed by renowned jurists such as Luigi Ferrajoli and Alessandro Baratta, intends to verify, with regard to the penal non-persecution agreement (ANPP), its potentialities and limits for moving away from the centrality of the prison as an element of criminal policy. Therefore, through research based essentially on bibliographic analysis and national legislation, an answer is sought to the following question: does ANPP respond, in the end, to what is supported by modern expropriating proposals? In response, it appears that, although it is possible to infer certain advances of the institute in question, there are still several limitations presented by it, making it not show as a true way to move away from the centrality of prison in our penal system.

Keywords: Non-Persecution Agreement; Alternative Measures; Extrication.

¹ Graduado em Ciências Jurídicas; Especialista em Direito Processual Civil; Analista/Apoio Direito do Ministério Público da União, Brasil.

Resumen: El artículo, basado en el programa de extracción ideado por Iñaki Rivera Beiras, así como en construcciones desarrolladas por reconocidos juristas como Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta, pretende verificar, en relación con el Acuerdo Penal de No Persecución (ANPP), sus potencialidades y límites para alejarse de la centralidad de la prisión como elemento de la política criminal. Por tanto, a través de una investigación basada fundamentalmente en el análisis bibliográfico y la legislación nacional, se busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿responde la ANPP, en definitiva, a lo que sustentan las modernas propuestas expropiatorias? En respuesta, parece que, si bien es posible inferir ciertos avances del instituto en cuestión, aún existen varias limitaciones que presenta el mismo, por lo que no se muestra como una verdadera forma de alejarse de la centralidad de la prisión en nuestro sistema penal.

Palabras clave: Acuerdo de no persecución; Medidas Alternativas; Liberación.

Data de submissão: 08/07/2021

Data de aceite: 27/09/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, trabalhando de forma minimamente verticalizada o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), recentemente introduzido em nosso diploma penal adjetivo, bem como trazendo ao estudo pontos relevantes do programa de desencarceramento idealizado por Iñaki Rivera Beiras, apoiado em construções desenvolvidas por renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, analisar as potencialidades e limitações relacionadas ao instituto em questão com vistas ao afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal.

Busca-se, assim, resposta à seguinte indagação: o ANPP atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas?

Sem pretensão de exaurimento do tema proposto e com base nas principais ideias do programa de desencarceramento de Beiras, transita-se pelos principais modelos penal-penitenciários que servem para demonstrar certa evolução em um caminhar direcionado à eliminação da prisão como forma de penalização e, imediatamente, contenção de entradas no sistema carcerário e redução drástica do quantitativo de penas.

Além de demonstrar que a prisão é uma instituição falida, dada a clara violação de direitos fundamentais verificada em tal ambiente, faz-se um breve desenvolvimento das medidas alternativas à prisão dentro do programa em questão, notadamente quanto à sua correta alocação, o que, mesmo sendo verificado no ANPP, não se apresenta suficiente para apontar o instituto como solução de problemas há muito enfrentados no sistema penitenciário brasileiro.

Pretende-se, dessa forma, demonstrar, acompanhado de algumas sugestões para melhoria do instituto e avanço na política de desencarceramento, que o ANPP não pode ser considerado verdadeira medida desencarceradora, na linha dos programas trazidos à análise.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A lei nº 13.964, sancionada em 24 de dezembro de 2019 e vigente a partir de 23 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2021), trouxe inúmeras mudanças no sistema de justiça criminal brasileiro, com atingimento de quase duas dezenas de leis, dentre elas o Código de Processo Penal (CPP).

Conforme Frischeisen (2021, p. 2-4), visando alcançar maior celeridade e eficiência às investigações, bem como desburocratizá-las, não esquecendo, ainda, da expansão da justiça consensual no Brasil, houve o advento do ANPP, instituto que, antes mesmo de contar com previsão expressa no diploma penal adjetivo, já era manejado com base no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal (CF), artigo 28 combinado com o artigo 3º do CPP e artigo 18 da Resolução nº 181/17, alterada pela Resolução nº 183/18, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Há de se registrar, na linha do consignado por Cunha (2020, p. 126-127), que esse ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, era alvo de severas críticas, principalmente pelo fato de violar os princípios da reserva legal e da obrigatoriedade da ação penal.

Em trabalho desenvolvido pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (2ªCCR/MPF), acima referenciado, Frischeisen (2021, p.

3) expõe que a adoção dos acordos penais, fora dos marcos de transação penal e colaboração premiada, estariam apoiados nas seguintes ideias:

- a) necessidade de superação do modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneant impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal;
- b) atual modelo ter se tornado economicamente inviável e inviabilizador dos parâmetros de justiça e eficiência na persecução penal;
- c) harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal; e
- d) princípio da oportunidade.

Feitas essas considerações, consoante previsto no artigo 28-A, *caput*, do CPP (BRASIL, 1941):

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

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

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

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

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

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

Em sequência, o § 2º do artigo 28-A traz hipóteses em que o ANPP não será aplicado, a saber:

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

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

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

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (BRASIL, 1941, Art. 28-A).

Mais à frente, algumas outras disposições merecem destaque, tais como aquelas constantes dos parágrafos 3º, 4º e 5º, as quais demonstram a preocupação do legislador direcionada: - à presença do investigado e seu defensor quando da formalização do ajuste; - à verificação pelo magistrado, para fins de homologação do acordo, da voluntariedade do investigado, por meio de sua oitiva, na presença do defensor; e - à consideração, pelo magistrado, de adequação, suficiência e legalidade das condições, tudo com a concordância do investigado e seu defensor, para que seja conferido trânsito ao ajuste.

Ainda, para os fins a que o presente estudo se propõe, vale apontar os parágrafos 7º, 8º, 10, 11 e 14, trazendo previsões no sentido: - de que o Juiz poderá recusar homologação à proposta que não atenda aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º, devolvendo os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia; - do descumprimento de condições estipuladas no acordo, o que poderá ocasionar sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia; - da possibilidade do descumprimento do acordo ser utilizado para obstaculizar o oferecimento de suspensão condicional do processo; e - da possibilidade de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, situação em que restará ao investigado tão somente requerer a remessa dos autos ao órgão superior na estrutura do Ministério Público.

Relevante apontar que o ANPP, na linha do enunciado 98 da 2ªCCR/MPF (BRASIL, [2020]), é cabível até o trânsito em julgado da ação penal, desde que preenchidos requisitos legais, no caso de processos em curso quando da entrada em vigor da lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2021).

Outrossim, cotejando o apontado por Souza Neto e Sarmiento (2016, p. 472), bem como por Barroso (2019, p. 512) aos ideais do ANPP, notadamente a orientação de intervenção mínima do sistema penal, tem-se que não poderia o instituto em questão ser afastado simplesmente por estarmos diante de um delito levado a efeito mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou outro requisito impeditivo nesse sentido.

Isso porque, seguindo ditos autores, se forem legítimos os fins perseguidos pelo Estado e os meios adotados aptos para contribuir ao atingimento de tais

desideratos, o ato, no caso a celebração do ANPP, mostrar-se-ia adequado, significando que a viabilidade do ajuste não poderia esbarrar em prévias e estanques proposições legais.

Não obstante essas considerações, fato é que o ANPP encontra óbices no que se refere à sua celebração em torno de infrações penais levadas a efeito mediante violência ou grave ameaça à pessoa, afora outros requisitos impeditivos que serão analisados.

3 O PROGRAMA DE DESENCARCERAMENTO IDEALIZADO POR BEIRAS

O jurista Iñaki Rivera Beiras, em sua célebre obra *Desencarceramento: Por uma Política de Redução da Prisão a Partir de um Garantismo Radical*, apresenta um ambicioso, mas não por isso irrealizável, programa de superação da prisão.

Enfatiza Beiras (2019, p. 33-70) que não se trata de um programa voltado a abolir o sistema penal como um todo, no sentido de que qualquer forma de penalização tenha de ser afastada, mas tão somente de provocar um pensamento crítico e providências direcionadas à superação da reclusão (do cárcere), a qual, de forma irremediável, está fadada ao insucesso, pois não observa os princípios da legalidade e da isonomia, bem como não alcança condições mínimas ao preso em termos de dignidade humana.

Sustenta Beiras (2019, p. 33-41) que pensar em uma redução da prisão, em um cenário de proeminência ainda central que o cárcere ocupa nos sistemas penais contemporâneos, constitui um exercício que requer uma prévia exposição do paradigma, também por ele chamado de modelo ou perspectiva, no qual se situem aqueles que propõem estratégias nessa direção, com esclarecimento de marcos teórico e político.

Depreende-se de suas exposições que ditos ‘modelos’ serviriam: para situar aquele que se propõe a apresentar estratégias de direitos; alcançar uma melhor implementação, eficácia e efetividade das estratégias propostas; verificar, em cada modelo, o que ainda vige; e, principalmente, compreender a evolução do programa proposto.

Nessa linha, Beiras trabalha os modelos de prisão terapêutica, de prisão eficiente, de prisão garantista, de prisão-guerra e da não-prisão, este consentâneo à ideia de abolicionismo (da prisão). Fato é que nenhum dos citados modelos se coadunam, integralmente, ao programa traçado por Beiras.

Discorre Beiras (2019, p. 33-41) que, na perspectiva terapêutica, busca-se a reintegração “através da prisão”, com base em ideais positivistas e correcionistas, utilizando a reabilitação como fundamento para justificar a reclusão. Já o paradigma da prisão eficiente peca em concentrar suas preocupações tão somente na gestão (eficiente) do sistema penitenciário e estabelecimentos, não dispensando qualquer esforço na direção da ressocialização ou, propriamente, da reabilitação do preso. O modelo de prisão garantista é criticado por estar baseado em crença (ingênua) na tutela de direitos do preso.

Continuando, os paradigmas de prisão-guerra e da não-prisão devem ser afastados, pois, o primeiro, concentra-se em uma política de prevenção especial negativa (inocuidade do preso), rotulando aquele que incide em um comportamento desviante como o outro, que não merece qualquer compreensão, e o segundo, apesar de adotar uma via de reabilitação fora da prisão, enfrenta problemas empíricos (aumento contínuo da população prisional) e de déficit teórico (localização de medidas alternativas apenas na fase de execução).

O jurista argentino registra (BEIRAS, 2019, p. 65-70) que o programa de desencarceramento, com redefinição do conceito de reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, a partir de princípios próprios de um garantismo radical, baseou-se em diversos materiais, instrumentos e experiências do qual participou, citando trabalhos desenvolvidos por Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli.

Quanto ao desenho elaborado por Baratta (1990, p. 2), sustenta o jurista, partindo de crítica ao modelo terapêutico e fazendo contraponto entre correntes realistas e idealistas, que, apesar do cárcere não servir à produção de efeitos úteis à ressocialização do condenado, mas, pelo contrário, impor condições negativas em relação a esta finalidade, a reintegração do condenado na sociedade não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada e reconstruída sobre base diversa.

Arremata o jurista e filósofo italiano, dizendo que a reintegração social do condenado não pode ser perseguida através da pena carcerária, mas ‘apesar’ dela, ou seja, fazendo menos negativas as condições que a vida no cárcere comporta em relação a esta finalidade, sendo o melhor cárcere aquele que não existe.

Vale rememorar, no ponto, o afirmado por Foucault (1975, p. 221):

A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]. A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos.

Para Ferrajoli (2016), a prisão seria uma contradição institucional, que deve ser minimizada ao extremo, a fim de superá-la.

Pontua o jurista florentino que o cárcere, sob muitos aspectos, equivale a uma contradição institucional. Uma instituição criada pela lei, mas onde se desenvolve o próprio governo das pessoas; um lugar confiado ao controle total do Estado, mas regido pela “lei do mais forte”; dirigida à custódia dos cidadãos, mas onde não se consegue garantir os direitos mais elementares; que gera vida artificial, produzida pelo direito, mas em seu interior vige o estado de natureza *hobbesiano*; máxima segurança externa convivendo com máxima insegurança interna; um lugar de expiação no qual, em linha de princípio, deveria realizar-se a máxima igualdade frente a lei e que, em seu lugar, manifesta a máxima discriminação classista, experimentada quase que exclusivamente por sujeitos mais fragilizados.

Conforme Ferrajoli, a reclusão mostra-se contrária ao critério de justificação das penas em geral como minimização de violência punitiva, ao modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente prevista em lei e, ainda, à dignidade humana e finalidade reeducativa da pena.

Necessário apontar que, embora a crítica garantista de Ferrajoli ao encarceramento possa vir a favorecer o instituto do ANPP, o italiano, ainda assim, não poupa críticas à justiça negocial como um todo, haja vista que poderia ela, de igual maneira, mostrar-se antigarantista.

Isso porque, segundo ele e outros juristas, o direito penal teria de atender a um duplo fim, quais sejam, prevenir a violência advinda do crime e, ao mesmo tempo, evitar a violência advinda das reações (penas) arbitrárias (PINHO, 2020).

Logo, para o garantismo penal, que tem como grande expoente Ferrajoli, mais importante do que evitar crimes, é evitar violências advindas do Estado, a exemplo de penas, procedimentos e, na temática em estudo, mecanismos que venham a se apresentar como arbitrários (advindos de requisitos e condições deles constantes), tais como aqueles de justiça negocial (contexto no qual está o ANPP).

Fato é que esse contraponto que se faz envolvendo a doutrina garantista, mais especificamente no que toca a mecanismos negociais, apenas reforça a ideia de que temos de atentar para armadilhas constantes do ANPP, as quais o afastariam da ideia de desencarceramento pretendida.

Retomando, para ilustrar os trabalhos desenvolvidos por Baratta e Ferrajoli, cita-se o caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 1969), com sentença proferida em 29/02/2016, onde foi citado o art. 5.2 da Convenção Americana de Direito Humanos, que dispõe: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (OEA, 1969, não paginado).

Segundo Paiva e Heemann (2017, p. 615), quanto ao caso citado, a Corte IDH reiterou seu entendimento de que o Estado se encontra numa posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade.

Ainda, sem destoar da posição dos mencionados juristas, Bitencourt (2013, p. 594) enfatiza a necessidade de aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, quando necessário, bem como de substituí-la, quando possível e recomendável, afirmando o descrédito da pena de prisão como forma quase exclusiva de controle social formalizado.

Tem-se, com isso, que o programa de Beiras, bem como as posições de outros tantos juristas visam, em síntese, a superação da prisão, reservando o cárcere, ao menos imediatamente, às situações mais graves, com redução drástica na quantidade das penas, sempre baseado em ideias como ‘menos prisão’ (e não melhorar a prisão), ‘apesar da prisão’ (e não através da prisão) e partindo de um garantismo radical.

4 ALOCAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Ponto alto do programa idealizado por Beiras, e quem sabe determinante para seu êxito, é a questão relacionada à correta alocação das medidas alternativas ao encarceramento, as quais, caso mal compreendidas ou posicionadas, poderão acabar desvirtuando a meta traçada e, com isso, reafirmando a centralidade da prisão.

No aspecto, conforme o exposto na já citada obra de Beiras, levanta-se indagação no sentido de como se poderia explicar que, exatamente na década de 1970, quando as primeiras medidas alternativas à prisão foram introduzidas em lei, a exemplo de países europeus como Itália, Alemanha e Espanha, as populações prisionais começaram a aumentar.

Em resposta, referenciando Valdés (1980, *apud* Beiras, 2019, p. 57-58), aponta-se que não se pode duvidar que no objetivo reformista penitenciário europeu dos anos setenta se acreditou, ainda que de forma mais explícita em alguns países do que outros, que a introdução dos chamados benefícios penitenciários em sede executiva deveria funcionar como mecanismos de liberação temporal da permanência da prisão, sendo qualificados como alternativas legais à privação de liberdade.

Continuando, destaca Beiras (2019, p. 59) que a percepção de que não há sentido em se perder tempo com debates e reflexões críticas relacionadas às medidas alternativas à prisão, instalada pelo fracasso na implementação de certas providências nas últimas décadas do século passado, não levou em consideração que o que tem sido (mal) chamado de 'alternativas à prisão' constitui um conjunto de discursos (opções legislativas e práticas implementadas) que, mais do que projetar alternativas à prisão, estabeleceu formas alternativas de cumprir uma pena que seguiu sendo privativa de liberdade.

Conforme Beiras (2019, p. 59), se examinarmos, por exemplo, as legislações penitenciárias italiana e espanhola, em suas primeiras formulações reformistas da década de setenta, veremos que não foram buscadas verdadeiras alternativas para serem aplicadas 'no lugar' da prisão, mas, no máximo, projetaram-se formas de

alternativas 'junto' à prisão, com a qual sempre acabaram por guardar relação de total funcionalidade, continuando a prisão na posição central das sanções punitivas.

Melhor explicitando, afirma Beiras (2019, p. 59-60) que, dos momentos punitivos, quais sejam, o da cominação legal da pena, de sua determinação judicial e da execução da pena, somente neste último foram elaboradas medidas que, após o cumprimento de um tempo de reclusão, poderia ser concedido um 'prêmio' para transição a uma modalidade extramural.

Complementa o autor argentino dizendo que tal lógica de prêmio e castigo, de ideologia semelhante ao que preconizava o modelo correcionista, não trouxe qualquer alternatividade à pena carcerária, mas reafirmou a mesma pena, permitindo, em uma lógica de governo disciplinar da instituição, que sua quantidade e rigidez fosse modulada, ao se conceder ou ao se denegar, o que na Itália se chamou de medidas alternativas e na Espanha de benefícios penitenciários.

Conclui Beiras (2019, p. 60) que tais medidas, chamadas de alternativas, só poderiam operar após o condenado passar pela prisão, ou seja, necessitavam da prisão, sempre guardando com ela uma relação total de afirmação da sua centralidade, ou seja, jamais foram, verdadeiramente, alternativas, nos moldes do que se desejava.

Tratando de medidas alternativas à prisão, expõe Larrauri (2000, p. 211) que as alternativas não substituíam o cárcere, senão o complementavam, comportando, isso sim, um maior controle social. As alternativas, segundo ela, implicavam em um controle mais intrusivo, submetendo um maior número de pessoas às redes de controle do Estado, sendo que quanto mais benevolente pareciam maior era sua aplicação.

Fato é que tais estratégias, para que realmente sejam medidas alternativas à prisão, ao menos da forma como foram pensadas, notadamente no contexto do programa idealizado por Beiras, têm de ser levadas ao momento da produção normativa, isto é, prevendo-se legalmente na norma para que, no momento da sentença, já possa o juiz considerá-las, evitando, dessa forma, o encarceramento.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEDIDA DESENCARCERADORA (POTENCIALIDADES E LIMITES)

Para além das questões até aqui trabalhadas em torno do ANPP, o que se propõe nesse estudo é responder se tal instituto atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas.

Em outras palavras, se o instituto em questão está conforme às ideias apontadas por Beiras, na linha do que também preconizam Ferrajoli, Baratta e outros juristas, no sentido da superação da prisão e, imediatamente, de contenção de novas entradas no sistema prisional e redução de quantidade de penas privativas de liberdade.

Beiras (2019, p. 62-70) busca uma redefinição do conceito de reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, a partir de princípios próprios de um garantismo radical, baseando-se em ideias como ‘menos prisão’, ‘apesar da prisão’ e ‘no lugar da prisão’.

Ainda, e quem sabe o mais importante, sustenta Beiras que as estratégias de direitos trabalhadas no contexto do programa sejam implementadas já em via legislativa e não apenas durante a execução da pena privativa de liberdade.

Ocorre que, apesar de ser possível inferir alguns avanços do ANPP como medida voltada ao afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal – sistematização de estratégias, táticas e meios de controle social da criminalidade -, grande parte deles revelam-se permeados por ranços punitivistas extraídos de dispositivos inseridos em nosso ordenamento jurídico a partir da lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2021), mais especificamente do instituto em estudo, bem como oriundos de reclames populares por segurança (populismo) e viciados por elevada seletividade penal (racial e social).

Como potencialidades do instituto, além do ANPP ser uma medida considerada já no momento de produção normativa (alcançando ao Ministério Público, com homologação judicial, a possibilidade de evitar o processo judicial, condenação e execução de pena, quiçá até mesmo a fase persecutória inicial), traz alguns requisitos que, em tese, elevariam a possibilidade de alcance da estratégia a uma variedade de delitos, tal como a pena mínima em abstrato inferior a quatro anos.

Outrossim, da análise dos incisos I a V do artigo 28-A do CPP, vê-se que a privação de liberdade seria, no contexto dos acordos que venham a ser celebrados, substituída por reparação de danos ou restituição de coisa à vítima, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, além de renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime e outras condições indicadas, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

Todas essas condições seriam penas que viriam a substituir a privação de liberdade a que estaria sujeita o investigado, caso a persecução tivesse continuidade e, ao final, fosse atestada sua culpa.

Relevante apontar, ainda, que, conforme o § 5º do art. 28-A, se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no ANPP, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (BRASIL, 1941). Tal previsão demonstraria, ao menos em tese, que abusos poderiam ser contidos pelo judiciário.

Outrossim, ainda que o cumprimento do acordo fique a cargo, em certa medida, de um juiz da execução penal, isso, por si só, não indicaria que medidas estariam sendo aplicadas em sede de execução penal, até mesmo porque sequer processo há.

Contudo, mesmo a maioria desses citados apontamentos não podem, definitivamente, conduzir-nos à crença equivocada de que o ANPP estaria a se apresentar como uma medida (propriamente) desencarceradora, da forma como idealizado por Beiras, Ferrajoli, Baratta, dentre outros programas e ideias hodiernas.

No ponto, necessário que atentemos para armadilhas trazidas pelo instituto em análise, até mesmo quanto àquelas disposições antes listadas, que apontariam para sentido diametralmente oposto à ideia desencarceradora.

Reanalizando, então, o disposto no art. 28-A do CPP, tem-se, em sede de pressupostos, que a infração penal objeto do acordo não pode ter sido praticada mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem como a pena mínima, cominada em abstrato ao delito, terá de ser inferior a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1941).

Ocorre que, como cediço, inclusive com base no salientado por Pimenta e Leite (2018), quando tratamos do encarceramento em massa no Brasil estamos a trabalhar, em verdade, com delitos como comércio de drogas ilícitas (correspondente a 28% dos crimes pelos quais as pessoas foram condenadas ou respondem a processo; sendo que, entre as mulheres, o tráfico de drogas é responsável pelo encarceramento de cerca de 62% das prisões no país) e com aqueles perpetrados contra o patrimônio (roubo, com 25% dos crimes pelos quais as pessoas foram condenadas ou respondem a processo; ficando o furto com 12% e receptação com 3%).

Considerando, assim, que um dos elementos estruturantes do delito de roubo é a violência ou a grave ameaça, além do fato da pena mínima em sua forma elementar já partir de quatro anos e, quanto aos crimes previstos na vigente lei de drogas, as penas mínimas se mostrarem por demais elevadas em sua forma básica, tem-se que, no que se refere a tais espécies delitivas (com percentual de ocorrência elevadíssimo), várias situações já estariam excluídas da possibilidade do ANPP (e, com isso, o curso do processo e a possibilidade de encarceramento crescem exponencialmente).

Antes mesmo de tais requisitos, não se pode olvidar que o investigado terá de confessar, formal e circunstanciadamente, a prática da infração penal, o que se mostra por demais desproporcional para com aquele (investigado) que se apresenta como parte vulnerável no acordo, além de, é claro, atentatório à dignidade humana.

Diz-se isso, pois, mesmo em se sustentando que, no caso de rescisão, a confissão seria desconsiderada em relação àquele que a proferiu, os estigmas já estariam lançados, com grande probabilidade de futura condenação e conseqüente encarceramento.

Quanto a esta questão, Lopes Júnior (2021, p. 222) sustenta que parece evidente que não poderá ser a confissão utilizada contra o réu no caso de rescisão do acordo, devendo ser desentranhada e vedada sua posterior valoração. Contudo, no dizer do referido jurista, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida que impossível seria um “delete” mental pelo magistrado, absolvendo o imputado, mesmo que diante de contexto probatório fraco.

Semelhante raciocínio foi desenvolvido por Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto (2020, p. 74) em artigo intitulado 'Confissão como (des)Acordo de Não Persecução Penal', os quais visualizam o acordo como ilegítimo ao exigir confissão da forma como preconizado na lei, pois a ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente.

Mas isso não é só, pois mesmo quando estivermos diante de delitos não violentos, assim entendidos aqueles levados a efeito sem a prática de violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, poderão acabar sendo alguns deles, ou suas variações (qualificado, majorado, agravado), diante das circunstâncias do caso, excluídos do alcance do ANPP, tal como ocorreria no furto qualificado.

Isso porque, o art. 28-A do CPP traz disposição no sentido de que o Ministério Público 'poderá' propor o ANPP, desde que 'necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (BRASIL, 1941).

Extrai-se de tal previsão, indubitavelmente, uma elevada carga de discricionariedade por parte do Ministério Público em propor, ou não, o acordo, o que se mantém mesmo diante da previsão constante do § 14 do artigo 28-A do CPP (BRASIL, 1941), no sentido de ser dado ao investigado a possibilidade de requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28, considerando que esta revisão se dará dentro da própria estrutura do órgão que anteriormente negou o acesso ao ajuste.

O Ministério Público, não raras vezes, acaba prendendo-se a previsões legais, ou até mesmo a ranços extraídos de situações anteriores, para estancar a celebração de acordos, mesmo em casos dos quais não se extraia gravidade elevada e que, assim, o melhor caminho seja a celebração do acordo, com interrupção da marcha persecutória.

Sustenta-se isso, pois o que seria, com segurança jurídica mínima, algo necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime? Já respondendo, seria, em suma, o que o Ministério Público depreender do caso, contando, no aspecto, com participação ínfima do investigado, para não se dizer nenhuma.

E isso se agrava quando se depreende da leitura do artigo 28-A do CPP que o magistrado, como garantidor de direitos, não tem participação ativa no acordo, inferindo-se, dos termos dos §§ 4º a 8º, que a atuação do juiz se dá no ANPP tão somente para verificação de voluntariedade e legalidade do acordo (proteção mais procedimental do que substancial) (BRASIL, 1941).

E não se queira argumentar, da forma como aqui já aventado, que a atuação do magistrado no contexto do ANPP apontaria no sentido da proteção total ou suficiente do investigado, pois nem mesmo teria o magistrado a possibilidade de remeter o acordo ao órgão revisor do Ministério Público quando vislumbrada maior adequação ao caso, deixando o legislador tal tarefa apenas ao encargo do próprio investigado, que, na maioria das vezes, não tem sequer um auxílio, quanto mais esclarecimento técnico sobre a possibilidade de insurgência em face da negativa de celebração do acordo.

Seguindo, indaga-se o porquê, em sede de condições para celebração do acordo, de ter o investigado de renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Ainda, no mesmo sentido, terá o investigado de cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Veja-se, então, sem exclusão de outras impropriedades em sede de condições previstas para celebração do ANPP, que o investigado fica, totalmente, à mercê do Ministério Público, dizendo o órgão quais são os bens e direitos a serem perdidos ou, nas palavras do legislador, renunciados, pois caracterizados, unilateralmente (pelo órgão acusador), como instrumento, produto ou proveito do crime (isso, por lógico, caso pretenda o investigado celebrar o acordo).

E, mais adiante, em sede de condições para celebração do acordo, outra vez o legislador lança mão de cláusulas genéricas, falando de 'outra condição' indicada pelo Ministério Público, desde que 'proporcional e compatível' com a infração penal imputada.

Ora, mas o que seria, afinal, 'proporcional', 'compatível' e 'outra condição'? Respondendo, uma vez mais, seria o que o Ministério Público assim entender.

Prosseguindo, infere-se do disposto no § 2º do artigo 28-A do CPP que não se aplica o acordo quando o agente tenha sido beneficiado, nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, assim como nos casos em que o investigado seja reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (BRASIL, 1941).

Quanto à parte final do parágrafo anterior, da mesma maneira como se vem aqui sustentando, a vedação mostra-se por demais ampla, haja vista que as ideias de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional podem ser manejadas para o impedimento do acordo a certos casos, possibilitando-o a outros.

No que se refere à vedação do acordo àqueles que já tenham porventura sido contemplados com ANPP ou até mesmo por transação penal ou suspensão condicional do processo, mostra-se a previsão por demais discriminatória, haja vista que variadas são as razões que podem ter feito com que o beneficiado não tenha cumprido com as convenções anteriores, o que, não necessariamente, demonstraria descaso do investigado para com aqueles compromissos, nem mesmo a probabilidade de descumprimento de novos ajustes.

Como se isso não bastasse, o que de certa forma já foi abordado, extrai-se do § 5º do dispositivo legal em análise que se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no ANPP devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor, recusando homologação a propostas que não atendam aos requisitos legais do ANPP ou em relação àquelas em que não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.

Isso significa que, além do próprio Ministério Público, órgão este que pelo visto guia o ANPP, o próprio magistrado poderia vir a obstaculizar o ajuste, com base em entendimento no sentido de inadequação e insuficiência do acordo, visão esta que, sem dúvida, vai, mais do que qualquer coisa, no sentido da proteção social em face da prática do delito, além de atender a pretensões populistas e à seletividade penal.

A verdade é que várias são as armadilhas (limitações) apresentadas pelo ANPP, fazendo com que não se apresente dito instituto, na linha do que muitos

entendem, como verdadeira via para o afastamento da centralidade da prisão em nosso sistema penal e, de forma mais ampla, como elemento de política criminal.

Ao contrário, em muitos casos, seja durante seu cumprimento, ou não, o ANPP pode acabar caindo por terra, redundando em situações como aquelas tratadas nos parágrafos 8º, 10 e 11 do artigo 28-A do CPP, a saber: em que o magistrado devolve os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (continuidade da persecução); em que descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público comunica ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia; e, ainda, em que o descumprimento do acordo pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para eventual não oferecimento futuro de suspensão condicional do processo.

Portanto, na realidade, mesmo que o instituto tenha sido previsto em sede de produção normativa, há, ainda, grande possibilidade de ludíbrio do investigado (e do próprio intérprete da norma), com posterior retirada do benefício, retomada da persecução penal e, ao final, o encarceramento.

6 PROPOSTAS PARA APROXIMAÇÃO DO ANPP A UMA IDEIA DESENCARCERADORA

Como sugestões para que o ANPP possa se aproximar de uma medida desencarceradora, tal como apontado por Beiras, Ferrajoli, Baratta e outros juristas, propõe-se, primeiro, que os requisitos da infração cometida sem violência ou grave ameaça e da pena mínima prevista no tipo penal sejam, peremptoriamente, afastados ou, ao menos, relativizados, o que não se tem visto na jurisprudência de tribunais superiores e cortes de justiça em geral.

Com o afastamento de tais requisitos, certamente muitas situações que hoje não se enquadram na possibilidade de acordo restariam contempladas no instituto, com estancamento da persecução penal e afastamento de novos encarceramentos.

Ademais, ao lado de ser o ANPP de possível celebração também durante o tramitar de ações penais, as condições constantes do acordo teriam de ser repensadas, principalmente no que toca aos apontamentos unilaterais por parte do Ministério Público acerca do que seriam bens e direitos caracterizados como

instrumentos, produtos e proveito do crime (o que afeta, sobremaneira, a participação efetiva do investigado, notadamente em uma perspectiva de ampla defesa e contraditório), bem como quanto a outras condições ditas como proporcionais e compatíveis com a infração penal.

O magistrado, importante registrar, teria de atuar de forma mais verticalizada no ajuste, com vistas à defesa de direitos e garantias do investigado, não sendo possível a ele evitar a celebração do ajuste exclusivamente com base em insuficiência de suas condições, pois, de um lado, já atua nesse sentido o Ministério Público e, de outro, o investigado, naturalmente, já ocupa posição de maior fragilidade no acordo, não sendo dado ao juiz desequilibrar ainda mais a balança persecutória.

Ainda, teria de ser assegurado ao juiz, da forma como opera até então com as situações de arquivamento de inquérito policial (baseado em decisão suspensiva exarada pelo Supremo Tribunal Federal), o encaminhamento dos autos do processo ao órgão revisional do Ministério Público nas situações em que este entenda não ser caso de celebração do ANPP.

Mas, acima de tudo, sem prejuízo de outras providências que caminhem no mesmo sentido, deveria o legislador, uma vez firmado o acordo, impedir a retomada do curso da persecução (situação que, em caso de condenação ao final do processo penal, ainda possibilita o encarceramento).

O eventual descumprimento do acordo (que pode nem mesmo partir de um cenário de negligência ou desinteresse do investigado), considerando que o delito já teria sido enquadrado, em um primeiro instante, como uma infração apta à adoção de caminhos diversos do encarceramento, teria de dar ensejo não à retomada da persecução penal ou de oferecimento de denúncia, mas à adoção de medidas outras 'fora da prisão', tais como o acentuar de providências de caráter restritivo inicialmente impostas e a imposição de medidas de caráter pedagógico (nunca atitudes que, de qualquer forma, pudessem redundar no encarceramento).

7 CONCLUSÃO

O artigo objetivou demonstrar que o ANPP, apesar de algumas potencialidades, considerado o contexto da política criminal brasileira, ainda não se amolda à ideia de medida desencarceradora.

Partindo da análise da estrutura legal de dito instituto, bem como de outras tantas considerações feitas no decorrer do artigo, cotejadas com as bases do programa idealizado por Iñaki Rivera Beiras, voltado à superação da reclusão (e, imediatamente, contenção de novas entradas no sistema prisional e redução drástica de penas), tem-se que o ANPP longe está de ser enquadrado como uma medida que afaste a centralidade da prisão como elemento de política criminal.

Elucidou-se que o ANPP, de forma não muito diversa de outras medidas chamadas de 'alternativas', não se adequa às principais ideias do programa de desencarceramento desenvolvido por Beiras, apoiado em trabalhos de outros renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta.

Pontuou-se, ainda, algumas sugestões para que o ANPP venha a se aproximar dos ideais da política desencarceradora sustentada por correntes modernas, embasadas em uma lógica de garantismo radical.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. In: CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y SISTEMA PENAL, 1990, Lima. Anais [...]. Lima: Comisión Andina Juristas, 1990.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BEIRAS, Iñaki R. **Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, Vol. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Ministério Público Federal, [2020]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 06 jul. 2021

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a Legislação Penal e Processual Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, ed. 80, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

CUNHA, Rogério S. **Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal la cárcel: una contradicción institucional. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona, n. 11, p. 1-10, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1975.

FRISCHEISEN, Luiza C. F. Acordos de não persecução penal: investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.

In: WEBINÁRIO: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEOS. 2021, [S.I.]. **Anais [...]**. [S.I.]: Ministério Público Federal, 2021. Slides. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao_anpp_webinario-zoom_lcff.pdf. Acesso em: ?? abr. 2021.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. ed. Madrid: Sigilo XXI. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 65-84, jan./jun. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS — OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. San José: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 23/04/2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS — OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. [S.I.]: OEA, 2016.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf
Acesso em 23/04/2021

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. **Para além da prisão**: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo Penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>. Acesso em: 12 ago. 2021.

AS VULNERABILIDADES PROCESSUAIS E A SÚMULA N. 421 DO STJ COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA CONSENSUAL

THE PROCEDURE VULNERABILITIES AND THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE'S PRECEDENT N. 421 AS AN OBSTACLE TO ACCESS TO CONSENSUAL JUSTICE

LAS VULNERABILIDADES PROCESALES Y EL PRONUNCIAMIENTO N. 421 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SUPERIOR BRASILEIRO COMO OBSTÁCULO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSENSUAL

Natália Ramos Pinheiro da Silva¹

Maurilio Casas Maia²

RESUMO

A Súmula n. 421 do STJ é razão de diversos questionamentos doutrinários por estar em desacordo com a EC n. 45/04 e a LC n. 132/09, ambos dispositivos que reforçam a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública. O presente artigo busca avaliar de que maneira a aplicação desse enunciado sumular acentua vulnerabilidades processuais, especificamente no que diz respeito ao desestímulo da solução consensual de conflitos, nos termos do art. 3º do CPC. O estudo está embasado no método indutivo, com forma de abordagem qualitativa. No que diz respeito à natureza das fontes utilizadas nesta pesquisa, empregou-se técnicas de pesquisa bibliográficas, jurisprudencial, legal, consulta a livros, teses, dissertações e artigos. No mais, a pesquisa mostra-se de extrema relevância para o meio acadêmico por demonstrar de que maneira a Súmula n. 421 do STJ pode dificultar a atuação plena da Defensoria Pública, tanto em razão da proibição de recebimento de honorários sucumbenciais, como pelo flagrante óbice à resolução consensual de conflitos. Assim, a possível superação do enunciado sumular mostra-se essencial para garantir aos vulneráveis assistidos pela defensoria mais que o mero acesso ao Poder Judiciário, proporcionando-lhes o efetivo acesso à justiça.

Palavras-chave: Súmula n. 421 do STJ; *Overruling*; Honorários sucumbenciais; Vulnerabilidades processuais; Solução consensual de conflitos.

1 Graduada em Direito na Universidade Federal do Estado do Amazonas; nataliaramos.pinheiro@gmail.com.

2 Professor da Universidade Federal do Amazonas (UFAM); Defensor Público (DP-AM). Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR); Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). mauriliomaia@gmail.com.

ABSTRACT

The precedent n. 421 of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) gave rise to several doctrinal debates for it is in conflict with the Constitutional Amendment n. 45/04 and the Complementary Law n. 132/09, both legal devices that reinforce Public Defender's Office's functional, administrative and financial autonomy. This paper seeks to evaluate how the application of the precedent highlights procedural vulnerabilities, specifically concerning conflict's consensual resolution discouragement, in accordance with Civil Procedure Code's 3rd article. This study is based on the inductive method, with a qualitative approach. In terms of sources, bibliographic, jurisprudential and legal research techniques were used, as well as book, theses, dissertations and articles consultation. Furthermore, this research is extremely relevant to the academic milieu as it shows how STJ's precedent n. 421 may hinder Public Defender's Office's proper practice, either because of the restriction to receive the defeated party's fees or because of its evident consensual resolution discouragement. Thus, the possible overruling of this precedent is essential to ensure vulnerable assisted by Public Defender's Office more than the mere access to the judiciary, but also provide them with effective access to justice.

Keywords: STJ's precedent n. 421; *Overruling*; Defeated party's fees; Procedural vulnerabilities; Conflict's consensual resolution.

RESUMEN

El pronunciamiento n. 421 del Tribunal de Justicia Superior Brasileiro (STJ) es motivo de varias cuestiones doctrinales porquanto está en desacuerdo con la Enmienda Constitucional n. 45/04 y la Ley Complementaria n. 132/09, ambas disposiciones que refuerzan la autonomía funcional, administrativa y financiera de la Defensoría Pública. Este documento científico busca evaluar cómo la aplicación del pronunciamiento n. 421 acentúa las vulnerabilidades procesales, específicamente en lo que respecta a desalentar la solución consensuada de conflictos, en los dictámenes del art. 3º del Código de Procedimiento Civil. El estudio se basa en el método inductivo, con un enfoque cualitativo. En cuanto a la naturaleza de las fuentes utilizadas en esta investigación, se utilizaron técnicas de investigación bibliográfica, jurisprudencial, jurídica, consulta de libros, tesis, disertaciones y artículos. Además, la investigación es extremadamente relevante para el mundo académico, ya que demuestra cómo el Pronunciamiento n. 421 del STJ puede obstaculizar el pleno desempeño de la Defensoría Pública, tanto por la prohibición de cobrar honorarios por pérdida de juicio, como por el obstáculo flagrante a la resolución consensuada de conflictos. Así, la posible superación del pronunciamiento es fundamental para garantizar más que el mero acceso al Poder Judicial a las personas vulnerables asistidas por la Defensoría Pública, asegurándoles un acceso efectivo a la justicia.

Palabras clave: Pronunciamiento n. 421 del STJ; *Overruling*; Honorários por perda de juízo; Vulnerabilidades procesales; Resolución consensuada de conflictos.

Data de submissão: 16/07/2021

Data de aceite: 21/09/2021

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública é o órgão mais recente a compor o sistema judiciário brasileiro, sendo consagrada pelo texto constitucional, no art. 134, como função essencial à justiça, reforçando o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos do art. 5º, inc. LXXIV (BORGE, 2010; BRASIL, 1988).

A referida instituição teve reconhecida sua autonomia funcional e administrativa, bem como a competência para elaborar sua proposta orçamentária, mediante a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004 (BRASIL, 2004).

Com o objetivo de reforçar a autonomia da instituição, ainda a Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009, que alterou significativamente a Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, 1994), passou a assegurar o recebimento e execução de verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos (BRASIL, 2009).

No ano de 2014, suas garantias foram ampliadas por meio da Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014, que alterou o art. 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A partir de então a DPE passou a ser imprescindível, haja vista a imposição de que a União, os Estados e o Distrito Federal, DF, instituíssem defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais no prazo de 8 (oito) anos (BRASIL, 2014).

Entretanto, mesmo diante dessas legislações, a Súmula n. 421 do Superior Tribunal de Justiça, citado como STJ, foi editada, em 2010, como resultado de precedentes anteriores à autonomia das Defensorias Públicas Estaduais, declarando não serem devidos honorários de sucumbência à Defensoria Pública quando atua contra pessoa jurídica de direito à qual pertença. Porém, esse posicionamento não fere as disposições constitucionais dispostas acima? Esse posicionamento não

direciona ao entendimento de que a Defensoria Pública não é autônoma, mas dependente da pessoa jurídica ou ente federativo no qual se localiza?

Posto isso, o que se pretende aprofundar com o presente artigo são as consequências da aplicação da Súmula n. 421 do STJ ao analisar de que maneira a não incidência dos honorários sucumbenciais à Defensoria Pública promove vulnerabilidades processuais, especificamente o desestímulo às soluções extrajudiciais e pré-processuais.

Nesse sentido, é possível que a fixação honorários de sucumbência contra o poder público e em favor da defensoria, nos casos em que a instituição atua como representante da população hipossuficiente, funcione como um estímulo à realização de acordos extrajudiciais, vez que a remessa à via litigiosa judicial traria o risco de pagamento de honorários sucumbenciais.

2 VULNERABILIDADES PROCESSUAIS E ASSISTIDOS DA DEFENSORIA

Vulnerabilidades processuais civis podem ser compreendidas como “a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária” (TARTUCE, 2015, p. 284).

Sobre esse ponto, na mesma obra, Fernanda Tartuce afirma que:

Tratando-se de convenção sobre normas de processo, pressupõe-se que as partes estejam em condições razoáveis de igualdade para negociar em termos de informação, técnica, organização e poder econômico. Caso contrário, a disposição sobre o procedimento pode ser manipulada pela parte mais poderosa com vistas a se livrar de ônus e deveres, dificultando a atuação da parte mais fraca. (TARTUCE, 2015, p. 286).

Nesse contexto, importa diferenciar os termos *vulnerabilidade* e *hipossuficiência*: “vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico)” (TARTUCE, 2015, p. 289). “A hipossuficiência tem repercussão processual na medida em que impede ou dificulta a prática de atos pelo litigante” (TARTUCE, 2011, p. 178).

As vulnerabilidades processuais extrapolam limitações financeiras. Sobre a abrangência das vulnerabilidades processuais, Tartuce (2015) reconhece a existência de óbices geográficos, debilidades na saúde, desinformação pessoal,

dificuldade no emprego da técnica jurídica, bem como a vulnerabilidade organizacional.

Das espécies acima dispostas, a vulnerabilidade organizacional se mostra a mais relevante para o presente artigo, especificamente considerada sob o aspecto da disparidade estrutural entre os litigantes. Com efeito, “para enfrentar o tema da perspectiva isonômica, não há como ignorar o fato de que uma parte pode estar representada por uma estrutura mais limitada de representação jurídica do que a outra” (TARTUCE, *op. cit.*, p. 197).

Assim, “pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio” (CAPPELLETTI, 1988, p.21).

À vista disso, o CPC conferiu ao magistrado amplo poder-dever para garantir a isonomia no acesso à justiça. Dessa maneira, “para que a inafastabilidade da jurisdição não se revele mais uma promessa descumprida aos necessitados, é, portanto, essencial a conduta do juiz direcionada a concretizar, da forma mais ampla possível, a igualdade entre as partes” (TARTUCE, *op. cit.*, p. 173).

Assim, é papel do magistrado, por exemplo, assegurar às partes igualdade de tratamento³, a competência para dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova⁴, o dever de esclarecimento⁵, bem como a possibilidade de intimar o litigante para que supra pressupostos processuais e sane outros vícios.

É possível verificar, então, que o CPC consagra princípios fundamentais processuais, buscando garantir às partes acesso efetivo e isonômico à justiça. Essa constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo para Didier Jr. (2016, p. 47).

Para mais, da mesma maneira que as espécies de vulnerabilidades processuais exorbitam as meras limitações financeiras, também as atribuições da

3 Art. 139, I do CPC/15. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

4 Art. 139, II do CPC/15. II - velar pela duração razoável do processo.

5 Art. 139, IX do CPC/15. IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais.

Defensoria Pública ultrapassam o simples requisito da hipossuficiência. Segundo Maia (2015, p. 440), “os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade devem ser aferidos em cada caso concreto, como forma de sustentar a legitimidade da Defensoria Pública”. Explica o Autor:

Com efeito, há um *silêncio constitucional eloquente*: a ausência constitucional da adjetivação “econômica” aos termos “necessitados” e “insuficiência de recursos” ocorreu exatamente para evitar a *segregação e seleção antecipada (e arbitrária)* de quais tipos de necessitados mereceriam a tutela do Estado defensor. (MAIA, 2015, p. 440).

Dessa maneira, se a Constituição não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo, mormente quando se trata de direitos fundamentais e quando a legislação de regência oferece vetores outros ao trabalho de completude (como é o caso da “vulnerabilidade”) (FRANCO; MAGNO, 2015, p. 10).

Assim, o critério da vulnerabilidade é destacado como a forma mais adequada de delimitar as atribuições da defensoria à luz da CRFB/88. Segundo Franco e Magno (2015), tal critério “ilumina, também, a compreensão da tarefa literal e expressamente atribuída à Defensoria Pública, ‘fundamentalmente’, conforme o texto da Emenda n. 80/2014, de ‘promoção dos direitos humanos’” (FRANCO; MAGNO, 2015, p. 40).

Nesse ponto, “importante se faz distinguir que o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário e a suas instituições, mas sim o conjunto de valores e direitos fundamentais para o ser humano, nada restrito ao ordenamento jurídico processual” (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 148).

Dessa maneira, não é possível identificar um rol taxativo de vulnerabilidades contempladas pelo serviço da defensoria. Qualquer restrição no conceito do termo “necessitados” implica no impedimento de acesso à justiça de determinados grupos, o que vai de encontro ao propósito constitucional da instituição.

Imperioso se faz destacar a atuação da defensoria na qualidade de *custos vulnerabilis* que, para Maia (2015, p. 448), trata-se de expressão traduzida como “protetor dos vulneráveis” ou “guardião [do direito dos] vulneráveis”.

Assim, pode-se considerar que, quando a instituição age na defesa de pessoas ou grupos de vulneráveis, em caráter interventivo e *pro homine*, sem prejuízo da atividade tanto defensorial quanto advocatícia na representação

processual da parte, está-se diante da atuação na qualidade de *custos vulnerabilis* da defensoria (CAVALCANTE, 2021).

Em outras palavras, “em todo processo onde haja discussão acerca dos interesses dos vulneráveis será possível a intervenção da Defensoria Pública, independentemente de haver ou não advogado particular constituído” (LEONARDO; GARDINAL, 2020, p. 156).

Assim, é possível verificar a extensão das atribuições da instituição, sendo necessário sempre interpretar as expressões “necessitados” e “insuficiente de recursos”, contidas nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, respectivamente, ambos da CRFB/88 de maneira ampla, para além das questões econômicas. Agir de outro modo implica impedir o acesso à justiça de outros grupos vulneráveis, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

3 DIREITO À SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Com efeito, o estímulo à autocomposição tem se firmado como tendência no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Didier Jr. (2016, p. 271), esse estímulo pode ser entendido como “um reforço da participação popular no exercício do poder - no caso, o poder de solução de litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático”.

É possível dizer que a autocomposição judicial se firmou como tendência por meio da Resolução n. 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010 (TARTUCE, 2018), com o objetivo de disseminar a cultura da pacificação social, nos termos do seu art. 2º (BRASIL, 2010).

Antes disso, no entanto, o Poder Judiciário já atuava há anos para implementar os meios consensuais de forma mais ampla, instaurando projetos-piloto, muitos deles contando com a edição de norma institucionalizada para a sua aplicação (TARTUCE, 2018, p. 289).

Interessante pontuar, inclusive, que a Lei Complementar n. 80/94, por meio da redação dada pela LC n. 132/09, já reconhecia, antes mesmo da Resolução n. 125 do CNJ, ser função institucional da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à autocomposição entre as pessoas em

conflito de interesse, por meio da mediação, conciliação e arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos, nos termos do seu art. 4º, inciso II.

No mais, a Resolução n. 125 foi aprovada em decorrência da necessidade de uma solução urgente para a crise judiciária e após a comprovação de eficiência dos métodos autocompositivos, em especial, a mediação (RUIZ; NUNES, 2014, p. 75). A medida antecede em 5 anos o Código de Processo Civil atual e visa a disseminação da cultura da pacificação social⁶, sendo, portanto, de extrema importância na promoção da cultura da autocomposição nos órgãos judiciários.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n. 13.140/15, denominada Lei de Mediação. A legislação dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de conflitos e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Dessa forma, a Lei de Mediação apresenta-se como um grande passo para a implantação de uma política pública voltada à resolução de controvérsias a partir de meios alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação entre particulares e a autocomposição no âmbito da administração pública (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016).

Em suas disposições gerais, a Lei de Mediação enumera os princípios que a orientam⁷. Boa parte desses princípios já encontrava previsão no art. 166 do CPC/15, sendo que o art. 2º do referido diploma acrescenta a esse rol o princípio da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé.

Nesse ponto, Didier Jr. (2016, p. 277) faz uma ressalva ao dizer que o princípio da isonomia entre as partes⁸ e boa-fé⁹ são normas fundamentais do

6 Art. 2º da Resolução n. 125 do CNJ. Art. 2º. Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

7 Art. 2º da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia das partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

8 Art. 7º do CPC/15. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

9 Art. 5º do CPC/15. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

processo, e, mesmo não compondo a lista do art. 166 do CPC/15, são, evidentemente, aplicáveis à conciliação.

No que diz respeito ao princípio da busca do consenso, essa é a própria razão de ser da atividade de mediação, sendo a direção para onde todos os esforços devem ser apontados (DIDIER JR., 2016, p. 278).

Assim, é possível dizer que a Lei de Mediação se trata de mais um incentivo a resolução consensual dos conflitos. Para Didier Jr. (2016, p. 272), é possível, inclusive, defender a existência de um princípio de estímulo da solução por autocomposição.

O CPC atual, por sua vez, amplia consideravelmente não só as hipóteses de busca pela resolução consensual, mas também os momentos e formas, estimulando a mediação e outras alternativas consensuais em todos os momentos do processo (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2016).

À exemplo do enunciado pelos autores, pode-se citar o art. 3º e parágrafos do CPC, segundo os quais a solução consensual dos conflitos deve ser promovida pelo Estado sempre que possível, além de estimulada no curso do processo judicial.

Ainda para Didier Jr. (2016), o CPC atual ratifica e reforça a tendência do incentivo à autocomposição, uma vez que:

- a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VII) d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190).

Interessante notar o disposto no art. 334 do CPC, segundo o qual, verificados presentes os requisitos essenciais da petição inicial e, não sendo caso de improcedência liminar do pedido, cabe ao juiz designar audiência de conciliação e mediação. Assim, são previstas apenas duas exceções para a regra da audiência conciliatória, o desinteresse de ambas as partes na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição.

Dessa maneira, “o Código introduziu no sistema jurídico uma espécie de obrigatoriedade mitigada para o processo de mediação, isto é, uma obrigatoriedade

presumida e que somente pode ser elidida por meio da anuência concreta dos litigantes” (SIVIERO, 2015, p. 321).

Assim, “o Novo Código de Processo Civil confirma a tendência de priorização de chances para entabular acordos, que vem se intensificando ao longo dos anos, ao contemplar muitas regras sobre o fomento a meios consensuais de abordagem de conflitos” (TARTUCE, 2016, p. 508).

4 ENUNCIADO SUMULAR N. 421/STJ E SEUS IMPACTOS NAS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS

Para melhor elucidar os impactos causados pela Súmula n. 421 do STJ nas resoluções consensuais de conflitos, importa tratar brevemente do contexto histórico e fundamentos que levaram à edição do enunciado sumular ora questionado.

Segundo Passadore (2017), as procuradorias passaram a levantar a tese de que, por ser a Defensoria órgão do estado, seria incabível a condenação do ente público ao pagamento de honorário em favor da instituição, pois caracterizaria hipótese de extinção da obrigação, nos termos do art. 381 do Código Civil.

Assim, “referido entendimento, em razão da sua incrível repetição, foi sumulado no verbete n. 421-STJ, reiteradamente reproduzido nas instâncias ordinárias e extraordinárias” (BARBOSA; MAGNANI, 2015, p. 682).

Para Fay e Favreto (2016, p. 49), “os precedentes que deram origem à edição do enunciado partem de duas premissas já superadas, quais sejam: (a) aplicam a tese da confusão e (b) não observam a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009 ao art. 4º, inc. XXI, da Lei Complementar nº. 80/1994”.

De fato, é de se notar que o enunciado da Súmula n. 421 do STJ, em que pese tenha sido publicado em março de 2010, é reflexo de entendimento jurisprudencial anterior à Lei Complementar n. 132 de 07 de outubro de 2009, que reconheceu a Defensoria Pública como credora dos honorários de sucumbência¹⁰.

10 Art. 4º, XXI da Lei Complementar n. 132 de 07 de outubro de 2009. Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

No que diz respeito à premissa da confusão patrimonial, nos termos do art. 381 do Código Civil, Barbosa e Magnani (2015, p. 694) aduzem:

Tal premissa não pode mais ser vislumbrada no atual estágio, tendo em vista as reformas empreendidas no corpo da Constituição Federal, em especial com a EC n. 45/2004, a qual conferiu autonomia financeira e administrativa à Defensoria, que não mais pode ser considerada como um órgão da Administração Direta, mas sim uma Instituição Pública Permanente, nos moldes do que consta no art. 134 da Constituição Federal de 1988. Nessa linha, tem-se a Defensoria Pública como órgão constitucional independente e autônomo, não sendo, assim, subordinada ao Poder Executivo, não sofrendo interferência política na sua atuação.

4.1 ANÁLISE CRÍTICA DO ENUNCIADO SUMULAR N. 421 DO STJ COMO ÓBICE À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Além da dissonância em relação ao ordenamento jurídico pátrio, é possível considerar que a Súmula n. 421 do STJ também funciona como um óbice à resolução consensual de conflitos. Nessa lógica decidiu o Tribunal de Justiça do Amazonas em sede de acórdão de julgamento do recurso de apelação n. 0608867-20.2015.8.04.0001:

Ademais, a possibilidade de fixação de sucumbência contra o poder público e em favor da Defensoria Pública (em atividade de representação postulatória), é um estímulo à igual consideração dos hipossuficientes diante do Poder Público. Isso porque, indiretamente, a súmula n. 421 do STJ estimula a violação dos direitos dos hipossuficientes com a remessa à via litigiosa judicial, pois em tais casos será melhor realizar acordos extrajudiciais com quem constitua advogado privado (onde judicialmente há o risco claro de pagamento de honorários de sucumbência) e remeter ao juízo os pobres via Defensoria Pública (para quem não seria admitido os honorários, nos termos da súmula n. 421/STJ) (AMAZONAS, 2018, p. 6).

Para Barbosa e Magnani (2015, p. 689):

É sabido que o Estado costuma figurar entre os maiores litigantes do país e esse número praticamente se multiplica quando se põe pessoa necessitada no outro pólo da relação processual, em razão dos mais variados compromissos constitucionais assumidos pelo poder público (saúde, educação, moradia, lazer, etc.). O afastamento do estado-membro do dever de pagar honorários para a Defensoria fere de morte o órgão por dois motivos: 1º) o repasse orçamentário é o mais reduzido entre as carreiras jurídicas, impeditivo, portanto, do seu crescimento; 2º) parcela significativa daquilo que ingressaria nos cofres da Instituição com a inclusão do estado-membro deixa de lhe ser direcionada, prejudicando a atuação institucional do órgão.

Importa adicionar às considerações de Barbosa e Magnani, os apontamentos feitos por Galanter em relação à divisão feita entre participantes eventuais (PE), os quais recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente, e jogadores habituais (JH), que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo (GALANTER, 2018).

Para o Autor, existe uma diferença em relação ao que eles consideram como resultado favorável:

Dado que sua aposta no resultado imediato é alta e que por definição um PE é despreocupado com o resultado de semelhante litígio no futuro, ele terá pouco interesse naquele elemento do resultado que pode influenciar a disposição do julgador da próxima vez. Para o JH, por outro lado, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena. Para um jogador qualquer, quanto maior for a aposta e quanto menor a probabilidade de repetição da disputa, menos provável que se preocupe com as regras que governarão futuros casos do mesmo tipo (GALANTER, 2018, p. 51).

Dessa maneira, “considerando a prevalência de acordos em razão da sobrecarga dos aparatos institucionais, poderíamos então presumir que os JHs iriam ‘negociar’ naqueles casos nos quais aguardam resultados normativos desfavoráveis” (GALANTER, 2018, p. 52).

Nesse diapasão, Franco (2018) faz reflexão crítica em relação aos litigantes habituais que estão naturalmente presentes em um contexto de litigiosidade massificada. Complementa o autor:

Os questionamentos se referem às eventuais situações de abusos verificadas quando os litigantes habituais buscam se aproveitar ilegitimamente do contexto de crise da justiça, da ineficiência do serviço público jurisdicional, ou da presumida vulnerabilidade dos litigantes ocasionais, com o objetivo de violar direitos de forma sistemática, inadimplir débitos ou postergar excessivamente o cumprimento de obrigações ou pagamento de dívidas já reconhecidas administrativa ou judicialmente (FRANCO, 2018, p. 171).

Franco (2018, p. 185) aponta a Administração Pública, somadas todas as suas esferas e níveis, como a maior litigante habitual do sistema jurídico brasileiro no âmbito cível, o que produz um cenário no qual o próprio Estado contribui para a manutenção e o agravamento das deficiências da prestação jurisdicional estatal.

Quanto aos ônus sucumbenciais, especificamente, constata-se que esses atuam como elemento de barganha, sobretudo nos casos em que já há orientação

jurisprudencial pacificada, para que as pessoas afetadas pelo precedente, mas que não tenham judicializado seus conflitos, entrem em solução consensual para prevenção do litígio (FRANCO, 2018).

Franco (2018, p. 207) conclui, portanto:

Naturalmente, a escolha ou não pela judicialização de controvérsias envolve uma análise econômica acerca do equacionamento dos custos da litigância. A maior disponibilidade de recursos por parte dos *repeat players* [jogadores habituais] gera um cenário de presumida assimetria dos custos da litigância incidentes sobre as partes, uma vez que a maior capacidade econômica possibilita, de modo geral, que os litigantes habituais extraiam maiores vantagens da dinâmica do processo de solução das disputas.

Posto isso, há de se considerar que, ao desobrigar o pagamento de honorários de sucumbência defensoriais por parte do ente público, exclui-se o elemento que estimula a resolução consensual, uma vez que manter-se na via litigiosa não representa risco econômico na hipótese de sucumbência do ente público.

4.2 POSSÍVEL SUPERAÇÃO (*OVERRULING*) DA SÚMULA N. 421 DO STJ COMO INCENTIVO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL

O Código de Processo de 2015 (CPC/2015) acolheu tal técnica de “*overruling*” ao utilizar a palavra “superação” no inc. VI¹¹ do § 1º do art. 489 do CPC/2015. Desse modo, pode-se até mesmo dizer que superação ou *overruling* possui expressa previsão legal na ordem jurídica brasileira.

Segundo Passadore (2017, p. 304), “não só é possível como estritamente necessária a realização do *overruling* de tal posicionamento, em decorrência de toda alteração normativa ocorrida desde outubro de 2009”. A técnica de “*overruling*” é esclarecida por Fensterseifer (2016, p. 6):

A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança

11 CPC/2015, “Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) 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.” (g.n.)

jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*).

O autor sustenta ainda que “um precedente somente poderá ser considerado superável quando os resultados produzidos por sua aplicação aos casos futuros sejam evidentemente piores do que a sua superação” (FENSTERSEIFER, 2016, p. 7).

No caso sob análise, percebe-se que a súmula n. 421 do STJ se enquadra nas hipóteses descritas. Diz-se isso porque a Defensoria Pública não é mais órgão integrante do Estado, em verdade, ostenta, na atualidade, autonomia funcional e administrativa. Deve-se considerar, portanto, que “a confiança no precedente, e sua força vinculante, dependem da persistência dos pressupostos factuais da decisão, de modo que, alteradas as premissas de fato e de direito, espera-se do tribunal a superação do entendimento antecedente” (BARBOSA; MAGNANI, 2015, P. 698).

Ademais, há de se considerar, nos termos da decisão do Tribunal de Justiça do Amazonas em sede de acórdão de julgamento do recurso de apelação n. 0608867-20.2015.8.04.0001, que “a superação da súmula 421 do STJ representa também efetividade ao mandamento processual do CPC (art. 3º) quanto ao estímulo das soluções consensuais também em relação aos hipossuficientes representados pelo Estado Defensor” (AMAZONAS, 2018, p. 6).

É que, quando o enunciado sumular n. 421/STJ libera o Estado do pagamento de honorários sucumbenciais retira, em relação à defensoria, o risco econômico presente nas disputas litigiosas. Assim, o desestímulo à conciliação ocorre, nesses casos, vez que, ao ente público, torna-se mais vantajosa a permanência na via judicial.

Analisando o enunciado sumular n. 421 do STJ é possível admitir que, tanto o precedente nasceu contrário ao sistema jurídico, uma vez que foi publicado em 11 de março de 2010, notadamente após a publicação da Lei Complementar n. 132/2009, que ocorreu em 7 de outubro de 2009, como tornou-se defasado diante do CPC atual, que deixou explícito o dever do Estado de promover as formas

alternativas de resolução de conflito sempre que possível¹², bem como reiterou o dever de estímulo à formas de resolução consensual¹³.

Posto isso, mesmo que não se considere o *overruling* por alteração no mundo jurídico, certamente há que o considerar por “não se encontrar mais em relação de coerência com o ordenamento” (FENSTERSEIFER, 2017, p. 7).

Importa salientar que se percebe um entendimento crescente, ainda que minoritário, nos tribunais locais acerca da necessidade de *overruling* do entendimento do STJ (PASSADORE, 2017). Desse modo, além do posicionamento do Tribunal de Justiça do Amazonas, já citado, cumpre adicionar o reconhecimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca da superação da Súmula n. 421/STJ no acórdão de julgamento do recurso de apelação cível nº 1020766-79.2014.8.26.0224¹⁴

Dessa maneira, faz-necessário o reconhecimento do *overruling*, vez que a Súmula n. 421 não mais reflete a realidade do ordenamento atual, contrariando a Lei Complementar n. 132 de e, sobretudo, acentuando vulnerabilidades processuais a medida que intensifica problemas decorrentes do desfalque orçamentário da instituição, além de desestimular a solução consensual das lides, como almeja o art. 3º do CPC.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou avaliar de que maneira a aplicação da Súmula n. 421 do STJ acentua vulnerabilidades processuais, possivelmente desestimulando o alcance da solução consensual de conflitos, como almeja o CPC.

No que diz respeito à atuação da Defensoria Pública, viu-se não ser possível restringi-la à atuação em prol dos que demonstrarem insuficiência de recursos

12 Art. 3º, §2º do CPC/15.

13 Art. 3º, §3º do CPC/15.

14 “Revisando o tema, tenho que as inovações legislativas posteriores à edição da Súmula 421, do C. STJ, não mais impedem a Defensoria Pública de receber honorários, quando vitoriosa em causa contra o próprio Estado que é integrante. [...] A ideia de autonomia diz respeito, justamente, a esta especificação no orçamento, de modo que as verbas direcionadas à Defensoria Pública não estejam “no mesmo balaio” das despesas comuns do Estado. [...] Se os orçamentos são distintos e se as verbas auferidas têm destinação específica, não há como perpetuar-se a tese da confusão, que norteou a consolidação jurisprudencial” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1020766-79.2014.8.26.0224. Relator Des. Marcelo Semer. Julgado em 13 abr. 2015).

financeiros. A atividade institucional, decerto, é tão ampla quanto são as espécies de vulnerabilidades processuais. Nesse sentido, qualquer limitação descabida ou excessiva na interpretação dos termos “*necessitados*” e “*insuficiência de recursos*” – cunhados na CRFB/88 em referência à assistência judiciária gratuita –, representarão óbice ao acesso à justiça de indivíduos ou grupos vulneráveis.

Pôde-se concluir, ainda, que de fato a Súmula n. 421 acentua vulnerabilidades processuais, pois também intensifica problemas decorrentes do desfalque orçamentário da instituição, pois impede o recebimento de honorários que seriam destinados ao seu aparelhamento e à capacitação profissional de seus membros.

Especificamente em relação ao possível desestímulo à solução consensual das lides causado pela Súmula n. 421 do STJ, constatou-se que o ônus sucumbencial se trata de elemento essencial a ser considerado pelas partes. Para um litigante habitual, como a Fazenda Pública, é possível que, nos processos com altas chances de sucumbência, seja mais favorável postergar a decisão judicial do que protagonizar um acordo, uma vez que não existe risco econômico na hipótese de êxito de assistido da defensoria – contudo, tal desestímulo ao consenso é inexistente quanto aos administrados patrocinados por advogados privados.

Considerando que o direito à solução consensual de conflitos tem se mostrado uma tendência cada vez mais consolidada no ordenamento jurídico, a Súmula n. 421 do STJ mostra-se em conflito com o que vem sendo firmado através da Resolução n. 125 do CNJ, da Lei de Mediação e, particularmente, do CPC.

Assim, considera-se a possível e recomendável a superação do enunciado n. 421 do STJ. Isso porque o entendimento, além de ser contrário à EC n. 45/04 e a LC n. 132/09, ferindo a autonomia da instituição defensorial, também enfatiza e reforça as vulnerabilidades processuais ao desestimular o consenso administrativo entre o necessitado e o Estado, além de impedir que a Defensoria integre o valor devido a título de honorários sucumbenciais aos fundos institucionais. Desse modo, a superação da Súmula n. 421 do STJ é essencial ao efetivo cumprimento dos ditames previstos no art. 3º do CPC, em termos de incentivo à resolução consensual.

Em síntese, o enunciado sumular n. 421 do STJ é um efetivo obstáculo ao acesso à justiça consensual dos necessitados e deve deixar de sê-lo por meio da sua necessária superação (*overruling*).

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Amazonas. **Apelação n. 06088672020158040001**. Apelante: Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Apelado: Estado do Amazonas. Relator Desembargador Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro. Publicado em 18 de setembro de 2018. p. 6. Disponível em: <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/645697558/apelacao-apl-6088672020158040001-am-0608867-2020158040001/inteiro-teor-645697568>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAGNANI, Daniella de Albuquerque. O NCPD, a Defensoria Pública no Processo Individual e a Superação da Súmula 421-STJ. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; SOUSA, José Augusto Garcia de. **Repercussões do novo CPC**: Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2015. 5 v. p. 682-698.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125. Brasília, DF. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **DJE do CNJ**, n. 219, p. 2-14 1 dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado215055202105076095b63fb50ad.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, (...) da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 80, de 4 de Junho de 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de Janeiro de 1994. Organiza a Defensoria da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de jan. de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 7 de Outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 out. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp132.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.140 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 421**. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2010]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula421.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Jus.com.br**, abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14699>. Acesso em: 20 out. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso À Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAVALCANTE, Bruno Braga. A atuação como custos vulnerabilis e a nova lei orgânica da Defensoria do Pará. **Conjur**, 30 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/opiniao-atuacao-custos-vulnerabilis-defensoria>. Acesso em: 1 mai. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento Salvador: JusPodivm, 2016.

FAY, Ricardo Soriano; FAVRETO, Rogério. A Defensoria Pública e os honorários sucumbenciais em prol da defesa dos direitos fundamentais: a superação do enunciado nº. 421 do STJ. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 13, p. 34-59, 2015. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/226>. Acesso em: 3 jun. 2021.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art.

489, §1º., VI, do CPC/2015. **Revista de processo**, v. 252, 2017

FRANCO, Glauce; MAGNO, Patrícia (Eds.). **I relatório nacional de atuação em prol de pessoas e/ou grupos em condição de vulnerabilidade**. Brasília, DF: ANADEP, 2015. p. 10, 18, 35, 40, 41, 42. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Relat_rio_de_Atua__es.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como Litigante Habitual: a Necessária Mudança da Cultura Jurídica de Tratamento dos Conflitos**. 2018. Dissertação (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente**: especulações sobre os limites da transformação no direito. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O papel da defensoria pública como instrumento de efetivação do acesso à justiça aos vulneráveis. **Revista de Direito Público**, Brasília, DF, v. 17, n. 91, mar. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3527>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MAIA, Maurilio Casas. **Novas tendências do Direito Consumidor**. Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASSADORE, Bruno de Almeida. **A Autonomia da Defensoria Pública e a Súmula 421 do STJ**: uma análise a partir da sucessão de erros dos nossos tribunais. *In*: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. **Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

RUIZ, Ivan Aparecido; NUNES, Taís Zanini de Sá Duarte. Breves Reflexões Acerca da Mediação Segundo a Regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, p. 64-92, 26 set. 2014. Disponível em: https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/22/pdf_12. Acesso em: 13 mai. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1020766-79.2014.8.26.0224, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Marcelo Semer, **DJE do TJSP**, 10 abr. 2015.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise à Luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, 2015. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 26 mai. de 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Retalhos de Mediação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. Disponível em: <https://www.camani.com.br/gallery/retalhos%20de%20media%C3%A7%C3%A3o%20-%201%C2%AA%20ed%20-%20fabiana%20marion%20spengler%20-%202014.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. SPENGLER NETO; Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**: artigo por artigo de acordo com a Lei no 13.140/2015, Lei no 9.307/1966, Lei no 13.105/2015 e com a Resolução no 125/2010 do CNJ (Emendas I e II). Rio de Janeiro: FGV, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo: Método. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **O novo Marco Legal da Mediação no Direito Brasileiro**. Manuscrito. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/O-novo-marco-legal-da-mediacao-no-direito-brasileiro-2016-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2021.

TARTUCE, Fernanda. Processo Civil: objetivo, função e atuação do juiz à luz da igualdade. In: TARTUCE, Fernanda. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Dissertação (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082012-143743/publico/Versao_integral_Fernanda_Tartuce_Silva_Tese_USP.pdf. Acesso em: 26 nov. 2020.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade Processual No Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR., F.; GARCIA DE SOUSA, J. A. (Eds.). **Repercussões Do Novo CPC**, v. 5. Salvador: JusPodivm, 2015.

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL PELA
PERSPECTIVA DA LEI 13.964/2019 COMO MECANISMO GARANTIDOR DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE CHAIN OF CUSTODY OF THE EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS
FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.964/2019 AS A MECHANISM TO
GUARANTEE THE DUE LEGAL PROCEDURE IN A DEMOCRATIC STATE OF
LAW*

*LA CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA EN PROCEDIMIENTOS PENALES
POR LA PERSPECTIVA DE LA LEY 13.964 / 2019 COMO MECANISMO PARA
GARANTIZAR EL DEBIDO PROCEDIMIENTO LEGAL EN UN ESTADO DE DE-
MOCRÁTICO DE DERECHO*

Rafaela Ramos¹

RESUMO

Este artigo consiste em uma breve análise acerca da cadeia de custódia da prova na realidade processual penal, tendo como base a Lei 13.964/2019, a qual trouxe significativas mudanças acerca do assunto, e o Estado Democrático de Direito. A questão levantada é sobre quais as consequências produzidas quando há a quebra na cadeia de custódia da prova no processo penal em um Estado Democrático de Direito. O instituto é de extrema relevância, trata-se de uma teoria relativamente nova, principalmente na legislação brasileira, mas que traz graves consequências quando não seguida corretamente. Os danos que a ruptura da cadeia de custódia pode causar para todo o processo penal são enormes e preocupantes. Assim, estudar e compreender melhor como funciona esse instituto inovador e que veio para ficar se faz necessário. Quando se trata de processo penal forma é garantia eo procedimento da cadeia de custódia nada mais é que proteger e garantir esse formalismo tão caro e precioso ao processo penal. Só assim para que, de fato, haja um processo justo e íntegro do início ao fim, com uma decisão que chegue o mais próximo da verdade dos fatos.

Palavras-chave: Processo Penal. Lei 13.964/2019. Cadeia de custódia da prova. Quebra da cadeia de custódia. Provas ilícitas.

¹Pós-graduada em Ciências Criminais – CERS. Pós-graduanda em Direito Constitucional – ABCost. Graduada em Direito – ULBRA. Email: rafaelaramos22@hotmail.com. Advogada OAB/RS 117.670.

ABSTRACT

This article consists of a brief analysis about the chain of custody of evidence in the criminal procedural reality, based on Law 13.964/2019, which brought significant changes on the subject, and the Democratic Rule of Law. The question raised is about the consequences produced when there is a breach in the chain of custody of evidence in criminal proceedings in a Democratic Rule of Law. The institute is extremely relevant, it is a relatively new theory, especially in Brazilian legislation, but it has serious consequences when not followed correctly. The damage that breaking the chain of custody can cause to the entire criminal process is enormous and worrisome. Thus, studying and better understanding how this innovative institute works, which is here to stay, is necessary. When it comes to criminal procedure, form is a guarantee and the chain of custody procedure is nothing more than protecting and guaranteeing this formalism, so expensive and precious to the criminal process. Only like this so that, in fact, there is a fair process from start to finish, with a decision that comes as close to the truth of the facts.

Keywords: Criminal proceedings. Law 13.964/2019. Evidence chain of custody. Breaking the chain of custody. Illicit evidence.

RESUMEN

El artículo consiste en un breve análisis sobre la cadena de custodia de la prueba en la realidad procesal penal, con base en la Ley 13.964 / 2019, que trajo cambios significativos en la materia, y el Estado de Derecho Democrático. La pregunta que se plantea es sobre las consecuencias que se producen cuando se produce un incumplimiento de la cadena de custodia de las pruebas en un proceso penal en un Estado de Derecho Democrático. El instituto es sumamente relevante, es una teoría relativamente nueva, especialmente en la legislación brasileña, pero tiene serias consecuencias cuando no se sigue correctamente. El daño que puede ocasionar la ruptura de la cadena de custodia a todo el proceso penal es enorme y preocupante. Por ello, es necesario estudiar y comprender mejor el funcionamiento de este innovador instituto, que llegó para quedarse. En el proceso penal, la forma es una garantía y el proceso de cadena de custodia no es más que proteger y garantizar este formalismo, tan caro ypreciado para el proceso penal. Solo así para que, de hecho, haya un proceso justo y equitativo de principio a fin, con una decisión que se acerque lo más a la verdad de los hechos.

Palabras clave: Procedimientos criminales. Ley 13.964 / 2019. Cadena de custodia de pruebas. Rompiendo la cadena de custodia. Evidencia ilícita.

1 INTRODUÇÃO

O direito vive em constante transformação e evolução. Dos primórdios da civilização até os dias atuais muito mudou em relação às formas que os seres humanos encontraram para punir aqueles que violavam as regras que a convivência em sociedade exigia de seus participantes. O direito processual penal tem suas origens misturadas com a do direito penal propriamente dito. Assim, investigar, processar e punir, foram por muito tempo convergidas como se uma só coisa fossem. Com o passar do tempo algo foi se tornando o ponto central de toda e qualquer investigação criminal: as provas. Com isso, é nítida a importância que tratar da cadeia de custódia assume atualmente.

Dessa forma o presente artigo busca compreender a relevância e as consequências da quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal. Analisando alguns fatores determinantes, busca-se verificar quais os motivos que ensejam a quebra da cadeia de custódia e por que eles ocorrem, bem como quais serão as consequências decorrentes dessa ruptura para o processo.

A quebra da cadeia de custódia da prova penal pela perspectiva da Lei 13.964/2019, e do Estado Democrático de Direito, como meio de assegurar o devido processo legal é tomado como o ponto central desse estudo, e servirá para verificar se os mecanismos jurídicos e sociais conseguem garantir a efetiva cadeia de custódia da prova e caso não consigam, por que isso ocorre, bem como as consequências disso e os meios de mudar essa realidade.

Assim, pesquisar sobre a cadeia de custódia da prova no âmbito penal se faz extremamente relevante no cenário atual. O assunto ainda considerado pouco abordado na esfera nacional engatinha a pequenos trotes no sistema judicial brasileiro. Tanto o é que a primeira referência expressa do termo veio em 2019 com a Lei 13.964/19, onde fora pouco abordado. Não obstante o que fora dito, o assunto – provas – é o prato principal no que diz respeito à persecução penal. Todo o trâmite processual, e mesmo antes na esfera pré-processual, o que se busca são por provas que possam demonstrar a culpa ou inocência de alguém por algum fato criminoso.

Pretende-se assim, analisar o que se entende por custódia da prova, bem como a forma que ela deve se dar para que siga as “regras do jogo” e levem a uma prova processual legal e confiável e, conseqüentemente a uma decisão judicial o mais correta possível.

2 DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A cadeia de custódia no processo penal, diz respeito à garantia de integridade, credibilidade e prestabilidade da prova, mas vai além, ao passo que também cuida do exercício do contraditório pelas partes que devem trabalhar com provas íntegras, bem como o juiz, que deve decidir com base em provas límpidas e justas.

A atenção à cadeia de custódia é crescente em muitos países, inclusive no Brasil. No direito brasileiro, o cuidado com a preservação da cadeia de custódia e, conseqüentemente, a imposição de considerar a prova inaplicável quando quebrada a correta cadeia de custódia, o que gera a imprecisão e insegurança na integridade dessa prova, ao deixa-la contaminada, tem sido objeto de importantes debates jurídicos cujas teses têm surgido e/ou sendo acolhidas, em muitos casos, pelas cortes brasileiras e acabaram, até mesmo, produzindo jurisprudência.

A cadeia de custódia não se refere a todas as irregularidades e ilegalidades que acontecem durante o processo penal, mas se fixa prioritariamente no cuidado com a manutenção e manipulação das evidências e provas. Porém, mesmo ao não ter uma conexão direta com todas as ilegalidades processuais, ela estará presente toda vez que uma prova for encontrada, guardada, manipulada ou produzida. Aqui é que precisa ser feita sua correta custódia, caso contrário, ter-se-á problemas.

Fundamental então entender o conceito dado à cadeia de custódia da prova. Primeiramente, recorda-se que o processo penal condenatório é antes um processo probatório, ou seja, a força da prova e sua qualidade devem ser tão elevadas ao ponto de acabar com quaisquer dúvidas sobre a materialidade e a autoria do crime, indo ao encontro do que preconiza um estado de direito (PRADO, 2019).

Foi na jurisprudência norte-americana que surgiu primeiramente o termo cadeia de custódia da prova, bem como seu conceito. Deu-se como algo natural ao

deslinde dos fatos criminosos, uma forma de aferir a veracidade e integridade da prova (BADARÓ, 2020).

Logo, o que se pretende extrair do instituto da cadeia de custódia da prova é uma maior eficiência e credibilidade das provas, na hora da manipulação, transporte e armazenamento dessas evidências tão caras ao processo de que fazem parte. Assim, o conceito do instituto é esse, qual seja, visar um processo penal dirigido por mecanismos de controle de irregularidades e ilegalidades por todos os lados e em todos os momentos.

Ao passo que se percebe a importância que as provas possuem na lide processual penal, se torna evidente que toda segurança e legitimação dadas às provas são bem-vindas. São elas, as provas, que ditam como será o processo, mais que isso, são as evidências – no início de tudo – que determinarão a instauração ou não de processo. Como mencionado no início desse capítulo, os países têm dado maior atenção ao tema, não poderia ser de outra forma, com base no pouco que já fora demonstrado aqui. No Brasil não foi diferente. Porém, o assunto ainda é tratado de forma tímida, mas houve avanços.

Dentre as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 está a inserção da teoria da cadeia de custódia da prova no Código Processual Penal Brasileiro. Isso acarretou uma grande evolução para a qualidade e credibilidade da prova (LOPES JUNIOR, 2020). Assim, a partir de agora será abordado acerca das novidades trazidas por essa lei no que se refere a cadeia de custódia da prova para o direito brasileiro.

3 DAS CONSEQUÊNCIAS DE UMA CADEIA DE CUSTÓDIA CORRETAMENTE REALIZADA

As novidades legislativas brasileiras demonstram um inquestionável avanço e evolução sobre o cuidado e o prestígio que a cadeia de custódia merece ter em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, apesar desse progresso, alguns liames sobre o assunto continuam sem o devido amparo legal que necessitam ter.

Por exemplo, a lei é silente em relação aos efeitos gerados pela não preservação da cadeia de custódia. A legislação pátria não cuidou de assuntos

como o momento processual adequado para se fazer o exame da regularidade ou irregularidade da cadeia de custódia. Assim também o é em relação às consequências a ensejarem nas provas que foram indevidamente manipuladas, ou seja, quando a cadeia de custódia não é observada. Aliás, acerca dessa temática, a dogmática penal diverge-se entre os que entendem que a consequência da ruptura da cadeia de custódia deva ser necessariamente a exclusão da prova maculada, e os que defendem ser o juiz o responsável por sopesar a prova custodiada irregularmente conforme o caso concreto (MATIDA, 2020).

Assim, algumas perguntas surgem na mente dos leitores, entre elas: o que pode causar a ausência de participação da defesa técnica na fase pré-processual e se isso pode acarretar um comprometimento da cadeia de custódia e, conseqüentemente dos elementos probatórios colhidos nela e ensejar a nulidade de todo o procedimento; bem como se essa quebra de custódia pode ser reconhecida processualmente e gerar nulidade processual (BERNACCHI; RODRIGUES, 2018).

A resposta de forma superficial não é tão difícil de ser encontrada. Para chegar à resposta é preciso partir do entendimento de que o Brasil se trata de um Estado Democrático de Direito e toda evolução e melhoramento é no sentido de fortalecê-lo. Portanto, o contraditório, ampla defesa, paridade de armas, são meios de garantir essa evolução, ao passo que são direitos e garantias fundamentais, e essas estão intimamente ligadas aos Estados Democráticos de Direito (SOUZA, 2019).

Primeiramente, a evolução da cadeia de custódia está ligada a um sistema acusatório, a imparcialidade do juiz, ao devido processo legal, a paridade de armas entre as partes, ao contraditório e à ampla defesa efetivos. Nessa perspectiva, Geraldo Prado critica o sistema inquisitório:

Atualmente, a <<aglomeração quântica de poder>> que caracteriza o sistema inquisitório tende a concentrar poder nas mãos da polícia e/ou do Ministério Público, mas também eventualmente em mãos do juiz, no âmbito de tarefas preventivas. Com muita frequência isso descamba para o abuso de poder, em um crescente direito penal e processual penal preventivo que combina práticas do subsistema policial e de emergência. (PRADO; Geraldo, 2014, p. 50).

Assim, o que o autor afirma acerca do sistema inquisitório vai totalmente de encontro aos dogmas do sistema acusatório, o qual fora adotado pelo Brasil.

Ademais, Luigi Ferrajoli (2002) vai na mesma perspectiva, ao passo que entende que para haver controle de legalidade pelo magistrado na acusação penal, é preciso que esse seja totalmente imparcial, ou seja, que não tenha ligação ou esteja comprometido com tarefas preventivas.

Desse modo, o Brasil avança cada vez mais para um Estado com o ideal e a intenção de proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como da legalidade e formalidade de seus atos, principalmente na seara criminal. Entretanto, apesar da nova legislação trazer progressos, o país ainda está longe de ser exemplo de justiça a ser seguida. É preciso ter em mente que a prova – meio de trazer certeza ou incerteza – ao processo penal, pode causar e, muitas vezes causa, a privação de liberdade dos acusados. E aqui, o Brasil é um dos países que mais encarcera de todo o mundo (ÁVILA; BORRI, 2019).

Diante disso, fica nítida a importância que a prova carrega consigo. É ela que tem a força de culpar ou inocentar alguém. Mas ela vai muito além da sua simples existência e demonstração dentro do processo. Como fora visto, da sua preservação a sua entrega final ao julgador do caso, a prova está em constante movimento e transita por diferentes locais e por diferentes pessoas.

Nesse sentido, quando se fala que o Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo, pode-se depreender dessa afirmação que as provas em sua maioria estão ajudando mais a acusação do que a defesa. Mas será possível que ainda hoje haja um desequilíbrio entre ambas? Ou na verdade é apenas uma polícia extremamente eficaz que obtém provas irrefutáveis à condenação dos indivíduos?

As estatísticas sobre a quantidade de presos em nosso País estão desatualizadas. O Departamento Penitenciário Nacional (Depen), desde fins de 2017, não produz relatórios sobre quantas e quais pessoas estão presas em nosso País. [...] Sabemos, porém, que são muitas e, apesar do quadro permanente de superlotação, o número de pessoas encarceradas segue crescendo. (ÁVILA; BORRI, 2019, p. 126).

O ponto em que se quer chegar é que muita prisão pode estar relacionada com uma coleta e interpretação rasas da prova. Sendo a maior parte da investigação e da preservação, coleta, manuseio e produção efetiva das provas realizada na fase pré-processual, a qual é um procedimento administrativo e, portanto, sequer exige as formalidades do processo penal em muitos pontos, onde a defesa não tem a voz

necessária para jogar de igual para igual.

Aqui é onde está o perigo. Antes de se ter os novos dispositivos determinando como deve ocorrer o manuseio da prova, restava à defesa muito pouco na investigação criminal. Ao passo que sua presença e seus requerimentos não são obrigatórios e necessários. Essa realidade vem mudando há algum tempo, mesmo antes da Lei 13.964/19, mas foi com o advento dela que a teoria da cadeia de custódia e o sistema acusatório se consagraram no direito penal brasileiro, bem como a defesa ganhou maior relevância dentro da fase pré-processual.

Nesse diapasão, mais uma consequência da correta realização da cadeia de custódia é adequar o processo penal aos princípios fundamentais do Estado de Direito. Entre esses, o devido processo legal, tão caro ao direito processual penal, uma vez que possibilita reais chances de defesa por parte do acusado.

Assim, uma cadeia de custódia bem feita traz suas consequências em um segundo momento – no processo. Será nele que todo o trabalho realizado pelos agentes Estatais, feito de forma coerente e conforme as formalidades exigidas produzirão seus frutos. Visa-se diminuir ao máximo a discricionariedade judicial e assim a decisão não dependerá do juízo de valor do juiz acerca da interioridade dos agentes Estatais. Além do que, regras objetivas e precisas são fortes instrumentos de escudo contra o decisionismo (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015).

A luta pela qualidade da decisão judicial passa pela melhor prova possível. Nesse terreno, a estrita observância do acusatório, com claro afastamento das funções de acusar e julgar, mas principalmente, pela imposição de que a iniciativa probatória seja das partes e não do juiz (recusa ao ativismo judicial), bem como pela maximização do contraditório, são fundamentais. Outra premissa básica neste tema (e em todo processo penal) é: forma é garantia e limite de poder. A importância da 'tipicidade processual' é novamente evidenciada. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015, p. 458-459).

Aury Lopes Junior no trecho acima sintetiza de forma primorosa o que se tentou explanar até o momento. Enfatiza-se o fato de que o contraditório deva estar presente em todos os momentos, não só para benefício do acusado, mas da própria acusação e policiais, ao passo que muitas das alegações feitas pela defesa em fase processual sobre possíveis irregularidades e ilegalidades em razão da falta de contato com os elementos probatórios antes do início do processo, cessarão.

A cadeia de custódia conforme disciplinada hoje garante forma e,

consequentemente, garantia e limite ao poder Estatal de punir. Entenda-se que a cadeia de custódia não veio como um óbice à punição dos infratores da lei penal, pelo contrário, se bem executada, é uma ferramenta que ajudará a garantir a condenação desses indivíduos.

A qualidade da prova trazida para o processo é vital para o deslinde da persecução penal. A cadeia de custódia da prova por sua vez, exige um procedimento regrado e formal, o qual documente todo o caminho percorrido, tudo que exista referente àquela prova, para então, ser possível a validação em juízo e haver efetivo controle epistêmico (LOPES JUNIOR, 2020).

O Estado não pode punir a qualquer custo, os fins não justificam os meios, caso contrário se volta à época do autoritarismo e da vingança pública. Contemporaneamente, o Estado como detentor do poder de investigar, julgar e punir deve agir conforme os ditames da lei. Sabe-se da dificuldade que muitos agentes Estatais (policiais, investigadores, peritos) têm na hora de achar vestígios materiais de um crime, até mesmo pela própria natureza do fato, bem como da pressão social e do próprio Estado em solucionar esse delito.

Há outros casos, por exemplo, em que todos sabem quem é o culpado pelo fato criminoso, mas não possuem provas capazes de demonstrar isso, o que também pode levar a uma tendência errônea de que os fins podem sim justificar os meios quando for para condenar alguém que se sabe ser culpado. Logo, a cadeia de custódia surge como um dos meios capazes de controlar o Estado, enquanto este busca provas acerca de um fato criminoso.

Conclui-se então que seguir corretamente o procedimento da cadeia de custódia da prova traz benefícios significativos ao processo. Mais além, quando se trata de processo penal, é algo imprescindível para uma correta e justa decisão final. Uma vez que tenha suas principais diretrizes voltadas ao momento pré-processual, onde a maioria das provas são encontradas, catalogadas, enfim, elaboradas, a cautela nesse momento, em realizar um trabalho bem feito, é maior ainda.

4 DAS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA NA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Quais as consequências da quebra da cadeia de custódia, quando e onde podem ocorrer? Essas perguntas serão respondidas a seguir, numa tentativa de compreender melhor o que pode acontecer com as provas colhidas e/ou produzidas de forma errônea. Afinal, elas poderão integrar o processo e servir de embasamento ao juiz na hora de tomar sua decisão? Ou deverão ser desentranhadas como toda prova ilícita? Geram nulidade sempre ou dependem do prejuízo causado ou do caso concreto? Nota-se que muitas são as dúvidas relacionadas a essa temática.

Tema diretamente vinculado, ensina GERALDO PRADO, é o da 'conexão de antijuridicidade', onde a contaminação deve ser ponderada através da causalidade naturalística ou da causalidade normativa. A primeira (naturalística) faz com que toda prova derivada (nexo causal físico, naturalístico) seja necessariamente declarada ilícita e excluída do processo. Já a causalidade normativa interdita o emprego do conhecimento obtido pela prova ilícita para interpretar provas aparentemente produzidas sem uma filiação direta e imediata com a prova declarada ilícita. É por isso que uma vez reconhecida a ilicitude de uma prova, não se pode, por exemplo, fazer posteriormente perguntas para testemunhas sobre o mesmo objeto, buscando validar por via transversa. (LOPES JUNIOR, 2020, p. 459).

Depara-se novamente com as provas ilícitas e as suas conjecturas. Quando resta demonstrada que houve a quebra da cadeia de custódia, não há previsão legal acerca das providenciais a serem tomadas. Em outras palavras, o descumprimento das orientações legislativas não possui consequências previstas e explícitas na lei (VIEIRA, 2020).

Assim, como muitos assuntos no direito, ficou para a doutrina e jurisprudência essa árdua missão. Nesse diapasão, que se encontram os dois entendimentos acima referidos por Aury Lopes Junior. Há quem defenda que quaisquer irregularidades ou ilegalidades da prova causem sua ilicitude, e assim devem ser desentranhadas dos autos. Em contrapartida, outros auferem que é preciso analisar o ato concreto, pois nem sempre será caso de nulidade ou de inutilização da prova.

Os avanços ocorridos na seara probatória no processo penal visam modificar a base empírica que sustenta a acusação penal, haja vista que quando a acusação traz as provas para que o juiz receba ou não a denúncia/queixa, o que se tem na verdade são meras evidências que não passaram pelo crivo do contraditório. É preciso ter em mente que essas evidências, apesar de serem ainda inferências probatórias, mexem com a subjetividade do julgador (PRADO, 2014).

Sendo a cadeia de custódia da prova o conjunto de procedimentos indispensáveis ao manuseio, guarda e manipulação de todo e qualquer elemento probatório, a quebra desta significa, portanto, a falta ou a não conservação integral e correta dessas provas. Isso prejudica categoricamente a credibilidade desses elementos probatórios. No momento em que as provas são contaminadas, seja a sua fonte, meio, ou forma de obtenção, o que se verá é a provável anulação de todo o processo.

Nesse sentido, a quebra da cadeia de custódia provocada pela inobservância dos procedimentos e formalidades legais pelos agentes Estatais, seja pelo desrespeito à mesmidade ou à desconfiança, acarreta a falta de integridade e com isso de confiança nesses elementos probatórios e, por consequente, consagra a sua ilicitude, o que impede que essa prova seja valorada dentro do processo (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Ademais, não se pode esquecer dos graves efeitos oriundos da cultura do aproveitamento de irregularidades. Nesse sentido, não se pode incentivar que apesar de quebrada a cadeia de custódia, os elementos probatórios derivados dela sejam aproveitados, pois isso acarretaria um indesejável incentivo aos responsáveis pela investigação pré-processual. A mensagem transmitida seria erroneamente a de que agem de forma correta e não precisam remodelar a maneira como investigam e que todas as reformas sistêmicas que visam a evolução do direito criminal podem ser ignoradas (MATIDA, 2020).

Dar crédito a esse tipo de prova, oriunda de irregularidades, só fortalece a condenação a qualquer custo. Esta perseguida desde os primórdios da civilização, como fora visto acerca da evolução das provas, fica claro que não é a melhor forma de conseguir punir direito, ou seja, punir dignamente e de acordo com a lei. Assim, para começar a mudança na mentalidade dos agentes Estatais, acerca da forma de investigar e angariar provas, é preciso que fique claro que provas obtidas de forma irregular ou ilegal não serão aceitas de modo algum.

Somado a isso, o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e, principalmente, o devido processo legal, tornam imprescindível a preservação da cadeia de custódia. Só assim a defesa terá garantido tratamento equânime ao da acusação, com o conhecimento integral dos fatos e provas desses fatos imputados

ao réu, bem como poderá ir além, e requerer diligências e produção de provas que enfraqueçam as da acusação. Afinal, a investigação serve para descobrir, o mais próximo possível, a verdade real dos fatos, e não apenas para obter elementos probatórios que ajudem um lado somente (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Para Aury Lopes Junior sem dúvida a consequência da quebra na cadeia de custódia deve ser a proibição de valoração da prova, bem como sua exclusão física dela e de suas derivadas do processo. É o que o direito italiano entende como pena de inutilização. “Mas é importante que não se confunda a ‘teoria das nulidades’ com a ‘teoria da prova ilícita’, ainda que ambas se situem no campo da ilicitude processual, guardam identidades genéticas distintas.” (LOPES JUNIOR, 2020, p. 459).

Mais além, no momento em que há a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas na fase pré-processual, principalmente pela ausência de participação da defesa, é trazido à tona dúvidas irrefutáveis acerca da veracidade e legalidade desses elementos probatórios. Isso acarreta a ilicitude da prova e deve-se assim proceder ao seu desentranhamento dos autos, não devendo ser levada em consideração no momento da sentença (BERNACCHI; RODRIGUES, 2018).

Quando a crença e a convicção andam juntas em um processo, este só poderá ter um fim precário e duvidoso. Afinal, a convicção judicial precisa estar no polo oposto ao da crença. Esse deve ser o propósito de todos os envolvidos em uma persecução penal. Pois, uma vez conduzido o processo pelas lentes da crença, a consequência será a deflagração do processo, haja vista que o juiz terá o conduzido a partir de seu estado mental imaginário, o que não pode, de jeito nenhum, ser a forma de lidar com as provas do fato criminoso (PRADO, 2019).

Mas além das consequências causadas aos sujeitos da persecução penal (acusado, acusação, defesa, juiz – até mesmo policiais), é preciso estudar as inferências dentro do processo. Em melhores dizeres: o que acontecerá com o processo e com a prova em si manipulada indevidamente.

Como dito anteriormente, a dogmática penal sobre o assunto se divide entre os que entendem que na quebra a cadeia de custódia implica, necessariamente, na exclusão no processo da prova erroneamente produzida. Na outra vertente, é defendido que cabe ao juiz, em cada caso concreto, decidir e valorar acerca do peso dado aos elementos probatórios cujo tenha ocorrido a ruptura na cadeia de custódia

(MATIDA, 2020).

É preciso partir da ideia de que em um Estado de Direito não pode haver a violação da dignidade da pessoa humana, sequer na esfera criminal. Nesse diapasão, é que a teria das provas ilícitas ganhou força ao redor de todo o mundo. Não se tolera mais, assim, que a dignidade das pessoas seja violada como pretexto de obter a verdade sobre fatos criminosos (PRADO, 2019).

Ao se verificar a ruptura na cadeia de custódia das provas, devem todos os demais elementos obtidos a partir da quebra ser invalidados, pois foram contaminados por essa irregularidade. O tema está consagrado no artigo 157 do Código de Processo Penal, o qual determina a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Claro, há exceções, como por exemplo quando há o rompimento do nexo de causalidade entre a original e a derivada. Há no cenário constitucional um novo parâmetro a ser seguido pelo juiz quando se tratar de medidas que estejam relacionadas com direitos fundamentais, as quais precisam respeitar, necessariamente, o que a lei determina acerca da obtenção das provas por meio da cadeia de custódia (SOUZA, 2019).

O Estado não pode se servir a bel prazer de seu poder. As regras do jogo precisam ser respeitadas, principalmente na seara criminal, onde muitos direitos fundamentais estão em jogo. Ademais, quanto a diferenciação que deve ser feita em relação a teoria das nulidades e a das provas ilícitas, bem observa Geraldo Prado:

[...] se sabe que as nulidades constituem técnicas destrutivas de efeitos de muito menor intensidade que aquelas que decorrem da inadmissibilidade jurídica de determinado ato, que é o regime jurídico das provas ilícitas conforme a nossa Constituição. Assim é que, se ambas as categorias integram o gênero específico da invalidade dos atos processuais [...], a possibilidade de os atos nulos serem saneados enfraquece a função normativa de proteção que é da essência do processo penal. [...] Por isso, no campo das proibições de prova, marcadas pelo valor superior da dignidade da pessoa humana, a tendência dos ordenamentos jurídicos é de não se contentar com o regime das nulidades. (PRADO, 2019, p. 126).

Logo, não basta para o mundo da cadeia de custódia a teoria das nulidades, pois essas geram efeitos que não suficientes para tamanha importância desse procedimento. As nulidades, em breve síntese, podem ser relativas ou absolutas – o que por muitos autores é criticado, pois entendem que no direito penal todas as nulidades deveriam ser absolutas devido aos direitos que são ali discutidos – mas,

do jeito que está consagrado no código de processo penal, nem sempre as nulidades terão consequências severas quando constatadas (LOPES JUNIOR, 2020).

Por tais motivos é que a teoria das provas ilícitas, consagrada na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVI, bem como no Código de Processo Penal, no artigo 157, traz consequências mais sérias em relação ao que acontecerá com provas que forem obtidas mediante ruptura da cadeia de custódia. Desse modo, o direito brasileiro criou uma verdadeira barreira às provas ilícitas, ao passo que devem ser desentranhadas dos autos assim que for verificada sua ilicitude, sem protelação no julgamento, sendo que ao ser reconhecida não admitirá sanação (PRADO, 2019).

Quando há a quebra de custódia em relação à prova, esta deve ser considerada ilícita. Com isso há também o seu desentranhamento e inutilização (EDINGER, 2016). Isso tudo ajuda a garantir o devido processo legal. Outrossim, para que seja possível essa constatação e consequência, é preciso estar atento ao filtro processual contra esse tipo de prova (PRADO, 2014). Para isso é necessário que haja o rastreio das provas às suas fontes, só assim ter-se-á uma efetiva fiscalização acerca desses elementos probatórios, do início ou fim, e quaisquer irregularidades serão mais facilmente detectáveis.

Ademais, quando não se tem esse rastreio da prova, do início ao fim, não se terá mais a confiabilidade acerca daquele material, tanto no campo da existência quanto ao seu manuseio por parte das autoridades legais. Isso impossibilita que o acusado tenha a chance de exercer de forma integral sua defesa. Por fim, a consequência é que essa prova se tornará ilícita (PRADO, 2019).

Ainda é preciso lembrar que uma parte da doutrina faz divisão em relação ao assunto provas proibidas, qual seja: provas ilícitas e ilegítimas, sendo considerada ilegítima aquelas que violassem normas de cunho processual e sua consequência seria a nulidade. Em contrapartida, as ilícitas seriam aquelas que fossem de encontro às normas ou princípios de direito material, sendo a consequência a sua inadmissibilidade no processo (NUCCI, 2018).

Em relação aos limites da licitude da prova é preciso compreender que processo civil e processo penal são categorias totalmente diferentes dentro do mundo jurídico, e como tal não se podem fazer analogias ou transmissões

mecânicas entre os dois ramos do direito. Afinal, a área processual penal em hipótese alguma deve se afastar da premissa de que forma é garantia, uma vez que trata de direitos tão caros aos cidadãos, bem como dos limites ao poder de punir do Estado (LOPES JUNIOR, 2020).

Nesse sentido, entende-se que o principal a ser levado em conta atualmente quando se trata de cadeia de custódia e houver sua ruptura, é o fato de que o direito penal e processual penal é um ramo que toma para si as situações mais complexas da vida em sociedade e, portanto, todo cuidado e respeito aos dispositivos da lei farão do processo algo mais seguro e coerente, com uma solução com maiores chances de sucesso e sem grandes discrepâncias com a verdade dos fatos.

A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço; há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas nas leis podem ser transpostos. (CORREIA, 2006, p. 179).

Assim, quando há a quebra da cadeia de custódia, haverá conseqüentemente danos a um efetivo contraditório. No momento em que a defesa não consegue ter acesso aos elementos probatórios na sua íntegra, o prejuízo é notável, uma vez que estará nos autos apenas parcela do que fora produzido, sendo que poderia estar no restante a prova de inocência do acusado. Por essa razão, até mesmo os elementos probatórios que foram integrados ao processo restam contaminados, pois provêm de uma ruptura, onde foram segmentados e disponibilizados de forma incompleta. Não devem assim ser valorados na hora da sentença (PRADO, 2019, p. 128).

Geraldo Prado continua seu entendimento e discorre que até que o direito brasileiro disponha de forma explícita acerca das conseqüências da violação da cadeia de custódia das provas, deve-se retirar uma conclusão a partir da importância que o contraditório possui dentro do sistema processual penal brasileiro. Assim, uma vez que o contraditório tem caráter constitucional de validar os atos processuais, quando a cadeia de custódia for quebrada, tem-se que o contraditório também fora violado e, dessa forma, torna essas provas ilícitas (PRADO, 2019).

Pode-se perceber a partir do que fora dito que a violação à cadeia de custódia é um vício de excepcional gravidade. Isso gera uma instabilidade e insegurança

jurídicas sem precedentes, uma vez que relativiza, senão põe fim, a diversos direitos e garantias individuais elementares aos indivíduos.

Essa quebra afeta diversas áreas do direito como os princípios e direitos constitucionais, entre eles o princípio da legalidade, do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, o Estado Democrático de Direito, bem como o mais fundamental de todos e o qual resume bem real importância da cadeia de custódia, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Há de se ter em mente que o rastreamento das fontes de provas é medida eficaz contra sua violação. Entretanto, será impossível que haja esse rastreamento se houver a destruição de parcela dos vestígios angariados na investigação. Logo, será tarefa praticamente inviável que se consiga descobrir sobre a existência das provas ilícitas e suas derivadas (PRADO, 2014). Geraldo Prado entende que é necessário para impedir que ocorra essa impossibilidade de rastreamento das fontes de prova, que haja suportes técnicos capazes de garantir o controle epistêmico de toda a persecução penal:

Os suportes técnicos, pois, têm uma importância para o processo penal que transcende a simples condição de ferramentas de apoio à polícia para a execução de ordens judiciais. [...] A preservação destes elementos probatórios, portanto, insere-se no âmbito de juridicidade que, observada a inexistência de previsão legal, deve ser suprido pelo juiz para garantir ao processo a sua qualidade de entidade epistêmica. (PRADO, 2014, p. 79).

Assim, é essencial que haja a correta cadeia de custódia para que a prova ganhe maior força e credibilidade dentro do processo. O Brasil vem evoluindo acerca dessa temática e com isso, cada vez mais, é preciso orientar e ensinar os envolvidos na lide criminal a desempenharem suas funções o mais precisamente de acordo com o que prevê a legislação.

Não há mais que se falar em condenação a qualquer custo. O processo já era uma forma de demonstrar tal afirmação, mas não foi o suficiente. Desse modo, os procedimentos para melhorar a colheita e cuidado com os elementos probatórios surgem como mais uma ferramenta de auxílio na busca de uma persecução penal justa e digna para todos os sujeitos envolvidos.

Conclui-se esse trabalho afirmando que a cadeia de custódia da prova é um instrumento vital na busca por justiça e não por vingança Estatal, ou seja, fornece

uma grande ajuda na hora de limitar o poder do Estado de punir seus cidadãos. Outrossim, apesar de as consequências da sua ruptura ainda não estarem positivas do direito brasileiro, a doutrina e jurisprudência se encarregaram de tratar do assunto por hora.

Mesmo com mais de um entendimento sobre a temática, certo é que por se tratar de um assunto tão essencial ao mundo do direito processual penal, as consequências de sua quebra/violação também devem ter força ao ponto de reprimir esses comportamentos contrários às regras. Desse modo, entende-se que as consequências devam ser a inadmissibilidade desse material probante dentro do processo, com sua exclusão e inutilização.

Afinal, muito além de não seguir os procedimentos estabelecidos em lei para obter e cuidar da prova, é afetado todo o processo, ao passo que a defesa fica prejudicada, pois não pôde exercer seus direitos de contraditar e de ampla defesa em cima desses elementos probatórios de forma completa e eficaz.

Logo, constata-se que os prejuízos são inúmeros e ficam demonstrados em diversos momentos da lide penal. Podem ser verificados desde os primórdios da investigação até mesmo após a decisão final. Por fim, uma vez quebrada a cadeia de custódia, ou melhor, uma vez demonstrada a violação a cadeia de custódia, nasce a dúvida sobre sua legalidade e veracidade, e assim, de acordo com o princípio *“in dubio pro reo”*, adotado no Brasil, outra solução não há que a inutilização e exclusão dessa prova em favor do acusado (BERBACCHI; RODRIGUES, 2018).

5 CONCLUSÃO

Provas podem ser entendidas como aquilo que poderá demonstrar como um fato realmente aconteceu. São elas então que trarão ao processo os esclarecimentos necessários para que o magistrado possa chegar a uma conclusão acerca do ato criminoso. Sem elas, não há como dar andamento a uma acusação.

Ademais, as provas sempre serão referentes a fatos passados, e por tal motivo é que cuidar delas de acordo com o que determina a lei é tão importante. Impossível é a tarefa de chegar a verdade real dos fatos – esta tão almejada e

perseguida pelo Estado por muito tempo – simplesmente por ter o fato criminoso ocorrido no passado, e não haver a possibilidade de voltar aquele momento para refazer exatamente tudo como fora feito.

Nessa senda, os elementos probatórios surgem como forma de reconstruir, o mais próximo possível, ou seja, com a maior verossimilhança que possa haver, a verdade dos fatos passados. Logo, é a partir delas que todo o processo se desenha, ao passo que a acusação só irá denunciar com base em provas, a defesa irá produzir sua defesa com base no que as provas dizem e o julgamento tem que se basear em todas as provas produzidas durante o processo.

Mas, antes de ter o direito penal e processual penal delineados como se conhece hoje, foi preciso uma grande mudança de ideias e concepções. Na antiguidade, não havia uma divisão em etapas, onde primeiro se investigava, processava e punia, como é feito hoje. O que se tinha e o que as pessoas desejavam era apenas a vingança pela vingança. Primeiramente, houve o tempo da vingança privada, onde a própria vítima ou seus familiares se vingavam do algoz. A vingança pública, divina, o direito canônico o absolutismo também foram épocas marcantes em relação às provas.

Foi na época do absolutismo, em que muitos inconformados com as práticas arbitrárias do Estado na obtenção de provas e na forma de punição, que houve uma grande quebra de ideologias e nascimentos de outras. Com a queda do absolutismo, práticas como a tortura não eram mais toleradas, não sendo mais aceita como meio de obtenção de provas.

Com o passar dos anos, chegou-se ao Estado Democrático de Direito. Espécie de estado que ao ser democrático, deve presar pela igualdade, justiça e liberdade. Em outras palavras deve respeitar as leis feitas pelos representantes do povo. Nesse diapasão, a Constitucionalização do direito processual penal fortalece esse ramo do direito. Constitucionalizar uma área do direito significa que se deverá observar acima de tudo o que a Constituição diz sobre determinados assuntos e segui-la, mesmo que a lei infraconstitucional diga algo contrário.

É nessa perspectiva que princípios como dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, vedação das provas ilícitas e suas derivadas, ganharam força especial dentro da dogmática processual penal. As

peças ganharam assim mais um instrumento limitador ao poder punitivo Estatal. Constitucionalizar o direito penal e processual penal foi uma forma de ter balizas mínimas de como proceder em uma persecução penal concentradas em um local somente, sendo este no documento mais importante de um país: a Constituição.

Desse modo, a própria legislação penal precisa respeitar parâmetros mínimos implantados na Constituição. A consequência disso é a maior segurança jurídica de ter seus direitos e garantias fundamentais preservados dentro de um processo penal, o que no passado era normalmente infringido – sendo que ainda hoje o é. O que se pretende então é dar cada vez maior segurança à sociedade de que o Estado tem um processo padronizado de investigar, acusar e julgar os indivíduos objetivamente, sempre respeitando o devido processo legal.

Já o Código Processual Penal, que previa diversas fontes, meios de prova e de obtenção da prova, com a Lei 13.964/2019 consagrou dispositivos que visam padronizar o procedimento da cadeia de custódia da prova no processo penal. Como já mencionado, a prova em se tratando do âmbito criminal ganha uma relevância especial, e até a consagração da nova lei, não havia dispositivos acerca do assunto no direito brasileiro. Com a implementação dessas novas regras a cadeia de custódia passa a estar positivada, contemplando desde a preservação do material probatório até sua entrega a quem irá julgar o caso.

A nova lei também consagrou o sistema acusatório no direito penal brasileiro. Este tem como características a divisão das funções de acusação, julgador e defesa, bem como a imparcialidade do juiz e o respeito ao contraditório, ampla defesa, paridade de armas, enfim, ao devido processo legal. A cadeia de custódia da prova está intimamente ligada ao sistema acusatório, pois somente com base no que este sistema defende é que a prova ganhará a ‘mesmidade’ e confiabilidade de que necessita para ser utilizada no processo.

Assim, é possível agora verificar se as hipóteses norteadoras da presente pesquisa se confirmaram. Primeiramente, é preciso compreender a relevância da cadeia de custódia e o que acontece quando há a sua quebra. Quando respeitada a correta cadeia de custódia garante segurança e confiabilidade aos elementos probatórios, o que é fundamental para possibilitar a utilização deles no processo.

Ajuda também a preservar a paridade de armas, pois ao se disponibilizar a

prova na íntegra e registrar todo seu caminho, tanto para a acusação quanto para a defesa, ambas poderão usá-las como acharem melhor e poderão acompanhar e saber de onde elas vieram e como foram produzidas. Isso sim é garantia de um processo justo, igualitário e coerente.

Em contrapartida, quando houver a ruptura da cadeia de custódia da prova as consequências, embora não positivadas na legislação, são graves e podem causar sérios danos ao processo. Por exemplo, podem consagrar a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado. É preciso ficar claro que o que acontece quando há a quebra da cadeia de custódia é a perda da confiabilidade e credibilidade dos elementos probatórios infectados e isso é prejudicial para todos os envolvidos na lide processual.

Como dito, não há previsão legal acerca das consequências dessa quebra e mesmo com certa divergência doutrinária e jurisprudencial, parece que o entendimento mais adequado é o de que ao ser constatada a manipulação indevida de provas, estas devem ser consideradas ilícitas e receber o tratamento preconizado às provas ilícitas, qual seja: sua inadmissibilidade e exclusão do processo.

Não se pode esperar para ver se haverá prejuízos ao acusado. É preciso ter em mente que para o direito processual penal forma é garantia, e assim não pode ser violada. Não se pode punir a qualquer custo, em outras palavras, as regras do jogo precisam ser respeitadas.

Então, pode-se dizer que as hipóteses norteadoras da presente pesquisa se confirmaram. Veja-se que com base no que fora estudado resta evidente que ao seguir corretamente a cadeia de custódia da prova, se chegará a uma decisão final mais justa e eficaz.

Na mesma linha, a cadeia de custódia da prova serve sim como mecanismo protetor contra o arbítrio do Estado e preservação dos direitos e garantias fundamentais dos investigados/ acusados. Pois se consagra como mais uma ferramenta de auxílio duplo, pois ao mesmo tempo que limita o poder do Estado, quando bem feita garantirá que haja punição a quem de fato for culpado.

Outrossim, com a quebra da cadeia de custódia, a prova fica fragilizada e seu nível de credibilidade e valoração não serão completos, o que afetará todos os segmentos do devido processo legal. Logo, a cadeia de custódia é fundamental para

que o devido processo legal na esfera penal seja cumprido. Por fim, tem-se que a ampla defesa e o contraditório são princípios constitucionais intimamente ligados à questão da custódia da prova penal, uma vez que são eles os responsáveis pela efetiva participação da defesa durante toda a persecução penal.

Além dessas hipóteses que nortearam a pesquisa, a resposta ao problema central do trabalho foi constatada, ao passo que não há outra alternativa melhor, pelo menos no presente momento, do que inutilizar os elementos probatórios manipulados de forma falha. Assim, o juiz não deve levar em consideração tais provas quando for tomar sua decisão final. Entende-se que só assim será possível desencorajar os agentes Estatais responsáveis pela manipulação das provas de tomarem decisões erradas, desleixadas, subjetivas ou com base em seus juízos de valor na hora de proceder aos procedimentos da cadeia de custódia.

Enfim, o direito está em constante evolução e busca sempre se aperfeiçoar. O direito processual penal lida com os direitos, garantias e bens mais preciosos aos seres humanos, por isso todo cuidado é pouco. As provas estão no ponto central de toda a persecução penal, uma vez que todas as decisões tomadas dentro do processo serão baseadas nelas.

Desse modo, a cadeia de custódia é mais que essencial para que haja um processo justo, coerente e confiável para todos os envolvidos. Ela é um instituto que efetivamente consegue preservar a ampla defesa e o contraditório, ao mesmo tempo dá mais força ao devido processo legal.

Os debates sobre o assunto estão só começando. Ainda há muito que se falar acerca da cadeia de custódia e tudo que ela pode vir a acarretar dentro da persecução penal. O que não pode ser negado é o tamanho da importância que o instituto possui e os benefícios que já tem demonstrado na realidade processual. Fica claro que não há mais como falar de provas sem que estas estejam integradas conforme a cadeia de custódia prevista na legislação.

Daqui para frente é necessário aperfeiçoar as leis, bem como preparar os agentes envolvidos na prática forense para que saibam manipular devidamente o material probatório. Ou seja, que o Estado invista recursos para maior proteção e melhoramento do instituto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha; BORRI, Luiz Antonio. A cadeia de custódia da prova no “projeto de lei anticrime”: suas repercussões em um contexto de encarceramento em massa. **Revista RDU**, Porto Alegre, v. 16, n. 89, p. 114-132, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BERNACCHI, Paulo Eduardo Elias; RODRIGUES, Anderson Rocha. As garantias constitucionais e a cadeia de custódia das provas no processo penal. **Revista do Curso de Direito da UNIABEU**, [S. l.], v. 10, n. 1. p. 13-31, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Congresso Nacional, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. Planalto. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Congresso Nacional, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 15 maio 2021.

CORREIA, João Conde. A distinção entre a prova proibida por violação dos direitos fundamentais e a prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. **Revista do CEJ**, Coimbra, n. 4, 2006.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S. l.], v. 120, p. 237-257, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 20 fev. 2021.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos

riscos de condenações de inocentes. **Boletim Especial, IBCCRIM**: parte 2 de 2. São Paulo, ano 28, n. 331, p. 6-9, jun./2020.

MENEZES, Isabela Aparecida de; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr., 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia a prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SOUZA, Leandro Abreu de. **A quebra da cadeia de custódia frente aos princípios constitucionais e o processo penal brasileiro**. Monografia (Graduação em Ciências Forenses) – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Lavras/MG, Minas Gerais, 2019.

VIEIRA, Antonio. A cadeia de custódia da prova no processo penal: algumas notas sobre as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). **Boletim bimestral Trincheira Democrática do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, Salvador, ano 3, n. 7, fev./2020

AS DIFICULDADES PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES EM REGIME DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL COM OS SEUS PAIS ENCARCERADOS E SUAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

THE DIFFICULTIES TO PROMOTE THE RIGHT TO FAMILY INTERACTION OF KIDS AND ADOLESCENTS IN INSTITUTIONAL SHELTERING REGIME WITH INCARCERATED PARENTS AND ITS PROBABLE CONSEQUENCES

LAS DIFICULTADES PARA PROMOVER EL DERECHO A LA RELACIÓN FAMILIAR DE NIÑOS Y ADOLESCENTES EN UN RÉGIMEN DE BIENESTAR INSTITUCIONAL CON SUS PADRES ENCARGADOS Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS

Renata Martins de Sousa ¹

RESUMO

O presente artigo tem como propósito analisar a real efetividade, após o decurso de sete anos de sua vigência, da norma legal que assegura o mencionado direito às crianças, aos adolescentes e aos seus pais que se encontram nas referidas circunstâncias fáticas, assim como a repercussão do seu descumprimento na vida desses indivíduos, especialmente considerando que, por vezes, simultaneamente às demandas ajuizadas para a aplicação de medidas de proteção em favor de crianças e adolescentes, tramitam processos de destituição do poder familiar dos seus pais. Nessa linha, ainda pretende avaliar e sugerir os modos de efetivar a ratio essendi normativa, inclusive no atual contexto de pandemia da Covid-19, visando atender à tríplice base principiológica da legislação especial estatutária. Para isso, o trabalho foi desenvolvido mediante a pesquisa documental, legal, doutrinária e jurisprudencial, e sua abordagem, por meio do método hipotético-dedutivo, alcançando possibilidades concretas de um contexto que se coaduna com as finalidades almejadas pelo legislador.

Palavras-chave: Acolhimento Institucional; Convivência Familiar; Destituição do Poder Familiar; Prisão.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito; remartinssousa@gmail.com.

ABSTRACT

The present study is aimed at analyzing the real effectiveness after seven years of its validity, of the legal regulation that ensures the mentioned right to children, adolescents, and their parents, who are living under the referred factual circumstances, as well as the impact of its noncompliance in the life of these individuals, considering that often, simultaneously to the demands filed to the application of protective measures in favor of children and adolescents, processes of family power destitution of their parents transact. This way, it is intended to evaluate and suggest ways of effectuate the *ratio essendi* norm, including the present context of Covid-19 pandemic, in order to fulfill the triple principle basis of special statutory legislation. For this purpose, this study was developed through documental, legal, doctrinaire and jurisprudence research, and its approach, through the hypothetico-deductive method, reaching concrete possibilities in a context which is consistent to the purposes desired by the legislator.

Keywords: Institucional Sheltering; Family Interaction; Family Power Destitution; Incarceration.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la real afectividad, tras el discurso de siete años de su vigencia, de la norma legal que asegura el mencionado derecho a los niños, a los adolescentes y a sus padres que se encuentran en las referidas circunstancias fácticas, así como la repercusión de su incumplimiento en la vida de esos individuos, especialmente considerando que, por veces, simultáneamente a las demandas ajuiciadas para la aplicación medidas de protección a favor de niños y adolescentes, tramitan procesos de destitución del poder familiar de los padres. En esta línea, aún pretende evaluar y sugestionar a los modos de efectuar a *ratio essendi* normativa, incluso en el actual contexto de pandemia de la Covid-19, visando atender a la tríplice base principio lógica de la legislación especial estatutaria. Para eso, el trabajo fue desarrollado mediante a la investigación documental, doctrinaria y jurisprudencial, y su abordaje, por medio del método hipotético-deductivo, alcanzando posibilidades concretas de un contexto que se coaduna con las finalidades anheladas por el legislador.

Palabras claves: Bienestar Institucional. Relación Familiar. Destitución del poder familiar. Prisión.

Data de submissão: 27/07/2021

Data de aceite: 09/09/2021

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é possível observar que as preocupações relacionadas com o encarceramento não se limitam apenas às incontroversas condições degradantes vivenciadas pelos indivíduos segregados de sua liberdade, no Estado de Coisas Inconstitucionais do sistema prisional. Como um avanço positivo, denota-se que os Poderes Legislativo e Executivo, a comunidade jurídica e alguns setores da sociedade, também, direcionaram seus olhares e ações para a questão, visando propiciar melhorias à realidade de crianças e adolescentes diante das prisões dos seus pais, especialmente em favor daqueles indivíduos em desenvolvimento que estão em contexto de vulnerabilidade, expostos a ameaças ou lesões aos seus direitos, mormente pela ausência de seus pais e de suas mães.

Nessa vertente, a pesquisa aborda a regulamentação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional com os seus pais encarcerados, prevista no artigo 19, §4º, da Lei nº 8.069/90 (BRASIL, 1990), a eficácia social da norma, as consequências da sua inobservância, no tocante ao referido direito fundamental daqueles indivíduos e à destituição do poder familiar, e os modos de concretização da vontade legislativa.

Deste modo, será, primeiramente, delineado sobre o cenário que culminou na elaboração da Lei nº 12.962/2014 (BRASIL, 2014), responsável pela inclusão do referido dispositivo legal, e a importância dessa mudança normativa, no plano fático, aos indivíduos afetados, e para o fortalecimento da máxima eficácia da doutrina da proteção integral. Posteriormente, prosseguirá na apreciação dos avanços e da inércia quanto à efetivação do direito mencionado e suas consequências, finalizando, em seguida, com a apresentação e a análise de medidas que possam contribuir para a cessação das posturas omissivas e violadoras da convivência familiar entre as crianças acolhidas e os pais aprisionados.

Cumprе ressaltar que dialogar sobre este tema se revela importante e necessário diante do elevado número de acolhimentos institucionais em que ainda

há a possibilidade da reintegração familiar ao núcleo de origem, conforme será delineado no decorrer da pesquisa. Neste aspecto, considera, ainda, os princípios regentes da atuação das entidades de atendimento e da medida de proteção de acolhimento institucional, além da obrigatória prioridade legal da manutenção da criança e do adolescente em sua família natural ou extensa.

Somado a isso, adveio a pandemia da Covid-19 e a imprescindibilidade da adoção de condutas de prevenção ao contágio, dentre elas, o distanciamento físico e a restrição de visitas presenciais, especialmente nas prisões, refletindo seus efeitos sobre a convivência familiar.

Assim, este trabalho possibilita a aproximação quanto à problemática apresentada, de modo a colaborar para a implementação e o aprimoramento de medidas que garantam o referido direito, quando viável a reintegração familiar à família natural, que se encontra obstaculizada apenas pela prisão dos pais.

No que concerne à abordagem, realizou-se a coleta de dados qualitativa-quantitativa, com a finalidade de propiciar o conhecimento do número de indivíduos atingidos e das diversificadas experiências e visões do exercício da maternidade e da paternidade após o encarceramento. Relativo ao procedimento, houve a utilização do método hipotético-dedutivo na análise das pesquisas documental, legal, doutrinária e jurisprudencial.

2 A TRAJETÓRIA, OS RESULTADOS E AS PROPOSTAS EM PROL DA PLENA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO CONVÍVIO FAMILIAR

2.1 O CONTEXTO DE ADVENTO DA LEI Nº 12.962/2014 E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

Inaugurada a doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a previsão contida no artigo 227, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e reafirmada, no ano seguinte, no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, nota-se que a substituição da doutrina da situação irregular não foi somente promovida no âmbito formal, mas sim, gradualmente, está em processo de concretização fática, na medida em que crianças e adolescentes têm sido enxergados como sujeitos de direitos, exigindo-se um comportamento, da família,

dos membros da sociedade, dos órgãos, Poderes e entes públicos, compatível com esse tratamento e com a garantia de assegurar àqueles um desenvolvimento sadio.

Não obstante ainda existam práticas eivadas de resquícios do período antecedente, o Poder Público tem buscado alinhar-se com as linhas de ação e diretrizes da política de atendimento, sendo um dos resultados deste movimento de mudanças a edição da Lei nº 12.962/2014.

À época que antecede ao seu ingresso no ordenamento jurídico, eram constantes as vedações impostas ao convívio das crianças e dos adolescentes com suas mães pelos responsáveis dos estabelecimentos prisionais (BARBOSA, 2015). Diante desse contexto e do descaso e abandono pelo Poder Público, no ano de 2011, a Pastoral Carcerária de São Paulo e a Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado desenvolveram o Projeto “Mães do Cárcere”, visando à promoção de uma política de atendimento às mulheres presas e aos seus filhos, tendo como um de seus objetivos estabelecer metas que assegurassem o direito à convivência familiar (BARBOSA, 2015).

A partir do avanço dessa iniciativa, prosseguindo com a realização de importante seminário, lançamento de cartilha, elaboração da “Carta de São Paulo” e a criação de Comissão Especializada, somado às expectativas dos órgãos públicos daquele Estado, o Poder Executivo elaborou o Projeto de Lei nº 58/2013, sendo avaliada a modificação dos artigos 19, 23, 158, 159 e 161, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BARBOSA, 2015). Durante o seu trâmite, menciona a autora que foram produzidos diversos estudos e relatórios, enfatizando o documento confeccionado pela Pastoral Carcerária em conjunto com a entidade “Conectas Direitos Humanos” e o “Instituto Sou da Paz”, que versava, dentre outros pontos, sobre a postura omissiva do Poder Público, o aumento excessivo do número de encarceradas, a superlotação e a precária assistência dispensada à população prisional feminina (BARBOSA, 2015).

Aproximadamente dois meses antes do término do procedimento legislativo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo aprovou a Deliberação 291, de 14 de fevereiro de 2014, organizando a política institucional de atendimento jurídico, integral e gratuito às mulheres presas, incluindo aquelas que tivessem filhos com menos de 18 anos em situação de vulnerabilidade decorrente da custódia penal da

mãe ou que se encontrava com o convívio obstruído. Nos vieses de Haug, Schweikert e Valentim:

Pode-se, portanto, concluir que a Política Institucional “Mães em Cárcere”, na realidade, parte de uma importante premissa, que desmistifica o entendimento que, por vezes, circula no meio social: a falsa dicotomia entre os direitos da mulher presa e os direitos da criança. Enfatiza-se, na realidade, que os direitos da criança são interdependentes e interrelacionados com os direitos da mulher, de tal modo que a proteção integral, com prioridade absoluta, de que aquelas são destinatárias, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, será tão enfaticamente garantida na medida em que também o forem os direitos fundamentais de sua mãe, em que pese a circunstância da prisão (HAUG; SCHWEIKERT; VALENTIM, 2015, p. 125).

Com a sanção e promulgação da lei, além das novas disposições relacionadas com as hipóteses e com o procedimento da destituição do poder familiar, o diploma legal incluiu no Estatuto da Criança e do Adolescente, uma norma de suma relevância para a garantia do direito ao convívio familiar, através do §4º, no art. 19, estabelecendo, in verbis:

§ 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

Sob a ótica de Barbosa, a Lei nº 12.962/2014 primou pela preservação e restabelecimento dos elos de afeto, a reinserção social dos pais encarcerados, a efetivação do direito de acesso à Justiça e a adequação das prisões para receber as mães e seus filhos (BARBOSA, 2015).

Para Cayres e Sponchiado, o diploma legal nasce em um cenário que o direito de visitas dos filhos crianças e adolescentes aos pais presos não estava regulamentado de forma abrangente e inequívoca, em vista da previsão genérica contida na Lei de Execução Penal e da mera disposição em resolução estadual (CAYRES; SPONCHIADO, 2015). A ver das autoras, foi significativa a contribuição, uma vez que rompeu com a concepção de que o cometimento de qualquer delito impossibilitaria o exercício do poder familiar e reconheceu a importância do convívio para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, prestigiando-o para além

da perspectiva da reinserção social dos presos, qual seja, não privar os filhos dos vínculos de afeto e dos referenciais familiares (CAYRES; SPONCHIADO, 2015).

Convém destacar, ainda, que, as doutrinadoras consideram que o legislador realizou uma ponderação quanto aos interesses envolvidos, avaliando que os riscos à segurança das crianças e dos adolescentes no ambiente prisional não seriam tão prováveis de se concretizarem como os prejuízos decorrentes da ausência da convivência com seus pais (CAYRES; SPONCHIADO, 2015).

Além do mais, a positivação dos abordados direitos, com destaque para o dispositivo reproduzido, foi um dos importantes passos dados para evidenciar que a proteção estatal assegurada à família, no artigo 226, da Constituição Federal, abarca aquela cujos pais estão segregados de sua liberdade e os filhos em instituição de acolhimento, especialmente diante da proteção integral, absoluta e da prevalência do princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, os quais são consideradas pessoas em desenvolvimento. Assim, tais circunstâncias do cárcere e do acolhimento institucional não são, por si sós, suficientes para impedir a manutenção dos vínculos de filiação, o que se compatibiliza ao objetivo fundamental da promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, à prioridade absoluta de efetivação do direito fundamental à convivência familiar e à aplicação do respectivo Estatuto, sem distinções entre os destinatários da legislação especial.

Nessa linha, pela essência normativa do Estatuto, extrai-se a primazia da permanência de crianças e adolescentes no seio de sua família biológica, o que impõe o exaurimento de todas as possibilidades que atendam a esse fim. Com efeito, a Lei nº 12.962/2014 robustece essa observância aos núcleos familiares dos pais encarcerados e de filhos acolhidos institucionalmente, sanando eventuais dúvidas e pretextos que pudessem ser averiguados nesses casos.

De mais a mais, a nova lei repercutiu sobre a sociedade, em razão da existência de diversas famílias cujos pais e filhos se encontravam nos referidos contextos. Acrescente-se, ainda, que enseja a necessidade de rompimento de um enraizado pensamento social maculado por preconceitos que elevavam a adoção como a medida prioritária nessas situações familiares e de modificação de tais posturas quanto à destituição do poder familiar e à convivência paterno/maternal-filial.

Dessarte, cabe, então, prosseguir na análise de sua real efetivação no que diz respeito à norma do art. 19, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e de seus reflexos fáticos e jurídicos para os pais e filhos envolvidos.

2.2 A REALIDADE DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL NO PAÍS E DA CONVIVÊNCIA COM OS PAIS ENCARCERADOS

Atualmente, segundo os dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (CNJ, 2021), há 29.328 crianças e adolescentes em regime de acolhimento, encontrando-se o percentual de 95,2% no tipo institucional. Vale assinalar que, em relação aos serviços, 74,1% correspondem ao institucional e 25,9% ao familiar, variando conforme o Estado.

Quanto ao encaminhamento para a adoção, consta que 4.330 estão cadastrados e 4.367 estão em processo de colocação em família substituta pela referida modalidade. Ainda, desde 2019, 6.770 foram adotados e, desde 2020, 14.290 foram reintegrados.

Neste último ponto, houve uma pequena prevalência de crianças em relação aos adolescentes, correspondendo a cerca de 53,96% dos reinseridos no núcleo familiar. Outrossim, o painel relativo à faixa etária das adoções concluídas corrobora que, ressalvada aquela entre 3 até 6 anos, há uma diminuição conforme o avanço da idade dos adotandos.

Com isso, observa-se a existência de um expressivo número de crianças e adolescentes inseridos no serviço de acolhimento institucional e a preponderância de casos da reintegração familiar quando comparados à adoção. Por conseguinte, as diretrizes normativas da prioridade de manutenção na família biológica e da colocação em família substituta como alternativa excepcional têm sido observadas pelo Poder Judiciário.

Além do mais, a transparência quanto a essas informações vai ao encontro da prevenção do afastamento do convívio familiar e à garantia do efetivo exercício do direito a esta convivência, às crianças e aos adolescentes, consoante previsto no inciso VII do artigo 87, do respectivo Estatuto, como linha de ação da política de atendimento.

Apesar de tais avanços, no tocante à realidade de crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente e pais encarcerados, é aferível que não há dados precisos, sistematizados e concatenados para viabilizar uma delimitação da quantidade de indivíduos e famílias, nos âmbitos locais, regionais e nacional, que estão enquadradas nesse cenário. Aliás, quando localizadas pesquisas sobre as relações familiares diante do cárcere, é veemente o predomínio da abordagem de mães presas em relação aos homens encarcerados que são pais, quanto à situação dos filhos, o que indica que o papel do exercício da parentalidade ainda é fortemente atrelado, exclusivamente, ao gênero feminino (PASSOS, 2017).

Por certo, a ausência dessas estatísticas impacta na elaboração de políticas públicas específicas para a efetivação da convivência entre pais e filhos que se encontram nessas circunstâncias, ainda mais quando as solturas daqueles não são iminentes. Igualmente, dificulta estabelecer o número de pais presos que respondem a ações de destituição do poder familiar, o que é de suma relevância para a adoção de providências, de uma forma coletiva, em favor do cumprimento da norma quanto ao convívio das crianças e dos adolescentes acolhidos e afastados dos pais devido apenas ao encarceramento.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias relativo ao período de janeiro a junho de 2020 (DEPEN, 2021), a população carcerária, excluindo aquela que não estava sob a tutela dos sistemas penitenciários, correspondia a 702.069 pessoas, cumprindo 344.773 delas penas em regime fechado. Daquele total, sem distinção dos regimes de cumprimento de pena, havia informação somente quanto à 189.728 indivíduos encarcerados e seus filhos, sendo que 96.408 seriam pais, não sendo detalhada a idade dos filhos e estabelecido o número de homens e mulheres.

Não obstante, deve-se consignar que no Mapeamento, realizado em março de 2020 (DEPEN, 2020), produzido com a finalidade apenas de apurar dados da população prisional feminina de modo a contribuir para o enfrentamento do novo Coronavírus, averiguou-se que 12.821 mulheres encarceradas no país eram mães de crianças até 12 anos, sendo 3.136 delas segregadas provisoriamente.

Nessa perspectiva, Maria Fernanda de Oliveira Passos aponta:

Não há como negar que a produção de informações penitenciárias no Brasil, como um todo, sofre de inconsistências e lacunas que maculam não só a realização de estudos sobre a parcela da sociedade aprisionada, mas, principalmente, a criação de políticas públicas que visem a ressocialização dela e o apoio às suas famílias. A invisibilidade também diz respeito aos filhos e filhas de pais e mães encarcerados, que são muitas vezes referidos como “vítimas esquecidas” do crime, ou “órfãos da justiça”, ou, ainda, “vítimas invisíveis do boom carcerário”. (PASSOS, 2017, p. 58)

Ademais, na visão da autora, existe um foco na produção normativa do papel da mulher-mãe presa desalinhado da formulação de políticas públicas que efetivem meios para a construção dos elos com seus bebês (PASSOS, 2017). Nesse norte, destaca, também, a autora, no referente às crianças e adolescentes acolhidos, que a manutenção dos vínculos com seus pais necessita da mobilização das entidades de acolhimento, ponderando, todavia, que, em muitos estabelecimentos prisionais, os filhos têm que se deparar com revistas íntimas, longa demora no deslocamento e na entrada ao local (PASSOS, 2017).

Na sua pesquisa aprofundada e direcionada a traçar o panorama da investigação de terreno sobre a reclusão penal, Manuela Ivone Cunha menciona, quanto à realidade extramuros, dentre outros pontos, estudos que elegeram como objetos de análise o contorno social e as relações da prisão, colocando em ênfase as suas contribuições de revelarem a maneira que o cárcere incide e modifica os núcleos familiares, os companheiros e os que pertenciam à comunidade da pessoa aprisionada e reconfigura as redes de vizinhança e parentesco, culminando em estruturas informais de apoio e entreajuda (CUNHA, 2014). Destaca, inclusive, a relevância que tais trabalhos assumiram à medida em que houve o crescimento do número de pessoas encarceradas oriundos, desproporcionalmente, de minorias étnico-raciais e de comunidades desprovidas de recursos econômicos, apontando que esse recrudescimento prisional incide severamente sobre tais famílias e população comunitária e gera distintos tipos de consequências de modo a esvaziá-las (CUNHA, 2014).

Além disso, a autora apresenta outros estudos de suma importância da reconfiguração da relação materno-filial. Assim, expõe que algumas mães, no cárcere, recompõem uma perspectiva diversa e positiva quanto aos relacionamentos conturbados mantidos com os filhos, assim como outras, acompanhadas daqueles de tenra idade no local, vivenciam uma nova experiência da maternidade, livres das

dificuldades socioeconômicas do cotidiano e disponíveis temporalmente para prover seus cuidados (CUNHA, 2014).

Nesse rumo, a pesquisadora Kátia Lopes entrevistou mulheres presas e egressas do sistema prisional de São Paulo, com o objetivo de averiguar a forma de reorganização com suas redes de apoio para a continuidade da dispensa dos cuidados aos filhos que não estão consigo no ambiente prisional. No seu estudo (LOPES, 2015), foi respaldado que a participação de parentes e vizinhos é recorrente, ante as modificações das relações familiares e a falta de recursos públicos para manutenção das atividades com os filhos; há o desejo das mães presas de exercer a maternidade, ressaltando os casos em que elas sentem a ameaça da retirada dos filhos pelas avós paternas das crianças; e que o dia das visitas é um marcador da temporalidade na prisão, representando uma data significativa, notadamente referente aos vínculos relacionais .

Evidenciando a importância da convivência, discorre:

Desse modo, objetos, presentes, alimentos, fotografias, cartas e até mesmo as visitas tendem a ter um caráter de dádiva, num sistema de doações e retribuições, abrindo a possibilidade de contato com aquilo que pertence ao sujeito encarcerado. É a possibilidade de transpor os muros da prisão e reencontrar algo que em essência lhe pertence. A figura do filho, com sua visita, fotografia ou objetos que o simbolizem, parece ser, para as mulheres que são mães, um dos mais emblemáticos dessa questão (LOPES, 2015, p. 193).

Adentrando na paternidade no cárcere, Miranda e Granato entrevistaram 41 homens aprisionados em um estabelecimento prisional do interior do Estado de São Paulo. Ao expor os dados coletados, as autoras constataram que os participantes relataram experiências diversas, complexas e multideterminadas, o que foram relacionados, pelas pesquisas, com os contextos de vidas desses pais antes da segregação da liberdade (MIRANDA; GRANATO, 2016).

Nesse sentido, explicitaram que a maioria dos pais declararam a fragilidade dos elos com os filhos, sendo aquém ou inexistente o contato durante a prisão, devido ao histórico criminal; ao rompimento ou às dificuldades nos laços familiares, em especial com as mães dos filhos; aos constrangimentos decorrentes dos procedimentos de revistas; às demoras nas filas; à ausência de apoio institucional para o exercício da paternidade; e em alguns casos, pelas concepções pessoais

quanto à inadequação do ambiente para os filhos e os sofrimentos emocionais advindos dos encontros (MIRANDA; GRANATO, 2016). Apesar dos últimos casos citados, as autoras apontaram o desejo da maioria dos participantes quanto ao fortalecimento dos vínculos com os filhos. (MIRANDA; GRANATO, 2016)

Na visão das pesquisadoras, o estudo ainda corroborou outras pesquisas que respaldam que a continuidade da relação paterno-filial beneficia o bem-estar dos pais, dos filhos, da instituição prisional e da sociedade, mencionando, quanto à última, dentre outras considerações, os efeitos positivos para a prevenção da reincidência criminal (MIRANDA; GRANATO, 2016).

Dessa maneira, ao se pensar sobre o convívio entre pais encarcerados e filhos acolhidos, é possível considerar que o cenário se mostra ainda mais complexo e não dependente da atuação única das instituições de acolhimento institucional, em que pese a norma do §4º do artigo 19, da Lei nº 8.069/90, literalmente, lhes atribua, de forma exclusiva, esta responsabilidade em relação às crianças e aos adolescentes que estão inseridos neste serviço. Calha salientar que, em estudo realizado, foram constatados avanços na atuação geral das equipes das instituições de acolhimento (IPEA, 2021).

Como primeiro destaque, é descrito o crescimento das relações entre as unidades de acolhimento e os órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), havendo, em casos de elevada articulação, uma atuação conjunta, configurando uma rede de políticas públicas, cujos atores se percebem como interdependentes (IPEA, 2021). No âmbito da convivência familiar, a pesquisa menciona que houve a redução na proporção dos serviços que não permitem visitas, decaindo de 6,8%, em 2010, para 1,8%, em 2018, assim como o aumento dos que possibilitam, pelo menos, uma vez por semana, crescendo de 83,9%, em 2010, para 89%, em 2018 (IPEA, 2021). Somado a isso, consignou-se que a visitação da equipe técnica à família do acolhido é feita pela quase totalidade dos serviços (IPEA, 2021).

Sem embargo, concluiu-se, entre outros pontos, que as entidades de acolhimento continuavam insuficientemente integradas ao SGDCA como um todo, avaliando a necessidade de maiores esforços para essa concretização, sugerindo a potencialização mediante fixação de protocolos mínimos de entendimento entre as

instâncias de nível nacional, para definição de responsabilidades e facilitação da atuação coordenada (IPEA, 2021). Registre-se que as instâncias citadas seriam o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Defensoria Pública da União (DPU), Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) e a Secretaria de Assistência Social/Ministério da Cidadania (SNAS/MC).

Destarte, tendo em vista a insuficiência de estudos específicos sobre filhos acolhidos e pais presos somada às pesquisas acima, que não abarcam expressamente famílias cujos pais estão encarcerados, mas que, apesar disso, já demonstram a imprescindibilidade de melhorias na integração das unidades de acolhimento ao sistema protetivo, não há como afirmar que a norma do art. 19, §4º, da Lei nº 8.069/90, foi e está sendo devidamente efetivada em relação às crianças e aos adolescentes inseridas neste serviço. A propósito, cabe cogitar que, se o cenário já era nebuloso sobre o cumprimento desse direito, na atual pandemia da Covid-19, para aqueles que permaneceram no cárcere sem a concessão da prisão domiciliar, persiste, ainda mais gravosa, a ausência de conhecimento da realidade da convivência com os filhos acolhidos.

Na seara fática, as consequências da inobservância do comando legal podem incidir sobre o período do acolhimento institucional, a reintegração familiar, a impossibilidade de exercer quaisquer dos deveres inerentes ao poder familiar e o encaminhamento da criança e do adolescente para família substituta. Não é demais lembrar que o exercício do poder familiar não corresponde apenas à guarda dos filhos, uma das obrigações legais, que, por certo, é muito afetada pela prisão dos pais. Abrange outros, dispostos nos artigos 1635, do Código Civil (BRASIL, 2002), e 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles, dirigir a criação dos filhos, o que, apesar de sofrer restrição, não é esvaziado totalmente pelo encarceramento.

É necessário pontuar que os efeitos do descumprimento da convivência familiar entre os pais encarcerados e os filhos acolhidos dependerão de diversos fatores, como a existência de família extensa e os respectivos laços de afinidade e afetividade, bem como a idade da criança ou do adolescente, o trabalho a ser desenvolvido pela unidade de acolhimento e a adesão dos acolhidos e dos familiares. Nesta vertente, Passos cita, além da faixa etária mencionada, a influência

do gênero do detento, sua classe social, relação com os membros da família ampliada e a quantidade de filhos (PASSOS, 2017).

Importa trazer à tona o alerta de que muitos pais, quando presos, acreditam, desde já, que sofreram a perda do poder familiar, em razão do desconhecimento sobre a legislação e o procedimento de destituição do poder familiar (CAYRES; SPONCHIADO, 2015). Assinalam, ainda, que a falta de visitas contribui para a perda dos vínculos e afastamento dos filhos, salientando que isto, nos pontos de vistas das autoras, equivale a mais uma pena para os pais cumprirem (CAYRES; SPONCHIADO, 2015).

Fundamental e pertinente é a concepção de Livia Severo do Valle ao abordar sobre o questionamento referente à convivência da criança e do adolescente com pais que cometeram delitos e a repercussão sobre o desenvolvimento sadio dos filhos. Nas suas palavras, “a reflexão sobre o assunto exige razoabilidade e especialmente bom senso, não existindo respostas prontas para a questão, devendo cada caso ser analisado de acordo com as particularidades que apresentar.” (VALLE, 2020, p. 49). Sendo assim, presunções e suposições abstratas, destoadas da realidade familiar, precisam ser, cada vez mais, superadas, com a finalidade de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente.

No âmbito jurídico, a inércia no cumprimento do convívio, pode resultar, como dito, na fragilização e iminente rompimento dos vínculos afetivos e na inviabilidade de os pais continuarem a exercerem seus deveres em relação aos filhos, a tal ponto que, não existindo um trabalho intenso sobre estes aspectos e que inclua eventual família ampliada, se torna provável a destituição do poder familiar dos pais, no intuito de garantir o crescimento de crianças e adolescentes em uma família e de resguardá-las da institucionalização. Evidentemente, o encaminhamento para a colocação em família substituta está assegurado pela lei em prol dessas pessoas em desenvolvimento, entretanto, somente se revela adequado de acordo com as circunstâncias concretas e quando realizada a tentativa de manutenção da convivência nos moldes determinados pelo art. 19, §4º, da Lei nº 8.069/90, visto que, como inequívoco, a prisão dos pais, por si só, não pode pautar a destituição do poder familiar.

À vista de tais considerações, é preciso refletir sobre os modos que efetivem, ao seu máximo, este direito aos pais presos e aos filhos acolhidos, para que a reintegração familiar tenha condições reais de ser materializada ou, se infrutífera, tenha, de fato, sido priorizada, propiciando que o encaminhamento da criança e do adolescente para uma família substituta atenda ao caráter de excepcionalidade dessa medida.

2.3 AÇÕES E MEIOS DE PROMOVER O CONVÍVIO PARENTAL-FILIAL DIANTE DA PRISÃO E DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

A princípio, partindo do dispositivo legal em estudo, o primeiro aspecto a ser pensado consiste na inadequada atribuição normativa expressa desse dever apenas à entidade de acolhimento institucional, sem a correspondência, no mesmo artigo, ao estabelecimento prisional. Embora a Lei de Execução Penal garanta o direito do preso às visitas, não se aprofunda no modo que será mantido o convívio com os filhos, somente adentrando um pouco mais nessa questão quando trata de creche para mães e seus filhos com a idade de até sete anos (BRASIL, 1984).

Dito isto, se, por um lado, não se pode olvidar a existência de peculiaridades locais e regionais que são distintas, tanto das instituições de acolhimento como dos estabelecimentos prisionais, para que seja estabelecido adequadamente o modo da convivência, de outro, existem aspectos semelhantes e mínimos que poderiam e deveriam ser regulamentados detalhadamente e com alcance nacional, propiciando maior segurança jurídica e a observância ao referido direito. Contudo, o que se tem é que a realidade de muitas crianças e adolescentes e de seus pais, no respectivo Estatuto, apesar de sua amplitude, está enquadrada apenas em um parágrafo de um artigo, responsabilizando somente uma entidade por um direito de tamanha importância, especialmente para pessoas que estão em desenvolvimento.

Sem dúvidas, a Lei nº 8.069/90 deve ser interpretada de acordo com a tríplice base principiológica e em observância às disposições preliminares e às disposições gerais da política de atendimento. Entretanto, quando isto não ocorre por aquele(s) a quem é dirigida a norma ou quando há dificuldades práticas para concretizá-la, a regulamentação minuciosa é primordial, uma vez que não abre margem para

ambiguidades e impõe que os responsáveis promovam as medidas para se adequarem ao comando legislativo.

Portanto, emerge como relevante a alteração legislativa na Lei nº 8.069/90 para agregar e fortalecer esse direito às famílias envolvidas nestes contextos, prevendo, dentre outras, a responsabilidade compartilhada entre as entidades de acolhimento institucional e os estabelecimentos prisionais, um parâmetro do período de convívio mínimo e a variedade de meios de propiciá-lo.

Transpondo a seara normativa ao plano fático, outra ação que contribuiria para a fiscalização do cumprimento da norma e o aprimoramento de políticas públicas específicas poderia ser a organização e a compilação concatenada dos dados referentes ao número de crianças e adolescentes acolhidos e de seus pais encarcerados; às idades dos filhos; à existência ou não da proibição judicial de contato ante as particularidades dos casos; e aos modos e frequências que são realizadas a convivência parental-filial. Saliente-se que essas informações poderiam ser coletadas pelas entidades de acolhimento e encaminhadas pela autoridade judiciária para compor mais um tópico no painel do SNA ou em um novo elaborado pelo CNJ, sendo os resultados representados em gráficos e a visibilidade pública ou restrita apenas aos órgãos integrantes do SGDCA.

No tocante às prisões, Cayres e Sponchiado avaliam a necessidade de romper com práticas de revistas pessoais vexatórias e degradantes, mediante procedimentos adequados garantidores de um tratamento humano e atento à dignidade (CAYRES; SPONCHIADO, 2015). Neste aspecto, merece ser realçado que a inconstitucionalidade de revistas íntimas em presídios é objeto do Agravo em Recurso Extraordinário nº 959.620, admitida a repercussão geral (Tema 998), perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido proposta a tese pelo relator, Ministro Edson Fachin, de inadmissibilidade das revistas íntimas, vedados sob qualquer forma ou modo o desnudamento de visitantes e a inspeção das cavidades corporais, sendo a prova obtida deste modo ilícita, não cabendo escusa de falta de equipamentos eletrônicos ou radioscópicos.

Ademais, cabe o adendo que, ainda que haja a possibilidade de alguns estabelecimentos não realizarem essas revistas em crianças, é fundamental que elas sejam cessadas em todos os locais e que todos os visitantes sejam

preservados, incluindo os adolescentes e os responsáveis das entidades de acolhimento que os acompanham. Dessa forma, mais um entrave poderá ser superado para que o direito à convivência seja efetivado sem o receio de violações à integridade psicológica.

Outrossim, um meio que ganhou ainda mais relevância no contexto de pandemia da Covid-19 e colabora para a efetivação da convivência nesses casos é a videoconferência. Nesse viés, Livia Severo do Valle já defendia, antes do atual cenário pandêmico, a possibilidade de ser utilizada como um complemento ao convívio familiar, objetivando que o contato entre as partes seja ampliado (VALLE, 2020). A seu ver, a medida também concorre para reduzir o preconceito social quanto aos indivíduos que estão no cárcere e possui como benefícios a praticidade, a comodidade, a segurança e o fortalecimento dos vínculos fragilizados (VALLE, 2020).

Com o advento da pandemia, importa rememorar que a adoção de medidas preventivas à disseminação e ao contágio repercutiu e, em alguns lugares segue atingindo, significativamente e por um lapso temporal alongado, no direito de convívio presencial das pessoas encarceradas com seus familiares. Sendo assim, para minorar os efeitos dessa situação, o contato virtual representa uma via possível e que não cria um ônus excessivo para a administração penitenciária, principalmente quando muitos estabelecimentos têm organizado o meio remoto para o comparecimento de presos perante a autoridade judiciária.

Por fim, mas não menos importantes, pelo contrário, torna-se cada vez mais imprescindível a concretização do diálogo e da articulação interinstitucional. Na Lei nº 8.069/90, as normas do inciso I e do §4º do artigo 92, impõem, às entidades que desenvolvem programas de acolhimento, que adotem como princípio a preservação dos vínculos e a promoção da reintegração familiar, estimulando, se não houver decisão contrária da autoridade judicial, o contato da criança e do adolescente com seus pais e parentes, inclusive, caso necessário, com o auxílio do Conselho Tutelar e dos órgãos da assistência social.

Além do referido, diversos outros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente orientam para que haja a integração entre os órgãos, os entes e as instituições, corroborando que o efetivo trabalho para garantir a proteção integral, a

absoluta prioridade e o melhor interesse dessas pessoas em desenvolvimento não decorre apenas da plena organização e funcionamento de cada um daqueles, mas sim da conexão entre todos, constituindo a rede de proteção, caracterizada pela interdependência das atuações. No caso de filhos acolhidos e pais presos, revela-se como essencial que a rede concorra no auxílio à entidade de proteção e ao estabelecimento prisional para materializar o direito, principalmente favorecendo a comunicação e solvendo os obstáculos.

A título de sugestão, embora a norma do art. 19, §4º, da Lei nº 8.069/90, tenha previsto a desnecessidade de autorização judicial para a convivência das crianças e dos adolescentes acolhidos com os pais encarcerados, a participação do Juízo da Infância e Juventude, intermediando, onde se mostrar necessário, os contatos iniciais entre a entidade de acolhimento responsável e a administração penitenciária, para facilitar a organização e o planejamento do convívio, pode agregar sobremaneira. De mais a mais, o fluxo de comunicações articulado entre o Juízo da Infância e Juventude, o Juízo Criminal e o da Vara de Execução Penal é uma providência salutar à averiguação do cumprimento da norma e à pactuação de eventuais estratégias adequadas para sua observância.

Em consonância, compreende Passos ao discorrer que os cuidados para assegurar a convivência das crianças e adolescentes com pais nestas circunstâncias incumbe aos demais familiares, às unidades de acolhimento e a todos os agentes da rede de proteção infantojuvenil (PASSOS, 2017).

Finalizando as propostas em relação à rede, calha pensar no impacto positivo desse trabalho iniciado durante a prisão dos pais para depois da soltura destes. Isto porque há a possibilidade de propiciar condições para que as equipes estabeleçam e consolidem vínculos com os pais da criança e do adolescente e, assim, os auxiliem na reinserção social e na assunção da responsabilidade parental, o que, por conseguinte, refletirá em prol dos seus filhos, na medida em que poderá afastar a família da situação de vulnerabilidade decorrente do pós-cárcere e efetivar a reintegração da criança e do adolescente à família natural.

Portanto, é aferível a existência de distintas e plausíveis formas de implementar o convívio dos pais presos e dos filhos acolhidos, merecendo ser assinalado que as mencionadas acima não esgotam outros modos. Para tanto, a conjugação de

esforços se mostra cada vez mais indispensável e ansiada e necessita ser estimulada por todos os que atuam para garantir a efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa em tela, colocou-se em pauta o direito de convivência previsto no art. 19, §4º, do Estatuto da Criança e Adolescente, e a sua concretização delimitando aos filhos acolhidos institucionalmente e aos pais encarcerados. Nesse norte, primou-se pelo aprofundamento sobre os antecedentes históricos à positivação da norma, a identificação dos empecilhos e a repercussão fática e jurídica, bem como os caminhos que podem ser trilhados para sua máxima eficácia.

Sobressai, no segundo ponto, lamentavelmente, os escassos dados sistematizados e interligados quanto à realidade do convívio parental-filial, mesmo sendo elevados os números de aprisionamento e de acolhimento nas instituições. Dessarte, isso favorece a invisibilidade a respeito desse direito e pode ressoar, aliado a outros fatores peculiares a cada caso, sobre a reintegração familiar e a destituição do poder familiar dos pais, uma vez que o cárcere, por si só, não é fundamento fático e legal para o reconhecimento da inaptidão em relação ao exercício dos seus deveres pertinentes aos filhos.

Além do mais, verificou-se que a coleta de dados quanto aos filhos está mais direcionada às mães quando se compara aos pais presos. Com efeito, isso indica como os papéis tradicionalmente atribuídos aos gêneros ainda são muito predominantes e difíceis de serem rompidos, mesmo com o advento da prisão de ambos, o que enseja que a atuação sobre a convivência seja mais inclusiva em relação ao pai.

À vista disso, não foi possível obter uma resposta inequívoca e afirmativa quanto ao cumprimento do direito em questão pelas entidades de acolhimento e pelos estabelecimentos prisionais, situação que demonstra a importância de mais pesquisas voltadas para a temática, capazes de contribuir para o conhecimento desse contexto e para elaboração e implementação de políticas públicas. Por outro lado, restou evidenciado que há avanços na atuação das instituições de acolhimento e medidas que são viáveis de execução, as quais poderão ser mais facilmente

realizadas mediante o diálogo e trabalho interinstitucional, conforme almeja a Lei nº 8.069/90, pretendendo-se, por esse artigo, concorrer para que esse cenário se materialize.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, 1984.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. **Diário Oficial da União**, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Do mapeamento de mulheres presas grávidas, parturientes, mães de crianças até 12 anos, idosas ou doentes**. SISDEPEN atualização- abril de 2020. Brasília, 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: SISDEPEN atualização - janeiro a junho de 2020**. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Reordenamento dos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes e implementação de novas modalidades-** família acolhedora e repúblicas (2010-2018). Brasília: Ministério da Economia; IPEA, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 959.620/RS do Plenário. Relator: Ministro Edson Fachin. **DJE - STF**, Brasília, DF, 23 out. 2020.

BARBOSA, Gleyciane Rodrigues dos Santos. **A convivência da criança e do adolescente com os genitores privados da liberdade: uma análise à luz do paradigma da proteção integral**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

CAYRES, Giovanna Rosseto Magaroto; SPONCHIADO, Viviane Boacnin Yoneda. O direito de visita de crianças e adolescentes no sistema prisional brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. 2021. Portal Eletrônico. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 10 de jul. 2021.

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. **Deliberação CSDP nº 291, de 14 de fevereiro de 2014**. Organiza a política institucional de atendimento às mulheres presas visando assegurar gestação segura e o exercício da maternidade durante o período da custódia penal, bem como a garantia, com prioridade absoluta, dos direitos da criança e do adolescente. 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=49534&idModulo=5010>. Acesso em: 02 de jul. 2021.

VALLE, Lívia Severo do. A visitação virtual no contexto do ambiente prisional e o atendimento ao princípio do melhor interesse de crianças e adolescente. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 14, p. 39-60, jul./dez., 2020.

CUNHA, Manuela Ivone. Etnografias da prisão: novas direções. **Configurações**, Braga, Portugal, v. 13, p. 1-21, 2014.

LOPES, Katia. Encarceramento materno e cuidado das crianças: as relações entre o “dentro” e o “fora” da prisão. *In*: PINTO-COELHO, Zara; MARTINS, Moisés de Lemos, BAPTISTA, Maria Manuel; BRAGA, Sara Maia (org.). **Representações e práticas de gênero**. Braga, Portugal: CECS, 2015. p. 175-194.

MIRANDA, Márcia Lepiani Angelini; GRANATO, Tania Mara Marques. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. **Psico**, v. 47, n. 4, p. 309-318, 2016.

PASSOS, Maria Fernanda de Oliveira. **Mães e pais encarcerados**: a intervenção do Estado no poder familiar como meio de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. 2017.

VALENTIM, H. S.; HAUG, Marianna; SCHWEIKERT, Peter. Mães em Cárcere: a destituição do poder familiar em virtude da prisão e a cultura de institucionalização de crianças e adolescentes. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 3, n. 19, 2018.

A EFICÁCIA DA AÇÃO POPULAR NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE*THE EFFECTIVENESS OF ACTIO POPULARIS IN ENVIRONMENTAL
PROTECTION**LA EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN POPULAR EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO
AMBIENTE***Vinícius Moreira Mendonça¹****RESUMO**

O presente trabalho busca analisar o instituto da ação popular e a sua adequação como ferramenta jurídica para a proteção do meio ambiente em juízo. Na primeira parte será exposta uma breve discussão acerca da relação entre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o processo civil. A partir disso, dentre as ferramentas processuais cuja tutela específica e imediata pode ser a proteção do bem ambiental, elege-se a ação popular em razão de algumas características singulares, especialmente pela possibilidade de atuação individual do cidadão. No último capítulo, serão apresentados alguns pontos sensíveis acerca do tema central do trabalho, com a exposição de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que confortam a ideia de que a ação popular pode servir como importante ferramenta processual para a tutela do meio ambiente.

Palavras-chave: Ação popular; Meio ambiente; Cidadão; Processo civil; Informação.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the institute of *actio popularis* and its suitability as a legal tool for the protection of the environment in court. In the first part, a brief discussion about the relationship between the fundamental right to an ecologically balanced environment and the civil process will be exposed. From this, among the procedural tools whose specific and immediate protection can be the protection of the environmental, *actio popularis* is elected due to some unique characteristics, especially due to the possibility of individual action by the citizen. In the last chapter, some sensitive points about the central theme of the work will be presented, with the exposition of doctrinal and jurisprudential point of views that support the idea that the *actio popularisc* can serve as an important procedural tool for the protection of the environment.

Keywords: *Actio popularis*; Environment. Citizen; Civil procedure; Information.

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Analista Processual na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMEN

Este trabajo busca analizar el instituto de acción popular y su idoneidad como herramienta jurídica para la protección del medio ambiente en los tribunales. En la primera parte se expondrá una breve discusión sobre la relación entre el derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado y el proceso civil. De aquí, entre las herramientas procesales cuya protección específica e inmediata puede ser la protección del ambiente, se elige la acción popular por unas características singulares, especialmente por la posibilidad de la acción individual del ciudadano. En el último capítulo se presentarán algunos puntos sensibles sobre el tema central del trabajo, con la exposición de entendimientos doctrinales y jurisprudenciales que sustentan la idea de que la acción popular puede servir como una importante herramienta procesal para la protección del medio ambiente.

Palabras clave: Acción popular; Medio ambiente; Ciudadano; Proceso civil; Información.

Data de submissão: 27/07/2021

Data de aceite: 24/08/2021

1 INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente estudo tem a intenção de demonstrar algumas razões para que a ação popular possa ser entendida como um importante instrumento jurídico-processual na tutela do meio ambiente.

Inspirado nos movimentos político-sociais surgidos a partir da década de 1970, o debate sobre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente ganhou força em âmbito internacional, sendo incorporado com propriedade pelo texto constitucional brasileiro de 1988, que no art. 225 reconheceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

Entendendo o processo como um dos principais métodos de concretização de direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito, logo surge a figura histórica da ação popular, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos, desde a Constituição de 1934.

Após serem analisadas as principais características do referido remédio constitucional, o presente trabalho assinala alguns pontos de inflexão no debate acerca da eficácia da ação popular como ferramenta de proteção ambiental em

juízo, tendo em conta algumas limitações supostamente presentes no regramento da ação e outras de natureza prática.

No entanto, a partir de algumas referências doutrinárias e jurisprudenciais, é possível contornar as principais fragilidades que serão apontadas e perceber a real importância e potencial do referido instrumento jurídico para a tutela do meio ambiente.

2 BREVES NOTAS ACERCA DA TUTELA AMBIENTAL E O PROCESSO CIVIL

A partir da segunda metade do século XX, mais especificamente no início da década de 1970, algumas lideranças mundias passaram a conferir maior relevância ao debate sobre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente. Isso se refletiu na Conferência de Estocolmo (1972) e, posteriormente, com o aprofundamento das discussões, os temas ganharam corpo com o advento do Relatório Brundtland (*Nosso Futuro Comum*) e, logo em seguida, com as diretrizes e princípios da Conferência Rio-92.

No âmbito interno, muito embora não se possa deixar de reconhecer a relevância da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), indubitavelmente o marco jurídico mais importante para o debate ambiental é o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, positivado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Assim como os demais, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado não deve ser compreendido como um mero programa ou meta utópica, mas sim como um direito a ser concretizado, consistindo num dever do Estado e direito de todos. Por tal razão, reconhece-se modernamente o direito ao meio ambiente como um direito fundamental completo, o que significa contemplar as dimensões defensiva e prestacional.

A partir dessa breve análise, é possível constatar que a tutela ambiental deve receber especial atenção no ordenamento jurídico e, dentre as ferramentas tradicionalmente existentes, o processo surge como um dos principais métodos de concretização de direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito.

No entanto, há que se reconhecer que as características do bem ambiental trazem evidente conexão e interdependência com inúmeros outros direitos fundamentais, o que implica uma interdisciplinariedade que não se satisfaz adequadamente a partir de paradigmas processuais voltados a conflitos de natureza privada ou, no mais das vezes, de caráter individual.

Em outras palavras, o processo civil brasileiro, mesmo com o advento do novo Código de Processo Civil, ainda carrega uma ideia privatista, o que se revela inadequado para a tutela do meio ambiente, especialmente considerando a transindividualidade e intergeracionalidade desse bem.

Não é satisfatório pensar em uma tutela jurídica do meio ambiente que sempre esteja restrita a um conflito simples como, por exemplo, a uma recomposição de uma APP, uma obrigação de realizar licenciamento, à instalação de um filtro de fábrica, etc. Há alguns tipos de conflitos ambientais que assumem uma dimensão qualitativa e quantitativa que impõe soluções que não se acomodam na tutela jurídica jurisdicional típica de um processo adversarial. (RODRIGUES, 2021, p. 91)

De fato, o direito processual deve ser visto como uma ferramenta que permita o justo e efetivo acesso à solução prevista no direito material. Esses mecanismos de solução de conflitos devem ser influenciados pelo próprio direito substancial a ser aplicado, já que seria inviável pensar numa técnica geral que fosse aplicável a toda e qualquer espécie de litígio.

Portanto, para melhor adequar o sistema jurídico-processual à tutela do bem ambiental, mostra-se necessária a utilização de institutos que guardem feição publicista, “[...] evidentemente mais próxima da natureza do bem que se pretende tutelar.” (LUNELLI, 2012, p. 151).

Diante desse cenário, a função do processo é a de oferecer técnicas que atendam ao ideal de preservação e proteção do meio ambiente no menor tempo possível e o mais próximo dos objetivos das normas de proteção ambiental.

Críticas à parte, é possível encontrar na atual legislação processual civil alguns dispositivos que deixam clara a intenção do legislador em proporcionar às partes meios para obtenção de uma tutela coincidente (ou o mais possível) com o dever jurídico previsto na norma, como é o exemplo do disposto no art. 497 do CPC.

Nesse ponto, não há como não reconhecer que o advento do Código de Processo Civil de 2015 significou importante avanço para a tutela jurisdicional do equilíbrio ecológico, pois o diploma anterior (1973), notadamente liberal e dissociado do modelo constitucional de processo, dificultava sobremaneira a obtenção de soluções adequadas aos conflitos envolvendo direitos transindividuais.

Todavia, pensando no bem ambiental e no direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, não basta apenas a criação de técnicas e mecanismos processuais, é preciso que o processo afeto à tutela do meio ambiente seja profundamente influenciado pelo ideal de proteção ambiental. Nesse sentido é a lição de Carlos Alberto Lunelli, ao referir que “[...] o processo haverá de orientar-se a partir do reconhecimento que esse pensar ideológico ambiental ocupará o lugar central e determinante do próprio iter procedimental.” (LUNELLI, 2015, p. 28).

Conforme referido alhures, o debate acerca da preservação dos recursos naturais e proteção do meio ambiente ganhou *status* de primeira grandeza nas agendas da comunidade internacional, já que não se pode mais relegar o seu caráter essencial e decisivo para a manutenção da vida.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988, caminhando nesse mesmo sentido, reconheceu o meio ambiente como direito fundamental, e a sua proteção como um dever do Estado e de toda a coletividade (BRASIL, 1988). Portanto, nada mais justo que a tutela jurisdicional do bem ambiental seja regida por um processo solidamente influenciado pelo *pensar ambiental*.

Superada essa breve exposição, cumpre identificar que o ordenamento jurídico brasileiro contempla ferramentas processuais cuja tutela específica e imediata pode ser a proteção do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. A doutrina costuma tradicionalmente citar como exemplos a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas data*. (RODRIGUES, 2021).

A partir disso, considerando que cada um dos remédios acima possui suas peculiaridades, elencou-se apenas um dos exemplos para o presente debate e nos tópicos seguintes será analisado o instituto da ação popular e a sua adequação como ferramenta jurídica para a proteção do bem ambiental.

3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA AÇÃO POPULAR

A ação popular tem sua origem no direito romano, inclusive com essa denominação, antes mesmo da noção de Estado. Conforme sugere a doutrina, era exercida por meio da denominada *actio popularis*, que permitia a qualquer cidadão valer-se do instrumento para a defesa da coisa pública (*res publica*).

Marcelo Abelha Rodrigues ressalta que:

o que justifica essa ligação entre o cidadão romano e a sua preocupação com o bem público, mesmo antes do Estado, é justamente o fato de que há uma natural ligação entre o indivíduo e a coisa pública, algo que, com o advento do Estado, deveria aproximar, mas afastou o cidadão da coisa pública. (RODRIGUES, 2021, p. 150).

Oficialmente, no Direito brasileiro, a ação popular começou a vigorar a partir do texto constitucional de 1934, mais especificamente no art. 113, §38. A partir de então, somente esteve ausente na vigência da Constituição de 1937, em razão da natureza do regime vigente à época. Salvo isso, sempre esteve presente nos demais ordenamentos constitucionais brasileiros.

Atualmente se encontra prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88, sendo considerada uma garantia constitucional com natureza de cláusula pétrea (BRASIL, 1988, CF/88, art. 60, §4º, inciso IV) e regulamentada pela Lei nº 4.717/65.

A ação popular é um dos instrumentos constitucionais para o exercício da soberania popular, por isso é tradicionalmente classificada como um direito constitucional político, sendo uma característica marcante da democracia participativa. Nesse sentido:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer dos membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso da prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga. (MEIRELLES, 1966, p. 02).

Quanto aos requisitos fundamentais, partindo-se da ótica do interesse processual, tem-se dois elementos específicos: a lesividade e invalidade do ato. Ato inválido é aquele praticado em desconformidade com as leis e os princípios de

direito (atos nulos, anuláveis ou inexistentes). Já por ato lesivo, entende-se como aquele que causou dano (patrimonial ou extrapatrimonial).

Nesse aspecto, cumpre salientar a consolidação da jurisprudência no sentido de que para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem sua prática ou por afrontar os princípios que norteiam a Administração Pública, sendo despicienda a demonstração de prejuízo material ao erário, o que viola o inciso LXXIII, do art. 5º, da CF/88 (BRASIL, 1988), norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como o patrimônio moral, cultural e histórico.²

Portanto, denota-se que o entendimento tradicional, que exigia a lesividade concreta do ato, resta superado por uma posição que amplia as possibilidades da ação popular, já que poderá ser utilizada para atacar atos da administração pública que venham a violar princípios e regras constitucionais.

Ademais, embora o texto constitucional não seja expresso, a ação popular é ontológica e teleologicamente direcionada ao controle dos atos do poder público, em defesa do patrimônio da coletividade, mas existem vozes recentes na doutrina apontando também como objeto desta ação atos de particulares ofensivos ao patrimônio público, especialmente daquelas entidades que recebem recursos públicos (JUSTEN FILHO, 2010).

Por conseguinte, cumpre destacar que logo na análise dos requisitos da ação popular se encontra um dos principais desafios para o manejo eficaz desse remédio, pois é tarefa assaz complexa a comprovação da invalidade do ato, especialmente daqueles que emanam do poder discricionário, onde existe margem de atuação do gestor, não podendo o Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, salvo algumas exceções, conforme remansada jurisprudência.

Quanto a legitimidade ativa, destaca-se a controvérsia em torno do art. 1º, §3º, da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965), que impõe seja a prova da cidadania feita com o título eleitoral ou documento correspondente. No entanto, nota-se que esse requisito deve ser aferido a partir do texto constitucional, sendo a legitimidade ativa para ação popular do cidadão e não do eleitor. Nesse ponto, Rodrigues afirma que:

2 Nesse sentido, indica-se a leitura do teor da decisão proferida pela 1ª Turma do STF, no RE nº 170.768/SP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, do dia 26.03.1999.

há que se fazer uma revisitação do conceito, sob o enfoque constitucional, tendo em vista o largo conceito de cidadão (índios, interrogados em CPI etc.). Como o art. 5º, LXXIII, da CF/88 deve obediência ao caput, é lá que se preenche o conceito de cidadão (RODRIGUES, 2021, p. 153).

O art. 6º, §5º, da Lei nº 4.717/65, por seu turno, prevê a possibilidade intervenção de outros colegitimados na ação popular, como litisconsorte ativo ou assistente (BRASIL, 1965).

Além disso, prevalece na doutrina que estamos diante de verdadeira substituição processual (legitimidade extraordinária), pois ao ajuizar a ação popular, o cidadão age em nome próprio, mas em defesa a direito que não lhe pertence diretamente, mas sim de toda coletividade. Frisa-se, ainda, que o enunciado da Súmula nº 365 do STF afirma a impossibilidade de que pessoa jurídica seja legitimada ativa da ação.

Já a legitimidade passiva impõe, sempre, a formação de litisconsórcio (necessário) entre a pessoa jurídica de direito público ou com função pública e todos os beneficiários diretos e indiretos do ato, consoante o art. 6º, *caput*, da lei da ação popular, lembrando sempre que a pessoa jurídica de direito público é citada como interessada e conforme o caso, atendendo ao interesse público, poderá aderir ao polo passivo ou ativo.

Além disso, se no decorrer da instrução, mas antes da sentença, se outros legitimados forem surgindo, deverá ser promovida a citação e inclusão no polo passivo, conforme o art. 7º, inciso III, da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965).

Outro ator relevante na ação popular é o Ministério Público que, via de regra, atuará como *custos legis*. No entanto, poderá figurar como sucessor processual nos casos de abandono da causa pelo autor, dano andamento ao feito, conforme o disposto no art. 9º, ou promovendo o cumprimento da sentença, de acordo com o art. 19, ambos da lei de ação popular. Ao *Parquet*, ademais, é garantido o interesse recursal para impugnar sentenças e decisões desfavoráveis ao autor da ação, nos termos do §2º, do art. 19, da Lei nº 4.717/65 (BRASIL, 1965).

Quanto ao pedido, a partir da leitura do art. 11 da lei da ação popular verifica-se a existência de cumulação de pedidos, na medida em que a invalidade do ato corrige-se por sentença constitutiva e a lesão por decisão condenatória. É possível, portanto, que seja decretada a invalidade do ato e determinada a responsabilidade

de indenizar, sendo o *quantum* apurado mediante fase de liquidação (BRASIL, 1965, Lei 4.717/65, art. 14).

A competência para julgamento será sempre do juízo de primeiro grau, federal ou estadual, a depender da origem do ato combatido. “Há, contudo, uma exceção: no caso de ação popular proposta contra a União e Estado, em que estes adotam posições antagônicas, o julgamento caberá ao Supremo Tribunal Federal.” (DANTAS, 2021, não paginado).

Por fim, destaca-se a peculiaridade em relação à coisa julgada na ação popular, que será *secundum eventum probationis* (segundo o evento probatório), ou seja, no caso de julgamento de mérito pela improcedência da ação por falta de provas (*non liquet*), não incidirá a coisa julgada material, podendo qualquer cidadão repropor a mesma demanda, amparado por novos elementos.

Ultrapassadas as questões mais pontuais sobre a ação popular, propõe-se a partir de então a análise desse remédio constitucional no intento de servir como ferramenta processual para a tutela do meio ambiente.

4 A AÇÃO POPULAR NA TUTELA DO BEM AMBIENTAL

Examinando a ação popular como ferramenta para a tutela do meio ambiente, surgem diversas indagações relacionadas a sua efetividade. Que o bem ambiental é passível de ser objeto do referido remédio constitucional não há dúvidas; mas a partir de um viés prático, um pouco mais distante dos bancos teóricos, será possível que a ação traga resultados adequados à proteção e preservação desse bem (e direito) fundamental?

Como primeiro ponto a ser analisado, destaca-se o fato de que tradicionalmente a ação popular é um instrumento idealizado e construído objetivando o ressarcimento de uma situação lesiva, pois a sua utilização pressupõe a invalidade e a lesividade do ato contra os valores protegidos pela norma. (RODRIGUES, 2021).

No entanto, o próprio autor referido acima revela a possibilidade de uma interpretação que permita reconhecer a invalidade do ato, mesmo sem a presença de uma lesão concreta ao meio ambiente.

Pensem em um hipotético ato de autoridade pública que venha a revogar normas administrativas de proteção ambiental, de modo a expor determinado ecossistema a ações evidentemente degradadoras, ferindo expressamente os princípios da precaução, prevenção e razoabilidade. Não há como aferir, nesse exemplo, a prática de efetivo dano ambiental que imponha ressarcimento, mas o ato revogatório em si mesmo já coloca em risco o patrimônio difuso, autorizando a intervenção do Poder Judiciário, se provocado.

Com efeito, sabe-se que não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo, sob pena de violar o princípio republicano da separação dos poderes, salvo quando houver afronta a normas constitucionais, especialmente de direitos fundamentais, bem como para análise da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade do ato. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade. (BRASIL, 2008, REsp nº 100.167-3/DF).

Trazidos para a vida real, tais argumentos formaram parte dos fundamentos da ação popular nº 5067634-55.2020.4.02.5101/RJ, que tramitou na 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro e tinha como objeto o ato administrativo de revogação das Resoluções 302 e 303 do CONAMA, que regulamentavam o regime de Áreas de Preservação Permanente, especialmente as APPs de restinga e manguezais.

A referida demanda chegou a ter decisão liminar favorável em sede de Tutela Provisória de Urgência, mas perdeu o objeto em razão da propositura da ADPF 747, cuja decisão liminar suspendeu os efeitos da Resolução nº 500 do CONAMA, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções 284, 302 e 303 até o julgamento do mérito da ação.

Portanto, não obstante seja a estruturação da ação popular, na sua gênese, voltada à reparação de danos, pode a referida ação ser manejada quando o ato impugnado estiver em contrariedade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assumindo um viés preventivo.

Outro aspecto relevante a ser destacado é quanto ao objeto da ação popular, tradicionalmente restrito e voltado à invalidade de atos praticados pelo Poder Público. Como se sabe, especialmente em matéria ambiental, muitas vezes os atos decorrem de entes privados, o que afastaria a incidência do remédio constitucional popular.

No entanto, cumpre destacar que a jurisprudência atual tem entendido que a expressão ato deva ter uma interpretação ampliada, com conteúdo mais elástico, compreendendo tanto atos comissivos como omissivos, já que a norma constitucional impõe ao Poder Público dever de prevenção e proteção ao meio ambiente.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. O recurso especial não é a via adequada para análise da suscitada afronta ao art. 5º, LXXIV e LV, da CF, cujo exame é da competência exclusiva da Suprema Corte, a teor do contido no art. 103 da Carta Magna. 2. As condições gerais da ação popular são as mesmas para qualquer ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa. 3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente. 5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaruaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente. 6. A prova pericial cumpre a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado acerca de matéria extra-jurídica, todavia, se o juiz entender suficientes as provas trazidas aos autos, pode dispensar a prova pericial, mesmo que requeridas pelas partes. 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (BRASIL. STJ, 2007, REsp nº 889.766/SP).

A partir disso, é possível defender que se uma entidade privada desrespeitar normas ambientais, causando dano ou risco de dano ao ambiente, a pretensão da ação popular será proibir o ato que está sendo praticado, provocando a atuação do Estado (omisso) para tanto.

De fato, é preciso entender a ação popular como ferramenta digna e eficaz para que um cidadão (numa acepção alargada do termo), vivendo em um Estado Democrático de Direito, possa postular perante o Poder Judiciário a tutela do bem

ambiental e o respeito ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrando, não sendo razoável impor-se limitações de natureza procedimental a isso. Aliás, é imprescindível que a aplicação de tais regras procedimentais da ação popular seja sempre orientada a partir da ordem constitucional vigente.

Veja-se, nesse sentido, que a doutrina costuma destacar a relevância social e política da ação popular, “porque é o único remédio que permite ao cidadão, individualmente, promover em juízo, de forma direta, a proteção do meio ambiente, sem que se precise recorrer a interpretações ou exegeses pouco tradicionais.” (RODRIGUES, 2021, p. 157).

É por meio dessa ação, por exemplo, que o cidadão poderá postular em juízo seja obstada a construção de um aterro sanitário sem a realização do devido estudo de impacto ambiental, atacando, nesse caso, uma omissão do Poder Público. Ou ainda, impugnar uma licença ambiental concedida em desconformidade com normas ambientais.

Trazendo mais um exemplo de atuação individual do cidadão, por meio da ação popular ambiental, tem-se o caso ocorrido no município de Porto Alegre/RS, onde dois indivíduos questionaram em juízo a obra de alargamento de uma via localizada no Bairro Moinhos de Vento.

Em suma, a ação popular pretendia que a administração pública municipal fosse compelida a suspender as obras de alargamento da rua Engenheiro Saldanha, sob o argumento de que parte da obra se sobre área ocupada pelo Morro Ricaldone, ocorrendo ofensa à topografia do local, agressão à vegetação da localidade, promovendo modificação do ecossistema sem qualquer tipo de consulta prévia aos moradores locais e estudos de impacto ambiental.

Além disso, havia o pedido de declaração de nulidade dos atos administrativos que autorizaram as obras, com a devida reparação do ambiente atingido que até então havia sido atingido.

A ação foi julgada parcialmente procedente, havendo a determinação de que o Poder Público municipal não efetive obras viárias no local sem a realização prévia de estudos geodésicos, bem como estudos de impacto ambiental, com aferição da necessidade de compensação ambiental. Em grau recursal, a sentença foi mantida

pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. MEIO AMBIENTE. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. OBRAS VIÁRIAS. NECESSIDADE DE ESTUDOS APROFUNDADOS PARA CONTINUIDADE. 1. Ação popular objetivando a que o Município de Porto Alegre seja compelido a suspender as obras de alargamento da Rua Engenheiro Saldanha, sob o argumento de que parte da obra se estende à área ocupada pelo Morro Ricaldone, ocorrendo ofensa à topografia do local, agressão à vegetação da localidade, promovendo modificação do ecossistema sem qualquer tipo de consulta prévia aos moradores da localidade e estudos de impacto ambiental. Pedido que declaração de nulidade dos atos administrativos que autorizaram as obras, com a devida reparação do ambiente atingido. Sentença de parcial procedência, com determinação de que a municipalidade não efetive obras viárias no local sem a realização prévia de estudos geodésicos de influência/riscos na estabilidade da área, bem como de estudo de impacto ambiental e aferição da necessidade de compensação ambiental, com aprovação da obra pelos órgãos técnicos de planejamento e fiscalização viárias e ambientais. 2. Da preliminar. Inicialmente, a prefacial de falta de interesse de agir e processual não prospera. É incontroverso do cotejo dos autos que a obra viária objeto da lide iniciou e restou paralisada somente após constatação de necessidade de estabilização geodésica do Morro Ricaldone, questão admitida pela própria municipalidade, quando admite que realizava intervenção viária no local, assumindo, todavia, não haver projeto para o alargamento na área. A pretensão autoral é a proteção dos bens coletivos que estavam ameaçados em face daquele proceder do ente público, sendo evidente o interesse processual. **3. Mérito. Inconteste que o local se trata de área com grande risco de deslizamento, incidência de água sobre os taludes, que aceleram o risco, mostrando-se necessária a realização de estudo e projeto para realização das obras de alargamento da via. Ademais como se extrai dos documentos acostados ao feito e de laudo da Secretaria Municipal do Meio Ambiente do Município de Porto Alegre - SMAM, a alteração do quadro natural, além da possibilidade de gerar dano ambiental, eis que modifica a geodiversidade da localidade, podendo causar alterações na estrutura do ecossistema, com ruptura do solo e vegetação ali existentes, evidenciam a necessidade de estudos e projeto mais acurados para qualquer intervenção no local. Sentença conservada, com aplicação de honorários recursais. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (BRASIL. TJRS, 2021, Apelação Cível, Nº 70083215830).**

Por conseguinte, outro aspecto relevante da ação popular na tutela ambiental é a possibilidade de utilização de todas técnicas e procedimentos previstos no Código de Processo Civil para a solução consensual dos conflitos, com a autorização expressa do art. 22 da Lei nº 4.717/65, nos seguintes termos: “Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.” (BRASIL, 1965).

Ou seja, é possível pensar numa ação popular estruturante, com a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos no conflito e demais interessados, permitindo a obtenção de soluções negociadas e construídas a partir de um amplo debate democrático.

Portanto, apesar de pouco utilizada em matéria ambiental, fato é que a ação popular é uma importante ferramenta prevista no ordenamento jurídico para a promoção de proteção e preservação do meio ambiente em juízo, especialmente pela possibilidade de atuação individual do cidadão, sem a incidência de custas processuais e verbas sucumbenciais.

De fato, não se pode apontar precisamente todas razões para baixa incidência desse tipo de ação na tutela ambiental, ao menos sem um estudo mais detalhado e instruído por dados quantitativos.

Entretanto, algumas barreiras são apontadas pela doutrina, dentre elas: a limitação de acesso à justiça, especialmente pelo cidadão das classes sociais menos favorecidas, já que em muitos locais do país ainda não está presente o serviço da Defensoria Pública; a dificuldade para a obtenção de provas e documentos antes mesmo do ajuizamento da ação e durante a fase de instrução processual; a carência de acesso à informação em matéria ambiental e educação em direitos; *etc.*

Mesmo assim, a partir dos argumentos e exemplos trazidos neste capítulo, é possível reconhecer que a ação popular tem potencial para ser explorada como ferramenta jurídica direcionada à tutela ambiental em juízo, não obstante alguns entraves tenham de ser enfrentados pelo autor da demanda, especialmente para a produção e obtenção de provas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da discussão apresentada, constata-se que a ação popular tem relevante papel no Estado brasileiro, na medida em que reflete a possibilidade de que o cidadão possa, em nome próprio, postular em juízo a defesa de direitos da coletividade, exercendo de forma direta um direito constitucional político.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode, certamente, ser objeto da ação popular, embora ainda existam alguns percalços que são impostos ao autor da demanda, conforme referido no capítulo anterior.

Com efeito, sabe-se que alguns pontos sobre o tema ainda restam controvertidos, como, por exemplo, o fato de que a ação popular é tradicionalmente direcionada ao ressarcimento de uma situação lesiva, já que ela pressupõe a invalidade e a lesividade do ato contra os bens protegidos pela norma.

No entanto, parte da doutrina e jurisprudência já revelam uma interpretação que permite reconhecer a invalidade do ato impugnado pela ação popular mesmo sem a presença de uma lesão concreta ao meio ambiente, como apontado nos exemplos descritos alhures.

Além disso, outra modificação de entendimento a ser destacada é quanto ao sujeito responsável pelo ato lesivo ao meio ambiente. Costuma-se afirmar que somente o ato praticado pela Administração Pública pode ser objeto do remédio constitucional popular, todavia, ganhou corpo na jurisprudência o entendimento de que a expressão ato deva ter alcance ampliado, compreendendo tanto atos comissivos como omissivos.

Desta forma, passou a ser possível defender que se uma entidade privada desrespeitar normas ambientais, causando dano ou risco de dano ao ambiente, a pretensão da ação popular será proibir o ato que está sendo praticado, provocando a atuação do Estado (omisso) para fazer cessar a atividade lesiva.

Pois bem, o presente estudo permite reconhecer que a ação popular, a pesar da sua baixa incidência em matéria ambiental, é uma importante ferramenta prevista no ordenamento jurídico para a proteção e preservação do meio ambiente em juízo, não obstante alguns entraves tenham que ser enfrentados pelo autor da ação.

Afinal, diante do alarmante cenário de degradação dos recursos naturais e o crescente desrespeito às normas ambientais, não se pode prescindir de qualquer instrumento jurídico que se preste ao amparo do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago.2021.

BRASIL. **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 12 ago.2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 14 ago.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). REsp nº 100.167-3/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 06 de maio de 2008, **Diário da Justiça Eletrônico (DJe) - Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 23 jun.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). REsp nº 889.766/SP. Relator: Ministro Castro Meira, 04 out. 2007. **Diário da Justiça Eletrônico (DJe) - Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 18 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). RE nº 170.768/SP. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 26 mar. 1999. **Diário da Justiça Eletrônico - Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 13 ago. 1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (2ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 70083215830. Relatora: Desembargadora Laura Louzada Jaccottet, 10 fev. 2021. **Diário da Justiça Eletrônico - Tribunal de Justiça do RS**, Porto Alegre, 10 fev. 2021.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto. Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental. A contribuição do *contempt of court*. In: LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jefferson (org.). **Estado, meio ambiente e jurisdição**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 147-164.

LUNELLI, Carlos Alberto. Direito ambiental e novos direitos. In: AUGUSTIN, Sergio; MARIN, Jefferson; RECH, Adir Ubaldo (org.). **Direito ambiental e sociedade**. 1. ed. Caxias do Sul: EUCS, 2015. p. 11-39.

MEIRELLES, Hely Lopes. Ação popular e sua lei regulamentar e sua natureza jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 84, p. 1-9, 9 jul. 1966. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/28191>. Acesso em: 15 jul.2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo Civil ambiental**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.