

ISSN 2318 1621



REVISTA CIENTÍFICA

DA ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL SECCÃO PIAUÍ

Volume 09 - Nº 01: Janeiro/junho 2021

Teresina/ PiauÍ



AB
PIAUI

novaESA



**REVISTA CIENTÍFICA DA
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SECÇÃO PIAUÍ**

v. 9, n. 1, janeiro/junho 2021 - Teresina

ISSN 2318 1621

© 2021 Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
Todos os artigos são de inteira responsabilidade dos autores.

CONSELHO EDITORIAL

Editores-Chefes: Dr. Thiago Anastácio Carcará,
Msc. Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati
Msc. Ortiz Coelho da Silva

Editora: EDITORA OAB

Foto da Capa: ASCOM OAB PIAUÍ

Diagramação: Antônio Franciel Muniz Feitosa

MEMBROS

Me. Eliana Freire do Nascimento, Me. Francisco Robert Bandeira Gomes da Silva, Me. Gerlanne Luiza Santos de Melo Mello, Dr. Joseli Lima Magalhães, Dr. Samuel Pontes do Nascimento, Dra. Auricélia do Nascimento, Melo, Msc. Carla Fernanda de Oliveira Reis, Msc. Christian Roos Paz, Msc. Christianne Matos de Paiva, Msc. Fábio André Freire Miranda Dr. Luis Carlos Martins Alves, Júnior, Msc. Marcelo Leandro Pereira Lopes, Msc. Marcos Antônio Cardoso de Sousa Msc. Marcus Vinícius do Nascimento Lima, Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos, Msc. Paulo Alves da Silva Paiva, Dra. Samantha Viana Castelo Branco Rocha Carvalho, Msc. Sebastião Patrício Mendes da Costa, Msc. Vicente de Paula Mendes de Resende Júnior, Dr. Washington Luís de Sousa Bomfim, Msc. Willame Parente Mazza, Msc. Ítalo José Brandão Ivo, Msc. Bruno Bandeira Vasconcelos, Msc. Juliana Franck, Dr. Demerval Nunes de Sousa Filho, Dra. Adalgisa Costa Melo, Msc. Lêda Maria Eulálio Dantas Luz Costa, Me. Roberto Cajubá da Costa Brito, Me. Fabrício de Farias Carvalho

Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
[Recurso Eletrônico]. / Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí
e Escola Superior da Advocacia do Piauí. – Teresina: OAB, 2021.

Revista da OAB Piauí - v. 9, n. 1 - jan./jun. 2021
Semestral

ISSN: 2318-1621

1. Direito – Brasil – Periódico. 2. Advocacia - Periódico. I. Ordem
dos Advogados do Brasil. II. Conselho Federal. III. Seccional Piauí.

CDD 340.05

Bibliotecário Responsável: Rogério Cunha Teixeira (CRB-3/1077)

**REVISTA CIENTÍFICA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS DO BRASIL - PIAUÍ
ISSN 2318 1621**

DIRETORIA DA SECCIONAL PIAUIENSE (GESTÃO 2019/2021)

Presidente: Celso Barros Coelho Neto

Vice-presidente: Alynne Patrício de Almeida Santos

Secretário Geral: Leonardo Airton Pessoa Soares

Secretário Geral Adjunto: Nara Letícia de Castro Aragão Couto

Diretor Financeiro: Francisco Einstein Sepúlveda de Holanda

Conselheiros Seccionais

Robertonio Santos Pessoa

Carlos Washington Cronemberger Coelho

Maria da Conceição Carcará

Maria Fernanda Brito do Amaral

Edvaldo Oliveira Lobão

Élida Fabrícia Oliveira Machado Franklin

Kadmo Alencar Luz

Tiago Vale de Almeida

Mauro Rubens Goncalves Lima Verde

João Medeiros da Rocha Junior

José Octávio De Castro Melo

Silvia Cristina Carvalho Sampaio Santana

Hilbertho Luis Leal Evangelista

Kelly Queiroz Mororó

Fabricio Bezerra Alves de Sousa

William Palha Dias Netto

Jamylle Torres Viana Vieira de Alencar Leite Lima

Shardenha Maria Carvalho Vasconcelos

Cleiton Aparecido Soares da Cunha

José Sérgio Torres Angelim

Francisco Antônio Carvalho Viana

Thiaga Leandra Alves Ribeiro da Learth

Marcus Vinicius de Queiroz Nogueira

Rubens Vieira Fonseca

Filipe Borges Alencar

Romulo Silva Santos

Marquel Evangelista de Paiva Junior

Alonso Pereira Duarte Júnior

Luciano Henrique Soares de Oliveira Aires

Milton Gustavo Vasconcelos Barbosa
Mauro Rodrigo Oliveira Lima
Thiago Ibiapina Coelho
Antônio Êgilo Rodrigues de Aquino
Carlos Douglas dos Santos Alves
Alexandre de Almeida Ramos
Carlos Augusto Batista
Mayra Oliveira Cavalcante Rocha
Luzinete Lima Silva Muniz Barros
Marlio da Rocha Luz Moura
Pericles Luiz Candeira Barros Filho
Bruno Milton Sousa Batista
Alberto Abraão Loiola Filho
Cheyla Maria Paiva Ferraz Ponce
Gilvan Jose do Prado
Claudio de Sousa Ribeiro
Fernando Ferreira Correia Lima
Braulio André Rodrigues de Melo
Everton Valter da Silva Carvalho
Guilardo Cesá Medeiros Graça
Adriano Silva Borges
Marcele Roberta Pizzatto
Willians Lopes Fonseca
Lucas Gomes de Macedo
Maryelle Mendes dos Santos Barros
Juliana Castelo Branco Paz da Silva
Simone Silva Freitas
Luiz Mario de Araújo Rocha
Caio Cesar Goncalves de Carvalho
Sara Morgana Silva Carvalho Lopes

CONSELHO FEDERAL

Chico Couto Noronha Pessoa
Geórgia Ferreira Martins Nunes
Andreya Lorena Santos Macêdo
Thiago Anastácio Carcará
Raimundo de Araújo Silva Júnior
Shaymmon Emanuel Rodrigues de Moura Sousa

DIRETORIA ESAPI

Diretora Geral
Aurélio Lobão Lopes
Vice-Diretor
Tarcísio Augusto Sousa de Barros

Diretora Administrativo

Suellen Vieira Soares

Diretora de Ensino

Francisca Juliana C. B. Evaristo de Paiva

Diretora Acadêmico

Marcele Roberta Pizzatto

Diretor Pesquisa de Pós-Graduação

Alexandre Augusto Batista de Lima

Diretor de Eventos e Relações Institucionais

Jhon Kennedy Teixeira Lisbino

Diretor de Interiorização das Ações da Escola

Howzembergson de Brito Lima

CONSELHO SUPERIOR

Claudio Moreira do Rego Filho

Marcus Vinícius do Nascimento Lima

Olivia Brandão Melo Campelo

Clarissa Fonseca Maia

Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati

José Augusto Paz Ximenes Furtado

Antonio Cajubá de Brito Neto

COORDENADORES ESAPI

Coordenador da Residência Jurídica

Francisco de Assis Veras Fortes Neto

Coordenador do Curso de Iniciação à Advocacia

Alonso Pereira Duarte Júnior

Coordenador de Eventos e Relações Institucionais

Ivonaldo da Silva Mesquita

Coordenador de Pesquisa e Pós-Graduação

Dhaniel Luckas Terto Madeira Ferreira

Coordenador de Comunicação

Marcos Jose Lopes Teixeira

Coordenador de Interiorização das Ações da Escola

Augusto Pereira Filho

Coordenador de Atividades de Extensão

Macell Cunha Leitao

Coordenadora de Biblioteca e Salas de Estudos

Naila Maria Lima

Coordenadores das Ferramentas Digitais da Advocacia

Nosser Igor Lima Cavalcante

Thiago Ibiapina Coelho



SÚMÁRIO

13 - 36
Artigo

**A POLÍTICA DE MITIGAÇÃO DO ESTADO
BRASILEIRO DURANTE A PANDEMIA DA
COVID-19 E SEUS IMPACTOS NA VIOLAÇÃO
DO DIREITO À INTIMIDADE DAS PESSOAS**

THE MITIGATION POLICY OF THE BRAZILIAN STATE DURING
THE COVID-19 PANDEMIC AND ITS IMPACTS ON THE
VIOLATION OF THE RIGHT TO THE INTIMACY OF PEOPLE

ANDRESA SANTOS BEZERRA,
MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

37 - 66
Artigo

**APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA
NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE
CONFLITOS FAMILIARES NO PODER
JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ**

APPLICATION OF SYSTEMIC CONSTELLATION IN THE
CONSENSUAL RESOLUTION OF FAMILY CONFLICTS IN THE
JUDICIAL POWER OF THE STATE OF PIAUÍ

FERNANDA LERNER RAUPP
THIAGO EDIRSANDRO ALBUQUERQUE NORMANDO

67 - 91
Artigo

**AS EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA
PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
DE 2015: UMA ANÁLISE DAS INOVAÇÕES
EXECUTÓRIAS EM RELAÇÃO AO CÓDIGO
ANTERIOR**

ENFORCEMENT AGAINST PUBLIC TREASURY IN THE CODE OF
CIVIL PROCEDURE OF 2015: AN ANALYSIS OF ENFORCEMENT
INNOVATIONS IN RELATION TO THE PREVIOUS CODE.

CÂNDIDA ALVES ARAÚJO
MARIA RITA VILANOVA SOUSA

92 - 112
Artigo

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS
NA PANDEMIA**

(CUSTODY HEARING AND ITS REFLECTIONS ON THE
PANDEMIC)

SILVIO RODRIGUES DOS SANTOS JÚNIOR,
PAULO VITOR MAIA LONGHI

113 - 134
Artigo

**COVID-19: DA PROTEÇÃO A SAÚDE AO
CONFLITO DE DIREITOS**

COVID-19: FROM HEALTH PROTECTION TO CONFLICT OF
RIGHTS

CATARINA VILNA GOMES DE OLIVEIRA SANTOS,
THAYSSA STEFANY SOUSA SARAIVA

135 - 152
Artigo

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONFLITO
EXISTENTE ENTRE A LIBERDADE DE
EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

FUNDAMENTAL RIGHTS: THE EXISTING CONFLICT BETWEEN
FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO FORGET

MARIA GESSI-LEILA MEDEIROS
CHRISTIANA BARROS CASTELO BRANCO

153 - 173
Artigo

**EDUCAÇÃO DOMICILIAR DIANTE DO
CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL:
CONFIGURAÇÃO TÍPICA?**

HOME SCHOOLING IN THE FACE OF THE CRIME OF
INTELLECTUAL ABANDONMENT: TYPICAL CONFIGURATION?

DANYELA STEFÂNIA CARVALHO ISAÍAS
ADRIANA BORGES FERRO MOURA

174 - 202
Artigo

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, §4º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO NA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 33, PARAGRAPH 4 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE IN PROHIBITING THE PROGRESSION OF THE REGIME IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION

JOÃO PEDRO DORNELLES CLARET,
TARSIS BARRETO OLIVEIRA

203 - 230
Artigo

O SISTEMA DA PERPETUIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: ANÁLISE DO USO DOS MAUS ANTECEDENTES ALÉM DO PERÍODO DEPURADOR DA REINCIDÊNCIA

THE PERPETUITY SYSTEM IN PENALTY DOSIMETRY: ANALYSIS OF THE USE OF BAD ANTECEDENTS BEYOND THE DEBUGHT PERIOD OF RECURRENCE

CLARA DE ASSIS CARVALHO ROCHA
DANILO BARBOSA NEVES

231 - 247
Artigo

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA

THE REASONABLE DURATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE IN BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGISLATION

TALMY TERCIO RIBEIRO DA SILVA JUNIOR
JOÃO DE DEUS DUARTE NETO

APRESENTAÇÃO

Compreender o Direito como instrumento de resolução de conflitos; promotor de segurança jurídica; mecanismo de controle social e, ainda, concretizador da justiça, revela o quão importante é o estudo e a ciência da dinâmica da sua aplicação e seu direcionamento diante das transformações sociais que se apresentam. Grande estudioso sobre a temática da análise funcional do Direito, Norberto Bobbio leciona que “não há dúvida de que a função do direito não é apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la, adaptando-a às mudanças sociais.”¹

No contexto de desafios sociais a comunidade científica envida máximos esforços para proporcionar respostas rápidas, a exemplo disso, as pesquisas científicas em torno da produção de testes diagnósticos e a corrida por vacinas no biênio 2020/2021 motivadas por uma crise sanitária imposta pela pandemia Covid-19. No âmbito da Ciência Jurídica não é diferente, pois o jurista enquanto pesquisador deve estar atento para apresentar resoluções jurídicas sobre as problemáticas sociais relevantes.

É com esse espírito que a Revista Científica da ESAPI apresenta a consolidação trabalhos científicos de pesquisadores preocupados com uma produção jurídica autêntica sobre os fenômenos investigativos do Direito, com mentalidade e olhar atentos ao mundo novo, pois recordando, ainda, as lições de Norberto Bobbio “Não é verdade que o direito chega sempre atrasado e é um obstáculo à mudança. Por vezes, chega antecipadamente e, então, pode ser um elemento que desfaz um tecido social tradicional, sendo, portanto, um elemento de mudança inesperada.”²

1 BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p.94.

2 BOBBIO, Norberto. Op cit.

O Conselho Editorial da Escola Superior da Advocacia do Piauí – CONSED/ESAPI acredita na pesquisa científica como o caminho mais seguro para o desenvolvimento das ciências jurídicas. Ressalta-se que o operador do direito enquanto pesquisador faz uma atuação resplandecente na produção do conhecimento jurídico, mas o revela, sobretudo, como agente de transformação social capaz de apresentar respostas às as demandas sociais contemporâneas requisitadas.

Nessa toada, a Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção Piauí entra em seu volume 9, número 1, trazendo artigos com temáticas relevantes às discussões atuais do país, tais como, a solução de conflitos durante a pandemia, garantismo penal e outros fenômenos investigativos do Direito. Esta é mais uma valiosa obra com de diversos autores e autoras, composto por mestres e doutores piauienses e também de outros estados brasileiros, lançado pelo Conselho Editorial da Escola Superior da Advocacia do Piauí – CONSED/ESAPI.

A fim de concluir, cumpre ressaltar o grande esforço do Conselho Editorial (CONSED/ESAPI), com apoio da Diretoria da OAB/PI e da Editora da OAB/PI, que reativou a Revista Científica da OAB/PI, reorganizado edições de anos anteriores e buscando promover ampla indexação em banco de dados nacionais e internacionais para maior difusão da produção acadêmica dos juristas piauienses, além de trabalhar para uma melhor posição no índice Qualis da CAPES/MEC. Os membros do CONSED/ESAPI, mesmo na pandemia, planejaram e executaram atividades para operacionalizar a grandiosidade deste trabalho, sempre com enorme disposição e objetivando avançar ainda mais.

Lêda Maria Eulálio Dantas Luz Costa
Membro do Conselho Editorial da Revista Científica da ESAPI

13-36
Artigo

**A POLÍTICA DE MITIGAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO
DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS IMPACTOS
NA VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE DAS PESSOAS**

ANDRESA SANTOS BEZERRA, MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

A POLÍTICA DE MITIGAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS IMPACTOS NA VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE DAS PESSOAS

THE MITIGATION POLICY OF THE BRAZILIAN STATE DURING THE COVID-19 PANDEMIC AND ITS IMPACTS ON THE VIOLATION OF THE RIGHT TO THE INTIMACY OF PEOPLE

ANDRESA SANTOS BEZERRA

Graduanda em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho – Pitágoras

MARCELO LEANDRO PEREIRA LOPES

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). Diretor presidente da Fundação de Incentivo à Pesquisa, professor efetivo do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Professor Camillo Filho

RESUMO: A Política de Mitigação do Estado Brasileiro Durante a Pandemia da Covid-19 e seus Impactos na Violação do Direito à Intimidade das Pessoas é a temática deste artigo que visa informar qual o intuito da política de mitigação implementada no estado brasileiro para controlar a pandemia da Covid-19 e suas consequências na violação do direito à intimidade das pessoas? Para tanto, o objetivo do artigo refere-se a discutir a política de mitigação do estado brasileiro durante a pandemia da Covid-19 e seus impactos na violação do direito à intimidade das pessoas, almeja-se explicar o direito à intimidade e sua relevância para um estado democrático de direito; dispor a atuação de um estado democrático de direito para uma nação e a pontar a política de mitigação do estado brasileiro no controle da Covid-19 e seus impactos no direito à intimidade da população. Ao fim, concluiu-se que a política de mitigação brasileira no controle da Covid-19 sob a violação do direito à intimidade tornou-se fracassada em decorrência da falta de sensibilidade com a privacidade do cidadão que não pode ser sacrificada para manter o governo informado dos supostos níveis de aglomeração social no país como fator agravante da contaminação do novo coronavírus. Desse modo, o governo brasileiro em uma decisão radical buscou interferir e violar um dos direitos constitucionais mais valorizados pelo cidadão brasileiro que busca no meio de tanta exposição de dados no mundo virtual ter, em seu âmago, sua intimidade preservada em meio ao mundo globalizado pela internet.

Palavras-chave: Covid-19. Direito à Intimidade. Impactos. Pandemia. Política de Mitigação.

ABSTRACT: The Mitigation Policy of the Brazilian State During the Covid-19 Pandemic and its Impact on the Violation of the Right to Intimacy of People is the theme of this article, which aims to inform the purpose of the mitigation policy implemented in the Brazilian state to control the Covid pandemic -19 and its consequences in the violation of people's right to privacy? Therefore, the objective of the article refers to discussing the mitigation policy of the Brazilian state during the Covid-19 pandemic and its impacts on the violation of people's right to privacy, it aims to explain the right to privacy and its relevance for a democratic rule of law; to provide the performance of a democratic rule of law for a nation and to aim the mitigation policy of the Brazilian state in the control of Covid-19 and its impacts on the population's right to privacy. In the end, it was concluded that the Brazilian mitigation policy in the control of Covid-19 under the violation of the right to privacy became a failure due to the lack of sensitivity with the privacy of the citizen that cannot be sacrificed to keep the government informed the supposed levels of social agglomeration in the country as an aggravating factor for the contamination of the new coronavirus. Thus, the Brazilian government, in a radical decision, sought to interfere and violate one of the constitutional rights most valued by the Brazilian citizen who seeks, in the midst of so much exposure of data in the virtual world, to have, at its heart, his intimacy preserved in the midst of the globalized world by Internet.

Keywords: Covid-19. Right to Privacy. Mitigation Policy.

1 INTRODUÇÃO

O artigo, em questão, trata-se da temática voltada para “A Política de Mitigação do Estado Brasileiro Durante a Pandemia da Covid-19 e seus Impactos na Violação do Direito à Intimidade das Pessoas” desse modo, explica-se que contextualização da temática envolve questões relacionadas ao estado democrático, o direito à intimidade e a pandemia da Covid-19.

Tendo como máxima declarativa ao direito à intimidade exposto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, em vigor, e sabendo da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020 ergue-se, nesse contexto, o questionamento correspondente a: Qual o intuito da política de mitigação implementada no estado brasileiro para controlar a pandemia da Covid-19 e suas consequências na violação do direito à intimidade das pessoas?

Para tanto, o objetivo do artigo refere-se à discutir a política de mitigação do estado brasileiro durante a pandemia da Covid-19 e seus impactos na violação do direito à intimidade das pessoas e como objetivos específicos almejou-se explicar o direito à intimidade e sua relevância para um estado democrático de direito; dispor a atuação de um estado democrático de direito para uma nação e a pontar a política de mitigação do estado brasileiro no controle da Covid-19 e seus impactos no direito à intimidade da população.

Desse modo, justifica-se, então, a realização deste artigo porque a população está sob controle governamental de monitoramento do isolamento social e a obediência as recomendações sanitárias determinadas pela Organização Mundial da Saúde-OMS por intermédio de Tecnologias de Informação e Comunicação-TIC's e suas variantes que estão sublimarmente invadindo à privacidade do povo sem que tais tenham o conhecimento exato de tais ações. Sendo assim, discutir o controle do novo coronavírus numa perspectiva sócio legal deve-se ao fato da necessidade de evidenciar os aspectos relacionados ao direito e os limites de intervenção na privacidade das pessoas.

Explica-se que o momento social, em todo o mundo, constitui-se como atípico, pois os governos, de modo geral, tiveram que adotar medidas, desde março de 2020 quando o novo coronavírus foi considerado uma pandemia mundial, que de modo direto e, também, indireto acabam por “ferir”, mesmo que sem consequências graves, prerrogativas legais das pessoas cujo um estado democrático de direito não pode intervir. À privacidade, em âmbito legal, somente pode ser invadida em situações em que a justiça necessita saber conhecer de esmero da verdade de fatos que não conseguem ser esclarecidos por livre vontade dos envolvidos.

Então, compreende-se que a importância social deste artigo advém do fato de abordar um assunto que é de interesse genérico da população visto que todos estão no mesmo contexto social do momento pandêmico da Covid-19 e consequentemente submetidos aos impactos das políticas de mitigação do estado que a afetam à privacidade, visto que, em âmbito legal, somente pode ser invadida em situações em que a justiça necessita saber conhecer de esmero da verdade de fatos que não conseguem ser esclarecidos por livre vontade dos envolvidos.

Assim, portanto, a relevância deste artigo constitui-se propositiva, reflexiva e construtiva sobre o assunto escolhido visto que a temática para este estudo de forma científica representa uma abordagem atual sobre um contexto específico e atípico no estado democrático de direito brasileiro e que vale apenas ser analisado pelos ditames legais dos direitos das pessoas, em especial, ao da intimidade.

Para tanto, explica-se que este artigo se concretiza pela revisão de literatura de caráter narrativo onde buscou-se por meio de referência sobre o assunto escolhido e apresentar uma percepção crítica e reflexiva em torno da temática.

Por fim, o artigo divide-se nesta introdução, um capítulo sobre o estado democrático e direito à intimidade do cidadão outro sobre as políticas de mitigação brasileira no controle da Covid-19 sob a violação do direito à intimidade, conclusão e referências.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO E O DIREITO À INTIMIDADE DO CIDADÃO

Estado Democrático e Direito à Intimidade correspondem a assuntos que se entrelaçam e isso ocorre porque tal prerrogativa somente veio a se constituir como direito com a institucionalização de uma nação preocupada holisticamente sobre o que deve ser público e privado na sociedade.

Sendo assim, antes de adentrar no assunto da intimidade contextualiza-se a questão do Estado Democrático de Direito. Desse modo, explica-se que a Constituição Federal de 1988 legaliza e institui o Brasil como Estado Democrático de Direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Percebe-se pelo artigo constitucional que os elementos constituintes do Estado estão neles destacados: território, povo e soberania que corresponde o mesmo que governo ao mesmo tempo a Constituição aponta os elementos de um Estado Democrático: cidadania, dignidade, valores sociais e livre iniciativa.

A cidadania conforme o pensamento parafraseado de Freire (1996, p. 20) é uma situação onde o “indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado e tem que ver com a condição de cidadão”.

Ou seja, sem direitos há cidadania. Já a dignidade da pessoa humana, no mundo democrático de direito, a lei é o único instrumento que garante a manutenção adequada tal dignidade e conforme Figur. (2014, p. 22-23):

A dignidade da pessoa humana tem hierarquia supraconstitucional, pois integram e formam todo o conteúdo de argumentação e fundamentação

das normas que fazem parte do sistema jurídico normativo, sendo que esse princípio deve prevalecer quando em conflito com outro direito.

A noção da dignidade da pessoa humana é uma temática entrelaçada no âmbito legal, pois é dever da Nação estabelecer meios para que toda a população seja alcançada com cidadania e tenha a dignidade respeitada. Já os valores sociais dizem respeito a cultura, a moral que a sociedade preza e Constituição mantém como essencial para uma vida digna e por fim, a livre iniciativa é direito de ir e vir do cidadão numa sociedade democrática de acordo com direitos e deveres que todos tem-se perante a lei.

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito possui, ainda, sete princípios norteadores que foram criados por José Joaquim Gomes Canotilho um jurista português e os princípios desenvolvidos pelo estudioso foi aplicado ao Estado Democrático de Direito Brasileiro.

De acordo com Streck e Morais (2000, p. 90) os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito são:

Quadro 1 – Princípios do Estado Democrático de Direito

PRINCÍPIOS
- Constitucionalidade: respaldado na supremacia da constituição, vincula o legislador e, todos os atos estatais à constituição, estabelecendo o princípio da reserva da constituição e, revigorando a força normativa da constituição, instrumento básico da garantia jurídica;
- Organização Democrática da Sociedade;
- Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos seja como Estado de Distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem a autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade;

- Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;
- Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- Divisão dos poderes ou de funções;
- Legalidade que aparece como medida de direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescrito, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- Segurança e certeza jurídicas.

Fonte: Streck e Morais (2000, p. 90).

Os princípios da Constitucionalidade e Organização Democrática da Sociedade são explicitamente denotados na nossa Constituição Federal de 1988. Já o Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos é elencado nos Títulos II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social).

Em sequência o princípio da Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades é possível encontrá-lo no artigo 170 – “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências digna” (BRASIL, 1988) e no artigo 193 versando que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (BRASIL, 1988).

Em continuidade, o princípio democrático da Igualdade não apenas como possibilidade formal está elencado no artigo 5º, caput, e inciso que destaca:

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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Já a Divisão dos poderes ou de funções encontra-se no artigo 2º - São poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988) – no tocante à Legalidade encontra-se no artigo 5º, inciso II (Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988) e por fim, segurança e certeza jurídicas pode-se contatar no artigo 5º, incisos XXXVI a LXXIII.

Diante disso, de todos esses aspectos explica-se que o rege o Estado Democrático de Direito é a legalidade. Ou seja, todos são iguais perante a lei e através dela tem-se prerrogativas, mas também deveres para com a sociedade e dos demais cidadãos que nela vivem.

O Estado Democrático inaugurou, por assim dizer, um rol de prerrogativas legais para defender os mais variados nichos da sociedade. A Constituição de 1988 protege, a mulher, os idosos, os trabalhadores, dos direitos sociais, individuais, coletivos, difusos e sobretudo resguarda a privacidade das pessoas das demais atrocidades que os podem acometer.

Sendo assim, em relação à intimidade e a privacidade explica-se que esse assunto é remoto. Desde que os homens passaram a viver em forma de sociedade e quando leis foram implementadas a preocupação com a privacidade emergiu de um modo bastante claro para todos.

Mesmo assim, o contexto da privacidade volta a Idade Antiga e segue nos momentos à frente da história até concretizar-se como direito na Idade Contemporânea.

No quadro abaixo, destaca-se a representação da intimidade para os povos ao longo da história, destarte:

Quadro 2 – A intimidade ao longo da história

INTIMIDADE NA HISTÓRIA	IMPLICAÇÕES
Pré-História	A intimidade nesse período da humanidade não existia. Os homens, mulheres, idosos e crianças viviam em grupos ou bandos e tais não possuíam senso de privacidade. Tudo era realizado abertamente, inclusive, as relações sexuais e desse modo, não existia preocupação em preservar privacidade de nenhum dos membros. Todo o período da pedra lascada, conhecido como Paleolítico fora assim. Contudo, na fase Neolítica onde ocorreu a Revolução Neolítica protagonizada pelas mulheres a situação referente à intimidade começara a se modificar porque tais deixaram de ser nômades e passaram a residir em pequenas cabanas para se protegerem do frio e do sol. Essa situação passou a dividir os homens pré-históricos em intimidades determinadas por uniões como, por exemplo, os casais já moravam juntos com seus filhos em cabanas e homens solteiros residiam em outros somente com o mesmo sexo e mulheres idem. Nascendo, assim, a ideia de separação do gênero e da preservação de tais.
Idade Antiga	A Idade Antiga foi caracterizada por grandes civilizações que possuíam seus códigos e <i>status quo</i> específicos. Desse modo, cada sociedade possuía suas percepções sobre intimidade e privacidade. Os egípcios, por exemplo, em especial, o faraó e toda sua família tinham uma preocupação com a intimidade inabalada sendo que o faraó possuía vigias, por assim dizer, para garantir que seus atos fossem preservados a sete chaves. Na Grécia, a intimidade também era uma preocupação importante. Apesar dos gregos gostarem de pinturas e esculturas que mostrem a nudez, nas relações tudo isso era bastante preservado tendo banalização, apenas, em locais voltados para isso como, por exemplo, as tabernas que serviam de prostíbulos.

	<p>Em Roma, a questão da privacidade e intimidade não era socialmente reservada e no período governado pelo imperador Nero ele mesmo fazia questão que a intimidade fosse algo banalizado. Mas, entre seus generais, isso era assunto bastante venerado em suas famílias. Entre a população pobre também era uma grande preocupação. Com ressalva dos prostíbulos.</p>
Idade Média	<p>Na Idade Média, a intimidade era algo sagrado e ligado a religião. As mulheres deveriam resguardar-se ao máximo possível. Inclusive até mesmo no matrimônio era recomendado que as esposas não ficassem nuas abertamente na frente do esposo.</p>
Idade Modera	<p>Na Idade Moderna, a intimidade começou a tornar algo que se violado poderia causar morte. Pinturas e fotografias de mulheres e homens nus passaram a ser proibidas de comercialização sem autorização dos posantes. Porém, a intimidade voltada à arte como foi o que ocorreu com o Renascimento Cultural onde houve o ápice de pinturas e esculturas de figuras angelicais nuas. Mesmo assim, no cotidiano a preocupação com a intimidade e a privacidade era algo muito importante a ser considerado.</p>
Idade Contemporânea	<p>Com os resultados positivos da Revolução Francesa para todo o ocidente e a valorização dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade aliado à promulgação de Cartas Magnas democráticas, à intimidade passou a ser considerado um direito de cada cidadão. Essa situação fez com que a pessoa tenha sua privacidade em caráter individual assegurada por lei proibindo e condenando que ousar invadir e condenar essa prerrogativa.</p>

Fonte: Jubilit *et al.* (2020).

Pelas assertivas evidenciadas no quadro a intimidade e a privacidade enquanto algo a ser preservado foi crescendo ao longo da história e nesse contexto foram os indivíduos que envolvidos em vida pública e privada perceberam que tais contextos não podem se misturar e por isso, usar leis para garantir a privacidade é o mais correto a se realizar numa sociedade democrática para que nem o governo e nem a população ouse sobre a intimidade dos cidadãos.

De acordo com Andrade (2015, p.3):

Usar leis para preservar a intimidade veio apenas solidificar o pensamento e as ações coletivas do povo, pois quando saímos dos tempos pré-históricos onde praticamente vivíamos como animais as pessoas começaram a perceber que todos possuem ações públicas e privadas que não carecem de socialização e intervenções de terceiros e, assim, a famigerada intimidade. Nesse sentido, todos sabemos, independentemente de lei, que intimidade não pode ser violada, pois a reação do ser humano é totalmente a mesma nesses casos, fúria e indignação. Um pai, uma mãe mesmo como figuras paternas não podem violar a intimidade dos filhos e vice-versa. O senso comum de intimidade é mais determinante que a própria lei, pois o sistema legal, julga em alguns casos, ter o direito de invadir a privacidade das pessoas sem a anuência das mesmas e esse assunto gera muitas contravenções.

O Brasil, como uma nação democrática de direito, entende a percepção do respeito à intimidade fato este confirmado constitucionalmente por determinar a intimidade como direito, destarte:

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

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, p.10).

A constituição federal ao instituir que a intimidade é um direito inviolável presume que todo cidadão brasileiro deve ter essa prerrogativa respeitada, pois seu dano é penalizado com indenização, pois um estado democrático de direito tem a intimidade e vida privado como algo indispensável para formação da dignidade humana.

3 A POLÍTICA DE MITIGAÇÃO BRASILEIRA NO CONTROLE DA COVID-19 SOB A VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE

A população brasileira encontra-se numa situação atípica, pois de março de 2020, quando a Organização Mundial de Saúde- OMS decretou o contágio do novo coronavírus como pandemia que está incontrolável de onde identificar o contágio do vírus SARS-CoV-2, o governo passou a controlar, sem permissão do povo, a movimentação da sociedade para que consiga saber se as medidas sanitárias estão sendo cumpridas.

De acordo com Silva e Silva (2020, p. 3-4):

Essa situação de controle dos passos da população dá-se por meio de fiscalização através de softwares de alta tecnologia pela Associação Brasileira de Inteligência do país. As tecnologias de comunicação e informação utilizadas por toda a população indicam, sem o usuário perceber, aonde estão e quanto tempo chegam a ficar nesses espaços públicos. Como tudo é rastreável, Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020 (“MPv”), que dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo comutado (“STFC”) e de serviço móvel pessoal (“SMP”) com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”), para fins de suporte à produção de estatística oficial durante a situação de emergência de saúde.

Essa situação beira ao desespero, pois o país não consegue controlar o caos da saúde pública em relação ao controle da Covid-19 e, portanto, decidem seguir os passos da população violando sua intimidade.

Nesse contexto, Palhares *et al.* (2020) adverte que, literalmente, o próprio estado está a violar o direito à intimidade da população. Essa situação dá margem para muitas interpretações, pois o Estado justifica essa situação como de conveniência e oportunidade devido à situação incomum que o país atravessa e toda a fiscalização junto a órgãos oficiais é essencial para saber os impactos da doença na sociedade brasileira.

Em contrapartida, Franco (2020) salienta que é bastante violável a privacidade dos cidadãos brasileiros nesse contexto pandêmico, pois pode-se refletir: para controlar a Covid-19 faz-se necessário invadir a intimidade dos brasileiros? O estado brasileiro violando a privacidade dos brasileiros para controlar o novo coronavírus demonstra possuir respeito aos princípios democráticos e constitucionais da Carta Magna, em vigor? O cidadão brasileiro pode processar o estado pela violação do princípio à intimidade?

São muitas questões em torno desse assunto que precisam ser bastante estudadas e refletidas, pois as políticas de mitigação do estado brasileiro durante a pandemia da covid-19 e seus impactos na violação do direito à intimidade das pessoas representam uma realidade que ficará marcada na história sócio legal do país.

A Carta Magna, em vigor, versa no art.1º que a “República Federativa do Brasil [...] constitui-se como um estado democrático de direito” (BRASIL, 1988, p.9) e essa caracterização do país exige uma postura democrática baseada em direitos, deveres, princípios, normal e questões éticas que devem, primar, todo o tempo, entre os limites do público e o privado.

Sendo uma nação onde todo “poder emana do povo” (BRASIL, 1988, p.9) os governantes brasileiros, de um modo geral, devem preservar, com segurança, os direitos e garantias fundamentais da população. Nesse contexto, entra o direito à intimidade das pessoas assegurando constitucionalmente pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal que pontua “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, p.10).

Perante o exposto, elenca-se que desde a expansão do novo coronavírus, em março de 2020, sendo considerada uma pandemia mundial infectocontagiosa, ou seja, quando não foi mais possível manter o controle do vírus SARS-CoV-2, os governos para manter o controle do isolamento social e das medidas sanitária estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde- OMS vem segundo Silva e Silva (2020, p. 4):

[...] monitorando diariamente os locais onde as pessoas estão, como estão se locomovendo, se cumprem ou não a medida de isolamento social, ou se estão ou não respeitando as regras sanitárias estabelecidas. Com destaque, no âmbito do governo federal, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020 (“MPv”), que dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de serviço telefônico fixo comutado (“STFC”) e de serviço móvel pessoal (“SMP”) com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”), para fins de suporte à produção de estatística oficial durante a situação de emergência de saúde.

Esse contexto de monitoramento que dar-se investigando a movimentação do povo nos celulares, acesso à internet e entre outros espaços e a justificativa para tal fato, que não é de conhecimento geral da sociedade, constitui-se em ser essencial para construir a estatística oficial da pandemia que já persiste, no país, há 1 ano e 5 meses. Porém, essa política de mitigação dos governos apresenta aspectos impactantes na violação do direito à intimidade dos brasileiros e por isso, obteve suspensão no judiciário.

O efeito no Brasil foi escalonado visando os bons feitos que Coréia do Sul, China e Israel conseguiram com seus programas tecnológicos que visaram:

Quadro 3 – Efeitos alcançados na invasão da privacidade em tempos de Covid-19 no exterior

PAÍSES	IMPLICAÇÕES
Coréia do Sul	O governo avisa as pessoas que estão na proximidade de alguém infectado.
China	O mencionado aplicativo WeChat, que conta com mais de 1 bilhão de usuários ativos mensais, armazena as chamadas big data que tratam essas informações. Além disso, a China monitora, de perto, os smartphones das pessoas, usa centenas de milhões de câmeras de reconhecimento facial e obrigam a verificação e o relato de temperaturas corporais e condições médicas.
Israel	Israel autorizou, recentemente, a Agência de Segurança a implantar a tecnologia de vigilância, normalmente reservada aos terroristas em combate, a rastrear pacientes com coronavírus.

Fonte: BBC Asia (2020); Silveira (2020) e Harari (2020).

Esses países na violação da privacidade e intimidade de sua população em tempos de Covid-19 não enfrentaram constatações de sua população porque nenhum desses países são Estados Democráticos de Direito. A China, por exemplo, possui a própria rede de internet impedindo que o Google seja acessado no país visto que o país não compartilha ou sede o direito de outras nações a terem acesso aos dados de acessibilidade de seu povo. Por isso, como tais estão envolvidos em outros sistemas políticos e sociais, o acompanhamento tecnológico da privacidade dessas pessoas não foi visto como algo ofensivo, pois esses países estão usando a análise dos dados para um fim coletivo e específico.

Já no Brasil, a suspensão da medida nº 954, de 17 de abril de 2020 ocorreu por inúmeros fatores porque o resultado final de tudo não iria beneficiar a população.

No Quadro abaixo, lista-se os principais motivos para que tal documento fosse vedado, destarte:

Quadro 4 - Motivos para suspensão da medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020

MOTIVOS PARA SUSPENSÃO
1) cabimento de controle judicial sobre os requisitos constitucionais de relevância e urgência para edição de Medidas provisórias;
2) ausência de relevância e urgência para pesquisa do IBGE durante a pandemia, o que desautoriza a edição dessa MP;
3) violação do direito à autodeterminação informativa, privacidade e intimidade dos cidadãos;
4) ausência de correlação com precedente sobre caso Coaf (Recurso Extraordinário 1.055.941), de compartilhamento direto com Ministério Público, sem prévia autorização judicial, pois aquele precedente refere a procedimento formal de natureza penal, dotado de finalidade específica, destituído de controle administrativo externo e ausência de garantia de sigilo ou delimitação da responsabilidade dos agentes públicos responsáveis por assegurar o sigilo;
5) violação do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso (adequação, necessidade, proporcionalidade).

Fonte: Brasil (2020).

Os motivos de suspensão para a medida nº 954, de 17 de abril de 2020 foram realizados pelo Ordem dos Advogados do Brasil devido ao fato de terem compreendido que a invasão da privacidade e intimidade dos brasileiros em nada iria ajudar a conter o avanço da COVID-19 devido ao fato de amplitude da população e extensão territorial e, desse modo, uma medida de contenção do vírus iria se tornar muito onerosa para o ministério de telecomunicação

determinar programas de maior agilidade, ainda, para que outros ministérios tomassem medidas ágeis a realização constante do distanciamento social.

Mas, em contraponto a tal ideia houve, ainda, uma tentativa de impedir que tal medida não fosse suspensa pelos seguintes motivos:

Quadro 5 – Motivos para não suspender a medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020

MOTIVOS PARA NÃO SUSPENSÃO
1) As atribuições do IBGE estão previstas nas CF de 1988, como órgão incumbido pela União para organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (art. 21, inciso XV) e nas Leis n.5.534/1968, 5.878/1973, que determinam a obrigatoriedade de pessoas físicas e jurídicas de prestar informações, assim como o dever de manutenção de sigilo em relação às informações recebidas;
2) O Instituto possui diretrizes, comitês e políticas internas de confidencialidade sobre segurança da informação; seria indevassável por ato do Poder Judiciário, salvo caso de flagrante abuso ou excesso
3) A PNAD-Contínua (PNAD), de elaboração trimestral, não pode ser adiada uma vez que consiste na principal fonte de informação que o governo federal dispõe sobre emprego, educação, renda e condições de vida da população brasileira;
4) Em razão de convênio com o Ministério da Saúde, serão inseridas perguntas aos cidadãos sobre disseminação da Covid-19, que serão úteis para a formulação de políticas públicas de enfrentamento da doença;
5) Relevância e urgência da referida Medida Provisória, cujo mérito seria indevassável por ato do Poder Judiciário, salvo caso de flagrante abuso ou excesso;

6) Inexistência de violação ao direito à privacidade, pois trata-se de compartilhamento de informações exclusivamente para fins estatísticos e não de conteúdo de comunicações telefônicas;
7) Referindo a precedentes relatados pelo ministro Dias Toffoli (ADI n.2.390, 2.386, 2.397 e 2.859), pugnou-se pela legalidade da transferência de dados entre duas entidades públicas que possuem dever de resguardar sigilo; desta forma haveria “transferência” de sigilo e não “quebra” de sigilo;
8) Proporcionalidade da medida tendo em vista os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
9) Adequação da medida à Lei Geral de Proteção de Dados (mesmo que ainda não tenha entrado em vigor), a qual permite o acesso a dados pessoais aos serviços de pesquisa estatística, havido pela lei como sendo de finalidade pública (art. 5º, inciso XVIII)

Fonte: Brasil (2020).

Os responsáveis para não suspensão da medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020 foram membros da Advocacia Geral da União que numeraram para o Supremo Tribunal Federal que o controle da privacidade e intimidade dos indivíduos em plena pandemia tornar-se-ia útil para que o país possa ter o controle exato ou próximo da exatidão da circulação da sociedade em tempos de isolamento e distanciamento social fazendo com que o governo saiba, prontamente, onde agir para conter aglomerações.

Esse impasse entre prós e contras foi solucionado dando parecer positivo a Ordem dos Advogados do Brasil conseguindo, assim, o cancelamento da medida que violava a privacidade e intimidade dos brasileiros sob justificativa que o momento atípico se fazia necessário e, assim, destarte:

Quadro 6 – Decisão final ao cancelamento da medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020

CANCELAMENTO FINAL
Diante desse panorama fático e jurídico, a ministra Rosa Weber, em decisão monocrática liminar, referendada pelos demais ministros do STF, decidiu:
1) A pesquisa não indicou de forma adequada objeto, finalidade e amplitude da estatística produzida, tampouco a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão utilizados;
2) A edição da MP não mencionou, de forma explícita, que haveria relação com políticas de enfrentamento da pandemia do Covid-19;
3) A Medida Provisória não evidencia interesse público legítimo no compartilhamento de dados dos usuários, tendo em vista a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
4) Ao não definir as razões e modo de uso dos dados pessoais, a MP não permite aferição dos requisitos de adequação e necessidade, vale dizer, a compatibilidade entre as finalidades pretendidas e a máxima restrição para o atingimento desses objetivos, o que destoia do direito ao devido processo legal;
5) A MP não menciona quais seriam os mecanismos técnicos ou administrativos voltados à segurança da informação adotados pelo IBGE, uma vez que apenas menciona delegação dessa tarefa ao presidente da Fundação IBGE, motivo pelo qual não assegura de forma adequada efetiva proteção aos direitos fundamentais em debate;
6) O fato de a LGPD ainda não estar em vigor agrava o problema, pois tal norma possibilitaria responsabilizar os agentes que, de alguma forma, contribuísssem para os danos causados pelo mau uso ou vazamento de informações confidenciais;

- | |
|---|
| 7) Foram apresentadas 344 emendas ao texto da MP, muitas delas buscavam reduzir a coleta de dados ao mínimo necessário, obrigação de elaborar relatório de impacto de segurança da informação <i>anteriormente</i> à coleta e uso de dados, maior transparência na definição da finalidade e no uso dos dados compartilhados; |
| 8) Mesmo diante da gravidade da situação de saúde pública, o seu combate não pode ocorrer mediante atropelo dos direitos fundamentais |

Fonte: Brasil (2020).

A decisão final do Supremo Federal revelou, portanto, que apesar da situação mais atípica e complexa, o direito a intimidade e a privacidade não pode ser violado sob qual hipótese e, desse modo, outras situações ou maneiras podem ser estabelecidas para conter o avanço da Covid-19 sem que precise violar o direito constitucional à intimidade.

4 CONCLUSÃO

A política de mitigação brasileira no controle da Covid-19 sob a violação do direito à intimidade tornou-se fracassada em decorrência da falta de sensibilidade com a privacidade do cidadão que não pode ser sacrificada para manter o governo informado dos supostos níveis de aglomeração social no país como fator agravante da contaminação do novo coronavírus.

Desse modo, o governo brasileiro em uma decisão radical buscou interferir e violar um dos direitos constitucionais mais valorizados pelo cidadão brasileiro que busca no meio de tanta exposição de dados no mundo virtual ter, em seu âmago, sua intimidade preservada em meio ao mundo globalizado pela internet.

Sendo assim, tanto a Ordem dos Advogados do Brasil quanto o Supremo Tribunal Federal entenderam que a situação pandêmica do novo coronavírus vem causando muitas incertezas e desespero para sociedade de modo geral, mas não é violando o direito de ter privacidade que o Covid-19 será contida.

Por isso, não se pode tomar como exemplo as políticas de mitigação de combate ao novo coronavírus da Coreia do Sul, China e Israel porque esses países, apesar de suas polêmicas sociopolíticas, gozam de um aparato tecnológico e uma capacidade inigualável de poder de contenção e resolutividade de assuntos que envolvem diretamente com a saúde pública. Já o Brasil, num direito comparado não consegue a quantidade de brasileiros que possuem o cadastro do Sistema Único de Saúde para tomar a vacina contra Covid-19.

Nesse sentido, a resposta ao presente estudo estabelecido sobre - Qual o intuito da política de mitigação implementada no estado brasileiro para controlar a pandemia da Covid-19 e suas consequências na violação do direito à intimidade das pessoas? – refere-se, basicamente, a uma proposta governamental unilateral de violação das certezas e seguranças jurídicas das prerrogativas constitucionais dos brasileiros e, em especial, à intimidade, pois o modo como essa política de mitigação foi induzida não favorecia, em nada, o controle da pandemia infectocontagiosa do novo coronavírus, mas, sim, a manipulação e intervenção do governo na privacidade da população que paga impostos para que possa ser um cidadão contribuinte com o crescimento do país. Por isso, que, nesse contexto, adentrar na intimidade do brasileiro representa, então, um desrespeito desmedido à dignidade humana do povo.

Por tudo isso, destaca-se, ainda, que o objetivo geral da pesquisa que referiu-se à discutir a política de mitigação do estado brasileiro durante a pandemia da Covid-19 e seus impactos na violação do direito à intimidade das pessoas foi alcançado pela discussão dos resultados e os objetivos específicos que almejam explicar o direito à intimidade e sua relevância para um estado democrático de direito; dispor a atuação de um estado democrático de direito para uma nação e a pontar a política de mitigação do estado brasileiro no controle da Covid-19 e seus impactos no direito à intimidade da população foram atingidos em toda discussão deste estudo.

Desse modo, destaca-se que a temática deste artigo ainda se refere à um assunto com poucas discussões devido ser novo na sociedade brasileiro devido ao

momento atípico que a sociedade atravessa e, também, adverte-se que o fato de tal política já ter sido vetada favorece a limitação da discussão sobre essa ocasião única no país.

Mesmo assim, essa situação não pode ser silenciada ou esquecida porque se constituiu como um atentado a violação dos direitos dos brasileiros à intimidade onde fora necessário que a Ordem dos Advogados do Brasil e o Supremo Tribunal Federal intervisse para que, por fim, fosse garantido o respeito ao direito à intimidade dos cidadãos do país.

Encerra-se este artigo com a certeza de que a usabilidade futura deste estudo decorre da discussão registrada da violação do direito constitucional à intimidade em momentos delicados de crise sanitária na saúde pública do país. Assim, o estudo presente torna-se uma concretização sintética sobre a temática em forma de revisão de literatura.

REFERÊNCIAS

BBC ASIA. **Coronavirus privacy: Are South Korea's alerts too revealing?** Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-asia-51733145>>. Acesso em: 25 mai. 2021.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF. Rel. Min. Rosa Weber.** Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020a.

BRASIL. **Medida provisória 954/2020.** Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n.13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 21 maio 2021.

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

FIGUR, Mardjiolaine Eberhart. **O estatuto do idoso e a dignidade da pessoa humana**, 2014. 46 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Curso de Graduação em Direito. UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. 2014. Ijuí-RS.

FRANCO, Sandra. O direito à privacidade na pandemia e para além dela. HealthCare. 2020

FREIRE, Paulo. **Política e Educação**, Cortez, 1996.

GIL, A. **Como Elaborar Projeto de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2015.

HARARI, Y. N. **The world after coronavirus**. Financial Times, 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

JUBILUT, Liliana Lyra et al. Direitos Humanos e COVID-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis. Santos: Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” da Universidade Católica de Santos, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PALHARES, Gabriela Capobianco et al. A privacidade em tempos de pandemia e a escada de monitoramento e rastreamento. **Estud. av.** São Paulo, v. 34, n. 99, p. 175-190, 2020.

SANTAELLA, Lucia. Comunicação e pesquisa: projetos para mestrado e doutorado. Lucia Santaella - São Paulo: Hacker Editores, 2015.

SILVA, Aarão Miranda da.; SILVA, Rodolfo da Costa Arruda. **A pandemia de**

COVID-19, o direito à privacidade e a LGPD análise da Medida Provisória nº 954/2020 e do Sistema de Monitoramento Inteligente de São Paulo – SIMI/SP, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81533/a-pandemia-de-covid-19-o-direito-a-privacidade-e-a-lgpd>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SILVEIRA, Janaina. **WeChat, o app faz-tudo que mudou a vida dos chineses.** Veja, 23 fev. 2020.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 183 p.

37 - 66

Artigo

**APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA NA RESOLUÇÃO
CONSENSUAL DE CONFLITOS FAMILIARES NO PODER
JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ**

FERNANDA LERNER RAUPP, THIAGO EDIRSANDRO ALBUQUERQUE NORMANDO

APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA NA RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS FAMILIARES NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ

APPLICATION OF SYSTEMIC CONSTELLATION IN THE CONSENSUAL RESOLUTION OF FAMILY CONFLICTS IN THE JUDICIAL POWER OF THE STATE OF PIAUÍ

FERNANDA LERNER RAUPP

Graduanda no Curso de Direito no Centro Universitário UniFacid. E-mail: fernandaraupp2011@hotmail.com

THIAGO EDIRSANDRO ALBUQUERQUE NORMANDO

Mestrando em Ciência Política pelo PPGCP da Universidade Federal do Piauí - UFPI; Pós-graduado em Gestão Empresarial pela FGV (2010); Pós-graduado em Direito do trabalho e Previdenciário pela UFPI (2021); graduado em Administração de Empresas (2006); graduado em Direito pela UniFacid (2019.2); Advogado, Professor Universitário no Centro Universitário UniFacid, Presidente da Comissão de Direito Securitário da OAB-PI. E-mail: thiago.normandoadv@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho destina-se a estudar a análise e os benefícios trazidos da Constelação Sistêmica Familiar como método consensual de solução de conflitos no Direito de Família e sua aplicação no Poder Judiciário do Estado do Piauí, através de um judiciário mais eficaz, célere e humanizado, de forma a disseminar a cultura da paz. Para tanto, foi investigado o modelo psicoterapêutico da Constelação Familiar e sua abordagem sistêmica aplicada ao sistema jurídico brasileiro conhecido como Direito Sistêmico, bem como as especificidades de sua aplicação no Direito de Família, além da evolução dos meios alternativos de solução consensual de conflitos e ao final, a realização da análise da aplicação do método no Tribunal de Justiça do Piauí. A pesquisa realizada, trata-se de uma abordagem qualitativa, em razão das dificuldades do atual cenário que estamos passando com a pandemia do Novo Corona Vírus e a impossibilidade pela realização de uma pesquisa em campo. Acerca da metodologia utilizada, constitui-se indutiva, de caráter exploratório, com a finalidade de obter informações acerca dos métodos a serem abordados através do Direito Sistêmico.

Palavras-chave: constelação familiar; direito de família; direito sistêmico; humanização.

ABSTRACT: The work aims to study the analysis and benefits brought by the Systemic Family Constellation as a consensual method of conflict resolution in Family Law and its application in the Judiciary of the State of Piauí, through a more efficient, faster and more humanized judiciary, in order to spread the culture of peace. Therefore, the psychotherapeutic model of Family Constellation and its systemic approach applied to the Brazilian legal system known as Systemic Law was investigated, as well as the specificities of its application in Family Law, in addition to the evolution of alternative means of consensual conflict resolution and the final, the analysis of the application of the method in the Court of Justice of Piauí. The research carried out is a qualitative approach, due to the difficulties of the current scenario that we are going through with the New Corona Virus pandemic and the impossibility of conducting a field research. About the methodology used, it is inductive, the exploratory, in order to obtain information about the methods to be addressed through Systemic Law.

Keywords: family constellation; family law; systemic law; humanization;

1 INTRODUÇÃO

A morosidade no sistema judiciário é um fenômeno que vem trazendo graves implicações para a sociedade, em razão de excessivas demandas que lhe são introduzidas, gerando uma sobrecarga dos servidores do judiciário, em razão da insuficiência de estrutura, profissionais, tempo e material para tais demandas. Segundo o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (2020), até o final do ano de 2019, tramitavam no Poder Judiciário 77,1 milhões de processos, que aguardavam em uma solução definitiva. Dessa análise, demonstrase a necessidade de novos tratamentos de resolução de conflitos eficazes e céleres.

O presente trabalho visa estudar a análise e os benefícios trazidos da Constelação Sistêmica Familiar como método consensual de solução de conflito no Direito de Família, através de um judiciário mais eficaz, célere e humanizado, de forma a disseminar a cultura da paz.

A intenção de pesquisar acerca da constelação sistêmica como meio alternativo às soluções consensuais de conflito e ao desafogamento do judiciário, justifica-se aos benefícios desse método que poderiam colaborar no âmbito jurídico, na busca de uma tentativa maior de celeridade e efetividade nas decisões judiciais.

Desse modo, resta claro que o presente trabalho não é apenas relevante para a área do Direito Sistêmico, mas para todo o âmbito do Direito da Família e mais ainda, importante para toda a área jurídica e toda a sociedade, pois há diversidade de interesses no tema abordado, já que o impacto de soluções mais céleres para conflitos familiares gera impulso em diversas camadas da sociedade, além de reduzir significativamente o tempo bem como o embate no seio de uma família.

A metodologia empregada para a realização da pesquisa constitui-se indutiva, de caráter exploratório, através de uma abordagem qualitativa, a escolha dá-se por conta de dois motivos: primeiro, dado as dificuldades do atual cenário que estamos passando com a pandemia do Novo Corona Vírus, ao qual a realização de uma pesquisa em campo se tornou de difícil acesso, impossibilitando a

interação física com pessoas; segundo a pesquisa documental, mostra-se de maneira mais proveitosa, em razão de explicar o que é o Direito Sistêmico e como vem sendo aplicado no sistema jurídico brasileiro.

2 CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR E O DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, desenvolvida como um modelo psicoterapêutico que estuda a energia e as emoções, a constelação familiar, auxilia na compreensão das relações humanas e seus conflitos gerados ao longo da vida, que são acumulados inconscientemente ou conscientemente pelos seres humanos. Sua aplicação, hoje, se encontra nas áreas de política, grandes corporações e em pequenas e médias empresas, direção e administração empresarial, escolas e universidades, tribunais, hospitais e naturalmente para todos os assuntos pessoais de indivíduos.

O presente capítulo vem para apresentar como essa abordagem sistêmica trouxe uma enorme contribuição para o sistema jurídico brasileiro. O Direito Sistêmico foi introduzido pelo juiz Sami Storch em 2004, que dedicou aos estudos da filosofia de Bert Hellinger e das constelações familiares, menciona que uma solução imposta por lei ou decisão judicial nem sempre é capaz de resolver o problema, a origem do conflito, deixando por insatisfeita as partes (STORCH, 2020). Posto que o sobrecarregamento de demandas judiciais no cenário atual tem levado a morosidade do judiciário, a ineficácia das decisões proferidas e a carência de novos meios de resolução de conflitos.

2.1 As Constelações Familiares Segundo Bert Hellinger

Bert Hellinger foi um filósofo e terapeuta alemão que desenvolveu um método psicoterapêutico chamada de Constelação Sistêmica Familiar. Essa técnica se ocupa em analisar se no sistema familiar ampliado de uma pessoa, existe alguém que esteja entrelaçado nos destinos de membros anteriores dessa família.

O fator diferencial desse método é acessar aquilo que está oculto no sistema do indivíduo, identificar as forças inconscientes que foram origem daquele conflito,

fazendo com que encontre as perguntas e respostas que deseja, encontrando uma solução, ou seja, que possamos voltar ao passado através do subconsciente para resolver a questão que tenha nos amarrados. Logo, para que possamos nos desprender daquilo que nos aprisiona e nos impede de ter uma vida harmônica, requer uma aceitação do indivíduo, através de uma visão sistêmica.

As constelações familiares desenvolvidas por Bert Hellinger consistem em um trabalho onde pessoas são convidadas a representar membros da família de uma outra pessoa (o cliente) e, ao serem posicionadas umas em relação às outras, são tomadas por um fenômeno que as faz sentir como se fossem as próprias pessoas representadas, expressando seus sentimentos de forma impressionante, ainda que não as conheçam. Com isso, vêm à tona as dinâmicas ocultas no sistema do cliente que lhe causam os transtornos, mesmo que relativas a fatos ocorridos em gerações passadas, e pode-se propor frases e movimentos que desfaçam os emaranhamentos, restabelecendo-se a ordem, unindo os que antes foram separados e proporcionando paz a todos os membros da família (STORCH, 2017, *online*).

A constelação faz um estudo acerca das emoções e energias envolvidas conscientemente ou inconscientemente na vida dos seres humanos, que através de uma abordagem sistêmica, gera uma percepção de todos os fatores envolvidos no conflito, ou seja, a identificação da origem do conflito.

A prática da constelação manifesta uma ligação inconsciente que age diretamente nas pessoas que convivem dentro de um sistema e, quando conflituosa essa ligação, exerce um sentimento de dor e dificuldade, criando um sentimento de codependência entre si (BASSOI, 2016). Quando rompidos esses entraves através desse método, então, a pessoa parte em busca de sua elevação pessoal.

2.2 Leis Sistêmicas

Bert Hellinger, defendia a ideia de que seria necessário olhar para os conflitos através de uma visão sistêmica, uma vez que muito indivíduos apresentam

resistência pela autocomposição, em razão de fatos decorrentes no passado, o que chamam de “herança afetiva”. Com a aplicação de leis sistêmicas, viu-se que é possível desfazer os emaranhamentos sistêmicos de indivíduos e seu sistema familiar.

O filósofo (HELLINGGER, 2001), em seus profundos estudos, elaborou uma tese de que as relações sistêmicas são regidas por três fundamentos necessários chamados de “As três leis das Ordens do Amor”, ao qual se busca a compreensão de complexidades que existem dentro de um sistema familiar, podendo ser aplicada em diversas áreas, sendo elas:

- A necessidade de pertencimento ou de vinculação ao grupo.
- A necessidade de ordem, estruturação do sistema em relação ao ingresso e tempo de chegada, à função e a hierarquia.
- A necessidade de manter o equilíbrio de trocar, dar e receber, entre os membros.

A lei do pertencimento trata que cada um tem o direito de pertencer ao grupo, ao seu sistema familiar, estando vinculado neste. Todos devem ser reconhecidos e aceitos. A partir do momento que nega ao outro seu lugar, surge uma desordem com consequências profundas. Dessa maneira, demonstra-se que a alma do grupo não aceita exclusões, pois todos os membros têm direito de pertencer ao seu sistema.

A lei da precedência traduz a noção de que todos ocupem o lugar que lhe corresponde na sua família, ao quais aqueles que chegaram primeiro prevalecem sobre aqueles que chegaram posteriormente ao sistema, devendo haver uma hierarquia entre os membros da família.

Segundo Hellinger (BLOG HELLINGER, p. 1), “se um recém-chegado se eleva acima de alguém que já estava antes nele, ele está violando a ordem de precedência”. A hierarquia quando não é respeitada e violada a ordem de

precedência, o sistema sofre disfunções, havendo a necessidade de que cada um ocupe o seu devido lugar.

A lei do equilíbrio entre o dar e o receber é a última lei sistêmica, a qual consiste que deve haver um equilíbrio entre o dar e o receber, uma troca mútua com as pessoas que nos relacionamos. Hellinger aponta que essa ordem é determinada pela nossa própria consciência, ao passo que tiramos algo de alguém, nos sentimos na obrigação a dar-lhes algo também, pois a nossa consciência só vai nos deixarmos sentir livres quando estabelecermos o equilíbrio.

Assim, as Ordens do Amor desenvolvida por Bert Hellinger, traz sua concepção de como se regem as relações de grupos e o equilíbrio do sistema familiar.

Desse modo, quando violadas as leis sistêmicas, podem acarretar desequilíbrios nas relações ao longo da história ancestral, que tenham ficado ou não em segredo, ao passo que, fazem com que as pessoas se inclinam em seu destino, a olhar para aquilo e resolver o que ficou fora de ordem (STORCH, 2020). Assim, percebe-se que através do sistema familiar pertencente ao indivíduo, pode gerar desequilíbrios oriundos de vínculos sistêmicos ancestrais, em que precisa ser resolvido por cada um para que o seu sistema familiar encontre a paz.

Segundo o juiz Sami Storch, as Constelações Familiares são uma abordagem fenomenológica, onde são colocados representantes dos membros de uma família, e esses se conectam através de um campo, através de seus origens, algo que está oculto, seja de uma conflito atual, seja de um trauma que possa nos remeter a um fato passado que explique uma violência, um relacionamento que não flua, ao passo que permite que olhemos para o que precisa ser visto, de modo que uma atitude gerada por um indivíduo nem sempre é movida por uma intenção pessoal, mas que vem de longos vínculos ancestrais, acarretando um padrão repetitivo.

Frisa-se que para iniciar uma sessão do presente método, se faz necessário três categorias de sujeitos: o constelado (cliente), o constelador (terapeuta) e os

representantes. O constelado é o indivíduo que traz uma questão pessoal para ser constelada, durante a sessão pode participar escolhendo os representantes, além de algumas abordagens, representando a si; o constelador age como facilitador que coordena a constelação familiar, assim, durante a sessão tem a função de facilitar a relação entre os representantes, o campo morfológico do constelado e a questão a ser trabalhada; e os representantes são indivíduos que compõem o grupo de constelação, os quais foram escolhidos para representarem, sem necessariamente conhecerem ou saberem do objeto da constelação (QUEIROZ, 2019).

Dessa maneira, as Constelações Sistêmicas Familiares visam obter uma nova compreensão sobre as dinâmicas que regem o sistema familiar dos indivíduos e como eles atuam na vida destes, podendo auxiliar na descoberta da origem de um conflito, contribuindo para uma transformação interior /pessoal do indivíduo e do sistema que o envolve.

2.3 Direito Sistêmico

O termo “Direito Sistêmico” foi desenvolvido pelo juiz Sami Storch por volta de 2006, a partir de sua vivência e aprendizado acerca das leis sistêmicas, que passou a notar como os seus benefícios poderiam colaborar ao campo jurídico, na busca de uma tentativa maior de humanização e efetividade nas decisões judiciais.

O primeiro contato do Juiz Sami Storch com as Constelações Familiares, deu-se em 2004, quando se viu impressionado com a profundidade que esse método pode trazer, por meio de uma verdadeira transformação no indivíduo (STORCH, 2020).

Desse modo, Storch começando a mergulhar na obra de Bert Hellinger, foi percebendo que as constelações tratavam de temas que o Direito aborda, a exemplo de relacionamentos, divórcio, questões relativas à violência, assassinatos, drogas, adoções, que possuem reflexos jurídicos e são tratados por meio das constelações familiares (STORCH, 2020).

Insta salientar, que a forma abordada no sistema judiciário tende a intensificar o conflito, em que as partes se submetem a ficar brigando, buscando argumentos

para justificar seus posicionamentos, ao passo que, na Constelação, elas se reconciliam. Posto que, a essência é pela resolução do conflito, de forma a tornar pacífica e harmoniosa a relação das partes envolvidas, de maneira que as pessoas possam se unir e aproximar suas compreensões, ao invés de dividir.

Para Lucachinski e Lippmann (2018, p. 1):

[...] referida técnica propõe-se à resolução de conflitos de modo a fazer com que as partes tomem para si a responsabilidade de olhar para seus reais interesses, sentimentos e para todo o seu Sistema, honrando, conscientemente ou não, a hierarquia que nele existe, acolhendo e respeitando todos que a ele pertencem e compreendendo o equilíbrio a ele necessário. Com isso, é possível identificar e abordar o conflito oculto, aquele por trás das posições assumidas em um processo judicial, contribuindo para uma pacificação mais efetiva do que ocorre através da lógica adversarial que impera nos pleitos judiciais.

Assim, o Direito Sistêmico rege-se na mesma intenção da Constelação Familiar, pela busca da solução do conflito familiar, ali existente, fazendo com que todo o sistema seja solucionado.

Segundo Storch, o Direito Sistêmico é a aplicação ao Direito das leis sistêmicas que regem as relações humanas, através de ordens e leis internas, criadas por Bert Hellinger que tem uma influência nas relações humanas, quando aplicadas ao Direito geram mais paz, ao qual permite ser incluído quem precisa ser incluído, que seja visto quem precisa ser visto para que haja uma harmonia entre as partes.

Além do mais, conforme o Conselho Nacional de Justiça (2017), “as constelações têm sido fundamentais para humanização do Poder Judiciário, permitindo que as partes entendam seus conflitos e participem, diretamente, da solução pacífica deles. Esta nova forma de abordar o conflito permite que as famílias se equilibrem após o momento conturbado da separação”. Assim, fica demonstrado a ampliação da aplicação desse método nos tribunais do país.

Frisa-se que os autos de um processo dificilmente refletem a realidade dos fatos em sua integralidade, pois os conflitos são provocados em geral por causas mais profundas do que um mero desentendimento (STORCH, 2020). O direito sistêmico se propõe encontrar a verdadeira solução, abrangendo todo o sistema envolvido no conflito.

Atualmente, observa-se a existência do sobrecarregamento do Poder Judiciário de processar e julgar grande quantidade de processos que lhe são introduzidas, em razão da insuficiência de estrutura, profissionais, tempo e material para tais demandas. Por isso, a necessidade de novos métodos de tratamento dos conflitos, ao qual não se deve apenas permitir que uma decisão estabeleça como deve ser a solução do respectivo conflito, mas trazer a paz aos envolvidos que eles buscam, permitindo que mantenham um bom relacionamento amigável entre as partes.

Para Storch (2017, p. 1) a “tradicional forma de tratar os conflitos no Judiciário já não é vista como a mais eficiente, pois uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo de uma das partes – e não raro desagrada a ambas”. Posto que, mesmo depois de julgada a ação e esgotados os recursos e efetivada a sentença, o conflito permanece, gerando um inconformismo entre ambas as partes, mesmo sendo procedente por uma parte, além de perdurar por anos.

Inicialmente, Sami Storch apenas se submetia as técnicas sistêmicas na condução de suas audiências, ao qual notou uma mudança radical de postura das partes, após inserir essas noções dentro do processo. Entre os anos de 2006 e 2012, o juiz realizava palestras com o propósito de inserir a visão sistêmica e técnicas e mediação.

A Constelação Familiar pode ser feita individualmente, em uma audiência, com o uso de representantes, coletivamente, além de que existe formas que não precisa ser verbal, não havendo a necessidade de exposição da pessoa necessariamente sendo verbalizada, pois pode ser discreta, profunda e sem a exposição do indivíduo.

Conforme as experiências trazidas desse método na aplicabilidade do Direito pelo juiz Sami Storch, ao participar das constelações familiares tende a gerar um movimento interno na pessoa, o olhar e a postura das partes se transformam. Assim, costuma haver um lapso de tempo entre a constelação e a audiência, para que o movimento interno aconteça, pois, na maioria das vezes, as partes já chegam com o acordo feito e, quando não, as partes pelo menos passam a reconhecer a importância do lugar um do outro e dessa maneira facilita a comunicação para o prosseguimento do processo, em que quando vier a sentença, seja recebida com tranquilidade.

Insta frisar, que muitas das vezes as partes envolvidas não fazem acordo por causa de valores insignificantes, ao passo que, não se trata apenas de certa quantia, mas de algo que está oculto até para elas mesmas, pois há aquela necessidade de reconhecimento, um agradecimento ou pedido de desculpas.

Dessa forma, as constelações têm o poder de expor as dinâmicas ocultas que atuam no inconsciente dos envolvidos em disputas judiciais, e assim, trazer caminhos de pacificação que levam à solução, de modo a gerar um movimento interno no indivíduo, uma transformação interior, a qual acaba refletindo uma mudança também em seu sistema familiar.

3 ESPECIFICIDADES DA APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constelação Familiar passou a ter uma aplicação maior no Direito de família, onde, muitas das vezes, as questões trazidas são de divórcio, guarda de filhos, adoção, abandono, pensão alimentícia e, além disso, tem se origina de um conflito, uma história de amor, causada por mágoas, ressentimentos, que dificulta a obtenção da paz.

Os conflitos familiares tendem a surgir de longos anos de história de relação e em razão disso, carrega uma grande carga emocional envolvida, ao passo que compreender e reconhecer essas questões é fundamental para que haja a

disposição do próprio indivíduo em se permitir a dialogar, bem como identificar a origem daquele conflito gerado.

As técnicas empregadas pelo Direito de Família consideram que é um ramo o qual toca a alma do indivíduo e de que tal forma, não pode ser visto estritamente sob o prisma jurídico, exigindo o aporte meta jurídico (BEZERRA, 2017). Desse modo, demonstra-se cada vez mais urgente e necessária a utilização de métodos que não apenas resolva os conflitos, mas que efetivamente traga pacificação nas relações.

Posto que, o Direito de Família tem como objetivo de proporcionar a resolução dos conflitos familiares, para que as partes possam conviver em harmonia e paz, ao qual se realiza através de métodos autocompositivos, ofertados aos indivíduos interessados que buscam o meio judicial.

A autocomposição exige das partes que elas estejam preparadas de forma racional e emocional, deixando de lado a necessidade de argumentação defensiva, para que se permitam compreender e negociar a resolução do conflito que o originou.

Uma vez que há um fascínio pelo papel de vítima nos conflitos existentes, e abandonar essa tarefa não é algo fácil. Pois o sofrimento norteia para um estado de passividade, acarretando o movimento de um jogar a responsabilidade de agir para o outro indivíduo (KUTSCHERA; SCHÄFFLER, 2017).

Nesse viés, a aplicação das constelações sistêmicas familiares tem se mostrado um instrumento eficaz, como uma forma de orientar as partes a se conhecerem e reconhecer a importância do lugar uma da outra, de maneira mais profunda, para que facilite a comunicação para uma solução que seja benéfica para ambas as partes, como versa sobre o tema Fabiano Oldoni:

Os litígios que envolvem questões de família e que abarrotam o Poder Judiciário na atualidade poderiam, facilmente, ter soluções amigáveis e “mais definitivas” (menos reincidência) se pudessem ser constelados. Isto

porque, na maioria dos casos, uma pequena modificação no padrão familiar, proposta pelo constelador/facilitador, tem o condão de colocar todo o sistema novamente em ordem em relação as leis do amor.

Conforme relata o Juiz Sami Storch (2010), o Direito Sistêmico visa abranger todo o sistema envolvido do conflito, buscando a origem do problema, para que os indivíduos envolvidos possam viver em paz e harmonia uns com os outros:

O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisara abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenha que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso.

Os litígios que envolvem o Direito de Família poderiam ter soluções mais definitivas e pacíficas, com um índice menor de reincidência, se fossem constelados. Conforme as experiências trazidas, uma modificação no padrão familiar, proposta com uma simples afirmação pelo constelador, seja uma palavra positiva ou pergunta, tem o poder de restabelecer a ordem do sistema familiar (MADALENO, 2018, p. 25).

Frisa-se que a técnica aplicada poderá não trazer resultados de imediatos, uma vez que os efeitos podem vir após algum tempo, em razão de que os indivíduos precisam de um tempo para refletir acerca da dinâmica, para assim, encontrar a paz esperada.

Segundo Vall e Belchior (2019), as constelações familiares podem acontecer em ambientes diversos, a qualquer tempo, no entanto, evidencia que um dos momentos mais benéficos é antes da audiência de conciliação e mediação, onde uma ou ambas as partes possam ser chamadas para conhecerem o método, possibilitando uma compreensão do pensamento da origem das questões conflitantes que venham a ser recordadas, para um processo de consciência

evolutivo e progressivo do conflito, gerado entre as partes, em que cada um assume suas responsabilidades frente ao problema instalado.

O Conselho Nacional de Justiça transmite um caso de Reaproximação familiar, como exemplo da técnica, vejamos:

Na Vara de Infância e Juventude de Brasília, no ano passado, houve oito atendimentos com adolescentes em situação de acolhimento. Segundo Adhara Campos, os constelados que estavam afastados da família conseguiram uma sensível melhora na relação entre eles. “A constelação ajudou a amenizar o conflito deles com as famílias adotivas e, em outras situações, ajudou na reaproximação com os pais biológicos. Também foram percebidas mudanças positivas dos jovens no trato com as cuidadoras”, revelou a servidora (BANDEIRA, 2016).

A partir dessa sistemática, nota-se os efeitos que a prática desse método pode trazer as partes envolvidas, promovendo uma solução mais profunda, melhorando o seu relacionamento com o sistema ali envolvido, de forma a reaproximar os familiares de maneira efetiva e célere.

Um dos primeiros a introduzir a prática no judiciário foi o juiz Sami Storch, da 2ª Vara de Família de Itabuna/BA, conforme abordado anteriormente, afirmou ter conseguido um índice de 100% de acordos envolvendo conflitos familiares ao utilizar a técnica antes das audiências de conciliação.

A partir do ano de 2012, o magistrado com o apoio e incentivo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, começou a fazer palestras com o tema “Separação de casais, filhos e vínculo que nunca se desfaz”, como público-alvo pessoas envolvidas em ações judiciais na área de família. Os resultados obtidos demonstraram uma boa absorção do tema aos participantes, um maior respeito e consideração à outra parte envolvida, além do interesse de conciliar, superando os acordos por volta de 90% dos índices.

Sami Storch (STORCH, 2020) afirma que a prática da constelação contribui para o aperfeiçoamento da Justiça, além de promover a qualidade dos relacionamentos na família, na busca de um ambiente de paz e de harmonia entre os familiares, tendo como consequência natural a melhoria nos relacionamentos em geral e a redução dos conflitos na comunidade.

Vejamos algumas estatísticas de resultados de casos aplicados a técnica da constelação na Vara de Família, pelo Juiz Storch (2017):

Nas audiências efetivamente realizadas com a presença de ambas as partes, o índice de acordos foi de 100% nos processos em que ambas participaram da vivência de constelações; 93% nos processos em que uma delas participou; e 80% nos demais; Nos casos em que ambas as partes participaram da vivência, 100% das audiências se efetivaram, todas com acordo; nos casos em que pelo menos uma das partes participou, 73% das audiências se efetivaram e 70% resultaram em acordo; nos casos em que nenhuma das partes participou, 61% das audiências se efetivaram e 48% resultaram em acordo.

Ademais, o mencionado Juiz utilizou-se de questionários respondidos após a audiência de conciliação de indivíduos que participaram da técnica no 1º semestre de 2013, obtendo os seguintes resultados (STORCH, 2017):

59% das pessoas disseram ter percebido, desde a vivência, mudança de comportamento do pai/mãe de seu filho que melhorou o relacionamento entre as partes. Para 28,9%, a mudança foi considerável ou muita. 59% afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou na obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito.

77% disseram que a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito.

71% disseram ter havido melhora no relacionamento com o pai/mãe de seu(s) filho(s), após a vivência. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%.

94,5% relataram melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8%, e consideravelmente para outras 30,4%. Somente 4 pessoas (4,8%) não notaram tal melhora.

76,8% notaram melhora no relacionamento do pai/mãe de seu(ua) filho(a) com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos.

Além disso, 55% das pessoas afirmaram que desde a vivência de constelações familiares se sentiu mais calmo para tratar do assunto; 45% disseram que diminuíram as mágoas; 33% disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passou a respeitar mais a outra pessoa e compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais.

Dentre outros juízes, destaca-se a juíza Magali Dellape Gomes, titular da Vara Civil, Família e Sucessos do Núcleo Bandeirantes do Distrito Federal, afirma que:

“As constelações têm sido fundamentais para a humanização do Poder Judiciário, permitindo que as partes entendam seus conflitos e participem, diretamente, da solução pacífica destes. Esta nova forma de abordar o conflito permite que as famílias se equilibrem após o momento conturbado da separação” (CNJ, TJDFT, 2017, *online*).

Posto isso, a respectiva vara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, promoveu por meio do Projeto Constelar e Conciliar, sessões envolvendo ações de divórcio e união estável, guarda, busca e apreensão de menores e alimentos, obtendo uma média de acordos por volta de 61% dos índices e nos casos em que ambas as partes estiveram presentes na constelação, uma média de acordos de 76%.

Reitera-se que vem aumentando o número de estados que tem buscado a inserção da aplicação sistêmica no Judiciário, contudo, há muitos operadores de Direito que desconhecem a aplicação técnica, em razão de ser um método ainda em estudo, onde são resultados obtidos por apenas alguns tribunais, sendo de extrema importância que sejam ofertados cursos e workshops, para a ampliação dessa técnica no Judiciário Brasileiro.

Cumprе salientar que, no fim do ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a Constelação Familiar como uma técnica que estimula práticas de tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário, ao qual está em conformidade com a Resolução CNJ n. 125/2010, sendo utilizada antes das tentativas de conciliação.

De modo que o Direito Sistêmico vem se popularizando no sistema jurídico nacional e entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil e Tribunais de Justiça reconhecendo e aplicando tal técnica como meio alternativo de resolução de conflitos consensuais.

Diversos conselhos regionais da OAB instituíram Comissões de Direito Sistêmico, que tem atribuições de promover workshops, palestras, cursos, pareceres e pesquisas. Dentre elas, destaca-se a Comissão de Justiça Restaurativa e Direito Sistêmico da OAB do Estado do Piauí, propósito do presente trabalho, tem como objetivo estimular a expansão do tema, pois segundo Ana Betina (OAB PI, 2020), Presidente da Comissão de Justiça Restaurativa e Direito Sistêmico da OAB Piauí, a Justiça Restaurativa serve “como instrumento essencial de harmonia social e solução pacífica de controvérsias, uma vez que busca celeridade, efetividade e garantia de acesso à justiça”.

O termo adotado para os profissionais da advocacia acerca dessas práticas é chamado de advocacia sistêmica. O advogado como constelador, conduz o cliente para que compreenda que ele é capaz de resolver o conflito, busque uma solução com o intuito de promover a paz e o equilíbrio entre as partes.

4 DISPOSITIVOS PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste terceiro capítulo será abordado o estudo e análise das bases legais que fundamentam a possibilidade da aplicação das Constelações Sistêmicas Familiares no ordenamento jurídico brasileiro. De modo que serão explorados dispositivos da Resolução n. 125/10 do CNJ; a Lei de Mediação n. 13.140/15 e o NCPC n. 13.105/15.

Cumprido destacar que o método das Constelações não está normatizado em norma ou instrução normativa, porém a partir da análise dos dispositivos citados, *é permitido a aplicação da técnica como método alternativo de resolução consensual de conflitos.*

4.1 A Resolução N. 125/2010 do CNJ

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125/2010, tendo como início a política judiciária de implementação de práticas autocompositivas e consensuais, que objetiva “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (BRASIL, CNJ, 2010).

Segundo Azevedo (2013), o método abordado na Resolução do CNJ, se regida com a devida técnica, tende a ser um importante meio de aproximação, conhecimento e conexão entre os seres humanos. Ademais, quando fomentada pelo judiciário, busca-se por uma solução mais eficaz, de satisfação entre as partes, com o intuito de alcançar a ordem jurídica justa.

De modo que a Resolução traz o viés de incentivar uma nova cultura jurídica, de transformar o modo de pensar que o conflito se apresenta e sua solução, fomentando a autocomposição e a solução consensual de conflitos. A partir dessa perspectiva, as Constelações Familiares vêm tentando cada vez mais buscar espaço nesse cenário como uma ferramenta para consolidação desse objetivo,

de modo a aprimorar uma cultura de paz.

No final do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça publicou acerca do impulso que a respectiva Resolução trouxe à prática de conciliação no judiciário brasileiro (CNJ, 2015). Haja vista, tende a ser uma transformação revolucionária no Poder Judiciário em termos de qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com um maior índice de pacificação das partes em conflito, que vem merecendo destaque gradativamente.

4.2 A Lei de Mediação N. 13.140/2015

Após 5 anos da publicação da Resolução 125/2010 do CNJ, entrou em vigor a Lei 13.140/2015, consagrando o marco regulatório da Mediação no Brasil. Ao qual o define em seu artigo 1º, como um meio de solução consensual de controvérsias decorridas de uma lide.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A autocomposição almejada no método de mediação requer das partes, além de uma disposição inicial e esforço, que as partes envolvidas possam se permitir para que seja transformada as questões pessoais que levaram a um determinado conflito suscetível à jurisdição.

Esse método deve não apenas ser pensado como meio de acesso à justiça, mas como um meio de tratamento de conflitos eficaz, a fim de promover as partes uma reaproximação do problema (SPENGLER, 2010). Dessa forma, essa solução de resolução de conflito tende a possibilitar que os conflitantes busquem e descubram juntos a causa da origem do conflito para resolvê-lo de

forma pacífica, ao qual o mediador apenas estimula, não decide o resultado do conflito pelas partes.

Nesse espaço, atuará a Constelação Familiar, fazendo com que essas questões complexas se desfaçam e as partes possam se tornar conscientes de seus problemas, conseguindo chegar a soluções mais benéficas para ambas.

4.3 O Novo Código de Processo Civil de 2015

Outro passo importante envolvendo a solução pacífica de conflitos foi a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em seu texto o legislador demonstra a preocupação em preservar e aprimorar a cultura de paz instituída no país ao afirmar que:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

O Juiz Storch explica que o Novo Código de Processo Civil prevê também que a mediação pode se expandir dentro do processo, de modo que pode haver a suspensão da demanda e se iniciar um processo de mediação que pode haver inclusive várias sessões, posto que a mediação é um método o qual deve ser incentivado. Ademais, o magistrado cumpre ressaltar que conforme comprovado estatisticamente, a conciliação vem sendo o método que dá mais certo, além de possuir mais chance de ser cumprido e eficaz, pois se torna efetivo, no sentido de as partes aceitarem como razoável a solução encontrada (STORCH, 2020).

Nota-se que uma das novidades trazidas pelo CPC/15, é a flexibilidade que tende a trazer atualmente ao processo, em que as partes podem combinar, até mesmo, como vai ser o processo, tal como, a escolha de um perito particular qualquer e

definir prazos para cada fase do processo, conforme a vontade de ambas, pois o referido código traz aquele condão de um processo mais célere, para que seja mais eficiente, conforme destaca o art. 190 do CPC/15:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (BRASIL, 2015).

Desse modo, o essencial para um processo justo é a possibilidade de participação de ambas as partes de modo efetivo na constituição do provimento judicial, pois passa a ser uma ação conjunta de todos os envolvidos que o compõem, tal qual, o juiz não passará a ser um terceiro distante, mas participará da relação processual, de modo a amparar as partes para que se chegue a uma solução justa e eficaz.

Frisa-se que o processo jurisdicional proposto pelo CPC/15, através de um modelo de justiça multiportas, busca diminuir os déficits de sua eficiência, de modo não abranger apenas uma solução jurisdicional, mas também uma solução endo processual com a utilização de técnicas alternativas, tais como a mediação, conciliação e a constelação sistêmica familiar (AZEVEDO, 2018):

Dessa maneira, resta demonstrado que o CPC trouxe melhorias no sistema jurídico brasileiro, pois visa abranger uma transparência e segurança em seu texto legal, em que há uma preocupação não só com a aplicação do direito material, mas sobretudo, uma maior eficiência nas lides introduzidas no judiciário.

5 A APLICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ

As constelações familiares são uma prática terapêutica utilizada para tratar questões físicas e mentais a partir da revelação das dinâmicas mais profundas de uma família. Por meio dessa prática, os participantes têm a oportunidade de

compreender os esquemas em seu nível mais profundo, permitindo a libertação e o encontro da paz e da felicidade (TJPI, 2019)¹.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, através do NUPEMEC, firmou, em Novembro de 2018, o Convênio nº 90/2018 com o Núcleo de Soluções Sistêmicas, por meio da facilitadora e terapeuta em Constelação Familiar Sistêmica, Adriana Silva de Queiroz, para aplicar as técnicas da constelação familiar aos processos que são selecionados e encaminhados pelos Juízes das Varas para o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSC e também para casos processuais e pré-processuais que são selecionados diretamente pelo próprio CEJUSC, conforme a pauta de audiências de mediação.

O projeto Constelação Familiar no Judiciário foi idealizado pela magistrada Lucicleide Pereira Belo, titular da 8ª Vara Cível da comarca de Teresina/PI e coordenadora do Nupemec. De acordo com a Juíza, a Constelação Familiar consiste em uma prática integrativa que tende a transformar e beneficiar a todos os presentes na constelação, senão vejamos:

A Constelação Sistêmica Familiar é uma prática integrativa que revela dinâmicas inconscientes do sistema ao qual pertencemos como família, no trabalho, no casamento e nas mais diversas formas de nos relacionarmos. Através desta técnica podemos clarear e requalificar estes arquivos em nós revalidando sentimentos e passando a ter um novo olhar para o conflito. Por meio da constelação sistêmica familiar revelam-se, sem qualquer julgamento ou crítica, ou emaranhamentos inconscientes que nos limitam e nos influenciam negativamente, libertando-nos dos padrões que perpetuam e nos impedem de viver plenamente. O processo é transformador e beneficia a todos os presentes e demais citados na constelação.

1 Trecho escrito por Valéria Carvalho publicado em 24 de janeiro de 2019 no site do Tribunal de Justiça do Piauí, onde trata como foi elaborado o projeto Constelação Familiar no Judiciário do Piauí. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/nupemec-e-cejusc-retomam-praticas-de-constelacao-familiar-no-judiciario-no-dia-28/>

Logo, a ideia consiste em aplicar as técnicas desenvolvidas por Bert Hellinger, trazendo a compreensão das divergências e conflitos existentes no sistema familiar das partes. As práticas integrativas compõem um método de mediação e conciliação como meio de tratamento na resolução de conflitos.

Prioritariamente, os processos selecionados para a constelação familiar são aqueles que se encontram na fase inicial, tendo em vista que a constelação é uma abordagem terapêutica por meio de representação que, quando utilizada antes de os envolvidos participarem da audiência de conciliação/mediação, possibilita aos mesmos uma visão positiva acerca do conflito e um melhor resultado, quando da realização da audiência de mediação. Contudo, também são selecionados e convidados a participar da referida prática, casos litigiosos de conflitos familiares complexos que perduram por muitos anos, para que as partes envolvidas tenham uma nova visão da situação quando da representação terapêutica.

No Estado do Piauí, vem ocorrendo audiências de conciliação familiar através da prática de Constelações Sistêmicas, junto ao Tribunal de Justiça, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e do Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC), com o objetivo de solucionar conflitos litigiosos no ano de 2019.

A atividade faz parte do projeto Leis Sistêmicas a Serviço da (Re) Conciliação, ministrada pela terapeuta integrativa Adriana Queiroz. O evento era realizado uma vez por mês pelo Tribunal de Justiça, vinculado ao Núcleo de Soluções Sistêmicas, onde são abordados temas como guarda, herança, divórcio, alienação parental, violência doméstica, adoção. Sendo realizada com as partes interessadas, advogados, mediadores, servidores e demais convidados.

Segundo o juiz Virgílio Madeira Campos, coordenador do Cejusc Teresina, “o Projeto Leis Sistêmicas a Serviço da (Re)conciliação tem se mostrado uma excelente ferramenta no estabelecimento de uma cultura da paz e de prevenção da judicialização de processos”, uma vez que “a experiência de conforto e

autoconhecimento proporcionada pela Constelação Familiar é inegável. As pessoas saem transformadas e, principalmente, mais pacificadas” (TJPI, 2020).

O objetivo desse projeto é identificar a origem que deu a causa daquele conflito existente entre as partes e encontrar uma solução de satisfação a ambos, assim como, a reconciliação do indivíduo com o sistema que lhe cerca, seja no âmbito familiar, relacionamento ou outro.

De acordo com a facilitadora Adriana Queiroz, “quando a pessoa se constela, ela se transforma. Vemos muitas pessoas que participam das constelações e, quando voltam para a próxima constelação, dizem que o ambiente familiar está constelado, mas foram as pessoas quem mudaram, não o ambiente”. Dessa forma, todos saem beneficiados, pois com o auxílio dos consteladores as partes conseguem compreender de forma mais profunda seus conflitos, por meio da expansão da percepção, encontrando uma solução satisfatória.

Nota-se que, no ano de 2019, todas as constelações familiares foram realizadas em Teresina-PI, sob a supervisão da Secretária do CEJUSC I de Teresina-PI. Em 2020, foi previsto um calendário de constelações familiares para as comarcas do interior do Estado que contam com Centro Judiciário instalado, mas em decorrência da pandemia do coronavírus e a suspensão das atividades presenciais do Tribunal, houve a suspensão da realização das constelações familiares, dado o caráter eminentemente presencial, conforme informado pela própria terapeuta Adriana Silva de Queiroz. Logo, até o presente momento não foi realizado nenhuma constelação familiar virtual.

Vejamos algumas estatísticas de dados consolidados de casos aplicados a técnica da constelação familiar realizadas no ano de 2019 pelo Tribunal de Justiça do Piauí:

Quantidade de Constelações Familiares realizadas em 2019	23
Quantidade de Processos Incluídos na Constelação	253
Quantidade de Partes Convidadas	537
Total de Partes Presentes na Constelação	215
Total de Sessões Frutíferas das Partes que Compareceram na Constelação	88
Total de Sessões Infrutíferas das Partes que Compareceram na Constelação	43
Total de Partes Fizeram Acordo	176
Total de Pessoas Presentes nos Eventos	759

* Dados de 2019

Fonte: Quadro elaborado pela autora através de dados obtidos em: nupemec@tjpi.jus.br

Assim, observa-se que os dados obtidos com a aplicação da constelação sistêmica no Judiciário do Piauí, *têm* se demonstrado tímida, em razão de estar sendo introduzida de modo progressivo no judiciário, porém denota-se pelo índice elevado de processos que tem comprovado êxitos quando incluídos a prática da constelação.

Posto que, a ideia é utilizar as leis e o Direito como meio de tratamento das questões causadoras do conflito, objetivando a paz e o equilíbrio do sistema como um todo, de uma forma humanizada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos nesse trabalho foram atendidos, de modo que resta demonstrado como a inserção da aplicação das constelações familiares no judiciário trouxe um grande avanço nas resoluções consensuais de conflitos, visando promover a consciência e compreensão das pessoas para a resolução de conflitos de forma ágil e eficaz.

A morosidade no sistema judiciário tem como causa o constante crescimento de demandas introduzidas no âmbito judicial, tornando-se ineficazes a busca pela satisfação do conflito. A partir dessa análise, o estudo das constelações familiares tem auxiliado os profissionais do Direito a encontrar novos meios alternativos que auxiliem na solução pacífica de conflitos, em busca da cultura da paz.

A aplicação da Constelação Familiar no Poder Judiciário do Estado do Piauí restou demonstrado que houve a realização de audiências de conciliação familiar através da prática de Constelações Sistêmicas junto ao Tribunal de Justiça do Estado, por meio do Nupemec e do Cejusc no ano de 2019. Contudo, em face da Pandemia do Novo Coronavírus, houve a suspensão das atividades no ano de 2020.

Logo, observa-se que os dados obtidos com a aplicação da constelação sistêmica familiar no Judiciário do Piauí têm se demonstrado tímida, em razão de estar sendo introduzida de modo progressivo no judiciário, porém denota-se pelo índice elevado de processos que tem demonstrado êxitos quando incluídos a prática da constelação.

Aponta-se que o problema questionado foi resolvido, restando demonstrado a efetividade de sua aplicação na resolução consensual de conflitos, podendo ser comprovada quanto aos dados e resultados obtidos através de pesquisas realizadas até o presente momento, assim, nota-se a relevância do método na possibilidade de tratar questões mais profundas de um sistema familiar, por intermédio de uma resolução de conflito mais célere e eficaz.

Diante de todo o exposto, por versar sobre uma nova forma de auxílio na resolução de conflitos, tal tema carece de exploração teórica, tendo poucos trabalhos publicados a respeito do assunto. Todavia, esse estudo mostra-se de grande relevância por ser algo inovador no Direito, demonstrando os problemas sociais vividos atualmente pelo judiciário e a inserção das Constelações Sistêmicas Familiares como solução de métodos consensuais de conflitos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, 2013 apud TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Doutrina. Revista da EJUSE, n. 20, p. 113-117, 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (Org). Manual de Mediação Judicial. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018, p. 49.

BANDEIRA, Regina. CNJ, Conselho Nacional de Justiça. “Constelação Familiar” ajuda a humanizar práticas de conciliação no Judiciário. Agência CNJ de Notícias. 2016.

BASSOI, Vera Lucia Muniz. Comunicação e pensamento sistêmico: um estudo sobre “constelações familiares”. Universidade de Sorocaba, Sorocaba, 2016.

BEZERRA, Virgínia de Fátima Marques. Audiências Humanizadas em Direito de Família: A Evolução de uma Experiência. I Seminário Nacional de Constelações Familiares na Justiça: Práticas de Constelação Familiar no Judiciário. Rio de Janeiro, 2017.

BRASIL. Resolução n. 125, de 29 e novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília, 2010.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça 2015. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça)

CARVALHO, Valéria. Projeto “Leis Sistêmicas a Serviço da (Re)conciliação”. Constelação Familiar será promovida no dia 18 de julho. TJPI, 24 de janeiro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Norma do CNJ sobre solução de conflitos completa 5 anos com saldo positivo. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/norma-do-cnj-sobre-solucao-de-conflitos-completa-5-anos-com-saldo-positivo/>> Acesso em 13 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Quem é e o que faz o mediador?. 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-quem-e-e-o-que-faz-o-mediador/>> Acesso em 13 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” ajuda a harmonizar práticas de conciliação no Judiciário. 2016 <<https://www.cnj.jus.br/constelacaofamiliar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2/>> Acesso em 13 set. 2021.

HELLINGER, Bert. O segundo princípio básico da vida, a ordem de precedência. Blog Hellinger.

HELLINGER, Bert. Ordens do Amor. Editora Cultrix, 2001.

KUTSCHERA, Ilse; SCHÄFFLER, Cristine. Enfermedad quesoma: sintomas patológicos y constelaciones familiares. Portugal: Alma Lepik Editorial, 2017.

LUCACHINSKI, Camila Schroeder. LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelações sistêmicas como técnica de resolução de conflitos familiares. III Congresso Catarinense & Direito Processual Civil, 2018.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. A aplicação da visão sistêmica e das Constelações Familiares na compreensão da multiparentalidade. In: LIPPMANN, Marcia Sarubbi; OLDONI, Fabiano (org.). Um novo olhar para o conflito: diálogo entre mediação e Constelação Sistêmica. 1 ed. Joinville: Manuscritos, 2018.

OAB PI. Lançamento do Curso em Justiça Restaurativa. Escola Superior de Advocacia. 2020.

OLDONI, Fabiano; Lippmann, Márcia Sarubbi; Girardi, Maria Fernanda Gugelmin. Direito Sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2 ed. Joinville: Manuscritos, 2018.

QUEIROZ, Rafael Pereira de. Direito Sistêmico: A Constelação Familiar como método auxiliar de autocomposição de conflitos. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da jurisdição à mediação: Por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 29/11/2010. <<http://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>> Acesso em: 12 set 2021.

STORCH, Sami. Constelações familiares na Vara de Família viabilizam acordo em 91% dos processos. Artigo publicado no blog Direito Sistêmico em 19/03/2014.<<https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>> Acesso em: 12 set 2021.

STORCH, Sami. Consultório Jurídico, Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. CONJUR, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>> Acesso em 13 set. 2021.

STORCH, Sami. Direito Sistêmico: A resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. Entre Aspas: Revista da Unicorp. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, vol.5, 2017.

STORCH, Sami; Migliari, Daniela. A origem do direito sistêmico: pioneiro do movimento de transformação da Justiça com as Constelações Familiares / Sami Storch, Daniela Migliari, 1. ed, Brasília, DF: Tagore Editora, 2020.

VALL, Janaina; Belchior, Germana Parente Neiva. Justiça Restaurativa mediante Constelações Sistêmicas: relato de experiência de uma Vara de execução penal da cidade de Fortaleza. In: LIPPMANN, Marcia Sarubbi (org.). Direito Sistêmico: a serviço da cultura de paz. 1 ed. Joinville: Manuscritos, 2019.

67 - 91

Artigo

**AS EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DAS INOVAÇÕES
EXECUTÓRIAS EM RELAÇÃO AO CÓDIGO ANTERIOR**

CÂNDIDA ALVES ARAÚJO, MARIA RITA VILANOVA SOUSA

AS EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE DAS INOVAÇÕES EXECUTÓRIAS EM RELAÇÃO AO CÓDIGO ANTERIOR

*ENFORCEMENT AGAINST PUBLIC TREASURY IN THE CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015: AN
ANALYSIS OF ENFORCEMENT INNOVATIONS IN RELATION TO THE PREVIOUS CODE*

CÂNDIDA ALVES ARAÚJO

Advogada, Mestranda em Gestão Pública (UFPI), Especialista em Direito Civil e Processo Civil (FAR), MBA em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho (Legale), Bacharel em Direito (UESPI), candida.av@hotmail.com.

MARIA RITA VILANOVA SOUSA

Advogada, Especialista em Direito Civil e Processo Civil (FAR), Bacharel em Direito (UESPI), ritavilanova.adv@gmail.com.

RESUMO: O trabalho apresenta um comparativo entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015, no atinente a execução contra a Fazenda Pública. Objetivou-se demonstrar as inovações nos procedimentos de execução em face de pessoas jurídicas de direito público, bem como suas autarquias e fundações, que foram trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica de caráter exploratório para o desenvolvimento do estudo comparado entre as Lei nº 5.869/1973 e a Lei nº 13.105/2015; tem como principais referências os autores Didier, Cunha, Braga e Oliveira (2013), Filho (2012), Gonçalves (2011), Flexa, Macedo e Bastos (2015). Apresenta inicialmente as distinções entre os títulos executivos que reconhecem obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar, demonstra os diferentes procedimentos de execução para a satisfação destes títulos e faz um apanhado da evolução do direito rumo a simplificação das execuções através da adoção de um processo sincrético. Apresenta, ainda, as especificidades das execuções de pagar quantia certa em face Fazenda Pública e os regimes jurídicos instituídos pela Constituição Federal de 1988 para que a União, Estados, DF, Municípios e respectivas autarquias e fundações paguem seus débitos, quais sejam, Requisição de Pequeno Valor e Precatório. Expõe também os procedimentos de execução contra a Fazenda Pública pautados em título executivo extrajudicial. Faz-se, enfim, uma abordagem comparativa entre o antigo Diploma Processual Civil (1973) e o Código de Processo Civil de 2015, aponta as alterações ao processo de execução contra a Fazenda Pública e as tentativas do legislador em desembaraçar os trâmites processuais para propiciar maior eficiência na entrega da tutela jurisdicional. Conclui que houve a simplificação nos procedimentos de execução contra a Fazenda Pública.

Palavras-chave: Fazenda Pública; Execução contra a Fazenda Pública; Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The work presents a comparison between the Code of Civil Procedure of 1973 and the Code of Civil Procedure of 2015, regarding enforcement against the Public Treasury. The objective was to demonstrate the innovations in the enforcement proceedings in the face of legal entities of public law, as well as their autarchies and foundations, which were brought by the Code of Civil Procedure of 2015. Bibliographic research with exploratory character was used for the development of the comparative study between Law No. 5.869/1973 and Law No. 13.105/2015; Its main references are the authors Didier, Cunha, Braga and Oliveira (2013), Filho (2012), Gonçalves (2011), Flexa, Macedo and Bastos (2015). Initially it presents the distinctions between enforcement titles that recognize obligations to do, not do, deliver something and pay, it demonstrates the different enforcement proceedings for the satisfaction of these titles and gives an overview of the evolution of the law towards the simplification of enforcement through the adoption of a syncretic procedure. It also presents the specificities of the enforcements of paying certain amount in the face of the Public Treasury and the legal regimes established by the Federal Constitution of 1988 so that the Union, States, Federal District, Municipalities and respective autarchies and foundations pay their debts, which are, Requisition of Small Value and writ of payment. It also exposes the enforcement proceedings against the Public Treasury based on an extrajudicial enforcement title. Finally, a

comparative approach is made between the former Civil Procedure Legislation (1973) and the Code of Civil Procedure of 2015; it points out the alterations to the enforcement procedure against Public Treasury and the legislator's attempts to clear the procedural steps to provide greater efficiency in the delivery of jurisdictional protection. It concludes that there was a simplification in the enforcement procedures against the Public Treasury.

Keywords: Public Treasury; Enforcement against the Public Treasury; Code of Civil Procedure.

1 INTRODUÇÃO

Em 16 de março do corrente ano o Código de Processo Civil completou 5 (cinco) anos de vigência, é certo que a legislação processualista trouxe diversas inovações para tentar tornar nossa Justiça cada vez mais célere, uma vez que popularizou-se no Brasil o preceito de que a Justiça pátria é uma das mais morosas do mundo. O cidadão, ao ver seus direitos lesados ou ameaçados, recorre ao Judiciário para que este solucione o conflito de maneira célere, mas, o Judiciário pátrio não tem respondido ao brasileiro de maneira satisfatória.

A morosidade da Justiça pátria não é mera impressão do cidadão, mas constitui-se em um fato. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de tramitação dos processos que ainda estavam pendentes de resolução até 31.12.2019 em todo o Poder Judiciário era de 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses, ou seja, os processos que ainda achavam-se em curso no Judiciário Pátrio já estavam aguardando, em média, há cinco anos e dois meses pela entrega da tutela jurisdicional definitiva. As altas taxas de congestionamento, os baixos níveis de produtividade dos servidores e alto volume de despesas e demandas são causas possíveis da baixa eficiência e produtividade do Judiciário, o que culmina em um andamento processual mais lento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020, pg. 183, 215-216).

Por tal razão, criou-se na população uma sensação de que o Judiciário brasileiro não funciona bem. Além dos motivos já mencionados como causas possíveis da morosidade do Judiciário, para agravar ainda mais a situação, o Código de Processo Civil anterior foi implementado nos idos de 1973 e, em alguns pontos, não conseguiu acompanhar as modificações sociais advindas com o tempo.

O legislador, ciente de que reformas a lei processual civil eram necessárias, votou no ano de 2015 a Lei 13.105 que instituiu um novo Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor no dia 16 de março de 2016.

Pois bem, o presente trabalho objetiva analisar as inovações introduzidas com o CPC de 2015 no tocante as execuções em face da Fazenda Pública e como estas repercutirão para os respectivos credores, cidadãos que anseiam pela satisfação de seus direitos com maior brevidade possível.

Dessa forma, realizou-se um estudo acerca das transformações que foram introduzidas com o CPC de 2015, no tocante as execuções em face da Fazenda Pública, sobretudo as execuções de pagar quantia certa, a fim de que se pondere ao final se estas modificações vieram em benefício ou não dos credores.

2 A EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E SEU REGIME JURÍDICO

A Constituição Federal de 1988 determinou, em seu artigo 5º, inciso XXXV, ser direito fundamental de qualquer cidadão recorrer ao Poder Judiciário para solucionar conflitos, em casos de lesão ou ameaça a direitos. Referido imperativo constitucional constitui-se no princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, o Estado, no uso de suas atribuições jurisdicionais, quando provocado a solucionar lides, não pode eximir-se de fazê-lo.

O cidadão, por sua vez, para ver efetivado seu acesso à justiça, já garantido constitucionalmente, utiliza-se de um processo que, segundo Gonçalves (2011, p.161) é o instrumento de jurisdição. Para o mencionado autor, este é o meio pelo qual o particular pode obter uma resposta do Judiciário e ter a reparação do direito lesionado.

A depender da tutela jurisdicional perseguida, pode o cidadão valer-se de três tipos de processo: o de conhecimento, o de execução e o cautelar. No processo de

conhecimento almeja-se que o magistrado declare o direito através da constituição de uma situação jurídica ou com a imposição de uma sanção, consistente numa obrigação de dar, fazer e não fazer. O processo de execução, por outro lado, busca a satisfação do direito declarado na fase cognitiva ou em outro título análogo. Já o cautelar trata de uma tutela protetiva, que objetiva resguardar direito que pode vir a se perder no decorrer dos trâmites processuais. (RIBEIRO, 2002, p. 107)

Para o presente trabalho interessa apenas a tutela jurisdicional executória, mais especificamente os processos de execução cujo polo passivo é a Fazenda Pública. Neste diapasão, cumpre esclarecer desde logo que a referência a Fazenda Pública constante no Código de Processo Civil de 1973 não se confunde com o conceito dado pelo Direito Administrativo, devendo ser interpretada como sendo a atuação do Estado em Juízo. Desta feita, a Fazenda Pública que será tratada nesta exposição se refere às pessoas jurídicas de direito público, abrangendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações, não sendo incluídas nesta definição as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Pois bem, a tutela executiva visa efetivar direitos a uma prestação devida, ressaltando-se que esta prestação, como anteriormente mencionado, pode ser um fazer, um não fazer ou um dar, sendo que esta última se subdivide em dar dinheiro (pagar quantia) e dar coisa diversa de dinheiro. Estas prestações, para serem passíveis de execução, devem estar regularmente declaradas em títulos executivos judiciais, ou em títulos executivos extrajudiciais. No que se refere às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro em face da Fazenda Pública, quando provenientes de títulos executivos judiciais, receberam modificações da Lei Federal nº 10.444 de 07 de maio de 2002 que alterou o antigo Código de Processo Civil, e que autorizava o juiz, quando necessário, adotar medidas coercitivas com o intuito de impor à parte devedora a implementação da obrigação declarada no título. Estes procedimentos foram implantados com o advento da Lei nº 10.444/2002, que tornou dispensável o processo de execução autônomo para estas espécies de obrigação.

Por outro lado, quando as aludidas pretensões eram derivadas de títulos executivos extrajudiciais, para que fossem efetivados os direitos neles contidos em caso de inadimplência da Fazenda Pública, as partes prejudicadas deveriam requerer, na vigência do CPC/1973, mediante petição inicial, a instauração de um processo de execução autônomo. Cumpre esclarecer que as regras de execução de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa em face da Fazenda Pública, que foram expostas alhures, eram as mesmas aplicadas às execuções em face de particulares. As especificidades se apresentavam no tocante as execuções de pagar quantia, de modo que o CPC/1973 elencava uma Seção para tratar especificamente desta modalidade de execução, em que se tinha a Fazenda Pública no polo passivo.

Dado as características próprias da execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, sendo esta distinta das execuções em que o polo passivo é um particular, merece ser analisado este tipo de execução com mais cautela, razão pela qual o presente trabalho passará a estudá-lo com exclusividade.

Antes de adentrar as particularidades existentes nos procedimentos de execução de pagar quantia em face da Fazenda Pública faz-se de suma importância o conhecimento prévio do regime jurídico, adotado pela Constituição Federal, para que o Estado possa quitar os débitos advindos de decisões judiciais.

Adiante-se, desde logo, que execução de pagar quantia cuja parte executada seja a Fazenda Pública diverge daquela em que se tem como executado um particular, pois, neste último caso, para que se garanta o crédito do exequente pode o magistrado utilizar-se da expropriação dos bens do devedor (BRASIL, 2015). No entanto, tal imperativo não pode ser aplicado nas execuções em face da Fazenda Pública uma vez que os bens públicos são inalienáveis e impenhoráveis.

Devido a inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos estabeleceu o constituinte pátrio um regime jurídico diferenciado para que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações pagassem as dívidas declaradas judicialmente ou expostas em títulos executivos extrajudiciais. Assim, o artigo 100 da CF/88 determinou que a Fazenda Pública

deve quitar seus débitos por meio de Precatórios ou Requisição de Pequeno Valor, os quais passaremos a analisar minunciosamente.

2.1 Precatório: Breve Explicação.

O precatório consiste em uma ordem de pagamento emitida pelo Judiciário para que a Fazenda Pública pague os débitos decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado. Neste sentido, esclarece Carlos Alberto de Moraes Filho (2012, p. 98):

Precatório é o documento pelo qual a autoridade judicial competente (Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda), após ouvir o Ministério Público e obter parecer favorável, determina à autoridade administrativa competente a saída da verba para o pagamento da dívida objeto da condenação da Fazenda Pública.

A exposição supratranscrita encontrava-se em consonância com os ditames do artigo 730, inciso I do CPC/73 e do artigo correspondente do CPC/2015, pois este determina que, nos casos de execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, cabe ao juiz da execução requisitar o pagamento da quantia por intermédio do Presidente do Tribunal correspondente, que se encarregará de inscrever o precatório e de comunicar a autoridade administrativa competente para efetuar a ordem de despesa.

A Administração Pública, ciente das despesas judiciais, passa a adotar as medidas indispensáveis para que seja liberado crédito suficiente para a liquidação de suas dívidas. Após a devida liberação, o crédito é colocado à disposição da presidência do tribunal mediante depósito bancário, para que esta pague os credores conforme ordem cronológica de inscrição do precatório. (JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 738)

Isso mesmo, o pagamento das dívidas da Fazenda Pública decorrentes de sentença transitada em julgado deve ser efetuado conforme ordem cronológica

de apresentação dos precatórios (BRASIL, 1988). As exceções a essa regra são apenas duas e dizem respeito aos débitos de natureza alimentícia e aos débitos de natureza alimentícia cujos titulares sejam pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade.

Segundo os §1º e 2º do artigo 100 da CF/88 os créditos de natureza alimentícia devem ser pagos com preferência sobre todos os outros débitos, sendo, portanto, desvinculados os precatórios da ordem cronológica estabelecida como regra. Vale ressaltar que os débitos alimentícios cujos titulares são idosos ainda gozam de preferência em relação aos demais débitos alimentares.

A Constituição pátria ainda determina que, nos casos de inobservância da ordem cronológica de pagamento dos precatórios, pode o credor preterido em seu direito de precedência requerer o sequestro da quantia necessária a satisfação de seu débito. (BRASIL, 1988)

Pode-se perceber que o interesse do constituinte ao estabelecer o regime de precatórios e a exigência da observância de uma ordem cronológica de pagamento era o de evitar privilégios por parte dos credores da Administração Pública, em busca da efetivação de princípios como o da igualdade e da impessoalidade. No mesmo sentido segue o entendimento do ilustre Doutor Carlos Alberto Ramos Filho (2012, p. 98):

O processamento dos precatórios e o conseqüente pagamento devem observar rigorosamente a ordem cronológica de apresentação na Secretaria do Tribunal e far-se-ão exclusivamente à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim. Tal procedimento, ao evitar privilégios, atua como corolário do princípio da impessoalidade (art. 37, caput, da CF), pois assegura ao credor o direito de receber na exata cronologia do precatório e não em razão de eventual prestígio pessoal do interessado ou de seu patrono.

Ainda sobre este regime jurídico, o §5º do artigo 100 da CF/1988 estabelece ser obrigatório a inclusão no orçamento das entidades de direito público verba

necessária ao pagamento dos débitos oriundos de sentenças judiciais, constantes em precatórios, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, ocasião em que os valores serão atualizados monetariamente. Caso o precatório seja inscrito após 1º de julho, haverá a perda de um exercício financeiro, de modo que o valor correspondente só será incluído no orçamento da Fazenda Pública no ano subsequente.

Embora a Constituição estabeleça que os débitos judiciais da Fazenda Pública devam ser quitados entre um período máximo de 01 (um) a 02 (dois) anos, na prática não é exatamente isto que ocorre. As Fazendas Públicas, sobretudo os Estados, Distrito Federal e Municípios não estão com os precatórios regulares, “em dia”, o que tem sido bastante prejudicial aos seus credores.

A inadimplência da Administração Pública com relação as dividas provenientes de decisões judiciais é tanta que, em 2009, visando corrigir a demora no pagamento dos precatórios, o legislador infraconstitucional, através da EC 62, acrescentou os parágrafos 15 e 16 ao artigo 100 da CF que passaram a autorizar a criação de um regime especial de liquidação de despesas por parte dos os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Este regime, como esclarecem Júnior, Cunha, Braga e Oliveira (2013, p. 761) objetivava viabilizar o pagamento de precatórios vencidos há anos e que ainda não haviam sido pagos pela Fazenda. Assim, por determinação dos parágrafos referidos, autorizou-se que os Estados, DF e Municípios estabelecessem regime especial para pagamento de seus débitos através de vinculações à receita corrente líquida, sem que houvesse a necessidade de obedecer às normas contidas na CF.

O Estado do Piauí, por exemplo, conta com precatórios pendentes datados do ano 2000, que foram incluídos em regime especial, conforme evidencia a Relação de Precatórios desta Fazenda Estadual, de modo que os credores aguardam quitação até a atualidade (TJ/PI, 2021). Apesar de citado apenas o Estado do Piauí, há uma infinidade de administrações públicas que se encontram em situação análoga, com débitos não adimplidos há décadas, em total prejuízo

aos credores e em evidente dissonância com as previsões do Art. 100 da CF. Em face de flagrante ofensa a Constituição o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do regime especial na ADI nº 4357, uma vez que esta agravava ainda mais a situação do credor da Fazenda. Os efeitos da decisão foram modulados no ano de 2015 para dar sobrevida ao regime especial por mais 05 (cinco) exercícios financeiros.

Fato é que existe uma grande deficiência no cumprimento dos prazos para pagamento de precatórios e isto tem trazido inseguranças ao credor, que vê diariamente a violação do princípio da efetividade, pois seu direito de crédito já reconhecido judicialmente não tem sido observado pela Fazenda Pública e ao Judiciário não tem conseguido efetivá-lo.

2.2 O Regime Jurídico da Requisição de Pequeno Valor

A Requisição de Pequeno Valor (RPV) também consiste em uma determinação judicial para que a Fazenda Pública pague as dívidas declaradas em títulos já transitados em julgado. Difere, contudo, do regime de precatórios, pois, como o próprio nome já sugere, os débitos por ela liquidados são de pequena monta.

A RPV, prevista no §3º da CF, foi criada em 1998 pela Emenda Constitucional 20 com a finalidade de agilizar a quitação das condenações de pequenos valores e, assim, dar uma maior celeridade e eficácia as decisões judiciais. O legislador constitucional já havia percebido a deficiência do regime de precatório e, para evitar que credores de valores baixos esperassem por longo período para ver o direito efetivado, instituiu a RPV.

Por pequeno valor entende-se o limite estabelecido pela Lei Federal nº 10.259/2001 que, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis no âmbito Federal com competência para julgar as causas até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, estabeleceu em seu artigo 17, §1º, que a obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado de decisão, dispensaria a necessidade de precatório.

Assim, as condenações em face da União cujo valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos devem ser pagas integralmente mediante RPV no prazo máximo de 60 (sessenta) dias. No ano de 2002 tal regime foi estendido, pela Emenda Constitucional 37, através do artigo 87¹ dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, às execuções em face dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Deste modo, claro está que o legislador infraconstitucional ao instituir a RPV almejou minimizar os danos sofridos por aqueles que possuíam débitos de pequenos com a Fazenda Pública, dando maior efetividade as execuções.

Feitas as devidas considerações com relação ao regime jurídico de pagamento de créditos oriundos de execuções por quantia certa, passar-se-á, no tópico seguinte, a análise dos procedimentos inerentes a esta modalidade de execução para, logo em seguida, tratar das inovações que foram trazidas pelo CPC/2015.

3 DOS PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

3.1 A Execução em face da Fazenda Pública no CPC anterior de 1973

Depois de feitas as devidas considerações a respeito do regime jurídico das Execuções contra a Fazenda Pública, faz-se necessário adentrar nas modificações que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe nos procedimentos em caso de inadimplemento por parte da Fazenda Pública.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou em relação ao trâmite das execuções contra a Fazenda Pública assim como inovou em relação à execução de alimentos, e para demonstrar tais alterações faz-se necessário primeiro entender o regime de execução contra a Fazenda Pública do Código de Processo Civil anterior (1973).

1 Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios (BRASIL, 1988).

O Código de Processo Civil de 1973 trazia em seus artigos 730 e 731 regras próprias atinentes a Execução contra a Fazenda Pública, uma vez que os bens públicos não podem sofrer expropriação para pagamento dos débitos da Fazenda Pública, já que são bens considerados impenhoráveis e inalienáveis. Além do mais, a Fazenda Pública, como dito anteriormente, paga seu devedor através do regime jurídico de precatórios ou o regime da Requisição de Pequeno Valor, dependendo dos valores a serem pagos.

Desse modo temos que ao contrário do que ocorria com a execução contra uma pessoa regida pelo direito privado que no Código de 1973, poderia ocorrer de duas formas a depender do título executivo que a mesma possuía. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, prevista no CPC/1973, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: “i) o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; ii) far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito” (BRASIL, 1973).

Antes de adentrarmos no Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário entendermos as alterações ocorridas em 2005 com o advento da Lei n. 11.232/05, lei reuniu em um único processo duas fases a de conhecimento e a de execução, criando a chamada fase de cumprimento de sentença, dando início ao chamado sincretismo processual.

Foi criada, assim, como ressumbra da dicção do artigo 475-I e segs. do Estatuto Processual Civil, uma fase de cumprimento de sentença condenatória, desenvolvendo-se os atos materiais executórios de forma incidental, com a manutenção da unidade processual. Temos, destarte, com a novel sistemática, uma execução forçada incidental, restando afastado o processo *ex intervallo*. A fase de execução da sentença foi deslocada para o contexto do processo de conhecimento, ficando reservada a necessidade da instauração de relação processual *juris satisfativa* apenas para as execuções aparelhadas por títulos executivos extrajudiciais e algumas situações excepcionais, ainda que o título seja judicializado (dentre outras hipóteses, ação de execução de alimentos

com pedido de cominação de prisão e execucional proposta em face da Fazenda Pública – artigo 730 do CPC) (FERREIRA, 2016).

Inferre-se, portanto, que a lei que trata sobre o sincretismo processual não abarcou todas as espécies de execução, a Execução contra a Fazenda Pública baseada no pagamento de quantia certa ao credor solvente permanecia na vigência do código de 1973, feita na forma de processo autônomo.

Entretanto, com o advento da Lei n 13.105 de 2015 – o atual Código de Processo Civil, que mantém em seu corpo o sincretismo processual, no intuito de dar uma maior celeridade aos procedimentos como um todo, em especial os de execução, amplia dessa forma, a fase cumprimento de sentença para as execuções de alimentos e contra a Fazenda Pública pautadas em título executivo judicial

Nesse sentido, Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos esclarecem:

O CPC/2015, firme no propósito de conferir maior celeridade procedimental à execução, manteve a adoção do sincretismo processual. Este modo de execução foi estendido, de forma expressa, para o cumprimento de sentença dos alimentos e contra a fazenda pública (artigos 528 e 534, CPC/2015).

[...]

A grande novidade quanto ao procedimento executório em face da Fazenda Pública foi a positivação da aplicação do sincretismo processual, ou seja, a desnecessidade de ajuizamento de ação de execução com posterior. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 427)

3.2 Do Cumprimento da Sentença que Reconhece a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa pela Fazenda Pública no CPC vigente

Portanto, o CPC/2015, inseriu no Capítulo V, o Cumprimento da Sentença que Reconhece a Exigibilidade de Obrigação de Pagar Quantia Certa pela Fazenda

Pública, preceituando em seu art. 534 toda a documentação necessária para instrumentalizar o Requerimento do credor para que seja cumprida a sentença.²

Outro ponto interessante, é que tendo em vista a possibilidade do cumprimento de sentença, a defesa da Fazenda Pública nesse caso passou a ser realizada através da impugnação, enquanto no Diploma de Processo Civil de 1973, a defesa da Fazenda Pública, conforme art. 730³ e art. 741 e segs., era realizada através dos embargos à execução contra a Fazenda Pública.

Mas o mesmo Código de Processo Civil de 1973 adotava em seu artigo 475 – J⁴ e segs. a impugnação como forma de defesa típica do cumprimento de sentença. Conforme destaca Alexandre Felxa, Daniel Macedo Fabrpicio Bastos:

A impugnação ao cumprimento de sentença, defesa típica do executado, foi positivada no CPC/73 em seus artigos 475-J, §1º, e 475-L. Trata-se de uma defesa que gera a criação de um incidente em sede de execução, sem,

2 Art. 534 do CPC/2015 – No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Exequente;

II – o índice de correção monetária adotado;

III – os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI – especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados (BRASIL, 2015).

3 Art. 730, do Código de Processo Civil de 1973. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

4 Art. 475 – J, do Código de Processo Civil de 1973. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedi-se-á mandado de penhora e avaliação.

contudo, ensejar a criação de uma relação jurídica processual nova, por não ser considerada como verdadeira ação de conhecimento.

A impugnação passa a ser a defesa típica da fase de cumprimento de sentença e pode ser usada em todos os procedimentos, conforme artigos 535, 536, §4º, e 538, §3º, CPC/2015. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 429).

Dessa forma, conforme artigo 535 do CPC/2015, “a Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou por meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução”. Como se depreende, pela leitura do referido artigo o Novo Código de Processo Civil, o prazo para apresentar a impugnação é o mesmo prazo previsto no atual Código de Processo Civil de 1973 para opor os Embargos à Execução.

Além disto, o rol elencado nos incisos do supracitado artigo, que se trata de um rol taxativo, traz as hipóteses de arguição da defesa da Executada, perfazendo poucas inovações em relação ao Artigo 741 do CPC/73. Dentre elas a falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia, ilegitimidade de parte; e inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. (BRASIL, 2015)

No inciso I, do art. 535 do Novo Código de Processo Civil/2015, o legislador destacou expressamente que a revelia deve ser decretada na fase de conhecimento para que seja arguida a impugnação pela Fazenda Pública, diferindo assim do previsto no inciso I do art. 741 do CPC/73 que falava apenas que os embargos só poderiam versar sobre falta ou nulidade de citação, se o processo tivesse corrido à revelia, não se referindo a fase que deveria ter sido decretada a revelia.

No inciso II, do art. 535 do CPC/2015, o legislador faz referência a ilegitimidade da parte e não das partes como no atual Código. E no inciso III do mesmo artigo, o legislador traz as hipóteses de inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, enquanto o CPC/73 trazia apenas a inexigibilidade do título. O CPC/2015 aumenta, portanto, as matérias de defesa da Fazenda Pública neste inciso.

Já no inciso IV, do art. 535 do CPC/2015, o legislador não traz nenhuma inovação, apenas agrupou neste inciso as matérias tratadas nos incisos IV e V do artigo 741 do Código de Processo Civil de 1973. No inciso V do art. 535 do CPC/2015, trata das incompetências absoluta ou relativa do juízo da execução, no CPC/1973 trazia no seu inciso VII, do art.741, a hipótese de incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

A respeito dos vícios da competência Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrícia Bastos esclarecem:

O vício da competência absoluta, ainda que decorrente da inobservância de regra da fase de conhecimento, posto improrrogável (artigo 64, §1º, CPC/2015), poderá ser objeto de impugnação pelo devedor. Deverá, contudo, observar o prazo decadencial de dois anos para alegação deste vício, bem como para reconhecimento de ofício, sob pena de violar, de forma indireta os artigos 966, inciso II, e 975, CPC/2015. Considerando que o vício da incompetência absoluta é causa de pedir para ação rescisória e que esta somente poderá ser oferecida até dois anos após o trânsito em julgado, conclui-se que o vício deverá seguir esta toada.

O vício da incompetência relativa, por sua vez, somente poderá ter como referência a fase executiva, pois, se o vício decorrer da fase de conhecimento, terá ocorrido a prorrogação da competência, na forma do artigo 65, CPC/2015 (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 430).

Outro ponto que merece destaque é o inciso VI do artigo 535 do CPC/2015, houve uma alteração na redação do inciso em relação a redação do inciso VI do artigo 741 do CPC/73, que modifica substancialmente o entendimento da matéria de defesa prevista naquele inciso. Senão vejamos:

No inciso VI, a novidade não se refere às causas de pedir, mas, sim, a uma pequena alteração na redação que ensejará grande repercussão. No CPC/73, no artigo 741, inciso VI, o legislador previa que “qualquer causa

impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”. Assim, com esta redação, era factível sustentar que somente a prescrição deveria ser superveniente ao trânsito em julgado, sendo que as demais causas poderiam ser anteriores, pois o legislador usou o termo *superveniente* no singular. No CPC/2015, o legislador, além de suprimir a causa impeditiva, colocou o termo *superveniente* no plural, denotando, com isso, que todas estas causas listadas deverão ser posteriores ao trânsito em julgado. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 430).

Portanto, depreende-se pelo exposto acima, que a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, a Fazenda Pública passou a alegar em matéria de Defesa em sede de Cumprimento de Sentença, além dos já citados, qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que posteriores ao trânsito em julgado, e não poderá mais alegar nenhuma causa impeditiva, já que o legislador suprimiu essa parte (BRASIL, 2015).

Faz-se interessante destacar, que apesar de o legislador ter inserido o capítulo de cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda pública, vedou expressamente no parágrafo segundo do artigo 534 no Novo CPC/2015, a multa prevista no §1º do art. 523, que preceitua que “não ocorrendo pagamento voluntário no prazo de 15 (quinze) dias, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento” (BRASIL, 2015). Neste caso o devedor será intimado para oferecer defesa nos próprios autos.

No artigo 534 do CPC/2015, o legislador deixou claro que não deve haver atuação de ofício do magistrado, exigindo assim o requerimento do devedor, e se houver mais de um exequente, conforme §1º do art. 534 do CPC/2015, cada um poderá apresentar seu próprio requerimento com demonstrativo.

Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos, com base nos princípios da inércia da jurisdição e o princípio do impulso oficial, discordam desse posicionamento do legislador de não permitir que o magistrado atue de ofício, vejamos:

O cumprimento de sentença não inaugura relação jurídica processual nova, mas, sim, perpetuação da mesma relação. Assim, a atuação de ofício estaria coadunada com os princípios citados, porém, o legislador entendeu pela necessidade de requerimento do exequente, o que afasta, portanto, qualquer atuação oficiosa do magistrado. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 428).

A fase de cumprimento de sentença se inicia com a intimação do representante judicial da Fazenda Pública, que deverá ser por carga, remessa ou meio eletrônico, que tem um prazo inicial de 30 (trinta) dias, conforme art. 535 do Novo CPC/2015.

O legislador ainda deu a possibilidade de o devedor alegar em simples petição fato e ato supervenientes ao momento processual da impugnação, sem a necessidade de garantia do juízo. Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos afirmam que,

as questões relativas a fato supervenientes ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 431).

Vale destacar, ainda, que conforme §5º do artigo 535 do CPC/2015, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundando em lei ou atos normativos considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundando em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (BRASIL, 2015).

Além do mais, os §§6º, 7º e 8º do CPC (2015), afirmam ainda que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica, e esta decisão deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda, e caso seja proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos preceituam:

No CPC/2015, no artigo 535, §§5º ao 8º, o legislador reproduziu a mesma possibilidade de ser reconhecida a inexigibilidade da obrigação (artigo 535, §1º, inciso III), decorrente da declaração de inconstitucionalidade da lei que serviu como supedâneo para o proferimento da decisão. Nas demais execuções, o devedor deverá se valer do artigo 525, §1º, inciso III, bem como dos §§11 ao 15.

Assim, para efeito do disposto no inciso III do §1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado: i) em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; ii) em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição da República, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. (FLEXA, MACEDO E BASTOS, 2015, p. 432).

E por fim, caso a Fazenda Pública não impugne a execução ou se forem rejeitadas as arguições da executada, conforme §3º do artigo 535 do CPC (2015), expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal; ou por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para a causa, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contados da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente (BRASIL, 2015).

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o regime constitucional de precatório e requisição de pequeno valor para os pagamentos realizados pela Fazenda Pública.

Percebe-se, assim, que com o advento do Código de Processo Civil (2015) houve uma verdadeira simplificação no processo de execução contra Fazenda Pública, dando uma maior celeridade com a adoção do sincretismo processual, através da implantação do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, o que na vigência do atual Código de Processo Civil necessita de um processo autônomo, com a necessidade de uma ação de execução com a devida citação do devedor.

Elenca-se, ainda, como novidade no Novo CPC/2015, a necessidade, como demonstrado mais acima, de requerimento do exequente para início do procedimento, a necessidade de intimação do devedor executado, bem como a impugnação ao cumprimento de sentença como forma de defesa do devedor executado. Trouxe, também, a possibilidade de ventilação de gastos e ato executivo supervenientes ao momento processual da impugnação, através de simples petição, sem a necessidade de garantia do juízo. Dentre outras.

3.3 Da Execução Contra a Fazenda Pública no atual Código de Processo Civil

Tem-se, também, no atual Código de Processo Civil, a execução contra a Fazenda Pública, fundada em título executivo extrajudicial, determinada pelo artigo 910 e seus parágrafos, que na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

No intuito de que se possa melhor entender a Execução Contra a Fazenda Pública pautada em título executivo extrajudicial, faz-se necessário analisar a tabela comparativa logo abaixo:

CPC/1973	CPC/2015
Seção III	CAPÍTULO V
Da Execução Contra a Fazenda Pública	DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA
Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:	Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.
I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;	§ 1º. Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.
II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.	
Sem correspondente	§ 2º. Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.
Sem correspondente	§ 3º. Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.
Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.	Sem correspondente

Fonte: FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2015, p. 577.

Nesse caso da Execução contra a Fazenda Pública pautada em título executivo extrajudicial será feita através de um processo autônomo e conforme o § 3º do artigo 910 do CPC/2015 será aplicado no que couber os regramentos presentes nos artigos 534 e 535.

Ao fazer a análise da tabela elencada acima se percebe que o Código de Processo Civil (2015) estendeu a Execução contra a Fazenda Pública baseada em título executivo extrajudicial para as obrigações pecuniárias e as não pecuniárias, já que ao contrário do Diploma Civil de 1973 que limitava a Execução Extrajudicial somente para as obrigações de quantia certa, ou seja, as obrigações pecuniárias.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho expôs os procedimentos de Execução movida contra a Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, que entrou em vigor em março de 2016.

Diante deste trabalho, conclui-se que o CPC/2015 modificou determinados pontos da Execução contra a Fazenda Pública, trazendo inclusive no corpo do seu texto, juntamente com a Execução de alimentos, o cumprimento de sentença que não era aplicado a Fazenda Pública, por se entender que se tratava de um procedimento que não abarcava as prerrogativas da Fazenda Pública.

Além da adoção do procedimento sincrético, o Código de Processo Civil/2015 trouxe, conforme seu art. 534, a necessidade de requerimento do exequente para início do procedimento, necessidade, também, de intimação do devedor executado, e a impugnação ao cumprimento de Sentença como forma de defesa da Fazenda Pública tipificada no artigo 535 do Novo CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 2015 elenca também em seu corpo a possibilidade de fato e ato supervenientes ao momento processual da impugnação serem alegados em simples petição, sem a necessidade de garantia do juízo.

Quanto aos regimes de precatório e requisição de pequeno valor não houveram alterações permanecendo os preceitos constitucionais.

Quanto ao procedimento de Execução contra a Fazenda Pública pautada em título executivo extrajudicial, o Novo Código de Processo Civil a ampliação da execução contra a Fazenda Pública, trazendo para esse procedimento a aplicação subsidiária das regras do cumprimento de sentença.

Por fim, com o advento do CPC/2015, a simplificação dos procedimentos de Execução contra a Fazenda Pública, espera-se que se tenha um entendimento maior por partes dos estudiosos do direito, e que as ações sejam pautadas pela urgência, e princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROS, Humberto Gomes de. Execução de Antecipação de Tutela Contra o Estado. In: **Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva**, v. 14, n. 01, p. 1-106, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil** [Internet]. Brasília, DF; 1973. [acesso em 2015 jun. 21]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acessado em: 25 ago.2016

BRASIL. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil** [Internet]. Brasília, DF; 2015. [acesso em 2015 jun. 21]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em: 26 ago. 2016

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Maurício. **Justiça em Números**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>> Acessado em: 10 fev. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: 2011, 25 ed.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>> Acessado em 22.06.2021

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: 2016.

DIMOULIS, DIMITRI. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil, IV**, 1ª. Edição, SP: Malheiros Editores, 2004.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil: O que é inédito, O que mudou, O que foi suprimido**. 2ª tiragem. Bahia: Juspodivm, 2015.

FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 3, 5ªed.

JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 5, 5ªed.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **Execução contra a Fazenda Pública**. R. CEJ, Brasília, n. 16, p. 106-114, jan./mar. 2002.

PIOTTO, Danilo Chimera. **A natureza jurídica do título executivo**: da polêmica instalada entre Liebman e Carnelutti às teorias que se seguiram. Rev. Dir. Público, v.8, n. 2. Londrina: 2013.

SCHAFER, José Orlando. Execuções de Pequeno Valor contra a Fazenda Pública. In: **Rev. Direito e Debate**, ano XIII, nº 23, jan/jul, p 71-95. Rio Grande do Sul: 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Relação de Precatório do Ente Devedor: Estado do Piauí. Disponível em < http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2021/04/2021-04-20-ESTADO-DO-PIAUI_41-lista_2020-07-01.pdf> Acessado em 19 de junho de 2021

VERAS, Ney Alves. **Teoria geral da execução no novo código de processo civil**: proposta metodológica, princípios, partes, competência, título executivo e responsabilidade patrimonial. In: Alexandre Ávalo Santana e José de Andrade Neto. (Org.). **Novo CPC - Análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro**. 1ed.Campo Grande - MS: Contemplar, 2015, v. 3, p. 42-100.

92 - 112
Artigo

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS NA PANDEMIA

SILVIO RODRIGUES DOS SANTOS JÚNIOR, PAULO VITOR MAIA LONGHI

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS NA PANDEMIA

(CUSTODY HEARING AND ITS REFLECTIONS ON THE PANDEMIC)

SILVIO RODRIGUES DOS SANTOS JÚNIOR

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo, Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos. Promotor de Justiça no Estado do Paraná, e-mail: silvio.jus@gmail.com

PAULO VITOR MAIA LONGHI

Graduado em Direito pela Faculdade REGES – Dracena, Pós-Graduado em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela LFG, Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Assessor de Promotor de Justiça DAS-5, no Ministério Público do Estado do Paraná, e-mail: pvmaialonghi@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as normativas, entendimentos doutrinários, posicionamento dos Tribunais e Conselho Nacional de Justiça acerca da audiência de custódia, principalmente após sua previsão expressa no Código de Processo Penal, decorrente da Lei 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, bem como suas especificidades, notadamente a sua efetivação durante a atual pandemia do COVID-19, verificando-se o cumprimento dos dispositivos legais. Ainda, diante do conflito de direitos envolvendo a saúde da coletividade e a integridade física do custodiado, o artigo busca aprofundar os posicionamentos (legal e judicial) acerca das audiências de custódia durante a pandemia, partindo da análise de dados empíricos, voltados a verificar o cumprimento da garantia deste direito fundamental do custodiado. Por fim, valendo-se do método indutivo, tendo como fonte de pesquisa a legislação e os decretos/portarias dos Tribunais de Justiça, o artigo identifica a forma e o modo como o Judiciário tem atuado no controle do quadro pandêmico, esmiuçando os atos normativos expedidos, em especial a (in)existência de adequações acerca do custodiado e seu encaminhamento perante o juízo criminal.

Palavras-chave: audiência de custódia; pandemia; videoconferência; Tribunais de Justiça

Summary: This article aims to analyze the regulations, doctrinal understandings, positioning of the most diverse Courts and Councils regarding the Custody Hearing, especially after its express provision in the Code of Criminal Procedure from the so-called Anti-Crime Package, as well as its specificities during the current COVID-19 pandemic, notably its implementation, verifying through empirical data compliance with legal provisions. Still in view of the conflict of rights involving the health of the community and the physical integrity of the prisoner, the article seeks to verify what has been the predominant judicial position regarding custody hearings during the pandemic. Finally, through an in-depth research, it seeks to specify the form and manner in which some Brazilian Courts of Justice acted in view of the numerous nuances of improvement and worsening of the pandemic situation, breaking down all the normative acts issued by them during that period, including those currently in effect.

Keywords: custody hearing; pandemic; videoconference; Courts of Justice

1 INTRODUÇÃO

O instituto da audiência de custódia traduz a ideia da realização de uma audiência, logo em seguida à prisão de alguém, visando o contato imediato com o Juiz das Garantias, defensor, seja ele constituído ou nomeado, e Ministério Público, a fim de o custodiado ser ouvido sobre as circunstâncias em que ocorreu a prisão.

Tal audiência, segundo Aury Lopes Junior (2020, p. 675), “humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar”.

Surgiu a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, comumente denominada de Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Brasil por meio do Decreto Presidencial 678/1992, a qual prevê em seu art. 7º, item 5, que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

No ordenamento jurídico brasileiro, a referida Convenção possui status normativo supralegal, isto é, norma infraconstitucional porém acima das leis, pois embora verse sobre direitos humanos, consoante exposto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, fora aprovada pelo rito ordinário, à luz do entendimento exposto no RE 466.341-1/SP.

Não obstante a relevância da referida norma supralegal, o legislativo ficou-se inerte em regulamentar a aplicação da audiência de custódia no país, o que levou o Conselho Nacional de Justiça e os diversos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a editarem resoluções e provimentos com o objetivo de sua implementação. É o caso da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, o Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça, Instrução Normativa nº 03/2016 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Resoluções 35/2015 e 53/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 5.240/SP considerou que a regulamentação das audiências de custódia por meio de resoluções e provimentos dos Tribunais de Justiça não importava em violação aos princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal, haja vista que não resultavam em extrapolção do que já constava no Pacto de São José da Costa Rica e no próprio Código de Processo Penal, a partir de uma interpretação teleológica de seus dispositivos.

Alguns diplomas legais também mencionam institutos semelhantes à audiência de custódia, como é o caso do art. 236 do Código Eleitoral, o qual estabelece a impossibilidade de prisão no dia da eleição, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. Nesse contexto, seu §2º narra que ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

Outra previsão embrionária da audiência de custódia está no artigo 175, *caput*, e § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a apresentação do adolescente infrator imediatamente ao Ministério Público e, caso não seja possível, no prazo improrrogável de 24 horas, muito embora nada mencione acerca da apresentação à autoridade judiciária.

Buscando uniformizar a realização da audiência de custódia o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213/2015, passou a exigir a realização do ato para os presos em flagrante delito, bem como em decorrência do cumprimento de mandados de prisão cautelar e definitiva, reconhecendo o ato como garantia fundamental ao custodiado.

Apenas em 2020, a partir da efetiva vigência da Lei nº 13.964/2020, o denominado pacote anticrime, passou-se a prever na legislação infraconstitucional a imprescindibilidade da audiência de custódia, especificamente nos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal, afastando-se a aplicação das referidas

resoluções e provimentos e, conseqüentemente, qualquer alegação acerca de sua inconstitucionalidade.

Com a nova redação do art. 310, *caput*, do Código de Processo Penal, o legislador pátrio restringiu, no referido dispositivo, a sua realização apenas aos casos de prisão em flagrante, por se encontrar situado no capítulo que versa sobre a “prisão em flagrante”, constando em sua redação que “após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia”, ensejando dúvidas quanto a incidência nos demais casos referentes a prisões provisórias.

Entretanto, o artigo 287 do Código de Processo Processual, também alterado pela Lei nº 13.964/19, somado ao entendimento doutrinário, dispõe que diante de infração afiançável ou não, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao Juiz que tiver expedido o mandado, para realização de audiência de custódia. É o que destaca Aury Lopes JR. ao sustentar que “a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva” (2020 p. 675).

Por esse entendimento se observa o respeito à regulamentação outrora prevista na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, de modo que, independentemente do motivo que ensejou a segregação do indivíduo, é imprescindível a realização do ato, oportunizando o custodiado a ser ouvido sobre as circunstâncias em que ocorreu a prisão, tornando evidente o referido direito como garantia fundamental do custodiado.

Partindo desta reflexão, o presente texto visa examinar o procedimento referente a audiência de custódia, conforme previsão normativa, notadamente a partir da Lei nº 13.964/19, bem como os impactos decorrentes da pandemia do novo coronavírus, que influenciaram diretamente na alteração da forma como se buscou realizar o ato, principalmente ao inserir o aspecto da tecnologia, valendo-se de

audiências por videoconferência, isto é, a apresentação do preso à autoridade judiciária sendo efetivada de forma virtual. Desta feita, o problema de pesquisa do presente artigo se restringe a questionar qual foi o impacto da pandemia Sars-Covid-2 nas audiências de custódia e as consequências decorrentes das adaptações realizadas a partir da necessidade do distanciamento social.

2 A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

No direito comparado pode ser observado o emprego da audiência de custódia em inúmeros sistemas processuais penais, dentre eles o Paraguai, Peruano, Argentino e Chileno, tendo por escopo impedir abusos praticados em face de presos em flagrante e propiciar que a autoridade judicial verifique as circunstâncias da prisão, possibilitando a imediata colocação em liberdade do custodiado.

A necessidade de obstar eventuais excessos como torturas e/ou maus-tratos se justifica na medida em que comumente a pessoa que vem a ser detida reclama de atitudes contrárias aos direitos e garantias individuais da pessoa humana, sendo tais empregadas pelos agentes policiais (civis ou militares). Deste modo, cientes do encaminhamento do preso à presença do Juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, os responsáveis pela prisão evitam ou reduzem qualquer forma de agressão ou atitude contrária aos direitos resguardados ao preso, protegendo-se de eventual responsabilização administrativa, civil e até criminal.

Ainda, a referida audiência confere ao Juiz mais subsídios quanto à medida a ser adotada (relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva, ou concessão de liberdade provisória, com ou sem a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal), eis que possibilita o contato direto e praticamente instantâneo com o preso, podendo verificar os elementos que circundaram a possível infração penal e, por conseguinte, permitindo ao Magistrado notar particularidades do comportamento do custodiado e aspectos casuísticos que justifiquem eventual necessidade de manutenção no cárcere.

Com o advento do pacote anticrime, não há dúvidas que a audiência de custódia deve ser realizada no prazo máximo de 24 horas após a prisão, sob pena de ilegalidade (vide art. 310 do CPP). Esse limite foi inicialmente estipulado pela Resolução nº 213 do CNJ e pelo Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça, os quais se basearam na comunicação realizada às autoridades brasileiras pela *Human Rights Watch*, a qual apontou que a maioria das práticas de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante por policiais, agentes penitenciários e agentes do sistema socioeducativo do Brasil ocorre nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas da custódia policial, geralmente com o objetivo de extrair informações ou confissões dos reclusos ou castigá-los pela conduta espúria praticada.

No Tribunal de Justiça Piauiense, a providência não foi diferente. A partir da adesão ao programa “Audiências de Custódia” do CNJ no ano 2015, também adotou-se o respectivo lapso para celebração do ato, sendo considerado à época, um dos pioneiros a contar com o referido sistema.

Todavia, nem sempre foi assim. Desde sua origem no Pacto de São José da Costa Rica, não se encontra discriminada a obrigação de realização do ato no referido interregno temporal. Pelo contrário, apenas afirma que a pessoa presa seja conduzida “sem demora” à presença de um Juiz, devendo tal definição ser analisada especificamente em cada caso, diante de suas peculiaridades.

A Corregedoria do Estado do Maranhão, por meio do Provimento nº 21/2014 da CGMA estipulou que as audiências de custódia na capital de São Luís poderiam ser realizadas em até 48 horas (quarenta e oito), contadas da comunicação da prisão, e não de sua efetivação propriamente dita.

Renato Brasileiro de Lima questiona o referido hiato estabelecido para a audiência de custódia, ao destacar que (2020 p. 1020):

No cenário do possível, do exequível, do realizável, enfim, por reconhecer que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas não é factível, partilhamos do

entendimento no sentido de que a audiência de custódia deveria ser realizada num prazo mais compatível com a realidade brasileira, qual seja, em até 72 (setenta e duas) horas.

Independentemente dos posicionamentos e atos normativos diversos, atualmente, deve ser cumprido o previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal. Por meio desse dispositivo o legislador impõe, muito embora não ofereça suporte/ condições para cumpri-la, que os Tribunais e Ministério Público atendam ao prazo.

3 REALIZAÇÃO DO ATO POR VIDEOCONFERÊNCIA

O Projeto de Lei nº 6.341/19 (que deu origem ao pacote anticrime), em seu art. 3º-B, §1º, ao regulamentar a audiência de custódia, estabeleceu que “o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do Juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência”.

Durante o processo legislativo, tal previsão foi vetada pelo Presidente da República, o qual, dentre os motivos, elencou que a supressão do ato por videoconferência poderia resultar em insegurança jurídica, ao passo que apresentava dissonância com outros dispositivos do CPP, como os artigos 185 e 222, que permitem o uso do sistema de gravação de áudio e vídeo em atos processuais de ações penais. Além disso, ressaltou que tal óbice impediria a celeridade dos atos processuais e o regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo. Por fim, ainda, argumentou que o art. 3º-B, §1º poderia acarretar aumento de despesas, notadamente nos casos de Comarcas com Vara única, seja pela necessidade de pagamento de diárias e viagens a outros Magistrados para a celebração de uma única audiência, seja pela necessidade de realização de concurso público para a contratação de novos juízes.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 32 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo

Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) estabeleceu que: “Em razão do veto presidencial ao §1º do art. 3º-B (que proibia a realização do ato por videoconferência), nos casos em que se faça viável a realização presencial do ato (devidamente fundamentada) faculta-se o uso de meios tecnológicos”.

Ocorre que, ao contrário do mencionado, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho Nacional de Justiça defendiam a impossibilidade da realização do ato de forma virtual, alegando que tal via atentaria a *ratio essendi* da audiência de custódia, bem como que não havia previsão legal nesse sentido.

A esse respeito, a Ministra Laurita Vaz no Conflito de Competência nº 168.522/PR, asseverou a impossibilidade de realização da audiência de custódia de forma virtual, em razão da inexistência de lei autorizadora, destacando: “Não se admite, por ausência de previsão legal, a sua realização por meio de videoconferência, ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar”

Do mesmo modo, Decisão do Ministro Dias Toffoli, na condição de Presidente do CNJ (Processo 0008866-60.2019.2.00.0000 – CNJ):

De outro lado, sem olvidar da reconhecida importância da ferramenta ora em análise para o trâmite dos procedimentos judiciais [videoconferência], sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com os princípios e as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar. (...)

A apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, eis que a ‘transmissão de som e imagem’ não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona. (...)

Seguindo o mesmo caminho, o artigo 19 da Resolução nº 329 de 30 de julho de 2020, também do CNJ previu expressamente que “É vedada a realização por

videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015”.

Pois bem, apesar da divergência de posicionamentos acima relatada, prevaleceu a proibição do ato por videoconferência, estabelecendo-se como regra dentre os Juízos Estaduais e Federais do Brasil, apoiados por atos normativos formulados pelos respectivos Tribunais, a realização de audiência de custódia de forma presencial, principalmente em razão da relevância do instituto para a garantia dos direitos fundamentais do preso.

Nesse sentido, também, foi a derrubada do veto presidencial pelo Congresso Nacional em 19 de Abril de 2021, o qual confirmou o entendimento da imprescindibilidade da realização da audiência de custódia de forma presencial.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DURANTE A PANDEMIA COVID-19

O vírus SARS-Cov-2, popularmente conhecido como COVID-19, iniciou-se em meados de dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Dada a facilidade da contaminação e do número elevado de mortes, em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde elevou para o status de pandemia, em razão da gravidade do quadro viral, o qual permanece até os dias atuais.

Diante de tal situação vivenciada no país, medidas foram tomadas por todos os setores (públicos e privados) visando evitar a proliferação do vírus e, como resultado, controlar a disseminação, não sendo diferente no Poder Judiciário.

Em 24 de novembro de 2020, alterando entendimento outrora firmado, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, na 322ª Sessão Ordinária, a Resolução nº 357, a qual, especificamente, alterou o artigo 19 da Resolução nº 329, já citada, passando a admitir a realização por videoconferência das audiências de custódia, quando não for possível a celebração em 24 horas, de forma presencial, estabelecendo imposições para assegurar a espontaneidade e segurança do custodiado.

Trata-se de colisão entre direitos fundamentais e, assim como qualquer outro, em regra, nos moldes do princípio da concordância/harmonização, deve ser resolvido pelo critério da ponderação, adequando-os/encaixando-os de forma proporcional e razoável, não restringindo nenhum.

Sobre o tema, Marcelo Novelino ressalta que (2016, p. 136):

(...) o referido princípio impõe ao intérprete, nos casos de colisão entre dois ou mais direitos constitucionalmente consagrados, o dever de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles.

Todavia, como visto, a alteração promovida pelo CNJ tratou do tema de forma genérica, razão pela qual os Tribunais de Justiça e Federais pelo Brasil tiveram que se adaptar por meio de atos administrativos próprios.

Antes da alteração promovida pela Resolução n° 357 do CNJ, em meados de março de 2020 o próprio Conselho Nacional de Justiça já havia expedido a Recomendação n° 62/2020 apontando pela não elaboração de audiências de custódia durante o período de restrição sanitária, considerando tal como motivação idônea, nos moldes do artigo 310, §§3° e 4° do Código de Processo Penal.

Desse modo, apegando-se a todos os atos normativos acima transcritos que, de início, apontavam pela obrigatoriedade da audiência de custódia ser efetivada de forma presencial (Resolução n° 329/2020 CNJ), em seguida, indicaram a possibilidade de sua não elaboração durante o estado pandêmico (Recomendação n° 62/2020 CNJ) e, por fim, autorizaram que fosse realizada de forma virtual (Resolução n° 357 CNJ), os Tribunais de Justiça e Federais passaram a editar Resoluções, Provimentos e Decretos para se adequarem à atual pandemia do COVID-19.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 16 de março de 2020 editou o Provimento CSM n° 2.542/2020, o qual, por meio de seu artigo 1°, §2° e artigo 11,

§7º, manteve as audiências de custódia na modalidade presencial. Porém, dado ao agravamento repentino da pandemia, três dias após editou novo Provimento CSM de nº 2.548/2020, responsável por estabelecer o regime de plantão judicial em primeiro grau, prevendo em seu artigo 2º que: “nesse período, suspendem-se os prazos processuais, o atendimento ao público, as sessões do Tribunal do Júri e as audiências, inclusive as de custódia e as de apresentação, ao Juiz, de adolescente em conflito com a lei apreendido e representado, observando-se o Provimento CSM nº2546/2020”.

Posteriormente o provimento CSM nº 2549/2020, de 23 de março de 2020 manteve as restrições, contudo, novo em 24 de abril de 2020 o provimento nº 2.554/2020 alterou o posicionamento da Corte Paulista, na medida em que muito embora tenha preservado a vedação da realização do ato de forma presencial, passou a admitir a realização por videoconferência, desde que observadas as disposições do Comunicado CG nº 284/2020, responsável por regulamentar a forma e o modo como se procederiam os atos virtuais.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua vez, seguiu na mesma instabilidade de posicionamento constatada no TJSP, embora inexistisse justificativa para os conflitos nas deliberações, eis que se tratava de cenário já conhecido no âmbito internacional, porém constantes mudanças de entendimento foram verificadas, todas flexibilizando, em algum aspecto, a audiência de custódia.

Inicialmente, sem tanta rigidez, o Ofício Circular nº 4/2020-GP de 13 de março de 2020 recomendou aos magistrados paranaenses a realização de audiências por videoconferência ou, não sendo possível devido a fatores técnicos, a limitação de presença às pessoas indispensáveis ao ato processual. Em seguida, o Decreto Judiciário nº 161/2020 de 16 de março de 2020, mantido pelo Decreto Judiciário nº 172/2020 do dia 20 do mesmo mês e ano, suspendeu, pelo prazo inicial de 30 dias, a realização de audiências, facultando a custódia por videoconferência.

O Decreto Judiciário nº 227/2020, alterado pelo Decreto Judiciário 244/2020 de 28 de abril de 2020, permitiu a realização de todas as audiências por videoconferência,

bem como especificou a possibilidade de realização presencial, caso não fosse possível. No mais, no artigo 3º reiterou a faculdade já mencionada de realização da audiência de custódia por videoconferência. Já o Decreto Judiciário nº 400/2020 editado em agosto de 2020 estipulou regras para a realização de audiências em primeiro e segundo grau enquanto perdurasse o estado de calamidade pública, diferenciando, inclusive, os conceitos de audiência virtual, semipresencial e presencial e especificando o modo como essas seriam procedidas.

Na sequência, o Decreto Judiciário nº 401/2020, da mesma data supra, responsável pela primeira etapa da retomada gradual dos trabalhos presenciais, autorizou a retorno de audiências presenciais, impondo-se restrições e determinações sanitárias, bem como condicionando a hipótese de custódia com a possibilidade de serem realizadas junto aos órgãos de segurança pública, observado o regramento previsto na Resolução n.º 313/2020 do CNJ (que estabeleceu, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça no período emergencial), nos moldes da Resolução nº 322 do mesmo Conselho (que especificou, no âmbito do Poder Judiciário, medidas para retomada dos serviços presenciais, observadas as ações necessárias para prevenção de contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19). Já o Decreto Judiciário nº 513/2020 de 15 de outubro de 2020, que trata sobre a segunda etapa da retomada gradual dos trabalhos presenciais, estabeleceu a permissão para celebração de audiências semipresenciais nos processos de qualquer natureza em que não fosse possível a realização do ato de forma exclusivamente virtual, bem como impôs restrições e determinações para a celebração do ato.

Em 2021, alterando totalmente as medidas preventivas acima citadas, a Instrução Conjunta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, de nº 41/2021 de 18 de fevereiro determinou a realização de audiência de custódia de forma presencial, impondo, como de costume, a observância aos protocolos sanitários e esclarecendo que deveria ser justificada a hipótese de não atendimento à presente instrução e que poderia ser o ato realizado de forma virtual, caso não fosse possível o presencial em

24hs, ou seja, apesar de restabelecer a realização das audiências de custódia de forma presencial, mais uma vez mitigou a referida garantia ao estabelecer a possibilidade de justificativa para a não realização do ato.

Contudo, na onda da diminuição e aumento de número de casos, menos de 10 (dez) dias depois, em 26 de fevereiro de 2021, editou-se o Decreto Judiciário nº 103/2021, que restabeleceu o regime de teletrabalho nos moldes dos Decretos nº 400 e 401, ambos de 2020, acima citados.

Reforçando o rigor das restrições aos atos presenciais, o Decreto Judiciário nº 158/2021 datado em 18 de março de 2021 especificou que os atos processuais que eventualmente não pudessem ser praticados pelo meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática a ser apontada por qualquer dos envolvidos no ato, devidamente justificada nos autos, deveriam ser adiados e certificados pela serventia, após decisão fundamentada do magistrado, conforme disposto na Resolução nº 314/2020 do CNJ. Em outras palavras, ou a audiência de custódia era realizada de forma não presencial ou, então, não era procedida.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no que lhe concerne, por meio do Decreto Judiciário nº 632/2020, que dispõe sobre a prevenção ao Coronavírus – Covid-19 e a instituição do Regime de Plantão Extraordinário (RPE), no âmbito do Poder Judiciário Goiano, estabeleceu a suspensão da realização de audiência de custódia, deixando-a de incluir dentre os serviços considerados essenciais, tendo justificado em razão da medida atender à solicitação da Associação dos Magistrados do Estado de Goiás (ASMEGO) e depois da Associação Goiana do Ministério Público (AGMP), bem como ante a impossibilidade no atendimento das exigências e restrições impostas pela Resolução nº 313/2020.

Para regulamentar a mencionada supressão da audiência de custódia, o TJGO, por meio da Corregedoria-Geral de Justiça, editou o Provimento nº 10, de 27 de março de 2020, especificando o fluxo das comunicações das prisões em flagrante e o Rito Sumário Escrito de Custódia, o qual previu em seu artigo 3º, prazo de 03 (três) horas para a realização de análise ministerial e defensoria,

posteriormente, já em 2021, por meio do Ofício Circular nº 090/2021 - Processo nº 202102000262834, em caráter excepcional, a Corregedoria-Geral do Tribunal Goiano alterou o referido lapso para 06 (seis) horas, mantendo-se a não realização da audiência de custódia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por sua vez, via Portaria Nº 906/2020 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 16 de março de 2020, num primeiro momento, fixou o regime de trabalho remoto e teletrabalho como preferencial, suspendeu a realização de audiências e dos prazos processuais, contudo, de forma genérica, manteve a celebração dos atos referentes aos réus presos (onde se deduz estarem inclusas as audiências de custódia).

A Portaria Nº 1020/2020 - PJPI/TJPI/SECPRE, publicada em 20 de março de 2020, não trouxe grandes novidades em relação à pretérita. Sucintamente, apenas prorrogou o trabalho remoto e o teletrabalho, assim como a suspensão dos atos processuais. Além disso, de forma mais clara, dispôs acerca da realização de audiências em caso de réus presos (onde se deduz estarem inclusas as audiências de custódia) ao estabelecer no art. 8º, §1º que: “Ficam mantidas as audiências com réu preso, através de videoconferência”, e no mesmo sentido foi o teor da Portaria Nº 1292/2020 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 22 de abril de 2020, nada acrescentando acerca da audiência de custódia.

A Portaria Nº 2121/2020 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 14 de julho de 2020, por sua vez, foi responsável por definir o retorno gradual dos serviços presenciais. Especificamente, apontou que: “Art. 8º. Na primeira etapa de retomada das atividades presenciais no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Piauí, ficam autorizados os seguintes atos processuais: I – audiências envolvendo réus presos (...)”. Não obstante, sobre as audiências de custódia, condicionou o retorno após a análise da possibilidade junto aos órgãos de segurança pública, observada a Resolução CNJ nº 313/2020, mais uma forma de restringir a prática do ato.

Já em 06 de janeiro de 2021, por meio da Portaria nº 8/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE, definiu-se, no âmbito do referido Tribunal, o retorno das atividades laborais

presenciais, excetuando-se os servidores integrantes do denominado grupo de risco. Por outro lado, em relação à especificação pormenorizada do modo/forma em que seriam realizadas as audiências e demais atos, nada fora tratado.

Em seguida, em março de 2021, haja vista o regresso no combate ao COVID-19, de forma idêntica aos demais Tribunais brasileiros, o Piauiense tornou a estipular o trabalho remoto e teletrabalho como preferencial, fixando a necessidade de 30% (trinta por cento) dos servidores permanecerem de forma presencial. Ainda, reiterando atos normativos pretéritos, de forma global, dispôs sobre a realização de audiências com réu preso por meio de videoconferência (Portaria Nº 651/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 14 de março de 2021).

No mesmo sentido, foram as Portarias Nº 746/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 28 de março de 2021 e Nº 1039/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 03 de maio de 2021, sendo que, por último, a Portaria Nº 1425/2021 - PJPI/TJPI/SECPRE, de 10 de junho de 2021, a despeito de ter aumentado para 50% (cinquenta por cento) o número de servidores para o trabalho presencial, em relação às audiências, não trouxe novidades, na medida em que, manteve a preferência do ato por videoconferência e, em caso de impossibilidade, permitiu sua efetivação de forma presencial a critério do Magistrado.

Pois bem, certo das medidas tomadas pelos respectivos Tribunais de Justiça acima mencionados, fato é que não há um consenso sobre a forma/modo de realização da audiência de custódia a ser celebrada no dia seguinte e, principalmente acerca da sua realização, havendo inúmeros dispositivos oriundos dos Tribunais mitigando a celebração do ato na forma presencial, os quais foram acentuados a partir do início da pandemia do novo coronavírus, sendo inclusive motivo para a dispensa da celebração do ato e posteriormente para a realização por videoconferência.

Tanto isso é verdade que, inobstante a recém-derrubada do veto presidencial em 19 de Abril de 2021, a qual confirmou o entendimento da imprescindibilidade da realização da audiência de custódia de forma presencial, em julgado datado de

28/06/2021, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Nunes Marques concedeu parcialmente liminar na ADI 6.841 para suspender a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência” constante do §1º, do art. 3º-B do CPP (agora em vigor após a respectiva derrubada do veto) a fim de permitir a realização das audiências de custódia por videoconferência enquanto perdurar a pandemia do COVID-19,

Na sua fundamentação, o Ministro Nunes Marques ressaltou:

Importa também levar em conta a realidade dos tribunais país afora, de tal modo que a vedação *sic et simpliciter* da audiência de custódia por videoconferência poderia conduzir a graves problemas administrativos para alguns estados. Há muitas comarcas vagas no país, sem juiz titular. Não raro, os tribunais, em razão desse quadro deficitário de juízes, acabam por designar um mesmo magistrado para responder por duas ou até três comarcas, de modo que, ainda que a determinação para audiências de custódia na forma presencial não houvesse sido suspensa, não seria possível a sua realização no prazo de 24 horas de forma presencial. Assim, a realização da audiência de custódia, ainda que por videoconferência, acaba sendo a medida mais adequada e viável para concretizar os direitos fundamentais do preso. Particularmente no contexto pandêmico, é melhor que ela seja realizada por videoconferência de que simplesmente não seja realizada de forma alguma. Em suma, a audiência de custódia por videoconferência é a medida possível que mais se aproxima, no contexto pandêmico, de assegurar “aos presos o respeito à integridade física e moral”, prevista no art. 5º, XLIX, CF/88, além de compatibilizar-se plenamente com a garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Tal decisão foi levada a Plenário em sessão virtual extraordinária no dia 01º de julho de 2021 e, embora a interrupção do julgamento em razão do pedido de destaque formulado pelo Ministro Gilmar Mendes, porém com posicionamentos favoráveis dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Dias Toffoli.

Dos dados empíricos extraídos dos Tribunais de Justiça, assim como dos Tribunais Superiores, é de se observar o reconhecimento da validade de atos normativos que autorizam a não realização da audiência de custódia de forma presencial, durante o estado pandêmico.

5 CONCLUSÃO

Os levantamentos realizados apontam para a flexibilização da audiência de custódia, seja no aspecto temporal (não sendo realizadas no prazo de 24 horas), seja na forma como se efetivariam (presencial ou videoconferência) e, até mesmo, sobre a necessidade de realização do ato, restando mais evidente sua não efetivação enquanto perdurar a pandemia. Entretanto, superado o período excepcional, desde já, é possível prever os embates que serão travados acerca da realização de forma virtual, por meio de videoconferência.

Ainda não há dados suficientes a apontar as consequências decorrentes da não celebração das audiências de custódia ou da realização por maneira virtual, todavia, fácil constatar a probabilidade do retorno de acusações/reclamações das violações aos direitos dos custodiados.

Por se tratar de um direito fundamental do custodiado, acredita-se que não haveria se falar em celebração do ato por videoconferência, muito menos a dispensa de sua realização, haja vista que a participação de forma presencial garante maior contato entre Juízo, Acusação e Defesa com o custodiado, assegurando ao máximo a proteção aos direitos garantidos, muito embora não tenha sido a opção até aqui adotada pelos Tribunais.

REFERÊNCIAS

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal: promulgado em 3 de outubro de 1941.

http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2017/09/18/08_10_49_525_Manual_de_Audi%C3%Aancia_de_Cust%C3%B3dia.pdf. Acessado em 21/03/2021.
https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atos/publico/ajax_concursos.dotjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f3ef8036517011e905eebbcb923d12c0e8bf440087b6b30641a2fb19108057b53eef286ec70184c6e. Acessado em 21/03/2021.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234#:~:text=RESOLVE%3A,realizou%20sua%20pris%C3%A3o%20ou%20apreens%C3%A3o>. Acessado em 28/03/2021.

https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acessado em 11/04/2021.

<https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-custodia-realizada-local-onde.pdf>. Acessado em 11/04/2021.

<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/audiencia-custodia-realizada-onde-ocorreu-prisao>. Acessado em 11/04/2021.

<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/cnj-proibe-audiencias-custodia-videoconferencia>. Acessado em 11/04/2021.

<https://www.dizerodireito.com.br/2020/02/nao-e-cabivel-realizacao-de-audiencia.html>. Acessado em 11/04/2021.

<https://www.migalhas.com.br/quentes/344007/congresso-derruba-vetos-de-bolsonaro-ao-pacote-anticrime>. Acessado em 11/04/2021.

<https://covid19.who.int/>. Acessado em 25/04/2021.

<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=>

BR&ceid=BR%3Apt-419. Acessado em 25/04/2021.

<https://infograficos.gazetadopovo.com.br/saude/ranking-do-coronavirus-por-paises-mortes-por-milhao/>. Acessado em 25/04/2021.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3595>. Acessado em 25/04/2021.

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acessado em 25/04/2021.

<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-podera-ser-feita-por-videoconferencia-na-pandemia/>. Acessado em 25/04/2021.

NOVELINO, Marcelo Curso de direito constitucional/ Marcelo Novelino. - 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

<https://sindjustica.com/wp-content/uploads/2020/03/Decreto-Judiciario-n-632-2020.pdf>. Acessado em 25/04/2021.

file:///C:/Users/Micro/Downloads/DJ71_2020-ASSINADO.PDF. Acessado em 25/04/2021.

<https://www.tjgo.jus.br/index.php/institucional/centro-de-comunicacao-social/17-tribunal/19443-tjgo-suspende-realizacao-de-audiencia-de-custodia-mesmo-por-videoconferencia>. Acessado em 25/04/2021.

<http://docs.tjgo.jus.br/corregedoria/atosnormativos/covid19/provimentos/provimento010-2020.pdf>. Acessado em 02/05/2021.

file:///C:/Users/Micro/Downloads/Of%C3%Adcio%20Circular%20n%C2%BA%20090-2021.pdf. Acessado em 02/05/2021.

<https://www.tjsp.jus.br/Coronavirus/Comunicados>. Acessado em 02/05/2021.

<https://www.tjpr.jus.br/coronavirus>. Acessado em 02/05/2021.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6841DECISaO.pdf>. Acessado em 07/07/2021

<https://www.conjur.com.br/2021-jul-01/stf-maioria-favor-audiencia-custodia-videoconferencia>. Acessado em 07/07/2021

<https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/stf-autoriza-audiencias-custodia-videoconferencia-epidemia>. Acessado em 07/07/2021

http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2020/03/SEI_TJPI-1625691-Portaria-suspens%C3%83%C2%A3o-CORONAV%C3%83%C2%8DRUS.pdf. Acessado em 07/07/2021

http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2020/03/SEI_TJPI-1634618-Portaria-nova-de-acordo-com-o-CNJ-2.pdf. Acessado em 07/07/2021

http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2020/04/SEI_TJPI-1677100-Portaria-NOVA-CORONAV%C3%83%C2%8DRUS-1.pdf. Acessado em 07/07/2021

<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/wp-content/uploads/2020/07/Portaria-2121.pdf>. Acessado em 07/07/2021

113 - 134

Artigo

**COVID-19: DA PROTEÇÃO A SAÚDE AO CONFLITO DE
DIREITOS**

**CATARINA VILNA GOMES DE OLIVEIRA SANTOS, THAYSSA STHEFANY SOUSA
SARAIVA**

COVID-19: DA PROTEÇÃO A SAÚDE AO CONFLITO DE DIREITOS

COVID-19: FROM HEALTH PROTECTION TO CONFLICT OF RIGHTS

CATARINA VILNA GOMES DE OLIVEIRA SANTOS

Graduada em Direito pela Faculdade de Tecnologia do Piauí – FATEPI. Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Faculdade Ademar Rosado – FAR. Advogada sob o nº 19.431. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/PI. advcatarinavilna@gmail.com

THAYSSA STHEFANY SOUSA SARAIVA

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho. Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Faculdade Ademar Rosado - FAR. Advogada sob o nº 17.578. Membro da Comissão de Apoio à Vítima de Violência da OAB/PI. Graduada em Licenciatura Plena em Geografia pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal do Piauí – UFPI. thayssasthefanny@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o conflito de direitos, em busca da proteção à saúde, em decorrência da adoção de medidas restritivas como forma de diminuir a contaminação do novo coronavírus. Assim, a discussão da temática faz-se necessária a partir do momento em que é relevante preservar em momentos instáveis e inesperados, como uma pandemia, direitos fundamentais. Para tanto, como percurso metodológico, adotou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de princípios e leis gerais, aliado ao método de investigação bibliográfico, por meio de posicionamentos doutrinários, análise de outros trabalhos que se desenvolveram sob a mesma ótica, pela previsão legal e por julgados dos tribunais pátrios. Como resultado, obteve-se que adoção de medidas restritivas em prol da coletividade, visando salvaguardar a saúde é importante, porém, desde que sejam observados os limites de tais medidas, dentro da proporcionalidade de sua aplicação, bem como, em caso de conflito de direitos, seja usado entre estes a devida ponderação.

Palavras-chave: Covid-19. Direitos Fundamentais. Conflito de Direitos.

ABSTRACT: This study aims to analyze the conflict of rights, in search of health protection, as a result of the adoption of restrictive measures as a way to reduce the contamination of the new coronavirus. Thus, the discussion of the theme is necessary from the moment it is relevant to preserve fundamental rights in unstable and unexpected moments, such as a pandemic. For that, as a methodological path, the method of deductive approach was adopted, starting from general principles and laws, allied to the bibliographic research method, through doctrinal positions, analysis of other works that were developed under the same perspective, by the legal provision and by judgments of the national courts. As a result, it was found that the adoption of restrictive measures in favor of the community, aiming to safeguard health is important, however, provided that the limits of such measures are observed, within the proportionality of their application, as well as, in case of conflict of rights, be used among these the due weight.

Keywords: Covid-19. Fundamental rights. Conflict of Rights.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da pandemia do coronavírus levou países a adotarem uma série de mecanismos de contenção na tentativa de diminuir os níveis de contaminação da COVID-19, uma que se trata de um “inimigo invisível”, bem como, da ausência de vacina e de tratamentos efetivos.

Com efeito, o Brasil passou a adotar medidas emergenciais, em estrito cumprimento às recomendações internacionais, afetando diretamente na relativização de direitos fundamentais individuais em prol da saúde pública.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva discorrer sobre as hipóteses de restrição das liberdades individuais em função da doença infecciosa causada pelo coronavírus impostas pelo Estado, como meio de proteger a saúde da coletividade.

O presente estudo dividiu-se em quatro tópicos. No primeiro, apresentar-se-á a diferenciação dos direitos humanos e direitos fundamentais, pois comumente são definidos como sinônimos, mas juntos concretizam uma gama de direitos. Já no segundo, abordara-se dever estatal de a proteção à saúde, notadamente, devido à expansão do novo coronavírus, bem como adoção do poder de polícia, para salvaguardar a coletividade. E por fim, no último tópico, será refletido sobre a interferência do Estado e o conflito de direitos na aplicação das medidas de restrição adotadas para contenção do vírus.

Para tanto, adotou-se como procedimento metodológico a abordagem dedutiva, partindo-se de princípios e leis gerais, aliado ao método de investigação bibliográfico, por meio de posicionamentos doutrinários, análise de trabalhos desenvolvidos sob a mesma temática e pela legislação.

Assim, a justificativa dar-se devido ser um momento atípico para o Brasil, onde se faz necessária à adoção de limitações para a sociedade, bem como surgem diversos questionamentos sobre o tema.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Os Direitos Fundamentais podem ser definidos como um conjunto de direitos essenciais para o ser humano e para seu desenvolvimento pessoal e social, que são devidamente reconhecidos, positivados e tutelados pela Constituição do Estado e/ou em tratados internacionais.

Desse modo, associa-se ainda à ideia de vida digna e de dignidade da pessoa humana, destacando, assim, um aspecto axiológico destes direitos. A importância desses direitos está no fato de, historicamente, serem direitos opostos ao Estado com o objetivo de frear atos, quando abusivos ou lesivos, e como meio de defesa por parte de indivíduos.

Além disso, são um meio de limitação do poder estatal que evoluíram e se expandiram de acordo com o contexto social e com as necessidades humanas. Ao se discutir um conflito normativo cujas partes são, de um lado, principalmente os cidadãos e, do outro lado, o Estado, mostra-se imprescindível o estudo e a compreensão dessa categoria de direitos.

A doutrina diferencia, em termos os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos. Entende-se que estes consistem em uma categoria relacionada ao âmbito do Direito Internacional, possuindo, assim, um aspecto mais universal quando comparado com aqueles, conforme comenta Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano

como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)[...](SARLET, 2012).

Em decorrência de seu valor histórico, salienta-se que o nascimento dos direitos humanos se confunde com a própria formação dos Estados, destacando-se o reconhecimento o seu reconhecimento como direitos da primeira geração, a partir da laicização do Estado, onde a dignidade humana passa a ser o fundamento das organizações sociais.

Nesse sentido, Marmelstein (2014) afirmar que os direitos humanos fazem referência aos valores que foram positivados no âmbito do Direito Internacional e que, por vezes, é confundido com os direitos fundamentais. Os Direitos Fundamentais são relacionadas às lutas e as revoluções políticas, estando conectados também ao processo de constitucionalização e de positivação de direitos como forma de limitação do Estado. Associando-se ao surgimento do chamado Estado de Direito.

Outro aspecto que diferencia tais direitos é o fato de que, atualmente, os direitos fundamentais são positivados e tutelados pelo direito constitucional de um Estado. Podendo se afirmar, inclusive, haver uma delimitação temporal e espacial dos Direitos Fundamentais à Constituição e a um Estado. Os direitos fundamentais, enquanto direitos positivos podem variar de acordo com questões históricas, culturais e sociais de um Estado. (SARLET, 2012)

Nesse contexto, os direitos humanos são dotados de caráter universal, a partir da luta e conquista dos povos de garantias e direitos essenciais para fortalecer e reconhecer a existência humana, tratando-se de dimensões históricas que foram sendo alicerçadas nas formações sociais.

Ainda, segundo Sarlet (2012), os direitos humanos correlacionam-se com a corrente filosófica do jusnaturalismo, a qual defende a existência de direitos inatos

aos seres humanos, distanciando-se, desta forma, de uma visão positivista, ou seja, são resultados das transformações sociais, econômicas, políticas, culturais que os indivíduos vivenciaram ao decorrer dos séculos.

Destaca-se que os direitos fundamentais deram início ao processo de constitucionalismo, em que as nações passaram a redigir, de maneira formal, os direitos e garantias essenciais para orientação da formação de todo o ordenamento jurídico, mas também de elemento basilar para a cooperação dos homens na convivência social.

Com efeito, o constitucionalismo representou o movimento de limitação dos poderes estatais, a partir da consideração de regras e princípios mandamentais para a instauração do Estado de Direito, pautado na positivação das leis que regem a formação social, tendo como marco, da positivação a Constituição Americana de 1787 e as constituições escritas após a Revolução Francesa, em 1791 (PIOVESAN, 2016).

Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa dos princípios que trazem, em seu bojo, a materialização dos direitos humanos se afigura como instrumentos constitucionais, que servem de parâmetro para a composição do ordenamento jurídico. Trata-se da admissão da primazia axiológica dos direitos humanos e fundamentais, cujo cumprimento se torna a base para a realização da justiça.

Apesar das diferenças, é válido ressaltar que o conteúdo material desses direitos por vezes coincide e quando um direito humano é positivado pode, por vezes, ser considerado como fundamental:

Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições),

os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (SARLET, 2012).

No direito brasileiro, os direitos humanos foram colocados à ordem constitucional, sob o status de norma fundamental e de reprodução obrigatória pelos demais instrumentos legais nacionais, pois os direitos e garantias fundamentais estabelecem o sistema principiológico de construção do Estado Democrático, elevando a categoria de superioridade da ordem jurídica, em respeito aos direitos essenciais à sobrevivência humana.

Cabe acrescentar que devido à evolução desses direitos, ademais, é didaticamente exemplificada pela Teoria das Gerações de Direitos Fundamentais, a qual se utiliza dos lemas da Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade - para explicar os direitos que foram sendo acrescidos e incorporados.

Na primeira geração de direitos, portanto, estão os direitos relacionados, principalmente, à liberdade. Essa geração, advinda como reação ao regime absolutista, exigia prestações negativas do Estado, sua abstenção, priorizando a autonomia e a liberdade dos indivíduos. Tais reivindicações coincidem, igualmente, com as pretensões do Liberalismo, o qual pregava a diminuição da atuação estatal principalmente no campo comercial.

Vieira Junior (2015), sobre a primeira geração, cita alguns exemplos de direitos por ela abrangidos como “[...] a liberdade de consciência, de culto, de reunião e a inviolabilidade do domicílio são exemplos de direitos de primeira geração que tem como titular o homem considerado individualmente”.

A segunda geração, por sua vez, consagra direitos relacionados à igualdade e engloba o período do século XIX e metade do século XX (VIEIRA JUNIOR, 2015). Têm-se, nesta dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais, que tinham por finalidade a igualdade material entre as pessoas, uma vez que a política econômica liberal trouxe consequências sociais como ampliação da desigualdade.

Neste período, exigiu-se também a atuação positiva do Estado em vista dos danos provocados pela Revolução Industrial e as consequências advindas com crises econômicas e a 1º Guerra Mundial. Nessa geração, então, são previstas as chamadas “liberdades sociais” e outros direitos relativos ao trabalhador como direito a férias, o direito de greve, a limitação da jornada de trabalho e afins (VIEIRA JUNIOR, 2015).

A terceira geração, por sua vez, é relacionada à fraternidade e traz à tona os chamados direitos coletivos, como o direito ao meio ambiente saudável e afins. Com o passar do tempo e em vista das mudanças sofridas no ambiente e nas sociedades, foram sendo acrescentados outros direitos e, atualmente, fala-se em outras gerações de direitos.

Tais direitos foram sendo acrescentados com o passar do tempo, não havendo perdas ou reduções. Nota-se também, além disso, a intrínseca relação desses direitos com a dignidade humana e a vida digna, como citado no início. Embora os direitos fundamentais estejam ligados a um texto constitucional, não são estanques e evoluem de acordo com as mudanças sociais, políticas, econômicas e afins.

É, também, por essa razão, a terminologia «gerações» é criticada, uma vez que com ela se pode compreender se tratar de direitos separados e não de um conjunto.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem uma linha de distinção, mas que se complementam e solidificam os elementos para a garantia da dignidade humana, e a falta de concretização destes direitos implica na fragilidade e coloca em risco às instituições democráticas.

3 DO DEVER ESTATAL A PROTEÇÃO A SAÚDE

A concepção de que direitos implicam em deveres é bastante conhecida na seara jurídica e é válida também para os direitos fundamentais. Nesse sentido, para que os direitos fundamentais sejam concretizados e tenham eficácia, é necessário

que deveres sejam cumpridos. Fala-se, assim, em deveres fundamentais que, geralmente, devem ser praticados pelo Estado.

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, no entanto, tem-se que pouco se produziu academicamente sobre a temática dos deveres, tendo sido dada preferência a produções acadêmicas sobre direitos. (FARO, 2012)

Comenta ainda Faro (2012) que, apesar da pouca atenção acadêmica destinada ao tema, a Constituição, em alguns momentos, previu e delimitou deveres. No entanto, afirma que a maior atenção dedicada à temática dos direitos, e a equivalente desatenção voltada aos deveres, resultou em embaraços na concretização dos direitos, *vide*:

Várias são as constituições que preveem, expressa ou implicitamente, a existência de deveres fundamentais em seu texto. Todavia, a doutrina, as leis e a jurisprudência sempre preferiram o tema dos direitos fundamentais, enfatizando-os com excesso, e, com o mesmo excesso, esquecendo-se dos deveres fundamentais, o que acabou por contribuir ainda mais para que os próprios direitos não tivessem uma adequada efetividade (FARO, 2012).

A categoria de direitos fundamentais compreende, atualmente, inúmeros direitos dos quais resultam diferentes demandas direcionadas ao Estado. Os chamados direitos de primeira geração, ou direitos de resistência, por exemplo, exigem do ente estatal abstenções, prestações negativas.

Por outro lado, os direitos de segunda geração, também denominados direitos sociais, são reconhecidamente direitos que exigem ações afirmativas por parte do Estado. Decorrem de um contexto sociopolítico e econômico diverso dos da primeira geração, sendo voltados para a coletividade, com a finalidade de melhorar as condições de vida, sociais e econômicas de todos.

Cabe mencionar que a Constituição Federal, em seu Capítulo II, determinou a proteção e a garantia de inúmeros direitos classificados e denominados como

sociais, destacando-se, para fins deste trabalho, os previstos no art. 6º, em especial, o direito a saúde.

De acordo com o inciso II do artigo 200, um dos deveres Sistema Único de Saúde (SUS), e, portanto, do Estado é executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (BRASIL, 1988), que de acordo com a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde - LOS)¹, compreendem por ser:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos (BRASIL, 1990).

Ressalte-se que, conforme o artigo 1º da referida lei, esta tem o intuito de regular em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídica de direito Público ou privado (BRASIL, 1990).

¹ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Nessa linha, e com base no contexto atual vivenciado no Brasil, bem como em inúmeros outros países, coincide, como visto, com o previsto na LOS, afinal, um vírus está presente em todo território nacional, que por sua vez foi necessário a decretação do estado de calamidade pública no país, em 20/03/2020, por meio do Decreto Legislativo nº 6².

Diante disso, e em vista do Estado de Emergência Pública Internacional ocasionado pelo Sars-CoV2 reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, entrou em vigor também a Lei nº 13.979/2020³, a qual prevê medidas que podem e devem ser adotadas para o enfrentamento desse cenário, destacando-se o isolamento e a quarentena.

O isolamento, conforme o artigo 2º, inciso I, consiste na separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020). Quanto à quarentena, disposto no inciso II, consiste na restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, 2020).

A quarentena, como se pode ver, possui um aspecto mais amplo que o isolamento, incluindo também atividades que podem ser restritas temporariamente. É fato, no entanto, que a aplicação destas e de outras medidas afetam direitos básicos e essenciais dos cidadãos.

2 Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

3 Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

O Poder Público, do mesmo modo, para a realização dessas medidas com o intuito de combater a propagação do vírus e visando o bem estar público e a saúde coletiva, faz uso do chamado poder de polícia, que em uma acepção moderna, é utilizado para designar ações estatais que podem causar a limitação de direitos individuais em prol do interesse público, na conjuntura atual, por exemplo, a limitação da liberdade, com o intuito de reduzir os índices de propagação de uma doença.

Mello (2015) afirma que o mesmo pode ser definido de modo mais amplo ou mais restrito. Em concepção mais ampla, o poder de polícia pode ser interpretado como a limitação da liberdade e/ou da propriedade por parte do Estado, envolvendo tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Por sua vez, em acepção mais restrita, pode ser entendido como as intervenções realizadas pelo Poder Executivo com o intuito de evitar ações prejudiciais ao interesse público. E complementa dizendo que:

A expressão “poder de polícia” pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa (MELLO, 2015).

Já nos dizeres de Meireles (2016), define tal poder como a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Convém desde logo ponderar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há limitações administrativas ao direito de liberdade

e ao direito de propriedade, pois estes simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito, sendo elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. (MELLO, 2015)

E continua Mello (2015) asseverando que, às vezes, os direitos já são delimitados no próprio texto constitucional, outras vezes, cabe à Administração Pública avaliar o caso concreto e, então, condicionar ou compatibilizar a execução do direito com os interesses públicos, tendo em vista que:

Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado. Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais direitos. Unicamente, acedendo, como de seu dever, à vontade legal, procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, in casu, as fronteiras legítimas de suas expressões (MELLO, 2015).

Saliente-se, que da mesma forma que não há direitos absolutos, os poderes da Administração Pública, em especial o poder de polícia, também não é permanentemente supremo. Nesse sentido, afirma Meireles (2016) que os poderes do Estado são delimitados pelo interesse social e devem ser ponderados com os direitos fundamentais, pois:

Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 52; v. ADI 2.213/MC). Vale dizer, esses limites decorrem da Constituição Federal, de seus princípios e da lei. Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados Democráticos, como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre

a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Em nossos dias predomina a idéia da relatividade dos direitos, porque, como bem adverte Ripert, “o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo» (MEIRELES, 2016, p.157-158).

Complementa Silva (2013) ao dizer que, durante muito tempo, foi comum na seara do direito administrativo, ter-se como natural a prevalência dos interesses públicos sobre os privados e tal concepção só passou a ser questionada a partir do fim da década de 90 e, principalmente, na primeira década do século XXI.

A partir da necessidade de mudança desse entendimento, mostra-se mais visível quando se está diante de um conflito entre um direito fundamental garantidor de um direito individual e um bem de interesse público. Afinal, os direitos fundamentais existem para garantir posições jurídicas essenciais contra atos do Estado, ainda que sejam justificados por interesses da coletividade, pois como mencionar o autor:

[...] Assim, o direito administrativo brasileiro até muito recentemente, aceitava com certa naturalidade a ideia de que o interesse coletivo sempre deveria prevalecer sobre interesses individuais. O problema desse enfoque reside no fato de que interesses individuais podem ser, e muitas vezes são, garantidos por direitos fundamentais. Se isso é assim, então é menos plausível argumentar apenas com base em um certo maniqueísmo simplista, segundo o qual o indivíduo deve sempre ceder em favor da coletividade, já que uma das funções precípua dos direitos fundamentais é justamente proteger os direitos dos indivíduos contra interesses de uma determinada coletividade. (SILVA, 2013)

Portanto, diante de situações complexas em que estão em conflito prerrogativas do Estado e direitos dos cidadãos, principalmente se forem direitos fundamentais, deve-se buscar o equilíbrio, sopesando ambos os aspectos envolvidos e ressaltados por cada parte para se alcançar a solução mais justa mediante a ponderação.

4 DA INTERFERÊNCIA DO ESTADO E O CONFLITO DE DIREITOS

Ao pensar que alguns direitos fundamentais parecem ser contraditórios entre si, eles possuem iguais valores, como relevância, importância e fundamento o princípio constitucional da dignidade humana, sendo núcleo de todo e qualquer direito fundamental. Porém, mesmo possuindo a mesma essência, existem conflitos entre esses dispositivos, ocasionando em uma questão jurídica complexa.

Quando o conflito entre normas infraconstitucionais acontece, a solução está nos termos de validade da regra, há casos que as normas conflitantes não podem compor o mesmo ordenamento jurídico, para isso, existem três critérios capazes de solucionar tais colisões, como o critério cronológico, o hierárquico ou o da especialidade.

Entretanto, os critérios supracitados não possuem capacidade para resolver conflitos envolvendo os direitos fundamentais, que são normas caracterizadas por princípios, ou seja, havendo colisão de direitos fundamentais, coexiste uma disputa principiológica, por isso a solução não consiste em suprimento de um, mas sim em prevalência de algum em observância ao caso concreto.

Nessa linha, oportuniza uma atuação conjunta entre os entes federativos à aplicação de medidas restritivas, a limitar o acesso a determinados locais e a circulação de pessoas, podem ser tomadas, como forma de evitar uma maior propagação do vírus. Mas, como consequência, impulsiona o debate sobre os limites da interferência do Estado nas liberdades dos indivíduos, em contrapartida com o dever estabelecido na Constituição Federal de cuidar da saúde.

A Constituição Federal prevê no art. 5º, XV⁴, a liberdade de locomoção dentro do território brasileiro, que consiste no direito fundamental de ir e vir. A sua

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

XV - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

relevância dar-se pela existência do Habeas Corpus, cujo qual é um remédio constitucional que tem o intuito de tutelar a liberdade de locomoção, sendo inclusive uma cláusula pétrea.

Segundo o professor André de Carvalho Ramos (2019), essa sintonia entre liberdade e legalidade é fruto da consagração do Estado de Direito, desse modo, ficando superada a submissão de todos à vontade dos monarcas, substituída pela vontade da lei.

Todavia, não pode ser considerado absoluto nenhum direito fundamental, uma vez que pode ser objeto de limitação, a ser avaliado com base na proporcionalidade, bem como na ponderação das medidas a serem tomadas, fundamentadas dentro da adequação, precisão e diagnóstico do custo-benefício, ou seja, os benefícios devem estar presentes em maior escala e ser a essência para o convívio democrático das normas:

Nesse viés, doutrina e jurisprudência enfatizam que os direitos fundamentais se expõem a restrições autorizadas expressas ou implicitamente pela própria Constituição, classificando-as com reserva legal simples e reserva legal qualificada. A reserva legal simples ocorre quando o texto constitucional estabelece que determinado direito poderá ser restringindo nos termos da lei, a exemplo do inciso VI do artigo 5º (“na forma da lei”). Já a reserva legal qualificada, ocorre quando a Constituição além de exigir que a restrição decorra da lei, elenca os fins e as condições necessárias, a exemplo do artigo 5º, XII, (interceptação telefônica para fins penais). (NETO, 2014)

Desse modo, não há o que se falar em hierarquia entre os direitos fundamentais, o constituinte não informou qual direito fundamental deve prevalecer sobre o outro, tal conclusão deve se dar em cada caso concreto, mas assim como em todo caso de conflito, a palavra-chave é equilíbrio.

Nesse contexto, por ser uma situação atípica, onde o bem maior é a saúde da coletividade, deve-se ponderar e encontrar medidas viáveis e eficazes para as

situações de fato, adotando-se a ponderação de direitos, para assim, chegar ao meio-termo na razoabilidade, pois:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas) (MORAES, 2016).

Cabe mencionar também, em nível internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dispõe no artigo 27, que em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitado às exigências da situação, suspensão das obrigações contraídas na referida Convenção (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Salienta-se que a saúde é um direito social, devidamente resguardado pela Constituição Federal, conforme os artigos 6^o e 196^o, tratando-se de um direito de segunda dimensão, caracterizado por ser uma prestação positiva do Estado, com relação direta a justiça social e o direito à vida.

No que se refere à pandemia do SARS-CoV-2, esta se enquadra na situação de calamidade pública, diante da crise sanitária global, que legitima a instauração de mecanismos emergenciais para contenção da contaminação pelo novo vírus, resultando na edição da Resolução nº 01/2020⁷, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de estimular os países democráticos a

5 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

6 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

7 Trata da importância dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos nas Américas, em situações extremas como a pandemia da COVID-19.

se organizarem para conter os avanços da pandemia, elencando medidas de restrição de direitos fundamentais para manter o isolamento da população.

Contudo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalva as hipóteses de aplicação de regimes jurídicos de emergência apenas quando ficar constatada a contaminação do coronavírus e reforçam, de forma expressa, que as restrições de isolamento devem ser temporárias, devendo todos os países-membros restaurar a efetividade plena dos direitos fundamentais quando cessar os efeitos da pandemia.

No Brasil, o Congresso Nacional aprovou o estado de calamidade pública, tendo em vista a situação excepcional de emergência de saúde⁸. E a partir disso, sucederam-se leis, atos administrativos e decisões judiciais, diante do quadro de calamidade pública, que começaram a restringir os direitos fundamentais diante de aglomerações públicas, tais como a liberdade de locomoção, a livre iniciativa e a propriedade privada, impondo inclusive sanções (civis, administrativas e penais), muitas vezes sem o respaldo na legalidade vigente.

Ressalte-se, que não se pode questionar a correção da grande maioria das medidas de isolamento implantadas, tendo em vista que o principal objetivo é a preservação da vida e da saúde dos cidadãos, principalmente daqueles que em situação de maior vulnerabilidade, uma vez que ultrapassada ou, até mesmo, contida a crise de saúde mundial, as medidas serão flexibilizadas, voltando ao estado anterior, sem os riscos de vida para a coletividade.

Ocorre, todavia, que a conjuntura desta crise sanitária do coronavírus não pode oportunizar a construção de uma narrativa segundo o qual os tempos atuais exigiriam a adoção de uma “Constituição de Emergência”, através de uma “Jurisprudência de Crise”, a justificar a suspensão ou a restrição desproporcional dos direitos individuais, bem como a normalização de abusos por parte das

8 Aprovação do Senado Federal o estado de calamidade pública no Brasil. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/20/em-sessao-historica-senado-aprova-calamidade-publica-contra-covid-19>. Acesso em: 04 mai. 2021.

autoridades públicas, como se a Constituição Federal tivesse cessado a sua vigência e eficácia.

Tendo em vista o federalismo cooperativo, e como uma das suas principais características a repartição das competências, a saúde surge como competência comum aos entes federados. De fato, resta que o Estado não pode prestar uma proteção precária aos indivíduos ou sequer limitar de forma excessiva direitos.

Desse modo, cabe uma análise quanto ao interesse da coletividade em prol da proteção do núcleo essencial, da necessidade da observância do princípio da concordância prática e no juízo de ponderação. Consequentemente, havendo concorrência entre dois bens jurídicos tutelados, deve-se adotar aquilo que seja menos gravoso e busque a maior satisfação entre os direitos envolvidos.

Portanto, tem-se que tais restrições como adequadas, aptas a promover a preservação da coletividade, vez que o direito à saúde e, conseqüentemente, à vida, adquire preferência, já que não há que se falar no livre trânsito do indivíduo se não houver amparo do Poder Público em proteger a vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo vivencia uma crise de saúde decorrente dos efeitos da pandemia do COVID-19, que tem se alastrado de forma acelerada entre os países. Diante dessa realidade, assistimos o crescente número de óbitos decorrentes da intensificação do vírus, situação esta que não se deu de forma diferente no Brasil, com número de casos e de mortes em uma curva crescente.

Mas, ao passo em que não se pode menosprezar as recomendações da Organização Mundial da Saúde, nem as necessidades administrativas emergenciais, com base nos incessantes estudos científicos, a segurança jurídica e a pacificação social devem ter amparo na Constituição Federal e não na “curva da doença”.

Desse modo, as medidas de isolamento social se mostrou recomendada para evitar uma maior propagação da pandemia e diminuir os riscos à vida humana

e um colapso na saúde pública, restando à lei consagrar os critérios técnicos bem sucedidos, como direitos e obrigações.

Assim, os entes federativos têm, em suas mãos, a iniciativa para aplicar medidas restritivas para garantir a saúde da coletividade, dentro da proporcionalidade e dos moldes do Estado Democrático de Direito fundado na Constituição Federal, que, atualmente, é ameaçada por um inimigo invisível, que desarruma desde as finanças, atingindo às liberdades públicas, como também ameaça a vida das pessoas.

Portanto, a realidade nos mostra que o Estado pode interferir na vida do cidadão, relativizando alguns direitos fundamentais, para garantir a saúde coletiva, e que isso não viola, em hipótese alguma, os Direitos Humanos. Mas, na hipótese de conflito de direitos, deve-se ponderar aquele que for mais benéfico em análise da situação concreta, atentando-se aos limites para que não haja excessos, ferindo direitos de forma desproporcional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 12 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 6, 20 de março de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da União - Edição extra C. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 15 mai. 2021

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 01/2020**. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf> . Acesso em 02 mai. 2021.

FARO, Julio Pinheiro. **Deveres como condição para a concretização de direitos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 20. vol.79. abr-jun/2012. p. 169-170.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 152.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32º ed. rev. e atual até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 842.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 45.

NETO, Orlando Luiz de Melo. **A Relatividade dos Direitos Fundamentais e os Limites a sua Relativização**. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38573/a-relatividade-dos-direito-fundamentais-e-os-limites-a-sua-relativizacao>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04/05/2021.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7ª edição, Ed. Saraiva Jur. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 12 - 20.

SILVA, Virgílio Afonso. **Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos**, in Fernando Dias Menezes de Almeida, Floriano de Azevedo Marques Neto, Luiz Felipe Hadlich Miguel, Vitor RheinSchirato. (orgs.). **Direito público em evolução: estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013: 735-738.

VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. **Teoria dos direitos fundamentais: Evolução histórico-positiva, regras e princípios**. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 28, p. 73-96, dez. 2015. ISSN 2236-3475. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/20298>. Acesso em: 26 mai. 2021.

135 - 152

Artigo

**DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONFLITO EXISTENTE ENTRE A
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

MARIA GESSI-LEILA MEDEIROS, CHRISTIANA BARROS CASTELO BRANCO

DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CONFLITO EXISTENTE ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

FUNDAMENTAL RIGHTS: THE EXISTING CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO FORGET

MARIA GESSI-LEILA MEDEIROS

Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo CEUT. Bacharela em Direito. Professora Universitária. Mediadora Judicial.

CHRISTIANA BARROS CASTELO BRANCO

Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho, E-mail: christiana.barros@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo teve como tema a Constituição Federal que não apenas consagra os direitos fundamentais, mas também assegura a sua efetivação tutelando-os em si mesmos. Por essa razão, a colisão entre eles é algo inevitável, e tendo em vista que não há direito fundamental absoluto, é necessário, no caso concreto, utilizarem-se das técnicas de solução de conflitos para saber quais deles prevalecerão em detrimento do outro. O presente estudo objetiva analisar o conflito existente entre a liberdade de imprensa e o direito ao esquecimento, no que se refere a colisão entre os direitos à imagem e à vida privada, direitos da personalidade, e a liberdade de imprensa. Estudar os direitos fundamentais à imagem, vida privada, liberdade de imprensa e os conflitos existentes no exercício destes direitos pressupõe não apenas as formas de solucionar estes conflitos, que são imanentes à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, mas também incide a necessidade de se refletir sobre os limites de cada um, analisando casos concretos e, assim, fazer valer os princípios constitucionais, que o norteiam. Esta pesquisa foi realizada por meio de uma revisão de literatura, com base em material já elaborado, principalmente artigos, mídia escrita e bancos de dados bibliográficos, tais como, Jus Navigandi, âmbito jurídico e publicações jurídicas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Liberdade de imprensa; Direito de imagem e à vida privada; Direitos da personalidade; Princípios constitucionais.

ABSTRACT: This article had as its theme the Federal Constitution, which not only enshrines fundamental rights, but also ensures their realization by protecting them in themselves. For this reason, the collision between them is something inevitable, and considering that there is no absolute fundamental right, it is necessary, in this case, to use conflict resolution techniques to know which ones will prevail over the other. The present study aims to analyze the existing conflict between press freedom and the right to be forgotten, with regard to the collision between image and privacy rights, personality rights, and press freedom. Studying the fundamental rights to the image, private life, press freedom and the existing conflicts in the exercise of these rights presupposes not only the ways to resolve these conflicts, which are inherent to the constitutional option itself for the protection of almost always antagonistic values, but also affects the need to reflect on the limits of each one, analyzing concrete cases and, thus, asserting the constitutional principles that guide it. This research was carried out through a literature review, based on material already prepared, mainly articles, written media and bibliographic databases, such as Jus Navigandi, legal scope and legal publications.

Keywords: Fundamental rights; Freedom of the press; Image and privacy rights; Personality rights; Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) reconheceu inúmeros direitos, dentre os sociais, os políticos, os individuais e os coletivos, à aqueles que estão ligados ao Estado Democrático de Direito brasileiro, direitos estes que são fundamentais a pessoa humana. Dentre tais direitos acima citados, foi assegurado o direito a imagem, intimidade e a comunicação, capitulados no artigo 5º, inciso IX e X do mencionado diploma legal, onde está escrito que a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença é livre.

Cumprir destacar que CF/88 não apenas consagra os direitos fundamentais, mas também assegura a sua efetivação tutelando-os como direitos fundamentais em si mesmos. Desta forma, a colisão entre eles é algo inevitável, e tendo em vista que não há direito fundamental absoluto em nosso ordenamento jurídico, é necessário, no caso concreto, utilizarem-se das técnicas de solução de conflitos para saber quais deles prevalecerão em detrimento do outro.

Este estudo tem como escopo analisar o conflito existente entre a liberdade de imprensa e o direito ao esquecimento. Mais especificamente no que diz respeito à colisão entre os direitos à imagem e à vida privada, direitos da personalidade, e a liberdade de imprensa. Abordando-se o que vem a ser cada um desses direitos fundamentais, para que, em momento posterior, seja possível debater as formas de solução destes conflitos, com base nos critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em um segundo momento, com base em julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), analisar o entendimento que a Corte Superior brasileira sobre o que vem a ser o direito ao esquecimento, e os casos em que já foi reconhecido. Para entender o conflito entre os direitos fundamentais à imagem, vida privada e liberdade de informação, identificar os casos em que esses direitos devem preponderar, seja o direito à vida privada ou à liberdade de imprensa. Analisar o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema. Verificar o conflito existente entre a liberdade de informação, construtora do direito de memória, e os direitos de personalidade do particular.

O estudo será dirigido à análise das seguintes indagações: Como conciliar a liberdade de imprensa, com o direito à imagem e intimidade frente à necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana? A CF/88 veda qualquer tipo de censura aos meios de comunicação, determinando que nenhum dispositivo de lei venha a ferir a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (BRASIL, 1988), tendo em vista que uma imprensa livre, é essencial a sustentação dos ideais democráticos. Frise-se que embora se tenha uma imprensa livre, essa liberdade se restringe quando se esbarra em outros direitos de igual hierarquia constitucional, desta forma, quando há um choque entre esses direitos, especificamente entre o direito à imagem e intimidade e a liberdade de imprensa, encontra-se perante a colisão entre os direitos fundamentais.

O presente estudo é uma importante oportunidade de fomentar as reflexões acerca destes conflitos, por demais recorrentes, levados ao judiciário, bem como dos mecanismos existentes para que o cidadão possa, efetivamente, ver assegurado os seus direitos fundamentais.

A metodologia utilizada para desenvolvimento deste trabalho foi a abordagem qualitativa, sendo feita uma pesquisa exploratória de cunho bibliográfico e documental, assim como uma análise empírica jurisprudencial. Para análise dos dados coletados utilizou-se a revisão de literatura, com base em material já elaborado, principalmente artigos, mídia escrita e bancos de dados bibliográficos, tais como, *Jus Navigandi*, âmbito jurídico e publicações jurídicas.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A doutrina aponta algumas características dos direitos da personalidade, tais como: são absolutos, genéricos, extrapatrimoniais, inalienáveis ou indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou vitalícios (PINTO, 2019).

(...) Os próprios direitos da personalidade devem ser vistos com reservas.
Menciona-se tal fato porque há casos em que essa característica (direitos

absolutos) deve ser temperada. A relação entre médico e paciente, por exemplo, dever ser pautada no sigilo; porém, como ficaria a questão de uma doença contagiosa? Imaginemos que o marido tenha contraído o vírus da Aids e não deseja relatar o fato à sua esposa. Como deve atuar o médico? Certas questões devem ser analisadas com cuidado (...) (PINTO, 2019, p. 109).

São genéricos por serem concedidos a todos, simplesmente pelo fato de existirem. Extrapatrimoniais ou existências por não terem natureza econômica patrimonial, ou seja, diretamente a personalidade não possui conteúdo patrimonial, ainda que sua lesão gere efeitos economicamente mensurados, pois sendo violado o direito da personalidade, há a possibilidade de ação de responsabilidade civil por dano moral e a consequente compensação ou reparação (PINTO, 2019).

Neste ponto cumpre destacar que está indisponibilidade é relativa, pois não abrange todos os bens da personalidade, uma vez que a imagem ou o nome são disponíveis, respeitado o princípio de ordem pública, e assegurando-se o respeito a dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade são intransmissíveis, haja vista que não há como se transmitir honra, recato, vida, já que os direitos da personalidade são ínsitos ao aspecto físico e espiritual do seu titular. Contudo, nada impede que os herdeiros demandem em caso de uma ofensa à pessoa falecida (PINTO, 2019).

Com a promulgação da Constituição de 1988, influenciada pelos movimentos que visavam assegurar ao ser humano direitos fundamentais necessários à sua existência, instaurou-se um novo paradigma de Estado, o chamado Estado Social, o que impulsionou todo o sistema infraconstitucional a se amoldar aos seus termos, superando aquela velha dicotomia entre direito público e privado (DINIZ, 2019).

Dessa forma, criou-se um espaço de interação entre o direito Constitucional e o direito Civil, para tutelar os direitos fundamentais da personalidade humana, tanto nas relações entre os indivíduos e o Estado, como, nas relações entre os particulares, pois o Direito Civil preocupava-se com questões puramente

patrimoniais. Nesse contexto, faz-se necessário distinguir os conceitos de direitos fundamentais e direitos da personalidade, identificando as peculiaridades de ambos (PINTO, 2019).

A CF/88 consagra no seu artigo 5º, X, uma gama de direitos ligados à proteção da esfera pessoal dos sujeitos, considerando como inviolável: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (DINIZ, 2019). Para estabelecer o que vem a ser o direito à imagem, o ordenamento jurídico brasileiro deu-lhe um tratamento bipartido, estabelecendo uma distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo.

A imagem-retrato diz respeito ao direito de imagem propriamente dito, consiste na prerrogativa assegurado ao seu titular de não ver o seu retrato reproduzido ou exposto em público sem prévio consentimento ou em contexto adulterado, estendendo-se a outros elementos ou partes do corpo, desde que identificáveis. Desta forma, compreende-se que a imagem propriamente dita, diz respeito à reprodução gráfica do sujeito. Já a imagem-atributo muito se aproxima do conceito que se faz sobre a honra da pessoa retratada adiante, ou seja, um conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo, como a respeitabilidade ou à boa fama, a reputação construída no meio social. Gonçalves (2018, p. 107) define como: “(...) imagem-atributo é entendida como a imagem dentro de um determinado contexto, é dizer, o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social” (GONÇALVES, 2018, p. 107).

Desde a Constituição do Império de 1824, já se protegia o direito a intimidade, e de forma reflexa, o direito a honra, à imagem e, sobretudo, à privacidade. Contudo, o direito à imagem, conforme citado, era protegido apenas de forma reflexa, sempre abrangido por outros direitos da personalidade (DINIZ, 2019).

O direito à imagem é considerado um direito fundamental, essência da individualidade humana, dotado de plena autonomia, ao lado da honra, da vida privada e da intimidade, e a sua violação, conforme preceitua a norma

fundamental citada, merece firme resposta judicial. Por ser garantia constitucional, tal direito não se submete a qualquer juízo de oportunidade e conveniência, sendo garantido em norma de eficácia plena, por isso de observância obrigatória tanto nas relações públicas como nas relações privadas (PINTO, 2019).

Neste íterim, no plano infraconstitucional, o Código Civil dedicou um capítulo novo aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), e de forma expressa, consagra a proteção ao direito à imagem. Neste contexto, importa compreender os limites abrangidos pelo âmbito de proteção do direito à imagem, pois conforme demonstrado, o conceito de imagem (incluindo a imagem-retrato e a imagem-atributo) encontra-se muito ampliado, não podendo ser aceito, que o direito à imagem vise impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a sua imagem, e sim que a use contra a sua vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei (GONÇALVES, 2018).

A Constituição declara inviolável o direito à imagem em seus diferentes aspectos, sendo que para a utilização da imagem de outrem é necessário a autorização deste, e o dispositivo civil estabelece que essa autorização é dispensável se a pessoa interessar à ordem pública ou à administração da justiça, pelos exatos termos da lei (PINTO, 2019).

Nesse contexto revela-se de grande importância, o consentimento, tácito ou expresso, do titular para o uso da imagem de terceiro, principalmente nos dias atuais em que há facilidade de acesso aos meios de comunicação e fácil propagação de imagem das pessoas. Desta forma, é perfeitamente possível a divulgação da imagem de alguém que se encontra participando de evento social tornado público pelos seus organizadores, a pessoa que ficou refém do assaltante do banco; presenciou o desfile do dia da independência, o que se exige é a prudência e a razoabilidade, bem como, o respeito aos fins a que foi colhido, e conforme menciona a lei a imagem não pode ser publicada, exposta ou utilizada se atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa retratada (GONÇALVES, 2018).

De outro modo, há certa mitigação, haja vista não haver proteção à imagem quando a exposição do retrato em qualquer suporte for necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública, conforme está previsto no CC, art. 20.

Neste sentido, a utilidade para o público do fato informado por meio da imagem prepondera em relação ao direito a própria imagem da pessoa que em face dos atos praticados, com por exemplo, das que sofrem uma investigação criminal com a necessária divulgação do seu retrato em órgãos da imprensa ou programas jornalísticos. Em tais casos, há uma mitigação da proteção à imagem em nome do interesse coletivo, concretizando a chamada função social da imagem (FARIAS, 2016).

Através de sanções busca-se assegurar o direito à imagem, entretanto estas sanções devem respeitar os limites impostos pela finalidade social e o bem comum. Nestes termos, da Súmula 403 do STJ, independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, segundo

Gonçalves (2018) pode se depreender que a imagem, por ser emanção da própria pessoa, haja vista decorrer de direito inato ao indivíduo, de caráter personalíssimo e intransmissível, desfruta de proteção jurídica garantida tanto pela CF/88 como no Código Civil (CC), sendo que a sua reprodução para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

Segundo Mendes (2017), no âmbito do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo, que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O autor explica que o direito à privacidade é uma faculdade que um indivíduo tem de se destacar (se separar) de um grupo, isolando-se da observação do mesmo ou como, ainda, o direito ao controle das informações veiculadas sobre sua pessoa.

Nestes termos, compreende-se que o conceito é abrangente, contudo, o que se pode concluir é que o direito à privacidade tem por característica básica a

necessidade que o indivíduo tem de estar separado de grupos, mantendo-se livre da observação de outras pessoas, garantindo-se um ambiente de tranquilidade emocional fundamental para uma autoavaliação e a revisão de metas e objetivos pessoais (GONÇALVES, 2018).

Nesse contexto depreende-se que a CF/88 assegura o direito à vida privada e a intimidade como direitos autônomos, embora sendo a intimidade mais restrita que a privacidade, entende Sarlet (2012) que se cuida de dimensões que não podem pura e simplesmente serem dissociadas, recomendando-se um tratamento conjunto de ambas as situações.

Do art. 21 do Código Civil de 2002 extrai-se que o respeito à privacidade impõe uma obrigação de não fazer, cujo descumprimento pode ser coibido por medida judicial, conforme explanado por Diniz (2019), a invasão na esfera da privacidade pode ser impedida ou cessada, havendo várias medidas judiciais para sua defesa: mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, mandado de segurança, cautelares inominadas e ação de responsabilidade civil por dano moral e/ou patrimonial.

Enfim, a proteção ao direito à privacidade visa impedir a intromissão de pessoas estranhas em sua vida particular, nos aspectos no qual o indivíduo não pretende levar a conhecimento dos outros, sejam sobre si mesma, de seus familiares, aspectos laborais ou negociais, concernentes a sua saúde ou recordações. Não há nenhum critério objetivo que possa nortear quais seriam os dados integrantes da vida privada de todo e qualquer homem ou mulher, e por isso a solução é sempre subjetiva. Em razão disso, existe um dever negativo, das outras pessoas, de não invadirem tais aspectos, que são privativos do titular desse direito da personalidade (GONÇALVES, 2018).

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO DE IMAGEM E INTIMIDADE

É vital a dignidade para a pessoa, pois, é ela que humaniza o homem, garantindo-o assim, o respeito, a autonomia, a independência, o reconhecimento, a proteção e

a promoção, assegurando assim uma existência digna, sendo mister lembrar que, além de assegurar a dignidade ao homem tem-se que garantir a sua igualdade, no intuito de sermos reconhecidos como pessoas, visto que, ela pertence a todos independente da sua história de vida sendo a mesma um direito de todo ser humano, já que significa a própria garantia do direito à vida (LUCENA, 2019).

Para que se possa compreender o que venha a ser a liberdade de imprensa, direito este fundamental em um Estado de Direito, primeiramente é necessário que se tenha claro o conceito de imprensa e de liberdade. O conceito de imprensa abarca tradicionalmente todos os produtos aptos e destinados à divulgação de informações. Importa destacar que o termo imprensa hoje, não apenas se limita aos produtos provenientes da prensa, conceito estrito de imprensa que abrange apenas jornais, revistas. Com o avanço dos meios de comunicação em massa, imprensa passou a ter um conceito bem mais amplo, significando transmissão de informação, jornalismo, independentemente do veículo utilizado, como rádio, televisão, internet e etc. (GONÇALVES, 2018).

Já a Liberdade possui várias definições nos diversos ramos da ciência, e determiná-lo não se traduz uma tarefa fácil. Porém, o que interessa aqui é o seu sentido jurídico e este nos dizeres de Novellino (2017, p. 201) entende que a liberdade possui dois sentidos, qual seja, positivo e negativo e explica que:

A liberdade positiva também denominada de liberdade política ou liberdade dos antigos ou liberdade de querer pode ser definida como a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem ser determinado pelo querer dos outros. A liberdade negativa conhecida também como liberdade civil ou liberdade dos modernos ou liberdade de agir é a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros. Consiste, portanto, na ausência de impedimentos ou de constrangimentos (NOVELINO, 2017, p. 201).

Nestes termos, depreende-se que a liberdade é inerente à pessoa humana, condição

da individualidade do homem e essencial em um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, a atual Constituição Federal em um catálogo de direitos fundamentais consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Como requisito da individualidade, tem-se a liberdade, por essa razão várias liberdades são garantidas pela Constituição Federal. Uma vez que Liberdade e Igualdade são pré-requisitos fundamentais para o conceito de dignidade.

O direito constitucionalmente assegurado de liberdade de informação, considerado um dos mais importantes pressupostos da democracia liberal, manifesta-se como o direito de todos a informar, bem como de ser informado dos fatos e acontecimentos, tanto de interesse geral, quanto de interesse particular, não se confundindo com a liberdade de expressão do pensamento, pois este consiste apenas no direito de emitir uma opinião (BONAVIDES, 2019). Existe previsão constitucional da Liberdade de Imprensa, assegurando-a como liberdade pública, e previsão infraconstitucional por meio da Lei 5.250/67.

A legislação atual, infraconstitucional, que trata sobre a Lei de Imprensa, é a Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 foi organizada e entrou em vigência no período autoritário da Ditadura Militar, persistindo até os dias atuais. Com a promulgação da CF/88, esta Lei de Imprensa sofreu inúmeras alterações (GONÇALVES, 2018).

Porém, mesmo com tais alterações, a Lei de Imprensa possui severas críticas, uma vez que foi definida em um período de castração das liberdades públicas e sem o desenvolvimento tecnológico que existe atualmente. A CF/88 veda a censura ou a necessidade de licença prévia para o exercício da liberdade de imprensa. Desta forma, verifica-se um imenso poder concedido ao exercício deste direito, principalmente àqueles que o exercem profissionalmente, utilizando-se, principalmente, dos meios de comunicação em massa (NOVELINHO, 2017).

Apenas se aceita a divulgação de notícia sobre a vida privada da pessoa se existir interesse público nesse conhecimento, ou seja, se a notícia tratar sobre assunto ou tema de interesse cultural, político, ou outro de que a sociedade precise tomar conhecimento.

A CF/88 dispõe um rol de direitos fundamentais, que tutela os mais variados preceitos que vão do direito à vida até o direito à imagem, à honra, a liberdade de locomoção, de expressão. Dessa forma, normalmente quando ocorre a proteção um determinado bem jurídico definido como fundamental, ocorrerá uma colisão com inúmeros direitos também fundamentais, o exemplo mais clássico é a liberdade de imprensa (art. 220, CF/88) e o direito à imagem.

Pois é direito da imprensa livre, desempenhar em toda sua completude os seus direitos constitucionalmente assegurados, informando, portanto, a população sobre os mais variados temas que afligem a sociedade, sem suportar censuras. Conforme Dimoulis e Martins (2017) apenas na doutrina contemporânea é que se construiu a ideia de um princípio que solucionasse as possíveis colisões entre direitos fundamentais, princípio este, que deve ser observado tanto pelo legislador ao editar as leis, bem como, pelo Poder Judiciário e Executivo.

4 UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos moldes da sociedade atual o direito ao esquecimento vem como uma forma de adaptar o indivíduo novamente a sociedade, abandonando um erro anterior o qual viabilizou a prestação de contas pelos seus atos. Toda pessoa em algum momento da sua vida gostaria de deixar algo para trás que infelizmente não gostaria mais de ser remetido. Com isso podemos dizer que como o direito ao esquecimento é uma nova oportunidade de seguir em frente uma vida sem perturbação.

Segundo Gomes (2019) o direito ao esquecimento é um dos direitos que o indivíduo tem de ser deletado de sua vida, fato que mesmo que verdadeiro que aconteceram a fatos pretéritos que sejam impedidos de serem expostos publicamente.

Para Lucena (2019) o direito de ser deixado em paz é uma proteção à fato individual já vivido, com esse direito proíbe a veiculação e a retirada de informações passadas,

que com sua propagação cause desconforto, constrangimento e dor. Com os meios de comunicações da atualidade se tornou um meio de eternização de informações prejudicando vidas individualmente com fatos passados.

Com a possibilidade de ser utilizado o direito ao esquecimento há uma grande chance de uma nova vida, e que seu passado não lhe prejudique no futuro, sem ter a preocupação de ser atormentado ou prejudicado. Nessa nova oportunidade o grande objetivo é uma readaptação a sociedade, ou o retorno a uma vida no anonimato (NOVELINHO, 2017).

Como é possível observar o direito ao esquecimento é bem amplo assim não será utilizado somente em casos criminais, podendo ser requerido por fatos do decorrer de uma vida. Exemplo: Uma mulher foi casada com um assassino e será exibido uma matéria sobre seu ex-marido, ao descobrir que seu nome será vinculado na reportagem ela requer que seu nome não seja exibido pois causaria danos a sua imagem e a sua atual família.

Esse instituto foi utilizado pela primeira vez no Brasil no ano de 2013 em dois recursos especiais julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que foram unânimes a sua aceitação. Os recursos foram contra a pessoa jurídica da rede Globo de televisão os dois ligados a uma programa que se chamava “Linha Direta” que tinha a exibição de documentários sobre fatos criminosos que marcaram o Brasil, programa com bastante polêmica, um dos capítulos desse programa contou a história do crime da chacina da candelária no Rio de Janeiro, que um dos condenado mais tarde absolvido da participação do crime e o outro pela a família de Aída Curi uma jovem estudante que foi estuprada e morta por um grupo de jovens (BONAVIDES, 2019).

Destaca-se que acima há uma contraposição do direito de informação e o direito do esquecimento, um discurso muito grande, mais em questão cada caso terá sua devida avaliação concreta sendo com bastante ponderação. O direito do esquecimento tenta evitar a pena perpetua nos casos de crimes e o direito de informação visa a importância da informação na sociedade

O direito ao esquecimento dentro da área penal está ligado ao condenado que já cumpriram a sua pena e depois de determinado tempo com alguns requisitos que serão aqui descritos, ter a oportunidade com seu nome limpo ter nova chance de reingresso a sociedade com a possibilidade de ser deixado em paz (BONAVIDES, 2019).

Segundo Borges (2015), o direito de ser deixado em paz (direito ao esquecimento) é uma espécie de proteção que permite que determinada pessoa não aceite a divulgação de um fato que marcou sua vida, mesmo que verídico, pois com sua veiculação na mídia lhe causara um sofrimento ou qualquer tipo de transtorno, sempre analisando se a notícia é útil e a data que ocorreu o fato. Apesar de ser um tema pouco debatido o direito ao esquecimento podemos falar que é um direito fundamental que vem para resguarda do fato que não queira lembrar. É o direito de não ter que viver novamente com sua memória pessoal de fato passado violada pelo simples fato de que com sua exibição terceiros possam ter vantagens e evitando a adição de uma nova pena. Seu fundamento está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A ideia é resguarda o passado triste e sombrio que já se passou ao decorrer do tempo que não necessita mais ser vivido, possibilitando a vida normal assim fazendo prevalecer o seu direito à intimidade e a vida privada, à honra e à imagem. Quando se fala do direito ao esquecimento na área penal é que os condenados que cumpriram suas penas, tendo com o seu cumprimento o direito de ser deixado em paz já que pagou seu crime. Evitando assim a retomada de sua veiculação pelo seu crime já pago. Contudo o crime que foi cometido não pode ser utilizado pela mídia de forma ilimitada. Até mesmo as notícias de crimes evitando uma pena perpetua do praticante e assim violando a os direitos fundamentais de correntes da dignidade humana. Sendo assim a liberdade de informação perdera sua eficácia com o passar de o tempo pela notícia não ser mais de relevante interesse social (BONAVIDES, 2019).

Com o passar dos anos o fato dever ser esquecido, assim perdendo o direito de ser exposto novamente a mídia o fato pretérito, com objetivo de não prejudicar

a pessoa que já cumpriu sua pena, sempre na preocupação de uma readaptação a sociedade, prevalecendo o direito a personalidade.

4.1 Conflito do direito ao esquecimento e da liberdade de imprensa

Nesse conflito, é possível observar que há uma colisão de interesses entre a informação e a privacidade. A liberdade de imprensa tem que ser livre, para poder com sua liberdade conseguir cumprir com seus objetivos de informar. Contudo a liberdade de imprensa não pode prejudicar vidas, assim ferindo outros direitos atribuídos à pessoa como, por exemplo, o direito da vida privada e da imagem.

Já o direito ao esquecimento é um direito de todos aqueles que querem ser deixados em paz, em todo casos serão analisados em qual direito será mais importante para ser utilizado.

Segundo Aguiar (2019) tem sido um tema em destaque, no Âmbito jurídico com o enunciado nº 531, da 6ª Jornada Civil do Conselho da Justiça Federal, que fala do direito ao esquecimento, dirigindo a dignidade da pessoa humana, como as novas formas de tecnologias que pode ser utilizado nas informações que podem gerar danos de prejuízos irreparáveis ao direito fundamental à intimidade e à privacidade na sociedade atual.

Este instituto será aplicado sobre qualquer fato de uma informação que está sendo vinculada a uma pessoa trazendo sérios prejuízos à sua imagem, e atribuindo informações antigas de volta ao presente. Diante do conflito é bastante importante a ponderação de valores e uma grande atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não haja conflitos de regras constitucionais de proibição de censura e da garantia à livre manifestação de pensamentos (BONAVIDES, 2019).

A ponderação vai ser o fator mais importante a ser analisado, sempre sendo feito uma balança para equilibrar o direito a ser garantido sendo interpretado pelo poder judiciário para saber qual dos direitos prevalecera sobre o outro se

será o direito ao esquecimento ou a liberdade de imprensa. O choque de direitos na discussão do uso do direito ao esquecimento contra outros princípios como liberdade de expressão, liberdade de comunicação direito à informação todos amparados pela constituição brasileira.

Com esse conflito sempre terá a necessidade de ponderar os direitos, assim em cada caso se haverá prejuízo aos envolvidos. São direitos individuais que tem uma grande colisão de direitos para a possibilidade de aplicação do direito de ser deixado em paz, a liberdade de expressão não sofrera qualquer restrição mais sempre observando que não poderá em seu exercício afetar outros direitos sobretudo o da personalidade para resguarda maiores danos aos envolvidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na publicação de imagens sem autorização pela imprensa, normalmente, ocorre uma colisão de direitos fundamentais. Discute-se, portanto, sobre os direitos da liberdade de imprensa e o direito à imagem, ocorrendo também, em algumas situações, a colisão com os princípios da dignidade humana e da presunção da inocência.

Uma vez que os direitos fundamentais possuem caráter principiológico, a solução do conflito dos mesmos ocorre pela ponderação dos princípios. Leva-se em consideração, portanto, o princípio da proporcionalidade. Cada caso é um caso e deve ser analisado individualmente. Ao se publicar imagens sem autorização, a imprensa afronta direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos da liberdade de imprensa contra o direito à imagem, sendo possível ainda, o confronto com os princípios da dignidade humana e da presunção da inocência.

O direito à liberdade de imprensa e o direito à imagem constituem normas, que visam assegurar maior proteção a seus titulares, porém reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger. Por se tratar de princípios fundamentais e sem grau de hierarquia, a colisão desses princípios

poderá ser resolvida sob a análise do caso concreto, já que pode prevalecer tanto um quanto o outro. O critério a ser adotado é o da proporcionalidade como critério da ponderação, devendo sobrepor aquele que melhor supra a necessidade da sociedade.

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não é solucionada através de critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização; pois o intérprete constitucional deve utilizar a ponderação de normas, valores ou interesses, devendo fazer concessões recíprocas entre os interesses em disputa, conservando o máximo permitido do conteúdo de cada uma.

Nos casos concretos que ocorram colisão entre a liberdade de informação e de expressão e os direitos da personalidade ressaltam-se como elementos de ponderação, a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, sobretudo quando o fato seja proveniente da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais definições servem como fundamento para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e possibilitam determinada objetividade às suas escolhas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 29^a ed. Ed. Malheiros, 2019.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIAS, C. C. de. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOMES, Mirian. **Direito à Imagem nas Redes Sociais**. Curitiba. Editora Juruá, 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. vol. 1: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUCENA, Marina Giovanetti. **Direito ao esquecimento no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Lumen Juris, 2019.

MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOVELINO, M. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PINTO, C. V. S. **Direito civil sistematizado**. 5.^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

SARLET, I. W. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

153 - 173

Artigo

**EDUCAÇÃO DOMICILIAR DIANTE DO CRIME DE ABANDONO
INTELLECTUAL: CONFIGURAÇÃO TÍPICA?**

DANYELA STEFÂNIA CARVALHO ISAÍAS, ADRIANA BORGES FERRO MOURA

EDUCAÇÃO DOMICILIAR DIANTE DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL: CONFIGURAÇÃO TÍPICA?

HOME SCHOOLING IN THE FACE OF THE CRIME OF INTELLECTUAL ABANDONMENT:
TYPICAL CONFIGURATION?

DANYELA STEFÂNIA CARVALHO ISAÍAS

Advogada, Pós-graduanda em Direito Constitucional e Administrativo (ESAPI), Especialista em Direito Público (Estácio/CEUT), Acadêmica de Administração (UNIFAVIP/FACID), Bacharela em Direito (ICF), danyelasnt@gmail.com

ADRIANA BORGES FERRO MOURA

Doutora em Educação, Professora de Direito. E-mail: profadrianaferro@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade discutir a educação domiciliar (homeschooling) diante do crime de abandono intelectual, de forma a analisar se há configuração típica do referido crime, descrito no artigo 246 do Código Penal, na prática do ensino doméstico e suas consequências para o quadro educacional existente no país. Dessa forma, objetiva-se contribuir para o estudo da realidade do homeschooling no Brasil, fenômeno social este que tem recebido cada vez mais adeptos, com enfoque para o âmbito jurídico-penal. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica à luz de aspectos constitucionais e infraconstitucionais, com localização das fontes em obras de referência, livros doutrinários, trabalhos científicos, legislações, consulta online, decisões judiciais e noticiários. O trabalho baseia-se, principalmente, na discussão teórica dos autores Alexandre Magno (2017), Damásio de Jesus (2011) e Cleber Masson (2015). Trata-se de pesquisa aplicada, uma vez que gera conhecimentos para a aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos. Esta temática tornou-se objeto de controvérsias especialmente no Judiciário, pois não há no ordenamento jurídico uma regra clara, uma vez que a legislação brasileira se revela omissa e por vezes ambígua quanto a essa problemática. Por fim vale destacar, que os estudos apontam para a inexistência da configuração típica do crime de abandono intelectual na educação domiciliar, estabelecendo-se, assim, uma melhor compreensão a respeito desse antigo-novo movimento social.

Palavra-chave: Direito a Educação. Educação Domiciliar. Abandono Intelectual.

ABSTRACT: This paper aims to discuss homeschooling in the face of the crime of intellectual abandonment, in order to analyze whether there is a typical configuration of that crime, described in article 246 of the Penal Code, in the practice of home education and its consequences for the existing educational framework in the country. In this way, the objective is to contribute to the study of the reality of homeschooling in Brazil, a social phenomenon that has been receiving more and more followers, with a focus on the criminal-judicial scope. Therefore, a bibliographic research was carried out in the light of constitutional and infra-constitutional aspects, locating the sources in reference works, doctrinal books, scientific works, legislation, online consultation, judicial decisions and news. The work is mainly based on the theoretical discussion of authors Alexandre Magno (2017), Damásio de Jesus (2011) and Cleber Masson (2015). It is applied research, as it generates knowledge for practical application aimed at solving specific problems. This theme has become an object of controversy, especially in the Judiciary, as there is no clear rule in the legal system, since Brazilian legislation is silent and sometimes ambiguous regarding this issue. Finally, it is worth noting that the studies point to the inexistence of the typical configuration of the crime of intellectual abandonment in home education, thus establishing a better understanding of this old-new social movement.

Keyword: Right to Education. Home Education. Intellectual Abandonment.

1 INTRODUÇÃO

A configuração típica do crime de abandono intelectual, na prática da educação domiciliar, tornou-se motivo de muitas controvérsias, sendo objeto de muitas discussões tanto no judiciário, por meio de decisões controversas, como no legislativo, com propostas de lei que buscam regulamentar tal prática.

Decerto não existe dúvida sobre a importância de discutir a existência ou não da configuração típica do crime de abandono intelectual na educação domiciliar, no sentido de que se trata de uma contribuição para o estudo do *homeschooling* no Brasil, tornando-se relevante tanto para aqueles que já educam seus filhos exclusivamente no ambiente doméstico como para outros que precisam de esclarecimentos para tomar a decisão de adotar esse tipo de educação.

Em virtude disso, esta pesquisa busca analisar o tipo penal que considera crime o ato dos pais de deixar de matricular seus filhos na educação formal e estabelecer se tal limitação se justifica, uma vez que há um possível conflito de responsabilidades entre a família e o Estado, na obrigação de permitir o acesso ao Direito a Educação, a família possui primazia quanto a escolha da forma de educação que será ministrada aos seus filhos.

O trabalho em questão procura, ainda, permitir que se compreenda o que verdadeiramente se configuraria como abandono intelectual, procurando, inclusive, demonstrar que o *homeschooling* trata-se de uma prática lícita, como defende Damásio de Jesus (2011) sem, no entanto, deixar de demonstrar o entendimento dos autores que se posicionam pela ilegalidade e ilicitude da prática da educação domiciliar.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE EDUCAÇÃO

A palavra educação tem sua origem do latim *educatio*, que significa não apenas educação, instrução, mas também ação de criar, alimentar, alimentação, criação, cultura. E vocábulo *educio* significa, ainda, conduzir para fora, fazer sair. (TORRINHA, 1945, p. 278)

Partindo de um conceito mais filosófico, de acordo com o pensador grego Aristóteles, “a educação é a criação da mente sadia em um corpo sadio. Desenvolve a faculdade do homem, em especial sua mente, para que ele possa ser capaz de desfrutar a contemplação da verdade suprema, a bondade e beleza.” (KUMAR; AHMAD. 2017, p. 1)

Afere-se dessa forma que através da educação, o indivíduo tem suas potencialidades reveladas, desenvolvendo suas capacidades principalmente, para que assim ele possa contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, pois, uma vez educado, o indivíduo saberá guiar suas condutas de acordo com seus deveres e terá condições de exigir que seus direitos sejam respeitados.

Diante dessas concepções a respeito da educação, não restam dúvidas quanto ao seu caráter essencial ao pleno desenvolvimento seja profissional, social e como ser humano de qualquer pessoa e ainda para a construção de uma sociedade melhor.

2.1 Direito Fundamental à Educação

Devido à sua importância, na Constituição Federal Brasileira de 1988, a educação foi elevada em nível de direito fundamental social¹ do qual está enumerado no rol exemplificativo do artigo 6º, caput, da Constituição Federal Brasileira. *In verbis* (BRASIL, 1988):

Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

Além disso, o direito à educação encontra fundamento legal de forma mais específica nos artigos 205 a 214, Capítulo III, Seção I, também da Constituição Federal. Dessa maneira, Alexandre de Moraes (2000, p. 638), em referência ao artigo 205 do texto constitucional, entende que:

¹ Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas,

A Constituição Federal proclama que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Além de encontrar respaldo na Constituição Federal, o direito à educação é regulamentada por leis infraconstitucionais, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Conforme seu artigo 1º, parágrafos 1º e 2º, resta demonstrada o objetivo da citada legislação que é disciplinar a educação escolar vinculada ao mundo do trabalho e à prática social, sendo esse ensino desenvolvido principalmente em instituições próprias. (BRASIL, 1996, p. 21).

Como a educação, é uma das maneiras de realização concreta do ideal democrático estabelecido pelo Constituinte de 1988 (MELLO, 1986), hoje são disponibilizados os mais diversos meios a fim de garantir a acessibilidade ao direito à educação. Dentre esses mecanismos está, a educação especial voltada a pessoas com algum tipo de deficiência, além do ensino a distância intermediado por fontes tecnológicas, liberado recentemente pelo MEC para os anos finais do ensino fundamental (MEC, 2017, p.1).

Perante esse contexto educacional, convém notar que a adesão ao ensino domiciliar ou *homeschooling* apresenta-se como mais um meio que possibilita o acesso à educação, sendo, portanto lecionado por aquela família que não pode, ou por uma justa causa, não deseja educar seu filho em estabelecimentos de ensino formal.

2.2 Papel de Educar: responsabilidade da família e/ou do estado?

Segundo o portal de notícias Gazeta do Povo (2017, p. 01), a educação domiciliar ganhou força nos últimos anos. Devido ao crescente número de famílias que escolhem *homeschooling* como forma oficial de educar seus filhos, surgem cada vez mais conflitos judiciais em que um dos núcleos da lide é a seguinte pergunta:

mas afinal, a quem compete o dever de educar, à família e/ou ao Estado?

Para início de análise a respeito dessa responsabilidade, a Constituição Federal Brasileira de 1988 esboça em seu art. 205 que:

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

Além do texto constitucional, o assunto possui como norte a Lei nº 9.394/98, Lei de Diretrizes e Bases da Educação que trata de forma mais específica sobre o dever de educação em seu art. 2º *caput*, *in verbis*:

Art. 2º A educação, **dever da família e do Estado**, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (grifo nosso). (BRASIL, 1996, p. 21)

Verifica-se nestes dois textos da lei, que tanto a família como o Estado possuem o dever de proporcionar o acesso à educação a todas as pessoas, no entanto cada uma dentro da sua função. Diante disso faz-se necessário fazer uma análise mais profunda a respeito da responsabilidade de cada ente no seu papel de educar, a fim de se estabelecer uma solução plausível num possível conflito de interesses.

2.2.1 Responsabilidade da família

A família, núcleo e base da sociedade, é a primeira instituição que o ser humano entra em contato. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos² confirma a importância da família quando em seu artigo 17 afirma ser esta o núcleo natural e fundamental da sociedade, devendo ser protegida pelo Estado.

² Artigo 17 - Proteção da família 1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 22/10/2017)

Diante de seu dever de educar as novas gerações, a família possui uma ampla liberdade, uma vez que em relação à orientação de seus filhos lhe assiste o princípio da legalidade em sentido amplo. Segundo o citado princípio o indivíduo pode fazer tudo aquilo que não esteja proibido expressamente por lei.

A família possui primazia quanto à maneira de instruir seus membros, acima de outras instituições, inclusive sobre entidades de ensino, uma vez que conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1969, p. 1), art. XXVI, 3. **“Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”** (grifo nosso).

Tal primazia garantida à família possui como principal fundamento o poder familiar. Por sua vez, poder familiar, de acordo com Maria Helena Diniz (2002, p.611), consiste em um:

[...] conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Perante esse dever da família, o Código Civil Brasileiro de 2002 prevê no art. 1634, o conteúdo concernente ao exercício do poder familiar, prevendo no inciso I que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: dirigir-lhes a criação e educação”. O texto legal segue a Constituição Federal de 1988, que no artigo 229 afirma que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.

Além de todos os textos legais referidos, vale citar o Estatuto da Criança e Adolescente. No art. 22 aduz que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990)

Em virtude dessas considerações, os pais possuem o dever e o direito de velar pela guarda e desenvolvimento de seus filhos, uma vez que é papel da família

estabelecer os valores, princípios e a instrução dos menores. Cumpre observar que tal prerrogativa é assegurada amplamente pelas mais diversas legislações, seja pela Constituição Federal, leis infraconstitucionais e até mesmo Tratados Internacionais.

2.2.2 Responsabilidade do Estado

Apesar do papel essencial exercido pela família no tocante ao ensino dos seus filhos, não se pode negar, que no Estado Democrático de Direito atual, o Estado tem função importante quanto à educação das pessoas.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 22, inciso XXIV que compete à União, de forma privativa, legislar a respeito das diretrizes e bases da educação nacional. Mais adiante, no art. 23, inciso V, expressa que é de competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, “proporcionar os meios de acesso à cultura, à **educação**, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Devido ao importante papel da educação, esta é um serviço público prestado pelo Estado, uma vez que se trata de uma “atividade indispensável à consecução da coesão social”, sendo dessa forma, uma atividade de notório interesse público. (GRAU, 2006)

Convém notar que, a educação encaixa-se na classificação dos serviços não privativos do Estado, ou seja, pode ser prestada com auxílio de particulares, escolas e faculdades privadas por exemplo, desde que estes respeitem as normas gerais da educação nacional estabelecidas pela União, independentemente se esses particulares receberam ou não permissão do Estado para prestar tal serviço educacional.

Perante o entendimento de que a educação é um serviço público prestado pelo Estado com colaboração de particulares, quando a família matricula seu filho na escola, está pactuando com a instituição de ensino um contrato, autorizando

expressamente a instituição de ensino a agir como seu representante na educação do menor. (SCHELB, 2016, p. 56.)

Consoante noção cediça, a escola possui a obrigação de garantir que sejam resguardadas a integridade física, moral e psíquica de seus alunos, enquanto estiverem sob a sua guarda dentro da instituição. Dessa forma, caso aconteça algum dano ao educando no período de permanência nas dependências da escola, esta poderá ser responsabilizada civilmente pelo prejuízo causado ao estudante.

Como se depreende, o Estado possui papel importante na colaboração quanto à educação do seu povo, uma vez que a ele interessa formar cidadãos capazes de transformar o meio em que vivem, através do conhecimento e compreensão acerca de seus deveres e de seus direitos.

2.2.3 Conflito de Responsabilidade: Família X Estado

Da interpretação das normas vigentes, pode-se concluir que a educação é competência compartilhada entre família e Estado, uma vez que, conforme afirma Gutmann (1987, apud MORAN, 2011):

Os pais têm tanto interesse em passar seus valores para os filhos quanto o Estado tem em formar seus futuros cidadãos, preparados para o pleno convívio em sociedade. No entanto, o que se busca é uma resposta quanto a um possível conflito de interesses entre Estado e família quanto à educação de crianças e adolescentes.

Todavia, o que se discute é sobre quem possui a primazia do exercício desse dever-direito quando há conflitos de interesse entre família e Estado, como tem acontecido nos casos das famílias que educam seus filhos em casa, ou seja, que praticam a educação domiciliar, retirando-os da educação formal.

Para ilustrar esse conflito de responsabilidades entre Estado e família, convém analisar a jurisprudência que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EDUCAÇÃO DOMICILIAR. DEFICIENTE. NECESSIDADE COMPROVADA. SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. A Constituição Federal prevê o direito de todos a educação objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa. (...). 2. Em consequência da necessidade de maior inclusão dos deficientes e em observância as necessidades individuais, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação editou Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001, que expressamente prevê o direito a educação domiciliar. 3. No caso em análise, incontestável a necessidade do autor-apelado em receber educação domiciliar em virtude do seu delicado quadro de saúde que o impossibilita de se locomover e muitas vezes necessita de respirador. 4. Não viola o princípio da separação dos poderes, a intervenção judicial que objetiva simplesmente aplicação da legislação pátria. Não sendo possível à Administração furtar-se de suas obrigações legais sob argumento de impossibilidade de atendimento. 5. Recursos conhecidos e não providos. Sentença mantida. Unânime.

(TJ-DF 20150110741373 0018317-98.2015.8.07.0018, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 19/04/2017, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/05/2017 . Pág.: 250/271)

No julgado acima verifica-se o conflito judicial entre o Estado, representado pela Administração Pública, e a família. Observa-se que a pretensão da família em educar seu filho exclusivamente em casa, devido a uma deficiência que dificultava a sua presença na escola, foi julgada favorável, sendo mantida tal sentença em detrimento do recurso de apelação cível interposto pelo Estado.

Em assonância com a lição precisa de Alexandre Magno (2017, p. 1), e em conformidade com o art. 205 da Constituição Federal, o papel de prover a educação é dever da família e do Estado. No entanto quem tem primazia na educação dos filhos menores é a família, que deverá receber assistência do Estado quando não puder prover de forma integral em casa e, devendo a

Administração Pública intervir como fiscalizador dessa prática para que assim ela seja aprimorada, a fim de trazer benefícios para o educando.

3 EDUCAÇÃO DOMICILIAR

3.1 Noções Gerais

Conforme o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, Decreto-Lei nº 553/80, ensino doméstico é “aquele lecionado, no domicílio do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite” (BRASIL, 1980), sendo na maioria das vezes os pais os responsáveis pela educação domiciliar.

Dentro da conceituação de ensino doméstico, segundo Soares (2014, p. 1) para a Associação Nacional de Educação Domiciliar-ANED:

A educação domiciliar é uma modalidade de ensino que possui duas características específicas diferenciais do realizado na escola ou à distância: os principais direcionadores e responsáveis pelo processo de aprendizagem são os pais do educando e o local de ensino é o ambiente familiar e comunitário. Além do que apresenta inúmeras variações relacionadas ao material didático, à rotina de estudo e à sequência do conteúdo.

Destaca-se que a educação domiciliar é uma prática bem antiga, inerente à própria história da humanidade. Anteriormente inexistia ensino formal prestado por instituições educacionais, ficando assim a cargo exclusivamente da família repassar conteúdos e valores necessários para a boa formação do ser humano.

Para a educadora Silvalde de Souza Martins Rocha (2016, p. 51), “Educação doméstica ou educação no lar não é um fenômeno novo. (...) outras práticas educativas diferentes do modelo institucional escolar foram desenvolvidas ao longo da história. A escola é uma criação posterior à educação doméstica.”

No entanto, apesar de a educação domiciliar ter sido amplamente utilizada pelas famílias ao longo da história do Brasil, os tempos são outros e hoje a maioria das

famílias delega a educação formal a entidades constituídas para essa finalidade, no caso às escolas.

Todavia, diante do triste quadro educacional brasileiro, com altos índices de violência, unido à falta de estrutura para o oferecimento de um serviço de qualidade, dentre vários outros motivos, tem levado uma parcela significativa de famílias brasileiras a lutar por uma educação de qualidade, prestada exclusivamente no ambiente do lar.

Cumprir examinar, neste passo, que o ensino doméstico tem ganhado cada vez mais adeptos. Segundo a ANED - Associação Nacional de Ensino Domiciliar - em uma pesquisa realizada em 2018, nos 26 estados brasileiros mais o Distrito Federal, revelou que o número de famílias *homeschooling* no Brasil já somavam cerca de 7,5 mil, número este que ultimamente vem só crescendo. (ANED, 2018, p. 1)

Existem várias modalidades de educação domiciliar praticada pelas famílias. Dentre elas pode-se apontar o modelo em que os pais assumem a educação dos filhos na totalidade, atuando como professores domésticos. Há outra opção em que tutores contratados auxiliam as crianças no aprendizado. Existe uma terceira hipótese em que vários pais se organizam para dividir as tarefas e ensinar um grupo de crianças. (GAZETA DO POVO, 2017, p. 7)

As famílias *homeschoolers*, ou seja, aquelas que educam em casa, encontram empecilhos ao pleno exercício do ensino doméstico. O principal obstáculo encontrado é a falta de uma legislação que regulamente a educação domiciliar, ocasionando uma falta de unanimidade entre os magistrados que compreendem como criminosos os pais que não matriculam seus filhos no ensino regular, cometendo o crime de abandono intelectual tipificado no art. 246 do Código Penal ou entendendo ser irregular a situação, aplicando multa administrativa à família e obrigando-a a matricular o filho na escola.

3.2 Situação Atual do Ensino Doméstico no Brasil

O principal questionamento acerca do ensino doméstico no Brasil é sobre a sua legalidade, ou seja, se é permitida ou não a sua prática no país. Mesmo diante dessa dúvida há um grande número de adeptos da Educação Domiciliar no país. Conforme os últimos dados da Associação Nacional de Ensino Domiciliar - ANED, como já anteriormente apontado, existem aproximadamente 7,5 mil famílias educadoras.

Alexandre Magno (2011, p. 1), diretor jurídico da ANED e defensor da legalidade do *homescholling* no Brasil afirma que ensino doméstico, como substituto do ensino escolar, não é proibido de maneira expressa por nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro, seja constitucional, legal ou regulamentar. Nem, tampouco, é declaradamente permitido ou regulado por qualquer norma. O fundamento dessa omissão é que o assunto somente está sendo debatido no Brasil recentemente e, ainda, de forma tímida.

Quanto à sua situação jurídica, no dia 12 de setembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou, em regime de repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 888.815. A decisão foi tomada por dez ministros da Corte, dos quais Luís Roberto Barroso foi o relator e entendeu que além de constitucional o ensino domiciliar é um direito dos pais independente de norma regulamentadora. Em contrapartida, três ministros - Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello - consideraram o *homeschooling* inconstitucional. Por fim, seis ministros - Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Cármen Lúcia - consideraram que o ensino em casa é constitucional, no entanto, para ser legitimado necessita de lei regulamentando diretrizes para a prática. (UOL, 2021, p.1)

Desta forma, verifica-se que atualmente as famílias educadoras no lar encontram-se em um momento instável, uma vez que, o número de adeptos ao *homeschooling* cresce a cada dia que passa, mas em contrapartida estas mesmas famílias ainda não possuem segurança jurídica para exercer o ensino doméstico de maneira pacífica.

4 ABANDONO INTELECTUAL

4.1 Conceito

Abandono Intelectual classifica-se como crime contra a Assistência Familiar. De acordo com o tipificado no art. 246 do Código Penal, abandono intelectual consiste em: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena — detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”. (BRASIL, 2013)

Dessa forma, abandono intelectual consiste na atitude dos pais de não providenciar a instrução primária aos seus filhos, que seria o estágio inicial do aprendizado da criança. Não consiste no referido crime, então, o simples fato do pai não matricular seu filho na escola, devendo ser analisada a fundo cada caso concreto a fim de se estabelecer a tipificação da conduta.

4.2 Análise Tipológica do Crime

Segundo Capez, a ação nuclear do crime de abandono intelectual “consubstancia-se no verbo deixar de prover, isto é, não providenciar a instrução primária de filho em idade escolar.” Ou seja, há uma omissão por parte dos genitores quanto à educação de seus filhos. Dessa forma, o referido crime classifica-se como de omissivo próprio. (CAPEZ, 2011, p. 212-213)

Objeto do crime é o bem ao qual a conduta criminosa busca ferir. Objeto jurídico e objeto material são espécies de objeto do crime. No delito em estudo, o bem jurídico tutelado é a educação, o desenvolvimento do ser humano.

Tratando das espécies de objeto do crime, Capez afirma que o objeto jurídico do crime em análise é “o direito dos filhos menores que os pais os propiciem a educação. Tutela-se, pois, com a incriminação do abandono intelectual, o direito de os filhos menores receberem a instrução primária.”

Já o objeto material ou substancial do crime é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, ou seja, aquilo que o delito atinge (TOSCANO, 2005, p.

1). No abandono intelectual revela que aquele que suporta a conduta criminosa é o filho menor em idade de receber instrução primária.

O Código Penal não prevê a idade no qual o filho menor deve receber a referida instrução. A faixa etária é retirada da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (9394/96 alterada pela Lei 12.796/2013). A LDB prevê que a faixa etária é entre os 4 e 17 anos no qual a pessoa deve estar matriculada obrigatoriamente em uma instituição de ensino formal. Dessa forma, afere-se que o objeto material do crime é o filho menor que possui entre 4 e 17 anos de idade.

Os sujeitos do crime são aqueles agentes que de algum modo estão envolvidos no ato delituoso, seja praticando-o (sujeito ativo), seja sofrendo os efeitos do delito, tornando-se vítima dele (sujeito passivo). No abandono intelectual, o sujeito ativo do crime são os pais ou responsáveis pela criança ou adolescente, que deixam de prover a instrução primária àquele que se encontra em idade escolar. Já o seu sujeito passivo, como assevera Fernando Capez (2011, p.234), é “o filho menor em idade escolar, isto é, dos 7(sete) aos 14(quatorze) anos de idade”.

Elemento normativo do crime são aqueles que para serem verificados exigem um juízo de valor, ou seja, exigem a aplicação de uma atividade valorativa (FLORENTINO, 2014, p. 1). No abandono intelectual a expressão “sem justa” é o elemento normativo do crime, ou seja, ele deve ser praticado sem um motivo que justifique tal conduta, não cometendo o tipo penal aquela família que demonstrar que por um motivo justo deixou de prover a instrução primária ao seu filho.

4.3 Configuração Típica na Educação Domiciliar?

Alguns fatores preponderantes para que os pais optem por educar seus filhos formalmente e exclusivamente em casa são a constante violência presente no ambiente escolar, a falta de confiança na qualidade do atual sistema educacional brasileiro, dentre vários outros motivos. Isso tem levado muitos pais/responsáveis a se recusarem a matricular suas crianças em instituições de ensino formal e a optar por oferecer a educação dentro do lar.

Essas seriam razões que justificam a não matrícula, no entanto, pela falta de regulamentação legislativa, apesar da inexistência de norma que proíba de maneira expressa esse tipo de educação, há discussões acerca da licitude do ensino doméstico, se configura ou não o crime previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro - Abandono Intelectual.

Damásio Evangelista de Jesus (2010, p.1) é defensor da não incidência do crime de abandono intelectual na prática da educação domiciliar, de forma que considera desnecessário recorrer à justa causa para retirar a tipicidade da conduta. Segundo ele:

Se a CF impõe aos pais o dever de “educação” e, se ela pode ser escolar e domiciliar, admitindo as duas, esta última não pode ser considerada ilegal. O art. 246 do CP, portanto, não tipifica o fato do pai que deixa de matricular o filho na escola, mas sim o que não lhe providencia o devido ensino, seja formal ou domiciliar. Por isso, este não pode ser considerado delito de abandono intelectual. Falta-lhe tipicidade, sem necessidade de socorrer-se da eventual análise da elementar “sem justa causa” (elemento normativo do tipo). (JESUS, 2010, p. 1)

Além de considerar lícito o ensino domiciliar, este mesmo doutrinador considera inconstitucional qualquer legislação que criminalize a conduta dos pais de educar seus filhos em casa, exclusivamente. *In verbis*:

A Carta Magna, após qualificar a educação como direito social (art. 6.º), impõe aos pais o dever de “educar” os filhos (art. 229). **Não dispõe sobre a obrigação de educá-los em “escola” (pública ou particular).**(...) Nota-se, pois, que, enquanto a Constituição Federal (CF) dispõe sobre “educação”, abrangendo a escolar e a domiciliar, a legislação ordinária regulamenta somente a “escolar” (pública ou privada). É simples: **se a Carta Maior impõe o dever de educação dos filhos, não se atendo, implicitamente, à escolar, não pode ser legal norma que considera criminoso o pai que provê o filho de educação domiciliar.** (grifo nosso) (JESUS, 2010, p. 1)

No entanto, há quem discorde com o entendimento de que a educação domiciliar é uma prática lícita. Cleber Masson transporta um julgado do STJ para reforçar sua opinião a respeito da ilicitude de tal prática, *in verbis*:

Embora proferida no âmbito cível, o julgado revela a posição do STJ no tocante à impossibilidade do *homeschooling*, enquanto não houver disciplina legal sobre o assunto. Os fundamentos são simples: (a) não há fiscalização do Poder Público quanto à frequência da criança ou adolescente às aulas; e (b) o Estado não tem como avaliar o desempenho do aluno, para o fim de constatar se a educação domiciliar está sendo suficiente e adequada. **Logo, transportando o raciocínio jurisprudencial para o campo penal, faltaria justa causa no comportamento dos pais que optarem por ensinar os filhos em sua residência, acarretando a configuração do crime tipificado no art. 246 do Código Penal.** (grifo nosso) (MASSON, 2015, p. 437)

Diante dessas duas correntes a respeito da legitimidade da educação domiciliar, apesar da posição contrária, o que se pode aferir é que a esse tipo de educação não constitui crime, uma vez que a tipificação do abandono intelectual objetiva proteger a educação, o desenvolvimento pleno do ser humano. É nítido que os pais que ensinam seus filhos em casa não transgridem esse bem jurídico, muito pelo contrário, o assegura, uma vez que oferecem instrução de qualidade e necessária ao aperfeiçoamento intelectual e moral da sua prole.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcurso deste artigo, foi realizada uma pesquisa científica acerca da incidência do crime de abandono intelectual na prática da educação domiciliar. Buscou-se, analisar o tema à luz de aspectos constitucionais e infraconstitucionais da legislação brasileira, além de trazer dados estatísticos, para que assim houvesse a compreensão acerca da realidade jurídica da educação domiciliar ou *homeschooling* no Brasil.

Embora a educação domiciliar não tenha regulamentação específica no país, o que por vezes geram dúvidas sobre a sua legalidade e licitude, verificou-se

que a prática do *homeschooling* já é uma realidade, uma vez que, conforme demonstrado, cerca de 7,5 mil (sete mil e quinhentas) famílias educam seus filhos exclusivamente no ambiente doméstico.

Ademais, apurou-se que a tipificação do crime de abandono intelectual visa proteger o desenvolvimento pleno do ser humano e que comete o crime aquele genitor que não providencia a instrução primária de seu filho, entre os 4(quatro) e 17(dezessete) anos de idade.

Dessa forma, foi averiguado que não há, necessariamente, incidência do referido ilícito penal na prática do ensino doméstico, uma vez as famílias praticantes desse tipo de educação provêm a instrução necessária ao aperfeiçoamento do ser humano.

À guisa de conclusão, ainda há um amplo debate acerca da educação domiciliar no Brasil, assunto que inclusive já foi julgado pelo STF acerca da sua legalidade e constitucionalidade, ficando agora a cargo dos poderes legislativo e executivo regulamentarem o tema por meio de lei.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **A situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil**. Publicado em 07/2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19514/a-situacao-juridica-do-ensino-domociliar-nobrasil>>. Acesso em 18 ago. 2017.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Situação do Homeschooling no Brasil**. Disponível em: <<http://educacaosemestado.com.br/2017/07/14/situacao-do-homeschooling-no-brasil>>. Acesso em 23 set. 2017.

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Lei Federal 8.609 de 13/07/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 10 out. 2017.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e bases da educação nacional (LDB)**. Lei Federal nº 9.394 de 20/12/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 10 out. 2017.

BRASIL. **Código Penal**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto nº 553, de 24 de setembro de 1980. **Aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo**. Decreto-lei 553/80. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/458182>>. Acesso em 10 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível. Processo nº 0018317-98.2015.8.07.0018**. Relator: MENDES, Romulo de Araújo. Publicado no DJE: 18/05/2017. Pág.: 250/271. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459830061/20150110741373-0018317-9820158070018>>. Acesso em 21 out 2017.

Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 22 out. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

FLORENTINO, Bruno. **Tipo e tipicidade, tipo objetivo e tipo subjetivo**. Dolo e culpa. 2014. Disponível em: <<https://brunoflorentinosilva.jusbrasil.com.br/artigos/183249818/tipo-e-tipicidade-tipo-objetivo-e-tipo-subjetivo-dolo-e-culpa>>. Acesso em: 23 out. 2017.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª edição, São Paulo:Malheiros, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Educação domiciliar constitui crime?**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/educacao-domiciliar-constitui-crime/5439>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

KUMAR, Satish; AHMAD, Sajjad. **Meaning, aims and process of education**. Disponível em: <<https://sol.du.ac.in/Courses/UG/StudyMaterial/16/PartIED/English/SM-1.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, Parte Especial**. v. 3. São Paulo: Editora Método, 2015.

MEC libera educação à distância nos anos finais do ensino fundamental. 2017. Disponível em: <<http://www.tribunaonline.com.br/mec-libera-educacao-a-distancia-nos-anos-finais-do-ensino-fundamental/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7. ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAN, C.E. **How to Regulate Homeschooling: Why History Supports the Theory of Parental Choice**. University of Illinois Law Review, n. 3, p. 1061-1094, 2011.

Negada pelo STF, educação domiciliar será regulada pelo governo. 2018. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/educacao/negada-pelo-stf-educacao-domiciliar-sera-regulada-pelo-governo/>>. Acesso em: 06 jul. 2021.

O que é homeschooling e outras nove perguntas sobre o ensino doméstico. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/gazeta-do-povo-lanca-e-book-com-respostas-sobre-homeschooling>>. Acesso em: 17 out. 2017.

PRADO, Caroline do. **Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização** Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao>>. Acesso em: 19 out. 2017.

ROCHA, Silvalde de Souza Martins. **A Educação desde os primórdios até a antiguidade clássica**. O direito à educação em disputa: Fronteiras entre os direitos da família e a função do Estado, Teresina, v. 01 , n. 01, p. 1-10, ago.2016. Disponível em: <<http://www.intesi.org.br>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

SCHELB, Guilherme. **Manual do Professor: tudo o que a Escola precisa saber sobre as leis e a justiça**. Editora Central Gospel. Rio de Janeiro, 2016

SOARES , Adriana Fernandes . **Análise da situação jurídica do ensino domiciliar no Brasil como um substituto do ensino escolar**. Perquirere, Centro Universitário de Patos de Minas, v. 11, n. 2, p. 1-18, dez.2014. Disponível em: <<http://perquirere.unipam.edu.br>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latino-Português**. Porto: Edições Maranus.1945.

TOSCANO, Fernando. **Objetos do crime - Objeto jurídico e Objeto material**. Disponível em : <https://www.portalbrasil.net/2005/colunas/direito/fevereiro_16.htm>.Acesso em: 23 out. 2017.

174 - 202

Artigo

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, §4º DO CÓDIGO
PENAL BRASILEIRO NA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME
NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

JOÃO PEDRO DORNELLES CLARET, TARSIS BARRETO OLIVEIRA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, §4º DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO NA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 33, PARAGRAPH 4 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE IN PROHIBITING THE PROGRESSION OF THE REGIME IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION

JOÃO PEDRO DORNELLES CLARET

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: jpclaret1994@gmail.com.

Whatsapp: (63) 981133-6930.

TARSIS BARRETO OLIVEIRA

Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da UFT. Professor Adjunto de Direito Penal da Unitins. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos

Humanos da UFT/ESMAT. Membro do Comitê Internacional de Penalistas Francófonos e da Associação Internacional de Direito Penal. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br. Whatsapp: (63)

981168717.

RESUMO: Analisa-se o artigo 33, parágrafo 4º do Código Penal Brasileiro no tocante à vedação por este estipulada de progressão de regime, bem como o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, em confrontação com os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. A tese ventilada é defendida mediante posicionamentos doutrinários que sustentam a inconstitucionalidade do referido artigo na tratativa distinta direcionada ao agente público desprivilegiado, bem como mediante a colação escorreita de jurisprudências contraditórias ao tema oriundas das mais altas Cortes do país, apontando para a insegurança jurídica de uma jurisprudência que não relaciona de forma equidistante a moralidade pública, o princípio da insignificância e o instituto da progressão de regime aos agentes públicos que incorrem nos tipos penais descritos no Título XI do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Direito penal; inconstitucionalidade; administração pública.

ABSTRACT: Article 33, paragraph 4 of the Brazilian Penal Code is analysed in relation to the prohibition of regime progression stipulated by it, as well as the principle of insignificance in crimes against the public administration, in comparison with the principles of reasonableness and dignity of the human person. The thesis is defended through doctrinal positions that support the unconstitutionality of the aforementioned article in the separate treatment directed at the underprivileged public agent, as well as through the draconian collation of jurisprudence contradictory to the issue originating from the highest Courts in the country, pointing to the legal insecurity of jurisprudence that does not equidistantly relate public morality, the principle of insignificance and the institute of regime progression to public agents who incur the criminal types described in Title XI of the Brazilian Penal Code.

Keywords: Criminal law; unconstitutionality; public administration.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é *estrela guia* do Direito brasileiro; portanto, há de ser regida pelo princípio da *supremacia da Constituição*, significando que “a

Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”. Deste princípio, resulta o princípio da *compatibilidade vertical das normas*, significando que às normas de inferior grau será conferida validade somente se compatíveis com o texto constitucional. Portanto, tudo o que fere a CF, por violar seus princípios e normas, é inconstitucional, e deve assim ser reconhecido por decisão que produz efeitos *ex nunc*, isto é, prospectivos. (LENZA, 2017, p. 240-241).

No âmbito das leis de grau inferior que guardam relação principiológica de compatibilidade vertical com as normas da Constituição Federal está o Código Penal Brasileiro de 1940, recepcionado pela Carta Magna e garantindo o fim de tipificar os crimes que justificam o princípio da *ultima ratio* ou intervenção mínima. O Código Penal e a Constituição Federal confluem quanto a títulos que tutelam a Administração Pública mediante a definição de disposições gerais da Administração e tipificações de crimes contra esta, conforme ocorre respectivamente nos artigos 37 da CF e Título XI do CP. Esta conexão entre as leis supracitadas encontra amparo no fato de que “o poder público não desfruta de meios suficientes para realizar diretamente todas as finalidades a que se destina”, figurando-se, portanto, imprescindível a regulação do funcionamento do Estado mediante normas de direito público que protejam o interesse público, surgindo então o esforço do Direito Penal (MASSON, 2020, p. 546).

Todavia, ao emanar o reforço da tipificação dos crimes contra a Administração Pública em seu Título XI, o Código Penal possivelmente atentou contra um importante princípio que guarda estreita relação com a dignidade da pessoa humana, isto é, o princípio da insignificância, um princípio que, se recusado pelas tipificações do Código Penal, não fará deste Código o bastião da *ultima ratio*. Neste sentido, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos julgados da jurisprudência pátria é causa de controvérsia no âmbito dos crimes contra a Administração Pública, pois em razão do artigo 33, §4º do Código Penal, os condenados por crimes previstos no Título XI do CP não desfrutam do direito de progressão de regime, o que, para Greco (2019, p. 733), carece de critério de

justiça. Nesta ótica, cita a hipótese de um funcionário público ser julgado com uma pena correspondente ao crime de peculato-furto, que varia entre 2 a 12 anos de reclusão, pelo ato de subtrair uma caneta de uma repartição pública.

Portanto, a possível inconstitucionalidade do artigo 33, §4º do Código Penal brasileiro no que se refere à vedação de progressão de regime nos crimes contra a administração pública é tema de elevada pertinência, visto a suposta injustiça sofrida por agentes públicos que, apesar de terem cometido crimes contra a Administração Pública, se viram impedidos do usufruto da progressão de regime ante um dano insignificante ao erário público. Neste sentido, o artigo objetiva discutir a justiça em alto grau quanto à especificidade relativa ao tema supramencionado, visto que é um tema fortemente atrelado à dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, bem como princípios, direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Magna que possivelmente se veem atingidos pelo artigo 33, §4º do Código Penal pelas razões acima expostas.

Neste turno, a presente pesquisa demonstra, com o devido amparo doutrinário, que não há relação entre a impossibilidade de progressão de regime nos moldes prescritos no artigo 33, §4º do Código Penal, e o princípio da moralidade da administração pública descrito no artigo 37 da Constituição Federal quando o bem público lesado comportar a aplicação do princípio da insignificância ante uma lesão ínfima cometida por agente público.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração pública é o aparelhamento estatal que realiza os anseios políticos do governo. O conceito de administração pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico se resume no conjunto de órgãos, entidades públicas e agentes públicos que desempenham a função administrativa. Todavia, quando conceituada em seu sentido material, objetivo ou funcional, a administração pública toma o significado de atividade, dever ou função inerente ao objetivo almejado pelo governo, neste sentido englobando todas as atividades de fomento econômico,

poder de polícia, intervenção e serviços públicos prestadas pelo Estado. (SCATIOLINO, 2017, p. 27).

O Estado, enquanto elemento conjuntivo da administração pública, é pessoa jurídica de Direito Público constituído de direitos e obrigações regulamentadas conforme os princípios do direito público; sendo assim, é constituído o Estado por povo, território, governo e soberania para se organizar independentemente de outros Estados. De acordo com Knoplock (2016, p. 11), no que concerne à sua organização, o Estado está estruturado conforme o art. 1º da Constituição Federal, que dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.” (BRASIL, 1988).

A administração pública é, portanto, definida como o conjunto de atividades executadas pelas pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias em prol do interesse público e na persecução dos objetivos legalmente impostos ao Estado. Este conceito abrange tanto a administração pública direta, formada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, quanto a administração pública indireta, formada pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações (GRECO, 2019, p. 728).

Dentre os princípios que norteiam a administração pública podemos citar os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e o da responsabilidade do Estado, todos estes previstos no artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O conceito de funcionário público no âmbito do Código Penal se encontra descrito em seu artigo 327, considerando-se funcionário público “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (BRASIL, 1940), e equiparando-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da administração pública (GRECO, 2019, p. 729).

No âmbito do Direito Penal o Código preconiza o fim da atividade em si, quando em prol do interesse público, para definir o agente enquanto funcionário público. Neste sentido, o Direito Penal apresenta um conceito divergente dos de outras searas do Direito. O Direito Administrativo, por sua vez, é mais restritivo, significando funcionário público como uma espécie de agente administrativo pertencente ao gênero dos agentes públicos. O Direito Penal, no entanto, amplia o conceito, englobando os empregados públicos, os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão, os servidores temporários, os particulares em colaboração com o interesse público, dentre outras modalidades que possam se apresentar (MASSON, 2020, p. 553).

O artigo 337-D do Código Penal (BRASIL, 1940), por sua vez, traz o conceito de funcionário público estrangeiro, que, para efeitos penais, significa “quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro”; o parágrafo único do mesmo artigo complementa: “equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público, de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

Os conceitos encontrados nos artigos 327 e 337-D em muito se assemelham, guardando como única diferença o fato de que conforme o artigo 337-D, o cargo, emprego ou função do agente público estrangeiro deve ser levado a efeito em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro (GRECO, 2019, p. 730-731).

3 A TUTELA JURÍDICO-PENAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é regulado por normas de Direito Público que nem sempre são suficientes para a proteção do interesse público. Neste sentido, o Direito Penal visa tipificar crimes contra a Administração Pública no intento de auxiliar a proteção do interesse público. Todavia, a expressão *Administração Pública* não possui no Direito Penal o mesmo viés significativo que possui nos Direitos Constitucional

e Administrativo, obtendo nestes dois últimos domínios o sentido de parte da tripartição dos poderes, ao lado dos poderes legislativo e jurisdicional. Neste sentido, o Código Penal significa *Administração Pública* de maneira amplificada, considerando-a como o desempenho das atividades tipicamente administrativas tanto em aspecto subjetivo, isto é, entes que desempenham a função pública, quanto em aspecto objetivo, isto é, atividades desenvolvidas em prol do interesse público (MASSON, 2020, p. 546).

A tipificação dos crimes contra a administração pública possui por finalidade assegurar a normalidade funcional da administração pública, assegurando a manutenção de todos os princípios que a fundam: probidade, moralidade, eficácia, incolumidade, dentre outros (BITENCOURT, 2019, p. 36). Neste sentido, a tutela penal somente fundamenta sua legitimidade política quando se dispõe a proteger os valores fundamentais entoados pela Constituição Federal (ESTEFAM, 2019, p. 537).

Segundo o Título XI da Parte Especial do Código Penal (BRASIL, 1940) os crimes contra a administração pública podem ser cometidos tanto por particulares quanto por funcionários públicos; neste sentido, quando praticados por funcionários públicos a doutrina os divide em crimes funcionais *próprios* ou *impróprios*.

Hungria (1959, p. 316) destaca que os crimes funcionais, (ou de responsabilidade) dividem-se em *próprios* e *impróprios* ou *mistos*. Nesta classificação, os próprios correspondem ao exercício da função pública enquanto atividade do sujeito ativo, sendo este exercício elemento crucial para a tipificação do fato, como ocorre, por exemplo, na concussão, prevaricação e corrupção passiva; já no caso dos impróprios ou mistos, por sua vez, há um crime comum além da violação do dever da função do agente público, por exemplo, peculato.

Contudo, os crimes funcionais próprios e impróprios ou mistos não são inerentes somente aos funcionários públicos; o artigo 30 do Código Penal prescreve que “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (BRASIL, 1940), isto é, não há importância se as

circunstâncias elementares subjetivas, relativas ao agente, se comunicam com as objetivas, relativas aos fatos, sendo prescindível apenas, neste caso, que as circunstâncias elementares tanto subjetivas quanto objetivas tenham ingressado na esfera pública de conhecimento com o fim de impedir a adequação na tipificação penal objetiva. Neste sentido, quando ocorre concurso de pessoas, a condição de funcionário público comunica-se a todos os particulares envolvidos na prática do delito. Portanto, crimes funcionais com concurso de pessoas culminam nas tipificações guardadas no Capítulo I do Título XI da Parte Especial do Código Penal (MASSON, 2020, p. 552-553).

O procedimento previsto para crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública está presente nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal. São diversos os efeitos da sentença penal na esfera administrativa; o artigo 92, I do Código Penal prevê a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando a pena restritiva de liberdade for superior a um ano nos crimes cometidos com abuso de poder ou violação do dever para com a administração pública, também quando for aplicada pena restritiva de liberdade superior a quatro anos nos demais casos (GRECO, 2019, p. 732).

Além da perda de cargo oriunda da sentença penal poderá a administração pública aplicar sanção administrativa ao funcionário público, medida esta garantida pela Lei nº 8.112, de 11 de setembro de 1990, cujas sanções podem variar entre advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. Todavia, quando há uma sentença penal absolutória a administração pública não fica totalmente impedida de aplicar a sanção administrativa, haja vista a independência das instâncias administrativa e penal.

Dispõe o artigo 327, § 2º do Código Penal que: “A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste capítulo forem ocupantes de cargos de comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público” (BRASIL, 1940). Neste sentido, existem

duas correntes relacionadas ao disposto acima. A corrente restritiva sustenta que para a incidência do aumento de pena consideram-se agente público os entes descritos no artigo supracitado, excluindo os prestadores de serviços das entidades mencionadas que não tenham cargo de direção, como se somente os dirigentes estivessem condicionados ao artigo 327, § 2º; enquanto a corrente ampliativa alcança todos os servidores ou empregados das pessoas jurídicas previstas no artigo supracitado, estando ou não ocupantes de cargos em comissão ou de direção ou assessoramento (CAPEZ, 2019, p. 468-469).

O alcance da equiparação prevista no artigo 327, § 1º do Código Penal segue a mesma lógica semelhante da prevista para o artigo 327, § 2º; porém, discute-se se esta é inerente somente aos casos em que o indivíduo seja o autor do crime contra a administração pública, ou se também pode ser válida caso o indivíduo figure como sujeito passivo do delito. Neste contexto, a teoria restritiva restringe somente ao sujeito ativo a possibilidade de majoração da pena, identificando-se como corrente dominante na doutrina, enquanto na corrente extensiva a equiparação se estende tanto ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo do delito (MASSON, 2020, p. 558).

A corrente ampliativa é a mais utilizada pela jurisprudência, haja vista o conceito de funcionário público que para o Direito Penal é equivalente a *agente público*. A causa da majoração da pena em caso de crime contra a administração pública cometido por funcionário público, por sua vez, se fundamenta no fato de o princípio da moralidade administrativa se dar pela previsão de dever que a Constituição faz recair sobre o administrador, devendo este, portanto, demonstrar que sua atuação não ofende a moralidade administrativa, tratando-se então de um princípio constitucional negativo, pois verifica não a conduta daquilo que se considera moral, mas sim a não conduta daquilo que se considera imoral (BITENCOURT, 2019, p. 56).

A ação penal nos crimes contra a administração pública é pública incondicionada, independentemente de sua natureza culposa ou dolosa. Nos crimes funcionais previstos nos artigos 312 a 326 do Código Penal sofre aplicação do procedimento

especial previsto no artigo 514 do Código de Processo Penal. Anteriormente, o excesso de exação e o contrabando ou descaminho não eram julgados com base no procedimento especial, visto que o artigo 323, I do CPP prescrevia que crimes punidos com pena de reclusão superior a dois anos eram inafiançáveis. Todavia, com o advento da Lei 12.403/2011, que modificou o instituto da prisão e da liberdade provisória, os dois crimes acima passaram a ser afiançáveis e sujeitos ao procedimento especial (CAPEZ, 2019, p. 469).

Ademais, condenação criminal acarreta diversos efeitos penais e extrapenais, este último devendo ser especificado na sentença. O art. 92 do CP prevê a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, cabível quando “a pena do agente for igual ou superior a um ano, em crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública; cabível também quando a pena aplicada for superior a quatro anos, qualquer que seja a infração penal” (BRASIL, 1940). Todavia, trata-se de efeito permanente, isto é, o agente, além de perder o cargo ou função, torna-se incapacitado para o exercício de outro cargo ou função pública, podendo readquirir esta capacidade somente por meio da reabilitação prevista nos artigos 93 a 95 do CP, mas sem ocupar o cargo ou função que ocupava anteriormente (ESTEFAM, 2019, p. 544).

4 A CORRUPÇÃO E OS CRIMES DE MAIOR INCIDÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O crime de corrupção pode ser de natureza *passiva* (quando envolve conduta de funcionário público corrompido – artigo 317 do CP) e *ativa* (inerente à conduta do corruptor - art. 333 do CP). Essa nova visão rompeu com a teoria unitária ou monista prevista no art. 29 do CP que aduz que “quem, de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (BRASIL, 1940); neste sentido, abriu-se margem para uma exceção pluralista. (MASSON, 2020, p. 621).

Ao contrário da corrupção ativa, o sujeito do crime na corrupção passiva só pode ser funcionário público; todavia, para ser considerado ativo o sujeito não

necessariamente precisa estar no exercício da função, desde que este se utilize da administração pública para praticar o crime, mesmo que seja *extraneus*, isto é, que se passe por particular ou que realize o crime em outra repartição pública. Já o sujeito passivo do crime de corrupção é sempre a administração pública (BITENCOURT, 2019, p. 112).

A corrupção ativa é um crime de ação múltipla composto por três possíveis ações nucleares: *solicitar*, isto é, pedir, manifestar desejo de algo, desde que sem apresentar ameaça explícita ou implícita, ou seja, a vítima cede por própria vontade, não sendo necessário ato de terceiro para que a prática se configure, bastando a solicitação da vantagem indevida; *receber* e *aceitar*, obtendo a posse, isto é, neste caso a proposta parte da indivíduo externo à administração pública e o agente público aceita a vantagem indevida. Apenas aceitar a vantagem indevida neste caso não configura a prática do crime, o agente público deve recebê-la, ou seja, antes de se caracterizar a corrupção passiva neste caso, é necessária a configuração antecedente da corrupção ativa. Por fim, outra ação nuclear para configurar a corrupção passiva é a de aceitar a promessa de receber vantagem indevida, bastando que o funcionário público aceite o recebimento da vantagem, sem necessitar do devido recebimento desta para configurar o crime (CAPEZ, 2019, p. 513).

O primeiro ilícito tipificado dentre os crimes contra a administração pública é o peculato, presente no artigo 312 do Código Penal. O artigo citado apresenta a seguinte definição: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio” (BRASIL, 1940). O parágrafo primeiro dispõe que aquele funcionário público que concorre no crime sofrerá a aplicação da mesma pena aplicada ao agente principal, que neste caso varia de dois a doze anos de reclusão, e multa. Neste crime também existe a modalidade culposa prevista no parágrafo segundo, sofrendo o funcionário a aplicação de uma pena menor, que varia de três meses a um ano de detenção.

O crime de peculato é considerado grave. Na modalidade culposa, porém, se houver reparação do dano causado ao erário antes da sentença irrecorrível,

extingue-se a punibilidade, enquanto que se o dano for reparado posteriormente à sentença irrecorrível, reduz-se a pena pela metade, visto o disposto no parágrafo terceiro do artigo 312 do CP. O Código prevê quatro espécies de peculato: *peculato apropriação*, previsto na primeira parte do caput do art. 312; *peculato desvio*, presente no final do caput do mesmo artigo; *peculato furto*, presente no parágrafo primeiro e, por fim, *peculato culposo*, presente no parágrafo segundo (MASSON, 2020, p. 565).

Para se configurar peculato a posse do bem intermediada pelo agente público deve ocorrer em função do cargo público, não do exercício da função; ou seja, é necessário meramente que o agente público tenha disponibilidade física direta ou imediata do bem móvel público, não dispensando a disponibilidade jurídica, que significa a disponibilidade facultada legalmente ao agente pelo cargo desempenhado, isto é, poder de ordem para a obtenção de determinado bem público (BITENCOURT, 2019, p. 42-43).

O crime de concussão está tipificado no art. 316 do CP e se baseia em “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Pode-se dizer que concussão e corrupção passiva são *delitos irmãos*, com a fundamental diferença constatada no modo em que são praticados (GRECO, 2019, p. 774). O núcleo *exigir* utilizado no texto legal é empregado no sentido de ordenar ou impor.

A consumação do crime de concussão se dá pela simples exigência do sujeito ativo, isto é, configura-se quando o sujeito passivo toma conhecimento da imposição. Logo, para consumir o crime não é necessária a efetivação do recebimento da vantagem indevida, mas somente a combinação do seu recebimento; neste caso a tentativa é teoricamente inadmissível, visto esta modalidade ser de crime unissubsistente, ou seja, de ato único, com a única exceção de, por exemplo, a correspondência que solicita a vantagem indevida ser interceptada pela autoridade policial antes de chegar ao destinatário, caso em que se pode caracterizar a tentativa de concussão (BITENCOURT, 2019, p. 105).

No que se refere ao excesso de exação, o conceito da palavra *exação* deriva do sentido de “cobrança rigorosa de impostos ou dívidas; pontualidade; exigência ou exatidão”; todavia, o conceito jurídico do crime está previsto no art. 316, § 1º do CP: “Se o funcionário público exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza” (BRASIL, 1940). Trata-se, conforme a doutrina, da concussão em sua forma clássica, subtendendo-se o abuso de autoridade (CAPEZ, 2019, p. 510).

O objeto material do excesso de exação é o tributo ou contribuição social, isto é, conforme o art. 3º do Código Tributário Nacional, “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966). Já os núcleos que compõem o crime são dois: o de exigir tributo ou contribuição social indevido e o de empregar meio vexatório ou gravoso na cobrança, desautorizado por lei. Meio *vexatório* é o que desonra e humilha, enquanto meio *gravoso* é o que acarreta maiores despesas ao contribuinte. (MASSON, 2020, p. 617)

O art. 319 do Código Penal tipifica prevaricação como sendo: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal” (BRASIL, 1940). Prevaricação é a infidelidade ao dever de ofício, à função exercida, isto é, o descumprimento pelo funcionário público de suas obrigações e deveres profissionais em detrimento de interesses e sentimentos próprios, ato que afronta o princípio da impessoalidade previsto no art. 37 da Constituição Federal, cujo significado implica na máxima de que o agente deve “mover-se por padrões objetivos, e não por interesses ou inclinações particulares próprias ou alheias” (MASSON, 2020, p. 639).

O sujeito ativo se resume somente no funcionário público, como ocorre no crime de corrupção passiva, sendo indispensável que o agente se encontre no exercício de sua função e para a satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Todavia, é permissivo que o agente público se consorcie com um agente externo no decorrer da prática do crime. Neste caso, o art. 29 do Código Penal autoriza esta abrangência desde que o agente externo tenha ciência da condição do agente público consorciado; o artigo em questão também permite que um funcionário público, agindo como particular, participe da prevaricação nas mesmas condições de um agente externo (BITENCOURT, 2019, p. 136-137).

O sujeito passivo do crime obviamente é o Estado, enquanto que o objeto material é o ato de ofício do agente público, nos termos do art. 319 do CP. No que se refere ao elemento subjetivo da prevaricação, este é o dolo, pois para caracterizar o crime é necessária uma vontade livre e consciente de retardar ou deixar de praticar ato de ofício de forma indevida ou praticá-lo com ofensa à disposição expressa em lei; caso a consciência de que o ato ou omissão são indevidos não exista, o fato será atípico. Exige-se também o elemento subjetivo consistente no interesse em satisfazer sentimento pessoal (CAPEZ, 2019, p. 534).

5 ASPECTOS SOCIAIS, JURÍDICOS E CRIMINOLÓGICOS DO FENÔMENO DA CORRUPÇÃO.

Já dizia Montesquieu (1979 p. 54) que “A corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção de seus princípios”. Neste diapasão, “uma vez que os princípios do governo foram corrompidos, as melhores leis tomam-se más e se voltam contra o Estado; quando os princípios estão sãos, as más leis têm o efeito das boas; a força do princípio carrega tudo”. (MONTESQUIEU, 1979, p. 57)

A corrupção é produto do ser humano e seus meios sempre evoluem conforme a complexidade da sociedade aumenta, mas o fator principal para o fomento da corrupção é a ambição, que torna os homens cada vez mais distantes dos princípios que administram o modelo político, pois estes passam a preferir os interesses individuais em detrimento dos interesses públicos. (ALVES, 2017, p. 205)

De acordo com Rocha (2018, p. 38-39), a corrupção significa um “deslize moral de interesse público”, admitindo uma forma *clássica* e formas *não clássicas* de

manifestação. A forma clássica se caracterizaria por uma relação binária entre os polos *corruptor* e *corrupto*. Já as formas não clássicas de corrupção apareceriam na corrupção *espontânea* e na corrupção *difusa*. Na primeira, corruptor e corrupto se situam na mesma pessoa, com o corrupto corrompendo-se a si próprio. Já a segunda refere-se à *corrupção dos costumes*, *corrupção da sociedade* ou *corrupção dos valores*.

A corrupção é realidade no Brasil desde seus primórdios¹. À época da colonização portuguesa, os valores egoístas da cultura cidadã da metrópole, fixados na imagem do rei e dos súditos da coroa, foram reproduzidos no cenário brasileiro². Os valores monárquicos se resumiam na “aversão ao trabalho sistemático, o gosto pela luxúria, o desejo intenso pelo desfrute dos bens, a degradação dos costumes e a impunidade dos crimes”, o que levou a corrupção em solo brasileiro a tornar-se decorrente da “moral predatória dominante no Estado patrimonial, que, conscientemente ou não, formatou um conjunto de padrões sociopolíticos de comportamento ético adverso às formas racionais mais modernas de trato da república” (SILVA, 2016).

No trato da historicidade da tutela da administração pública pelo Direito Penal, eis que sua liberal clássica tinha como objetivo tutelar tão somente os bens

1 Tal afirmação é explorada por Oliveira (2019, p. 83-84), evidenciando que: “Bien qu’il s’agisse d’une affirmation sujette à caution, l’on a attribué à la colonisation portugaise l’origine de cette corruption accentuée au Brésil. L’évidence en résiderait dans la structure pyramidale qui a assuré les fondements de la société brésilienne pendant plus de 3 siècles, dont le modèle colonial a correspondu à la dénommée *société du sucre*. Au sommet de cette pyramide se trouvait l’aristocratie, formée par les planteurs (producteurs de sucre), qui exerçaient de fait, le pouvoir absolu sur le plan des décisions administratives et politiques du Brésil colonial. Au centre de la pyramide se trouvaient les travailleurs libres (artisans, commerçants, petits agriculteurs, etc.), et, à la base de la pyramide les esclaves. D’après ce que certains historiens ont mis en évidence, c’est dans cette situation pratiquement immuable de stratification sociale que les Brésiliens ont commencé à développer, sur le plan des relations sociales, ce que l’on a coutume d’appeler le « *jeitinho brasileiro* » [système de brésilien]. Ce *jeitinho brasileiro* correspondrait à des manières de contourner les règles sociales de sorte à garantir, face à une situation bloquée et immuable d’exclusion sociale, le succès et l’obtention d’avantages personnels sur le plan des rapports avec les autres individus et dans la conduite de la vie publique, donnant ainsi origine à de menus actes de corruption”.

2 A este respeito, Oliveira (2018a, p. 7) aponta que “sob o viés histórico e sociológico a estrutura legada aos brasileiros no processo português de colonização teria repercutido em nosso modo de vida formas disfarçadas de corrupção, representando comportamentos sociais desviantes de pretendidos valores éticos, traduzíveis no famigerado *jeitinho brasileiro*”.

jurídicos essenciais, quais sejam: vida, liberdade e segurança pessoal, dentre outros. Atualmente, a política criminal brasileira manifesta-se contrariamente a esse pensamento. Percebe-se uma expansão e *administrativização* das tutelas do Direito Penal. Tal *administrativização* não é uma novidade nos estudos da Ciência Criminal, pois cada vez mais o Direito Penal vem considerando os conflitos do mundo pós-moderno, trazendo ao seu bojo condutas que caberiam ser tuteladas por outras áreas do Direito, tais como o Direito Administrativo e o Direito Civil. (SILVA, 2016).

No que se refere ao Brasil, o país alcançou no ano de 2019 o pior patamar histórico do **Índice de percepção da corrupção**, com somente 35 pontos. Esta nota reflete o valor mais baixo desde 2012, ano em que o índice passou por alteração em sua metodologia, adotando a leitura em série histórica. A escala do índice de percepção da corrupção vai de 0 a 100; quanto mais próximo de zero é a média do país, significa que este é percebido como *altamente corrupto*, enquanto mais próxima de 100 a média, significa que o país é percebido como *altamente íntegro*. Com este resultado, o país desceu uma posição em um ranking de 180 países e territórios, caindo para a 106ª colocação. Este é o quinto decréscimo consecutivo do Brasil no IPC, o que fez com que o país atingisse sua pior colocação na série histórica do índice; somente em 2018 o Brasil já havia perdido dois pontos e caído nove posições. (CORRUPTION PERCEPTION INDEX, 2019).

Percebe-se no Brasil uma relativa cultura de *tolerância* à corrupção³, “uma cultura que vê com olhos lenientes a trapaça em favor do interesse próprio e a

3 Consoante dispõe Oliveira (2018b, p. 9), “aliada a isso estaria a dificuldade histórica do brasileiro de separação entre o público e o privado, pela indissociável visão do Estado como um prolongamento natural das relações familiares (herdadas da sociedade colonial), bem como a busca da vida pública desprovida do sentido de missão para com a coletividade, mas, do contrário, como oportunidade para o enriquecimento pessoal e aumento dos privilégios. Essas características estariam ainda visíveis no particular modo de vida brasileiro, marcado pelo isolacionismo e pela relativização dos valores em uma sociedade que nutre a ética da conveniência, em que se critica a corrupção do outro, enquanto se procura legitimar ou justificar a própria, numa tentativa de normalização das violações éticas no convívio social”. Para maior conhecimento do tema, recomenda-se fortemente a leitura da obra **Raízes do Brasil**, de historiador brasileiro Sérgio Buarque de Holanda.

inobservância das regras em qualquer plano, e que provavelmente se articula com nossa herança do escravismo, elitismo e desigualdade” (REIS, 2008, p. 329).

No que se refere às ações de combate à corrupção no Brasil, as medidas a serem deliberadas no Congresso Nacional que instituem reformas estruturais *anticorrupção* devem abordar, de acordo com especialistas, os seguintes temas estratégicos elencados no **Corruption perception index**: o Poder Judiciário e o Ministério Público devem explorar medidas de combate à ineficiência administrativa de suas próprias instituições, de forma a promover em maior grau a responsabilização de seus membros por mau desempenho e corrupção; também é alvo de crítica pelos especialistas o excesso de privilégios, como férias abusivas e remunerações exorbitantes, o que pode resultar na prestação jurisdicional ineficiente, morosa e seletiva (CORRUPTION PERCEPTION INDEX, 2019).

A Justiça Eleitoral e os órgãos de controle devem atuar em coordenação nas eleições municipais de 2020, buscando enfrentar o financiamento ilícito de campanhas, compra de votos, o desvio de fundos partidários, a inclusão de *candidaturas laranjas* e modalidades de manipulação virtual, como o uso de robôs e disseminação de *fakenews*. Ademais, os especialistas também recomendam medidas que visem o afastamento de membros do Governo Federal investigados por corrupção (CORRUPTION PERCEPTION INDEX, 2019).

Quanto ao setor privado, recomendam os especialistas a promoção de ações coletivas para “o estabelecimento de códigos de conduta setoriais, pactos de integridade, inserção de valores éticos nos processos de capacitação de mão-de-obra e fomento ao *compliance* nas cadeias de suprimento, incluindo pequenas e médias empresas.” (CORRUPTION PERCEPTION INDEX, 2019).

6 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 33, §4º do Código Penal institui que aqueles que cumprem pena privativa de liberdade por crime contra a administração pública terão por direito a progressão

de regime somente quando repararem em sua totalidade os danos causados ao erário com os devidos acréscimos legais incidentes; ademais, para obter a progressão de regime o indivíduo deve estar em crédito com os requisitos gerais descritos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais (ESTEFAM, 2019, p. 539).

Existe uma polêmica referente à hipótese de aplicação do princípio da *insignificância* ou *bagatela* em crimes contra a administração pública, entendendo-se que a possibilidade de aplicação do mencionado princípio a este tipo penal versa sobre a ausência de razoabilidade no caso concreto, pois, “se um funcionário público subtrair algo de pouco valor como uma caixa de clips, ou mesmo algumas folhas de papel para rascunho não seria razoável puni-lo com uma pena de peculato-furto” isto é, uma pena que varia entre dois a doze anos de reclusão (GRECO, 2019, p. 733).

Ocorre que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 765.216/RS, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornick, entendeu que: “É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a *moralidade administrativa*, insuscetível de valoração econômica”. (GRECO, 2019, p. 733). Ou seja, o STJ afasta a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública.

Todavia, no julgamento do Habeas Corpus 137.595, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, em parecer datado de 22/05/2018, a 1ª Turma entendeu que:

Em matéria de aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) adota como fundamento para avaliar a tipicidade da conduta o quantum objetivamente estipulado como parâmetro para atuação do Estado em matéria de execução fiscal: o valor do tributo devido. Precedentes. Para aferição do requisito objetivo, assim como estabelecido na legislação fiscal, o STF considera a soma dos débitos consolidados. Nessas condições, a ausência de comprovação

inequívoca de que o paciente possui outros débitos fiscais inviabiliza, neste habeas corpus, o pronto reconhecimento da atipicidade penal (HC 114.675, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e HC 115.331, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ainda que fosse possível reconhecer o princípio da insignificância penal quanto ao tributo de que tratam estes autos, as peças que instruem o processo não permitem aferir eventual habitualidade delitiva ou mesmo possível acúmulo de débitos que superem o parâmetro descrito na Lei nº 10.522/2002. Precedentes” (STF, HC 137.595 AgR/SP, Rel. Min Roberto Barroso, 1ª T., DJe 22/05/2018).

Demonstrando entendimento diverso do votado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 765.216/RS, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornick, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da aplicação do princípio da insignificância com fulcro na Lei citada na ementa acima (STF, HC 115.154/ RS, Rel. Min Luiz Fux, 1ª T., DJe 25/06/2013). Em semelhante decisão proferida no ano de 2018, o STF entendeu pela manutenção do princípio da insignificância no crime de descaminho. (STF, HC 137595 AgR/SP Rel. Min. Dias Toffoli 2ª T., DJe 07/05/2018).

Portanto, a tese defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda vigente desde o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 765.216/RS (relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornick), de “não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos contra a Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a *moralidade administrativa*, insuscetível de valoração econômica”, foi totalmente vergastada pelas jurisprudências do STF colacionadas acima, haja vista que os ministros votaram pela manutenção do princípio da insignificância mediante valoração econômica em crime que atenta contra a *moralidade administrativa*, isto é, o crime de descaminho.

Nota-se, portanto, uma marcante insegurança jurídica, já que o princípio da insignificância é adotado por uma Corte, mas não por outra Corte, ou é adotado para determinado crime contra a administração pública, mas não para outro crime do mesmo título. De fato, verifica-se a necessidade de legislação acerca

da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância a crimes contra a administração pública, ainda que isto se resuma a um teto de dano ao erário público, variável de acordo com a modalidade de crime cometido. Com efeito, a jurisprudência pátria externa algumas contradições ao não aplicar este princípio a certos casos, cerceando inclusive a possibilidade de progressão de regime aos que cometeram crimes contra a administração pública e, muitas vezes, não amparados pelo princípio da insignificância, quando o próprio Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a vedação do direito de progressão de regime no âmbito dos crimes hediondos, conforme se verificou na decisão do HC 82.959 proferida pelo STF.

Vale ressaltar que as jurisprudências colacionadas tratam de controvérsias relativas ao artigo 33, §4º do Código Penal, pois apesar de o citado artigo se referir à impossibilidade de progressão de regime consoante os crimes cometidos contra a Administração Pública, este instituto está intimamente ligado ao princípio da insignificância. Conforme se verifica nos informativos do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes defendeu em dois julgados a tese de que o princípio da insignificância influi (quando não couber possibilidade de afastamento da tipicidade material, em virtude da habitualidade do agente na prática de crimes), na produção de efeitos em relação à fixação do regime inicial aberto ou à admissão da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Outra tese corrobora para a relação entre o princípio da insignificância e o instituto da progressão de regime, julgada pelo STF no HC 137217/MG, conforme se verifica no informativo 913 da Suprema Corte:

A Primeira Turma, por maioria e de ofício, concedeu a ordem de “habeas corpus” para determinar a substituição da pena de condenado por crime de furto simples por medida restritiva de direito a serem fixadas pelo juízo de origem. O paciente foi absolvido da prática do delito previsto no art. 155, “caput” (1), do Código Penal (CP) — furto simples —, combinado com o art. 14, II (2), CP — tentativa. Foi considerada a tipicidade material da

conduta em razão do ínfimo valor da coisa subtraída — quatro frascos de xampu, no valor de R\$ 31,20 — e a restituição dos bens à vítima. Provida a apelação interposta pelo Ministério Público, o paciente foi condenado a oito meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de seis dias-multa. A defesa pleiteou a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista a inexpressividade da lesão e o pequeno valor da coisa, a demonstrar a atipicidade material. Prevaleceu o voto médio proferido pelo ministro Alexandre de Moraes no sentido da inaplicabilidade do referido princípio. (...) HC 137217/MG, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 28.8.2018. (HC-137217)

Percebe-se, portanto, que se houver uma inconstitucionalidade relativa ao artigo 33, §4º por não permitir a progressão de regime aos que cometem crimes contra a Administração Pública, esta estaria também atrelada à impossibilidade do princípio da insignificância nesta modalidade; portanto, para Greco (2019, p. 733), o agente público vê-se prejudicado por não ser agraciado por uma jurisdição que entoe o princípio da razoabilidade ante os crimes cometidos contra a Administração Pública em detrimento do artigo supracitado do Código Penal.

Claras são, portanto, as contradições no cenário jurisprudencial brasileiro no que se refere à tríplice relação entre moralidade da Administração Pública, princípio da insignificância e progressão de regime, pois crimes hediondos que não permitem aplicação do princípio da insignificância permitem, no entanto, a progressão de regime, conforme se verifica no julgado do STF no HC 82.959, enquanto que crimes que ferem a Administração Pública quando cometidos por particulares, como o de descaminho, permitem a aplicação do princípio da insignificância, conforme o julgado do STF no HC 137595, que inclusive contraria a tese do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial 765.216/RS, o que coloca o agente público em severa desvantagem.

Reside, em igual medida, polêmica doutrinária relativa ao artigo 33, §4 do Código Penal. De acordo com Masson (2020, p. 622), o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes contra a administração pública, inclusive na corrupção

passiva. Neste sentido, a Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”. Todavia, Greco (2019, p. 792) manifesta que ao delito de corrupção passiva “poderá ser aplicado o raciocínio correspondente ao princípio da insignificância, excluindo-se da figura típica constante do art. 317 do CP aquelas vantagens de valor irrisório”. Está-se, neste caso, diante de posição doutrinária em desacordo com a citada jurisprudência.

A tese de Greco revela-se plausível ante os julgados colacionados do Supremo Tribunal Federal, sustentando haver controvérsias quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, de tal modo a consagrar-se o princípio da razoabilidade. De acordo com o citado autor: “com a devida vênia não podemos fechar as portas do princípio simplesmente por estarmos diante de crimes dessa natureza”, (GRECO, 2019, p. 733).

Por fim, o princípio da insignificância possui preponderante papel na jurisdição de um país. Roxin (2002, p. 73-74), em sua obra, **Política criminal y sistema del derecho penal**, sustenta que o princípio supracitado, além de permitir a exclusão de crimes de pouca importância, também “se lograria una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país”, estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, preconizado no artigo 1º, III da Constituição Federal.

7 CONCLUSÃO

Com fulcro nas doutrinas e jurisprudências discorridas, percebem-se controvérsias no tocante à possibilidade de progressão de regime em crimes contra a administração pública. A jurisprudência muitas vezes contraria a tese do STF verificada no julgamento do HC 115.154, que possibilitou ao crime de descaminho a aplicação do princípio da insignificância, não se aplicando a mesma tese aos crimes contra a Administração Pública quando praticados por agentes públicos.

A contradição também restou evidente ante o princípio que veste o Código Penal como *ultima ratio*, pois até em crimes hediondos há a possibilidade de progressão de regime, conforme confere o julgado do STF no HC 82.959, enquanto que para crimes de natureza hedionda não há sequer a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância; todavia, o agente público que lesa o erário de maneira ínfima, além de pagar sua pena, não tem possibilidade de desfrutar da progressão de regime, como se não fosse igual aos demais perante a lei, conforme preconiza o artigo 5º, caput, pelo simples fato de ser *agente público*.

Logo, percebe-se que não há relação entre o princípio da insignificância e o princípio da moralidade pública, bem como com a possibilidade de progressão de regime, pois tanto aqueles que ferem a Administração Pública na condição de particulares quanto aqueles que cometem crimes hediondos usufruem respectivamente dos institutos do princípio da insignificância e da progressão de regime, conforme se verifica nas decisões dos Habeas Corpus supracitados e transcritas no capítulo anterior. Portanto, se a moralidade da administração pública e a natureza gravosa do crime hediondo não são suficientes para impedir o benefício do agente particular ante o princípio da insignificância ou da progressão de regime, a única razão para a tratativa diferente do agente público é o fato de este ser revestido de confiança e ser extensão da própria administração.

Neste sentido, é possível que a legislação brasileira permita a progressão de regime para um indivíduo que cometeu estupro, mas não a permita para um agente público que cometeu peculato, ainda que tenha lesado ínfimamente a Administração Pública; bem como permite que o particular que tenha cometido o crime de descaminho contra a Administração Pública usufrua do princípio da insignificância, enquanto que o agente público não usufrui do mesmo princípio, ainda que tenha lesado o erário público em grau muito menor que o agente particular nos moldes do julgado pelo STF no HC 115.154.

Resta evidente que o único fator que afasta o agente público do princípio da insignificância e da moralidade poderia ser somente o fato de este ser uma extensão da Administração Pública e revestido, por consequência, da confiança

desta. Todavia, ainda não há relação entre a confiança atribuída ao agente público e tratativa severa em seu julgamento, pois nos crimes contra a Administração Pública a majorante da pena é sempre enfatizada pela condição de confiança ao cargo do agente, o que reflete apenas no aumento da pena, mas não justifica o afastamento do princípio da insignificância e do benefício da progressão de regime. Portanto, não há na lei penal e constitucional norma que legitime a tratativa demasiadamente severa aos que cometem crimes tipificados no título XI, capítulo I do Código Penal brasileiro.

A posição jurisdicional vergastada atenta contra o princípio da *razoabilidade*, previsto no artigo 59 do Código Penal; contra o princípio da *dignidade da pessoa humana*, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal; bem como contra *direitos e garantias fundamentais* previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 5: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Código penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a lei de execução penal**.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**.

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.**

BRASIL. Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006. Altera os arts. 60 e 61 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, **pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal.**

BRASIL. Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - **Código de processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Súmula nº 599.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H, 17. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Corruption Perception Index. Transparência Internacional – Brasil, 2019. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=CjwKCAjwp-X0BRAFEiwAheRuiwFigJShFzcaAzhWkAKUR21YavJN-jzS47HNxsh3t5RI72DKWB-fXBoC70QQAvD_BwE. Acesso em: 20 de abril de 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal**, volume 3: parte especial (arts. 235 a 359-H). 6. ed. São Paul: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, volume iii, 16. ed. Niterói - RJ: Impetus, 2019.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**, v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo913.htm>. Acesso em 17 de maio de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo938.htm>. Acesso em 17 de maio de 2020.

KATZ, Andrea Scoseria. **Fazendo o Brasil funcionar?** O presidencialismo de coalizão brasileiro aos seus 30 anos e suas perspectivas pós-Lava Jato. Curitiba, vol. 5, n. 3, setembro/dezembro 2018.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo**: teoria, doutrina e jurisprudência, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO: 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORENTE, Vitória Marques. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. **Revista brasileira de estudos da função pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 203-257, maio/ago. 2016.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. In: **Corrupção**: conceitos e reflexões. ROCHA, Alexandre Sergio da. Porto: Juruá, 2018a.

_____. Les manifestations de la corruption: le cas du Brésil. In: **Corruption et droit pénal**. CÉRÉ, Jean-Paul; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (dir.). Paris: L'Harmattan, 2019.

_____. In: **O combate à corrupção no Brasil: novas estratégias de prevenção e enfrentamento**. VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson; OLIVEIRA, Tarsis Barreto (Coord.); OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de (Org). 1. ed. Palmas: ESMAT, 2018b.

ROCHA, Alexandre Sergio da. **Corrupção: conceitos e reflexões**. Porto: Juruá, 2018.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.

SCATOLINO, Gustavo. **Direito administrativo objetivo: teoria e questões**. 5. ed. Brasília: Alumnus, 2017.

SILVA, Lucas do Monte. **O direito penal do inimigo e a corrupção no Brasil**. Polit. crim. vol. 11, nº 21. Santiago, julho, 2016.

STF. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 117488/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 01/10/2013. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259790/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-117488-rj-stf/inteiro-teor-111944814>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 115.154/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 25/06/2013. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23954246/habeas-corporus-hc-115154-rs-stf/inteiro-teor-111847042>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 135.164/MT. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 23/04/2019. **JusBrasil** 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768183386/habeas-corporus-hc-135164-mt-mato-grosso-4001750-212016100000/inteiro-teor-768183393?ref=serp>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 137.217/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 28/08/2018. **JusBrasil** 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768163345/habeas-corpous-hc-137217-mg-minas-gerais-0057023-5320161000000/inteiro-teor-768163355?ref=juris-tabs>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 137.595/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 22/05/2018. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6722324/habeas-corpous-hc-137595/decisao-monocratica-102109003>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STF. HABEAS CORPUS: HC 72936/MG. Relator: Ministro Octavio Galloti. DJ: 22/08/1995. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745735/habeas-corpous-hc-72936-mg/inteiro-teor-100461930>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp 765.216/RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornick. DJ: 26/03/2018. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/563397126/agravo-em-recurso-especial-arep-765216-rs-2015-0207562-5/decisao-monocratica-563397261>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 117488/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 01/10/2013. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24259790/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpous-rhc-117488-rj-stf/inteiro-teor-111944814>. Acesso em 17 de maio de 2020.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 52989 AC/2006/011593-2. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 23/05/2006. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7150542/habeas-corpous-hc-52989-ac-2006-0011593-2-stj/relatorio-e-voto-12870493?ref=juris-tabs>. Acesso em 17 de maio de 2020.

Artigo

A (IN)Constitucionalidade do artigo 33, §4º do código penal brasileiro na vedação à progressão de regime nos crimes contra a administração pública

João Pedro Dornelles Claret, Tarsis Barreto Oliveira

STJ. HABEAS CORPUS: HC 79.823/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 28/03/2000. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780151/habeas-corporum-hc-79823-rj>. Acesso em 17 de maio de 2020.

203 - 230

Artigo

**O SISTEMA DA PERPETUIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA:
ANÁLISE DO USO DOS MAUS ANTECEDENTES ALÉM DO
PERÍODO DEPURADOR DA REINCIDÊNCIA**

CLARA DE ASSIS CARVALHO ROCHA, DANILO BARBOSA NEVES

O SISTEMA DA PERPETUIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: ANÁLISE DO USO DOS MAUS ANTECEDENTES ALÉM DO PERÍODO DEPURADOR DA REINCIDÊNCIA

THE PERPETUITY SYSTEM IN PENALTY DOSIMETRY: ANALYSIS OF THE USE OF BAD ANTECEDENTS BEYOND THE DEBUGHT PERIOD OF RECURRENCE

CLARA DE ASSIS CARVALHO ROCHA

Bacharel em Direito pela Faculdade Integral Diferencial – FACID. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola do Legislativo/Faculdade Adelar Rosado. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro de Ensino Superior Vale do Parnaíba – CESVALE. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Educa Mais-UNIMAIS. E-mail: claradeassisc@gmail.com.

DANILO BARBOSA NEVES

Mestre em Antropologia pela Universidade Federal do Piauí. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. E-mail: daniloneves86@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo analisa a reiteração delitiva e traça um detalhamento específico acerca da dosimetria da pena de um réu portador de maus antecedentes. É realizado um estudo acerca da Teoria da Pena, do sistema trifásico adotado na atual legislação penal brasileira, bem como é investigada, através do método comparativo, a adoção do sistema da perpetuidade para a circunstância judicial dos maus antecedentes e a adoção do sistema da temporariedade para a agravante da reincidência. A presente pesquisa pretende especialmente identificar os pontos principais do julgamento do Recurso Extraordinário 593818/SC, em que o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. É efetuado um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca dos maus antecedentes e da reincidência; é discutido, de maneira explicativa, o surgimento do direito ao esquecimento na seara criminal; e, por fim, é ressaltada a necessidade de assegurar uma correta individualização da pena para os condenados, pautada na proporcionalidade e razoabilidade da reprimenda estatal.

Palavras-chave: Maus antecedentes. Reincidência. Sistema da perpetuidade. Dosimetria.

ABSTRACT: This article analyzes criminal reiteration and outlines specific details about the dosimetry of the sentence of a defendant with a bad record. A study is carried out on the Penalty Theory, of the three-phase system adopted in the current Brazilian penal legislation, and the adoption of the perpetuity system for the judicial circumstance of bad antecedents and the adoption of the temporary system is investigated through the comparative method. for the aggravating factor of the recurrence. This research intends especially to identify the main points of the judgment of Extraordinary Appeal 593818/SC, in which the Federal Supreme Court established the thesis that the five-year limitation period for recidivism, provided for in art. 64, I, of the Criminal Code. A doctrinal and jurisprudential study is carried out on bad history and recidivism; it is discussed, in an explanatory way, the emergence of the right to be forgotten in the criminal area; and, finally, the need to ensure a correct individualization of the sentence for the convicts is highlighted, based on the proportionality and reasonableness of the state reprimand.

Keywords: Bad record. Recurrence. Perpetuity system. Dosimetry.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria da Pena é um dos principais ramos de estudo do direito penal brasileiro e se perfaz na análise das espécies de pena, o modo de sua aplicação, fixação de regimes de cumprimento, investigação de institutos como o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, e os efeitos da condenação. O Código Penal (1940) trata especificamente da aplicação da pena no Título V, Capítulo III, e ao longo dos artigos 59 a 76 aponta os critérios utilizados para uma correta fixação da reprimenda.

A lei conseguiu traçar conceitos sólidos e definir limites sobre a forma como um magistrado deve realizar a dosimetria de uma pena referente a uma condenação criminal, porém surgiram algumas dúvidas ao longo dos anos acerca da correta aplicação das circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal/1940, bem como da aplicação das agravantes e atenuantes. Assim, restou aos órgãos julgadores se debruçarem sobre os questionamentos emergidos, o que fez surgir diferentes entendimentos jurisprudenciais sobre a aplicação da pena.

O imbróglio jurídico mais recente acerca da temática da dosimetria se refere ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 593818/Santa Catarina (BRASIL, 2020), publicado em 23 de novembro de 2020, em que o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que: “não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”.

Dessa forma, a jurisprudência consolidou o entendimento de que deve ser aplicado o sistema da perpetuidade em relação aos maus antecedentes, diferindo da reincidência, na qual a lei previu expressamente a adoção do sistema da temporariedade, ao fixar o prazo de 5 anos para serem consideradas as condenações anteriores do réu, no momento da aplicação da pena atual.

O presente artigo busca, a partir de análise doutrinária e jurisprudencial, reunir conceitos acerca dos maus antecedentes, diferenciá-lo da reincidência, explicar

a evolução no tratamento da dosimetria da pena, examinar a norma jurídica e a influência da recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da não aplicação do período depurador da reincidência para a consideração dos maus antecedentes.

Utilizou-se como instrumento de coleta de informações a pesquisa em livros, internet, artigos jurídicos e jurisprudência, e através do método explicativo, buscou-se entender como ocorre a aplicação da reincidência criminal e dos maus antecedentes na dosimetria da pena. Através do método comparativo foi realizado um estudo de diversos julgados ao longo dos últimos anos, especialmente dos Tribunais Superiores, além de serem apresentados, através de análise doutrinária, os sistemas existentes de aplicação da pena e sua atual forma de aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, que utiliza para a reincidência o sistema da temporariedade e para os maus antecedentes, o sistema da perpetuidade.

2 TEORIA DA PENA E SEUS REFLEXOS NOS MAUS ANTECEDENTES E NA REINCIDÊNCIA

A aplicação da pena é uma das formas materializadas da intervenção do poder punitivo estatal sobre os indivíduos. Segundo Prado (2019, p. 1239) “a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal”.

O sistema criminal brasileiro apresenta na lei, especificamente no capítulo III do Título V do Código Penal, intitulado “Da aplicação da pena”, uma ordem a ser seguida pelo aplicador do direito e tal aplicação da pena ao réu condenado deve sempre pautar-se em preceitos objetivos e subjetivos, positivados e definidos previamente. Ainda que o juiz sentenciante goze de certa discricionariedade na quantificação da pena, deve sempre seguir as diretrizes legais e estar atento a critérios justos e eficazes não só na repressão ao crime, como também na sua prevenção.

A correta aplicação da pena é obrigação estatal e manifestação do Estado Democrático de Direito, na medida que impõe ao réu, sujeito de direitos,

um julgamento embasado em critérios processuais e penais predefinidos. O devido processo legal, aliado à necessidade de fundamentação das sentenças e consequente publicização das decisões, torna a condenação uma expressão do Estado, que deve cada dia mais observar o condenado por um viés social. Neste sentido:

O manejo racional do direito da aplicação da pena decorre não apenas da opção republicana e democrática, mas também do caráter social assumido pelo Estado brasileiro, assunção esta que impele a agência judicial - compreendendo que o sistema penal é um fato de poder e a pena a manifestação deste poder - a cumprir a função social de minorar os efeitos da seletividade do sistema penal e limitar ao máximo a dessocialização provocada pela experiência do encarceramento. (ROIG, 2016, p. 2)

A prévia determinação dos parâmetros para a fixação da pena “tem como finalidade exigir do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos sociais da pena e das garantias constitucionais, em especial a garantia da individualização do castigo” (MACHADO; STORCH, 2014, p. 12).

Assim, deve sempre a condenação atentar não apenas ao caráter punitivista e repressor do Estado, como também satisfazer todas as garantias de ordem constitucional e processual ao acusado, como forma de apresentar uma condenação justa, proporcional ao delito cometido e que atenda à função social da pena.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro adota a Teoria Unitária para explicar os fins e fundamentos da pena. Tal corrente, predominante na atualidade, “visa conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e de prevenção especial” (PRADO, 2019, p. 1248). Dessa forma, a fixação da pena deve pautar-se nas peculiaridades do injusto cometido, para ser capaz de prevenir e retribuir na mesma proporção, sendo capaz de readaptar e reeducar o infrator ao convívio social.

À vista disso, se torna imprescindível descrever o sistema adotado atualmente na dosimetria da pena, a fim de esclarecer os principais pontos da fixação da sanção criminal no ordenamento pátrio, antes de adentrar no estudo do caso concreto.

2.1 Sistema trifásico na dosimetria da pena

Até a reforma da parte geral do Código Penal ocorrida em 1984 adotava-se no Brasil o sistema bifásico, defendido por Roberto Lyra, “em que o juiz num primeiro momento, avaliava as circunstâncias judiciais juntamente com as agravantes e atenuantes para, em seguida, considerar eventuais causas de aumento e diminuição de pena” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 436).

Observa-se que desde o Código Penal de 1940 já havia um viés subjetivista na análise da pena a ser aplicada, consubstanciadas em seis circunstâncias judiciais a serem analisadas na primeira fase da dosimetria, presentes no art. 42 do Código então vigente: antecedentes, personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa, motivos, circunstâncias e consequências do crime. Foi ressaltada, desde então, a necessidade de analisar o réu por fatores internos e externos, como forma de conhecer a sua individualidade moral e social, o que prestigiou sobremaneira o Princípio da Individualização da Pena.

Após a referida reforma de 1984, o sistema trifásico, defendido por Nelson Hungria, foi incorporado ao Código Penal de 1940, expressamente na redação do art. 68, o qual expõe que: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código (circunstâncias judiciais); em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Dessa forma, ficou definido que no cálculo dosimétrico primeiro devem ser consideradas as oito circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal/1940 na fixação da pena-base: culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima; para só depois partir para uma segunda fase, na qual são analisadas as atenuantes e agravantes; e na sequência examinar as causas de aumento e diminuição de pena, em uma 3ª fase.

O sistema trifásico continua prestigiando uma análise do crime de forma subjetiva, afinal das oito circunstâncias judiciais a serem consideradas pelo órgão julgador, cinco possuem a natureza subjetiva, quais sejam a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos do crime. Machado e Storch (2014, p. 12) asseveram que tais circunstâncias subjetivas “possuem um maior grau de abstração, dando abertura para que aspectos psicológicos do julgador façam parte de sua motivação, podendo contribuir para um incremento do punitivismo”.

As circunstâncias judiciais permitem interpretações pessoais por parte do julgador, visto que a lei não conceituou cada uma delas, nem fixou um critério matemático uniforme para o cálculo de cada uma. A forma de emprego das circunstâncias foi construída, então, pela doutrina e jurisprudência ao longo do tempo, que passou a considerar o critério da discricionariedade vinculada do julgador, na qual o magistrado tem obrigação de usar parâmetros legais, bem como deve motivar adequadamente cada circunstância. Guilherme Nucci, em obra específica acerca da individualização da pena, retrata que:

A discricionariedade faz parte da livre escolha do magistrado por um critério valorativo para cada elemento, positivo ou negativo, referente ao fato e ao seu autor, podendo atingir montantes mais elevados ou mais baixos, dentro da faixa abstrata prevista em lei. O fator discricionário é limitado pela motivação, conforme os moldes legais. (NUCCI, 2014, p. 368)

Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça evidenciou que a ponderação das circunstâncias do art. 59 deve seguir a discricionariedade vinculada, de acordo com os elementos concretos presentes nos autos, admitindo que a pena-base seja fixada cada vez mais distante do mínimo legal, conforme o maior número de circunstâncias desfavoráveis. Recentemente, a Sexta Turma do STJ confirmou tal entendimento no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 618167/SC 2020/0265487-6, e anunciou que: “o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz” (STJ,

Agravo Regimental no Habeas Corpus 618167 – SC 2020/0265487-6, Relatora: Min. Laurita Vaz, Sexa Turma, julgado em 23.03.2021).

Assim, observa-se que a jurisprudência se firma na posição de que o julgador deve proceder a uma cautelosa e prudente discricionariedade na dosimetria, a fim de não esbarrar em alguma ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação da reprimenda. É sabido que a lei não definiu um *quantum* específico ou uma fração numérica para a exasperação de cada circunstância, assim essa tarefa coube à jurisprudência se debruçar.

O Superior Tribunal de Justiça e parte da jurisprudência entendia que devia ser aplicada a fração de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável ao réu. Porém, observa-se que é cada vez mais dominante a utilização da fração de 1/8 no cálculo de cada circunstância judicial desfavorável ao réu, inclusive no julgado do Recurso Especial 1852897/RS, a Corte Superior de Justiça, abordou a utilização de tal fração. Na ocasião, o órgão colegiado ressaltou a discricionariedade regrada e motivada do julgador, justificada pela ausência de critério absoluto na fixação da pena-base (STJ, Recurso Especial 1852897 - RS, Relator: Ministro Ribeiro, julgado em 23.09.2020).

Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência ainda não traçou um critério matemático estável sobre a fixação da reprimenda na 1ª fase da dosimetria, o que remonta, novamente, à necessidade do prudente arbítrio do julgador na análise das circunstâncias. Como bem ressalta Junqueira e Vergolin (2019, p. 174), “caberá ao juiz, com seu prudente arbítrio, considerar satisfeita a circunstância e decidir qual a intensidade de sua influência na fixação da pena-base”.

Em relação à segunda fase da dosimetria, é necessário ressaltar que as agravantes e atenuantes são de aplicabilidade obrigatória pelo julgador, ao contrário das circunstâncias judiciais da primeira fase, que são facultativas, ainda que tal discricionariedade seja regrada e motivada. As agravantes estão elencadas taxativamente nos artigos 61 e 62 do Código Penal/1940, bem como se encontram presentes também no decorrer das legislações especiais. Já as atenuantes estão

descritas em rol exemplificativo, e o julgador pode, segundo o art. 66 do Código Penal, atenuar a pena em razão de circunstância relevante não prevista na lei, anterior ou posterior ao crime.

As agravantes genéricas encontram-se no art. 61 do Código Penal, enquanto o art. 62 trata das agravantes no concurso de pessoas. A primeira agravante genérica citada no rol do art. 61 é a reincidência, tema deste estudo.

No que se refere à terceira e última fase da dosimetria, observa-se que as causas de aumento e diminuição da pena, “são circunstâncias obrigatórias ou facultativas de diminuição ou de aumento da pena, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial do Código Penal/1940, bem como na legislação especial, em quantidade fixa ou variável” (MASSON, 2019, p. 1010). Tais majorantes e minorantes não incidem sobre a pena-base e sim sobre o montante resultante da segunda fase. Neste momento, o juiz irá acrescentar ou diminuir a pena por meio de frações numéricas predeterminadas na legislação.

Conforme o exposto, constata-se que o sistema trifásico é constituído de fases bem definidas, que se não forem observadas podem conduzir à nulidade do julgamento. A doutrina destaca que uma característica primordial desse sistema é a hierarquia entre as fases, que consiste na maior valoração de um elemento na fase posterior do que na anterior:

No sistema trifásico de aplicação da pena, é necessário que se respeite a hierarquia das fases, pois os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar mais elevado que a fase anterior. Significa dizer que os elementos que compõem a pena-base não poderão ter um patamar de valoração superior aos elementos que compõem as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que, por sua vez, não terão um patamar que seja superior aos elementos que compõem as causas de aumento e de diminuição. Segundo o autor supramencionado, o objetivo de definir um critério ideal para a fixação da pena-base é para que seja respeitada a hierarquia das fases, não permitindo-se, com isso, diante do caso concreto, que uma circunstância

judicial tenha um patamar de elevação superior à de uma circunstância legal, uma vez que há delitos com intervalo de pena em abstrato bastante reduzido e outros com o intervalo de pena bastante amplo que podem resultar em violação do sistema hierárquico, a depender se o patamar de 1/8 incide sobre a pena mínima ou se sobre o intervalo da pena em abstrato. (Martins *apud* Schimitt, 2019, s/p).

Sendo assim, pode-se concluir que, segundo a hierarquia presente no sistema trifásico, um fator que seja considerado agravante deve ser considerado mais grave do que uma circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a fase anterior desta. Por esse motivo, ficou consignado que quando houver anotação penal sobre algum acusado, deve o julgador considerá-la, em regra, como reincidência, por ser uma agravante contida na 2ª fase, portanto, portadora de maior relevância penal.

Em virtude da hierarquia, infere-se que somente poderá uma anotação penal ser considerada maus antecedentes, quando não for possível considerá-la como reincidência. Sobre a temática, assevera-se ainda que:

O julgador deve ter o cuidado de não valorar uma circunstância judicial em um quantum superior ao que seria obtido caso a valoração fosse postergada para uma etapa seguinte, inclusive no caso em que a anotação penal for apta apenas para valorar os antecedentes (primeira etapa), ainda que não seja apta, obviamente, para valoração da reincidência (segunda etapa), seja porque já expirado o período depurador de cinco anos, seja por ser o fato descrito na folha criminal posterior ao que estar sendo apurado. Isto para evitar distorções na dosimetria da pena, em atenção aos princípios basilares de individualização, hierarquia das fases e da proporcionalidade. (Martins, 2019, s/p).

Por conseguinte, diante da conclusão de que um prévio antecedente criminal do réu deve prioritariamente ser considerado como reincidência, e somente na impossibilidade de sê-lo que tal anotação criminal será tratada como maus

antecedentes, necessário é diferenciar os institutos, como forma de esclarecer o momento e a situação correta de aplicação de cada um deles.

2.2 Análise dos maus antecedentes e reincidência na dosimetria da pena

Conforme já exposto, os antecedentes fazem parte da 1ª fase da dosimetria da pena, momento em que a pena-base é fixada, e consiste na análise da vida pregressa do acusado. A principal forma de constatação utilizada é a análise da folha de antecedentes criminais.

Se tal documento apontar a existência de alguma condenação, conforme explicação de Estefam e Gonçalves (2018, p. 896), deve-se requisitar uma certidão à vara criminal que adveio tal condenação, contendo detalhamentos como a data do crime, quantidade de pena aplicada, data do trânsito em julgado e do início do cumprimento da pena. Esse detalhamento se faz importante, porém a jurisprudência dominante admite que a mera folha de antecedentes pode fazer prova acerca dos antecedentes penais, não sendo obrigatória a expedição de certidão cartorária, tanto que 2019 foi expedida a Súmula 636 do Superior Tribunal de Justiça, que aduz o seguinte: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”.

Outro considerável apontamento a ser feito acerca dos antecedentes, relaciona-se com a necessidade dos registros criminais do acusado se referirem somente a condenações transitadas em julgado, pois não podem ser considerados inquéritos policiais ou ações penais em curso para agravar a pena. A súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, editada com base no Princípio da Presunção da Inocência, consolidou esse entendimento e trouxe a disposição expressa de que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

O Supremo Tribunal Federal também se debruçou sobre a temática e na apreciação do tema 129 de Repercussão Geral, aprovou a tese de que: “A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena” (STF,

Recurso Extraordinário 591.054, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2014).

Observa-se que a lei não definiu o conceito de maus antecedentes e por tal motivo a sua definição é subsidiária à definição da reincidência: o que se referir ao passado criminoso do réu, tiver condenação transitada em julgado e não configurar reincidência, será considerado maus antecedentes. Por essa razão, é importante definir a reincidência.

A reincidência é uma agravante a ser aplicada na 2ª fase da dosimetria. O Código Penal de 1940, no art. 63, define que esta ocorre quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. E complementa a definição no art. 64, inciso I, ao estipular que para efeito de reincidência não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

No inciso II do art. 63, a legislação ainda estabelece que não se consideram os crimes militares próprios e políticos. Portanto, apenas os crimes comuns e os militares impróprios devem ser observados.

Em relação à prática de atos infracionais por crianças e adolescentes, a jurisprudência consolidada das Cortes Superiores também entende que, por ausência de previsão legal, não pode ser aplicada a reincidência com base em infrações cometidas antes da maioridade do réu. A justificativa para tanto, segundo Sanches (2018, s/p) é que: “não obstante o ato cometido pelo inimputável seja correspondente (semelhante) a um ilícito penal, as medidas impostas a ele têm sobretudo o propósito educativo, não se inserem nas clássicas finalidades da pena criminal”.

Além das disposições do Código Penal de 1940, a Lei das Contravenções Penais de 1941, no seu art. 7º aduz que: “verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha

condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

Dessa forma, pelas disposições legais, ocorre a reincidência quando alguém comete um crime após o trânsito em julgado de outro crime, contravenção após o trânsito em julgado de outra contravenção ou uma contravenção após o trânsito em julgado de um crime. Porém, atente-se que não há reincidência na situação específica de cometimento de crime após o trânsito em julgado de uma contravenção, por ausência de previsão legal.

A grande relevância penal da reincidência se mostra evidente quando se analisa as diversas consequências que tal atenuante traz, como: impedir a obtenção de *sursis*, em caso de reincidência por crime doloso (art. 77, I, do CP/1940); determinar que o condenado inicie a pena em regime mais severo (art. 33, § 2º, do CP/1940); vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, II, do CP/1940), caso se trate de reincidência em crime doloso, ou por multa (art. 44, § 2º, do CP/1940); é causa obrigatória de revogação do livramento condicional, quando o agente vem a ser condenado a pena privativa de liberdade por crime cometido durante o período de prova (art. 86, I, do CP/1940); impossibilitar a suspensão condicional do processo e a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, §2º, e 89 da Lei n. 9.099/95); aumentar o prazo prescricional (art. 110, CP/1940) e interromper o seu curso (art. 117, VI, do CP/1940), entre outros.

Além disso, é necessário abordar se é possível incidir reincidência e maus antecedentes em face da mesma condenação anterior. A resposta para o questionamento é negativa. O princípio do *ne bis in idem* impede a dupla valoração de um mesmo registro criminal como reincidência e maus antecedentes, por isso o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 241, que assim aduz: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”

Em face do exposto, verificam-se diversas diferenças entre a reincidência e os maus antecedentes, sendo a mais importante a que se refere ao período depurador

da reincidência, em que somente se consideram as condenações anteriores até o lapso temporal de 5 anos. Já para as condenações mais antigas que o período quinquenal, o entendimento predominante é que podem ser fixadas como maus antecedentes. Percebe-se, então, a importância de saber o lapso temporal entre a condenação de crime anterior e o cometimento de novo crime.

3 SISTEMA DA PERPETUIDADE DOS MAUS ANTECEDENTES

A discussão central deste estudo é entender a decisão exarada pela Suprema Corte, na Tese de Repercussão Geral tema nº 150, que tratou da consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. A referida tese consigna que: “Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”. (STF, Recurso Extraordinário 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18.08.2020).

O processo que originou a discussão pela Corte Constitucional foi o Recurso Extraordinário 593818/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra um acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que não considerou como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 05 (cinco) anos, sob o argumento de que os efeitos da pena não podem ser eternos e que deve ser utilizado o mesmo período depurador do art. 64, I, do CP/1940, que trata da agravante da reincidência.

Ao analisar o caso, e após reconhecida a repercussão geral, tendo em vista a importância do tema, sua intranscendência e relevância jurídico-social, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *leading case* em 18 de agosto de 2020, sob a relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, e por unanimidade fixou a tese supramencionada. Segue abaixo a ementa do julgado:

EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS

ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. 2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal). 3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena. 4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. (RE 593818, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-277 DIVULG 20-11-2020 PUBLIC 23-11-2020)

Observa-se que a Suprema Corte seguiu uma tendência já predominante na jurisprudência, especialmente na Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, pela adoção do sistema da perpetuidade para os maus antecedentes, conforme se percebe de julgados de anos anteriores, tais quais o Agravo Regimental no HC 323.661/MS, HC 452.334/AC e Agravo Regimental no HC 547.176, datados de 2015, 2018 e 2020, respectivamente.

Ademais, após o Recurso Extraordinário 593818/SC pela Suprema Corte, a 5ª Turma do STJ confirmou sua posição anterior, e já em 2021, julgou improcedente um pedido no Agravo Regimental no HC 631.878/SP, referente à valoração dos maus antecedentes no mesmo período quinquenal referente à reincidência, adotando, portanto, o sistema da perpetuidade para os maus antecedentes. (STJ, Agravo Regimental no Habeas Corpus 631.878/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02.02.2021).

Assim, é perceptível a pacificação do entendimento pela jurisprudência nacional, principalmente após a estipulação da repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário 593818/SC, que desde a sua publicação, em 2020, é recomendável que o mesmo entendimento seja aplicado a todos os processos semelhantes em trâmite nos demais tribunais locais.

Porém, percebe-se que parcela considerável da doutrina não entende da mesma forma e defende a inconstitucionalidade da adoção do sistema da perpetuidade aos maus antecedentes. Antes de abordar as críticas a tal sistema, é imprescindível definir os sistemas existentes relativos à eficácia da decisão anterior para efeito de reincidência e maus antecedentes: sistema da perpetuidade, sistema da temporariedade e sistema misto.

3.1 Sistemas aplicados na eficácia de decisão anterior sobre a pena atual

Conforme explicado previamente, o Código Penal definiu expressamente que para fins de reincidência somente podem ser consideradas as condenações anteriores até o período máximo de 5 anos. Assim, ficou clara a adoção do sistema da temporariedade na aplicação da agravante da reincidência.

O sistema da temporariedade é aquele em que, após certo período, a condenação deixa de ser considerada para fins de reincidência. Diversas legislações adotam esse sistema, cada uma com um prazo específico. Damásio de Jesus (2013, p. 615) aponta por exemplo, o Código Penal Argentino, mexicano, suíço, polonês, japonês, chinês, uruguaio, dinamarquês, peruano, alemão, chileno, colombiano, boliviano, paraguaio, panamenho e venezuelano.

Os principais argumentos para a adoção da temporariedade são a vedação da aplicação da pena perpetuamente e uma maior humanização da pena, como forma de evitar uma estigmatização de criminoso ao condenado por vários anos.

A parcela da doutrina que adota o sistema da temporariedade, ancora-se, assim, em princípios constitucionais que vedariam a estigmatização

do condenado por um período protraído no tempo, porquanto o texto constitucional veda a aplicação de pena em caráter perpétuo. Sendo a reincidência o efeito penal secundário e a pena o efeito penal primário e tendo ambas um prazo determinado, é inadequado, seguindo a linha da temporariedade, que os maus antecedentes possam ser protraídos no tempo e utilizados em desfavor do réu por um período indefinido e infinito (CARUSO, 2018, s/p).

Já o sistema da perpetuidade é aquele em que, segundo Damásio de Jesus (2013, p. 615): “não importa o lapso temporal entre o termo *a quo* e a prática de um novo crime: quanto maior o período de tempo, mais firme se mostra a tendência criminosa do agente”. O autor ainda aponta a adoção do sistema da perpetuidade pela legislação inglesa, espanhola, egípcia, grega e italiana.

Observa-se que a legislação brasileira não definiu um critério temporal na consideração de uma condenação como maus antecedentes. Por isso, tal tarefa ficou a cargo da jurisprudência, que definiu recentemente pela aplicação do sistema da perpetuidade, ao fixar pela não aplicação do período depurador quinquenal da reincidência aos maus antecedentes.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro adota, atualmente, o sistema da temporariedade para a reincidência e o sistema da perpetuidade para os maus antecedentes, porém não utiliza em nenhuma situação o sistema misto que, na definição de Damásio de Jesus *apud* Carrara e Brusa (2013, p. 615) é aquele que: “permite a atenuação da agravação resultante da recidiva em proporção ao tempo decorrido: quanto maior o tempo entre a condenação anterior e a prática do novo crime, menor é a agravação da segunda pena.”

O sistema misto privilegia sobremaneira a proporcionalidade e equilibra melhor a punição, ao identificar quando a recidiva criminal é uma constante na vida do sujeito e punir com mais rigor aquele que em menor tempo recai no cometimento de delitos, mas também não deixa de beneficiar o indivíduo que não tem nenhuma condenação prévia.

Em outro viés, a adoção do sistema da perpetuidade é alvo de críticas pelos estudiosos da área, quando ressaltam que os maus antecedentes devem ser tratados como um efeito secundário da pena e, portanto, não devem ter um caráter perpétuo, já que até mesmo o efeito primário da condenação tem período certo para extinguir, na duração máxima de 40 anos, conforme o art. 75 do Código Penal de 1940.

O tratamento dispensado aos maus antecedentes, circunstância a ser aplicada na 1ª fase da dosimetria, segundo os defensores desta corrente, deveria ser mais brando ou semelhante ao da reincidência, visto que esta se encontra em situação hierárquica superior na análise dosimétrica, na 2ª fase. Portanto, há um possível desrespeito à hierarquia do sistema trifásico, afinal

O conceito de maus antecedentes não poderia ser mais amplo do que o de reincidência, uma vez que se fosse essa a intenção do legislador, os maus antecedentes figurariam como causa de aumento de pena (3ª fase) e não como circunstância judicial (1ª fase) que são menos graves do que as agravantes (2ª fase), sendo que com esta mesma razão, não se poderia justificar que o direito ao esquecimento deva ter um prazo maior do que o período depurador da reincidência (COIMBRA, 2019, s/p).

A maioria dos autores que defendem a adoção do sistema da temporariedade ao réu portador de maus antecedentes, expõem que estaria sendo aplicada uma analogia *in malam partem*, caso o sistema da perpetuidade fosse acolhido.

Ao procurar justificativas para a adoção do tratamento mais maléfico ao condenado portador de maus antecedentes do que ao reincidente, Sannini Neto (2014, s/p) afirma que “a única razão que justifique esse tratamento diferenciado se relaciona, justamente, ao fato de que os maus antecedentes traduzem todo o histórico criminal do agente e não apenas aquelas condenações transitadas em julgado que não são aptas a gerar reincidência”.

Porém, tal raciocínio não se mostra aplicável atualmente, pois, conforme visto anteriormente, inquéritos e ações penais em curso, atos infracionais, nem

condenações sem trânsito em julgado podem ser levadas em consideração para a análise dos maus antecedentes. Assim, a diferenciação baseada nesse ponto se mostra inviável.

Outra crítica bastante presente na doutrina e jurisprudência se refere à um possível direito ao esquecimento, a ser aplicado na esfera criminal. Tal ideia já existia antes da prolação da tese aqui em discussão, e seus reflexos perduram mesmo com a inovação jurisprudencial, visto que o Superior Tribunal de Justiça deixou de considerar condenações muito antigas como maus antecedentes em julgamento recente, seguindo uma tendência preexistente.

3.2 Direito ao esquecimento do réu portador de maus antecedentes

O direito ao esquecimento é originário do direito civil e se refere à possibilidade de uma pessoa deixar de ser associada a ocorrência de algum fato da vida longínquo e que traz repercussões negativas na atualidade para o sujeito. A temática é retomada constantemente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e alcançou também a seara criminal, pois diversos condenados alegaram a desproporcionalidade e ausência de razoabilidade na consideração de condenações antigas como maus antecedentes.

Esse argumento mostra-se coerente, afinal, conforme defendem Pêcego e Silveira (2013, p. 9): “se a pena não pode ser perpétua e possui um limite temporal máximo de cumprimento, por certo, não é possível admitir que o efeito de antecedente criminal provocado pela sentença penal possa subsistir por prazo indeterminado.”

O Superior Tribunal de Justiça já vinha analisando favoravelmente as situações em que o réu detivesse condenações com grande lapso temporal com a condenação atual, deixando de aplicar as condenações na dosimetria da pena, e mesmo após o surgimento da tese oriunda do Supremo Tribunal Federal de que os maus antecedentes devem ser aplicados além do período estipulado para a reincidência, o STJ, especificamente a Sexta Turma, continuou a aplicar o direito

ao esquecimento. O caso se tratava de um réu que detinha condenações datadas de 2001 e 2007 e foi abordado no julgado justamente o extenso lapso temporal transcorrido entre as condenações pretéritas e a atual (STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 1875382 MG 2020/0119085-1, Relator: Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/10/2020).

A Corte Superior, então, continuou a aplicar o direito ao esquecimento em casos de condenações muito antigas, porém é notável que o entendimento encontra uma certa fragilidade, pois não há ainda definição acerca da quantidade de tempo que deve ser considerado antigo, a fim de deixar de considerar uma condenação como maus antecedentes. Ao analisar a aplicação do direito ao esquecimento pelo STJ, Bach e Stoco ressaltam que:

As decisões exaradas não estabeleceram critérios para a delimitação temporal dos antecedentes, limitando-se a referi-los como “muito antigos” ou a mencionar o “longo período decorrido desde as condenações” como nos casos do Recurso Especial nº 1707948 e Habeas Corpus nº 391015, respectivamente. (BACH; STOCO, 2020, p. 16-17).

Mais uma vez, a discricionariedade do julgador entra em cena, pois até o momento, não há consenso acerca do critério temporal a considerar uma condenação como antiga ou não, mostrando-se prudente que o magistrado, quando for fixar a sentença e observar a inexistência de multirreincidência e que a condenação anterior tem tempo muito superior a 5 anos, deixe de aplicar a circunstância judicial dos maus antecedentes, até mesmo pela ausência de obrigatoriedade de sua fixação, que o sistema trifásico permite na 1ª fase da dosimetria.

3.3 Possível colisão entre o Princípio da Individualização da Pena e da Isonomia com o Princípio da vedação às penas de caráter perpétuo

Após tecer comentários acerca do direito ao esquecimento às condenações muito antigas de um réu, é necessário avaliar aspectos primordiais que surgiram durante a sessão de julgamento do Recurso Extraordinário 593818/SC.

O primeiro deles foram os argumentos levantados pela Defensoria Pública da União e pelo Grupo de Atuação Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores, na qualidade de *amicus curiae*, acerca da necessidade de equiparar o período depurador de 5 anos da reincidência aos maus antecedentes, em razão da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo, bem como aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

Os argumentos utilizados pelos representantes da Defensoria Pública partem principalmente do pressuposto que é desproporcional deixar de fixar um marco temporal para os maus antecedentes, que é circunstância judicial, enquanto é aplicado um prazo fixo para uma agravante, que deve ser encarada com maior gravidade no sistema trifásico.

Além disso, defendem que ao aplicar os maus antecedentes por prazo indeterminado, estaria sendo empregada uma pena de caráter perpétuo ao réu, nos moldes do que veda o art. 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição da República de 1988, ao mesmo tempo em que se haveria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao não permitir que o condenado seja efetivamente reinserido no meio social de forma proveitosa, ao carregar para sempre o estigma da condenação.

Sob outra perspectiva, é primordial avaliar os argumentos utilizados pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que também atuou como *amicus curiae*, bem como da Procuradoria Geral da República, atuante na qualidade de fiscal da ordem jurídica, que abordaram a necessidade de respeito aos princípios da individualização da pena e da isonomia, ao deixar de se aplicar o período depurador presente no art. 64, I, do CP/1940 para os maus antecedentes.

Os representantes do Ministério Público ressaltaram a necessidade de uma condenação garantir punição, prevenção e credibilidade à população, e que se os institutos da reincidência e dos maus antecedentes forem encarados de modo semelhante, não haveria uma adequada individualização da pena, já que criminosos que possuíssem algum histórico criminoso acabariam por equiparar-se na pena à alguém sem nenhuma condenação prévia, o que acabaria ferindo o princípio da isonomia e retiraria o caráter suficiente de reprovação ao crime.

Além disso, foi explanado que a definição de reincidência e maus antecedentes não pode tornar-se unificada, pois cada instituto se refere à uma circunstância diferente. Enquanto a reincidência é efeito da condenação e apenas externa ao crime, os maus antecedentes devem ser considerados intrínsecos ao crime, e fazer parte ontologicamente da análise conjuntural da 1ª fase da dosimetria, em conjunto com todas as outras circunstâncias previstas no art. 59 do CP/1940, devendo ser aplicado, ainda, discricionariamente, pelo julgador. Os maus antecedentes, portanto, devem ser utilizados através de critérios mais subjetivos, em que se considera toda a vida pregressa do acusado, e não aspectos puramente temporais, como na reincidência.

No decorrer do julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se filiou ao entendimento do Ministério Público e considerou que ao afastar o período depurador da reincidência aos maus antecedentes, não se estaria implantando no Brasil alguma pena perpétua, mas tão somente haveria um asseguração da opção político-criminal adotada pelo legislador de não afastar por completo as condenações mais antigas do réu, o que prestigiou sobremaneira a igualdade, já que um réu primário não poderia ter pena semelhante a de um réu com passagens criminais, se condenados pelo mesmo delito, na mesma situação fática, o que acabou por assegurar também a adequada individualização da pena.

Os ministros ressaltaram a gravidade do crime que estava sendo objeto de julgamento: tráfico de drogas, além de corrupção de menores, e que a discricionariedade a ser utilizada pelo magistrado na fixação da pena é outro fator que deslegitima o entendimento da fixação dos maus antecedentes sobre condenações superiores a 5 anos serem encaradas como pena de caráter perpétuo, afinal o julgador pode sempre deixar de aplicar as circunstâncias na 1ª fase da dosimetria, se entender que não são necessárias para prevenção e repressão do crime.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática da reincidência criminal e dos maus antecedentes no Brasil é objeto de estudo permanente pelos estudiosos da área penal, devido aos

altos índices de reingresso de condenados ao sistema prisional, bem como é matéria constante na análise da jurisprudência, que é provocada ante as diversas lacunas existentes na lei, tanto que já foi amplamente discutido, alhures, a constitucionalidade da reincidência pelo Supremo Tribunal Federal.

A ausência de ressocialização e a precariedade do sistema prisional, considerado um verdadeiro “estado de coisas inconstitucional”, como bem definiu a Suprema Corte anteriormente, corroboram para que um condenado sofra diversas consequências extrapenais ao sair do sistema prisional, o que leva a perceber que os efeitos criminógenos estão presentes para a grande maioria da população carcerária.

Como as políticas públicas são bastante falhas nesse sentido da ressocialização, as várias críticas ao sistema da perpetuidade dos maus antecedentes se mostram valiosas, pois a maioria se origina de uma análise político-criminal da reiteração da delinquência.

Porém, não se pode deixar de destacar que a atual decisão do Supremo Tribunal Federal de não considerar a aplicação do prazo quinquenal de prescrição da reincidência para o reconhecimento dos maus antecedentes, não é capaz de violar a garantia constitucional da vedação às penas de caráter perpétuo, pois em nenhum momento do julgamento houve uma estipulação de que as condenações anteriores de um réu podem ser utilizadas ad eternum. O que o Tribunal Constitucional fez foi apenas desvincular os prazos de um instituto ao outro, sobre a principal justificativa de que se fosse a intenção do legislador igualar os prazos da reincidência com o dos maus antecedentes, ele teria deixado expresso em algum artigo do Código Penal, o que não ocorreu.

Não houve por parte dos ministros do STF nenhuma espécie de incentivo ao uso de condenações antigas como maus antecedentes, e sim uma discussão que se restringiu a analisar a necessidade de isonomia e a defesa do princípio da individualização da pena, como forma de impedir qualquer precedente para que se equipare, por exemplo, no futuro, um criminoso a um réu primário.

O caso em julgamento mostrou-se apenas como uma resposta inicial a uma omissão legislativa, e a discussão acerca da temporariedade dos antecedentes criminais ainda deve evoluir nos próximos anos, tendo em vista a ascensão da discussão acerca do direito ao esquecimento no âmbito criminal. Ainda não se sabe se os Tribunais Superiores irão adotar algum critério temporal para definir até quando uma condenação pode incidir na dosimetria como maus antecedentes, ou se a jurisprudência irá deixar a fixação a critério dos julgadores, considerando a discricionariedade que permeia a dosimetria.

O que se espera é que sempre esteja garantida a proporcionalidade e a razoabilidade na reprimenda estatal, e se sugere que cada vez mais o ordenamento abandone o sistema da perpetuidade e passe a adotar o sistema misto aos maus antecedentes, para que condenações mais antigas possam ser tratadas com menor gravidade na dosimetria da pena do que condenações mais recentes.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion; STOCO, Isabela. Direito ao esquecimento e (alguns) reflexos no direito penal. **Revista De Direito Da FAE**, v. 2, n. 1, pág. 261 – 290, 09 jun. 2020. Disponível em: <https://revistadedireito.fae.edu/direito/article/view/45/36>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Vade Mecum Juspodvium. 7 ed. Salvador: Juspodvium, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.688, 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais**. Vade Mecum Juspodvium. 7 ed. Salvador: Juspodvium, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1852897 - RS**, de 23/09/2020. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172244192/recurso-especial-resp-1852897-rs-2019-0369543-8>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC 618167 – SC 2020/0265487-6**, de 23/03/2021. Sexta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205696385/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-618167-sc-2020-0265487-6>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no HC 631878 SP 2020/0328268-1**, de 02/02/2021. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172220920/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-624626-sp-2020-0297084-1/inteiro-teor-1172220930>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1875382 MG 2020/0119085-1**, de 20/10/2020. Sexta Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818700/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1875382-mg-2020-0119085-1/inteiro-teor-1113818720>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 636**. A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/>

Comunicacao/Noticias/Terceira-Secao-aprova-sumula-sobre-registro-de-antecedentes-criminais.aspx. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. **Recurso Extraordinário nº. 593818** de 18/08/2020. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. **Recurso Extraordinário nº. 591.054** de 17/12/2014. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CARUSO, Vitória da Costa. **Perpetuidade ou Temporariedade dos maus antecedentes penais: uma análise das interpretações do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal**. 31 jul. 2018. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52089/perpetuidade-ou-temporariedade-dos-maus-antecedentes-penais-uma-analise-das-interpretacoes-do-superior-tribunal-de-justica-e-supremo-tribunal-federal#_ftn9. Acesso em: 23 jun. 2021.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **A definição de maus antecedentes à vista dos votos já proferidos no RE 593818 em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. 24 ago. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/2953/a-definio-de-maus-antecedentes-vista-dos-votos-j-proferidos-no-re-593818-em-repercusso-geral-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 24 jun. 2021.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**

esquemático: parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-Book.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-Book.

MACHADO, E.B.L. do A.; STORC, M.M.L. Os espaços de discricionariedade na dosimetria da pena e tendências do populismo punitivo – Um estudo de caso com sentenças da Justiça Federal (Pernambuco e Ceará) sobre tráfico internacional de entorpecentes. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 147-174, dez. 2014. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/357>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MARTINS, Ronny Roberto Jose. **Dosimetria da pena: critérios para a fixação da pena privativa de liberdade e a desproporcionalidade na aplicação da pena.** dez. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83173/dosimetria-da-pena-criterios-para-a-fixacao-da-pena-privativa-de-liberdade-e-a-desproporcionalidade-na-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120).** vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena.** 6 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014. E-book.

PÊCEGO, A.; SILVEIRA, S. Antecedentes e reincidência criminais: necessidade de releitura diante dos novos paradigmas do direito penal. *In:* XXII Encontro Nacional Curitiba-CONPEDI, p. 103-117, 29 mai-01 jun 2013, Curitiba. **25 anos da constituição cidadã: Os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da república.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297b631a88835f89>. Acesso em: 25 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. vol 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.117, ano 23, novembro-dezembro 2015. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.14.PDF. Acesso em: 24 jun. 2021.

SANCHES, Rogerio. **Teses do STJ sobre a aplicação da pena – circunstâncias judiciais (2ª parte)**. 7 dez. 2018. Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/07/teses-stj-sobre-aplicacao-da-pena-circunstancias-judiciais-2a-parte/>. Aceso em: 22 jun. 2021.

SANNINI NETO, Francisco. **Análise de maus antecedentes em processos penais possui divergências**. 25 jun. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-25/analise-maus-antecedentes-processos-penais-possui-divergencias>. Acesso em: 22 jun. 2021.

231 - 247

Artigo

**A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL NA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA**

TALMY TERCIO RIBEIRO DA SILVA JUNIOR, JOÃO DE DEUS DUARTE NETO

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E PORTUGUESA

THE REASONABLE DURATION OF THE CRIMINAL PROCEDURE IN BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGISLATION

TALMY TERCIO RIBEIRO DA SILVA JUNIOR

Advogado; Especialistas em ciências jurídicas pela Fórum; Mestre em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa; Procurador de carreira do município de Altos; Professor de Direito das disciplinas de Processo Penal e Direito Eleitoral; Sócio do escritório jurídico Caldas, Ribeiro & Santos Sociedade de advogados.

JOÃO DE DEUS DUARTE NETO

Advogado. Bacharel em Direito pela Associação de Ensino Superior do Piauí, E-mail: advogadojoaoduarte@gmail.com

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar a duração razoável do processo penal, com foco no posicionamento doutrinário e jurisprudencial na legislação brasileira e Portuguesa. Além disso, busca mostrar como o Princípio da Razoabilidade atua de forma a limitar o arbítrio da fixação da medida cautelar, impedindo a ocorrência de constrangimento ilegal ao acusado. Busca ainda, com base nos princípios constitucionais, fonte base para a perpetuação do Estado Democrático de Direito, principalmente em relação ao respeito à dignidade da pessoa humana. Ao final, conclui-se com a idéia, que é basilar, de que o Poder Judiciário filie-se ao princípio da celeridade, visando não exceder o prazo razoável da prisão preventiva, para que não haja danos para o denunciado, impondo-se sanções processuais pelo descumprimento.

Palavra-chave: Processo Penal; Medida Cautelar; Princípio da Razoabilidade.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the reasonable length of criminal proceedings, focused on doctrinal and jurisprudential position in the Brazilian legislation and Portuguese. Moreover, it seeks to show how the Principle of Reasonableness acts to limit the discretion of setting the injunction, preventing the occurrence of illegal constraint to the accused. Search also based on constitutional principles, the source base for the perpetuation of the democratic rule of law, especially with regard to respect for human dignity. In the end, concludes with the idea, which is fundamental, that the judiciary joined the principle of speed in order not to exceed the reasonable period of probation, so there is no reported damage to, imposing sanctions by procedural noncompliance.

Keyword: Criminal Procedure, Injunctive Relief; Principle of Reasonableness.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira, com o advento da Emenda Constitucional 45, acrescentou formalmente ao inciso LXXVIII¹ do artigo 5º da Carta Magna o

1 BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

direito a uma duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação entre os direitos e garantias fundamentais constitucionais. Assim, veio consagrar o princípio da razoabilidade como ponto primordial para dentro dos julgamentos do Poder Judiciário.

A idéia de razoável duração do processo pode ser observada inicialmente nas declarações internacionais de direitos humanos. Dentre outros tratados podemos citar a Convenção de Roma, de 1950, que objetivamente trouxe em seu texto legal a preocupação com a duração razoável do processo, em seu art. 6º, § 1º, o qual estabelece: “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de uma prazo razoável”².

No artigo 5º, § 3º da mesma declaração internacional, preceituou-se sobre a aplicação de limitação temporal, mais especificamente para as hipóteses de prisão cautelar:

Toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1º, c, do presente artigo, deve ser trazida prontamente perante um juiz ou um outro magistrado autorizado pela lei a exercer a função judiciária, e tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade durante a instrução. O desencarceramento pode ser subordinado a uma garantia que assegure o comparecimento da pessoa à audiência.

Posteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 9º, nº 3, passou a determinar que:

Qualquer pessoa acusada de um crime, quer esteja presa cautelarmente, quer esteja respondendo ao processo em liberdade, tem direito a ser julgada sem dilações indevidas. Porém, se o acusado estiver preso, tem o direito de ser julgado em um prazo razoável, sob pena de ser posto em liberdade.³

2 Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1950,s.p.

3 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966, s.p.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de dezembro de 1969, trouxe regramentos sobre o tema do tempo razoável do processo. A partir da incorporação desta convenção, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, no ordenamento jurídico, o direito fundamental a um processo em prazo razoável passou a integrar o direito brasileiro.

De acordo com NERY JÚNIOR⁴, No intuito de enfatizar tal preceito, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou formalmente ao inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna o direito a uma duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação entre os direitos e garantias fundamentais constitucionais.

Apesar da referência constitucional ser direcionada para a duração processual como um todo é através desse preceito que podemos concluir acerca da garantia de que, ninguém possa ser mantido preso, durante o processo, além do prazo razoável, seja ele definido em lei, seja ele alcançado por critério de ponderação dos interesses postos em confronto dialético. É dizer, todos têm o direito de ser julgado em prazo razoável e também o direito de não serem mantidos presos por prazo não razoável.

Para NERY JÚNIOR⁵, Não obstante tal preceito:

O Princípio da Razoabilidade também se evidencia implicitamente na Constituição Federal, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpida no art. 1º, inciso III da CF, no direito fundamental que expressa vedação constitucional à tortura e tratamento desumano ou degradante conforme artigo 5º, inciso III da CF, da garantia do devido processo legal no artigo 5º, inciso LVI da CF e do direito do contraditório e da ampla defesa previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

4 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 312.

5 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 312.

2 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DO PROCESSO NA ESFERA CONSTITUCIONAL

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45/2004 a efetiva prestação jurisdicional foi erigida a princípio fundamental, pois foi acrescentado o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, o princípio do prazo razoável do processo: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Percebe-se que o princípio da duração razoável do processo era corolário do princípio do devido processo legal; contudo, após a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004) o que houve foi a elevação do princípio da duração razoável do processo, à categoria de princípio constitucional fundamental, que ganha sem dúvida novo realce.

Para MIRABETE⁶, os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental demonstram a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que a jurisdição não deve ser apenas “prestada” pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar esse objetivo.

As recentes alterações no cenário social da atualidade caracterizam-se pelo surgimento de novos e outros direitos e, portanto, novas demandas, exigindo que o Estado esteja suficientemente preparado para enfrentar os desafios da sociedade contemporânea, de forma a garantir a plena efetivação dos direitos consagrados.

Nessa nova perspectiva o Estado deve preparar-se a fim de que possa atender às novas demandas que lhe são impostas, vindo a obter êxito no atendimento das lides que lhe são direcionadas e tendo como tarefa essencial garantir o pleno acesso à justiça.

6 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Cumprir registrar que não há fixado o que seria exatamente o prazo razoável de um processo. Segundo AURY LOPES JR⁷, seria a correta observação dos prazos, evitando as etapas mortas do processo:

Dilações indevidas, aqui, devem ser entendidas como ‘atrasos ou delongas que se produzem no processo por não-observância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual do outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

Para MENDONÇA⁸, há necessidade de se fixar um prazo em lei. Afirma:

O dever legal de se fixar por lei o prazo de duração razoável da relação jurídica deriva da própria natureza do Estado Democrático de Direito. Assim, somente após a manifestação dos representantes do povo, e em obediência aos princípios da legalidade e do devido processo legal se estará dando integral cumprimento ao estabelecido no diploma de direitos humanos.

Outro autor que se envereda por este mesmo caminho é AURY LOPES JR⁹, que afirma: “as pessoas têm direito de saber, de antemão e com precisão, qual o tempo máximo que poderá durar um processo concreto... É inerente às regras do jogo... é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão”.

Concluindo, NICOLITT¹⁰ adverte:

7 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117.

8 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. 74.

9 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117.

10 LUIZ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.

O prazo razoável de duração do processo está positivado na Constituição no artigo 5º nos incisos:

Art. 5º. (omissis)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Para Aury Lopes Júnior¹¹, É imprescindível que seja posta uma sanção pela demora processual a exemplo do que ocorre na prisão temporária prevista na lei 7.960/89 vem verificar esses embasamentos.

Contudo, deve o juiz colocar em liberdade o acusado que não foi julgado no prazo razoável, inclusive após a prolação da sentença condenatória se ainda houver recurso. Não sendo assim, estaria o apenado sofrendo uma punição antecipada, violando, portanto, princípio da presunção de inocência.

11 JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÔ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. p. 105.

3 O DIREITO A DURAÇÃO RAZOÁVEL NO PROCESSO PENAL E A PRISÃO CAUTELAR

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar. Trata-se de uma prisão de caráter excepcional, de natureza processual, podendo ser decretada pelo juiz em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal, sempre que presentes os requisitos legais estabelecidos nos artigos 311 a 316 do código de processo penal.

A prisão cautelar não se destina a fazer justiça, e sim garantir o bom funcionamento do processo penal de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; desta forma sua característica básica é a instrumentalidade qualificada.

A falta de estabelecer um prazo processual à prisão preventiva viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além de antecipar uma pena.

A reforma processual penal realizada em agosto de 2008 permaneceu utilizando-se do critério do não-prazo, omitindo-se em relação à fixação de limites para o tempo da prisão cautelar preventiva.

Para MIRABETE¹², a indeterminação do tempo da prisão cautelar preventiva, mesmo após a reforma do CPP, coaduna a necessidade de utilização do princípio da Razoabilidade como fator determinante para estabelecer os contornos de duração daquela medida.

Atualmente não há qualquer critério para limitar o tempo da medida cautelar, havendo a imperiosidade de análise da razoabilidade como fixador do prazo máximo de duração da prisão preventiva e conseqüente verificação de constrangimento ilegal em face do acusado encarcerado.

Nesse sentido, tem-se a análise de NUCCI¹³ que, verificando as reformas do CPP, afirma que:

12 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.p. 220.

13 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008. p. 603.

(...) inexistente em lei, um prazo determinado para sua duração da prisão preventiva. A regra é que perdure, até quando seja necessário, durante a instrução, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória bem como o trânsito em julgado da decisão condenatória. Torna-se muito importante, entretanto, respeitar a razoabilidade de sua duração, não podendo transpor os limites do bom senso e da necessidade efetiva para instrução do feito.

Verificando a necessidade de análise do Princípio da Razoabilidade frente a qualquer situação fática que envolva a prisão cautelar do indivíduo, parece claro que a partir da reforma do Código de Processo penal, omissão do legislador em tomar para si a responsabilidade de determinar o prazo da medida cautelar com a reforma processual da ao princípio constitucional da razoabilidade um status ainda maior.

Neste sentido, a duração razoável do processo deixa de ser apenas um norteador das decisões jurisprudenciais e passando a ser o único meio de fixação do tempo da prisão preventiva e delimitação do excesso de prazo de tal medida, sendo a melhor forma de coadunar a regra processual penal com os preceitos e garantias constitucionais.

Segundo lição de Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁴, nos últimos anos, o TEDH tem acrescentado em suas decisões que, “a duração prolongada da prisão cautelar somente estará justificada se houver uma real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência”.

Continua Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁵:

Chamam atenção para o fato de que o dispositivo constitucional brasileiro o qual prevê o prazo razoável, apesar de se embasar na Convenção Americana de Direitos Humanos, não prevê, de forma expressa, um direito equivalente

14 LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 41.

15 LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 43.

ao assegurado no artigo da CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, qual seja, o direito de o acusado preso ser colocado em liberdade, se a duração do processo excede ao prazo razoável.

Deste modo, assegura Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁶, que:

Apesar de não haver esse entendimento na Constituição Federal, pela conjugação do inciso LXXVIII com o inciso LXV, pode se concluir que existe de forma explícita no ordenamento jurídico o direito de o acusado ter sua prisão imediatamente relaxada se a duração do processo penal exceder ao prazo razoável.

Para que não venha causar um dano irreparável ao acusado, é indispensável que a prisão preventiva tenha um prazo definido. Sabendo que o ordenamento jurídico se omitiu nesse sentido, cabe ao julgador diante do caso concreto dar limites e verificar se a prisão cautelar é abusiva e se foram verificados os requisitos da prisão e o princípio da razoabilidade.

Conforme leciona CAPEZ¹⁷, observamos que a legislação brasileira não prevê limite temporal à duração do processo penal, tampouco as Cortes Internacionais, situação que dificulta a definição de “prazo razoável”.

Entretanto, essa ausência de fixação legal acerca dos prazos máximos para duração do processo e da medida cautelar preventiva no ordenamento jurídico brasileiro surge em decorrência da opção do legislador de utilizar-se da “doutrina do não-prazo”, também utilizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸.

16 LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009. p. 38.

17 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

18 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 153.

Para Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró¹⁹, haja vista, a inexistência de previsão legal, a Corte Européia, passou a analisar alguns critérios para aferição da razoabilidade da prisão cautelar. Assim, adotou a “teoria dos três critérios: a) complexidade do caso; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciárias.

Percebe-se, portanto, que a ausência de fixação legal do prazo razoável da medida cautelar preventiva deixa nas mãos do julgador o poder de delimitar o tempo dessa prisão, levando em conta requisitos eleitos conforme seu entendimento para dirimir a questão, não havendo qualquer parâmetro legal para análise da razoabilidade da medida.

4 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O PRAZO RAZOÁVEL DA PRISÃO PREVENTIVA

Em vista dos fatos, faz-se necessário analisar de que forma o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o Princípio da Razoabilidade em suas decisões, as quais versaram sobre o excesso de prazo da prisão preventiva.

Como já foi explanado, a análise do princípio da razoabilidade depende de três critérios: a) complexidade do caso; b) a conduta das autoridades judiciárias e; c) a conduta do acusado e defesa e ao longo do feito.

Por outro lado, não existe fundamentação que justifique a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa confirmada, configurando-se um excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar.

Leciona nesse sentido NORONHA²⁰ que: não pode o Poder Judiciário atribuir culpa ao réu sem antes averiguar os fatos, o que, de certo modo traduz situação

19 LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

20 NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 197.

anômala que compromete a efetividade do processo. Tal fato, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa, ou seja, o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas, conforme traduz o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição.

Neste aspecto traz a jurisprudência:

E M E N T A: PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - “HABEAS CORPUS” CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DEFERIDO²¹.

Em uma situação que se configura a um indiciado o excesso de prazo na sua prisão cautelar, classifica-se como um verdadeiro abuso, mesmo, ainda que se trate de pessoa acusada do cometimento de um crime hediondo. Conforme aduz a Súmula 697 do Supremo Tribunal Federal²², a duração abusiva e irrazoável da prisão cautelar do acusado, ofendem principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como fonte inspiradora de todo o ordenamento jurídico constitucional.

Todavia, NICOLITT²³ afirma que:

Na ausência de critérios objetivos para a decretação da medida restritiva de liberdade é que se identifica uma falha de nosso ordenamento: o fundamento de garantia da ordem pública é insuficiente para preencher a necessidade

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 83237 – Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 17/03/05.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 697. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo.

23 LUIZ NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 203.

de obediência aos parâmetros de legalidade estrita exigidos por força do princípio constitucional do devido processo legal.

Não se pode justificar a permanência de uma pessoa, sem culpa na prisão, sem que justifique por um simples capricho processual. A Constituição de 1988, a qual recepcionou de forma plena os direitos humanos, configurando-os como fundamentais, não pode ser simplesmente, ignorada pelos aplicadores da lei.

Deste modo, observamos que em determinados casos o Supremo Tribunal Federal, tem atuado no sentido de relaxar a prisão do acusado, por excesso de prazo, sem contudo prever prazo razoável para sua concessão.

5 O DIREITO A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em 7 de dezembro de 2000, em Nice, repete a disposição da Convenção européia, no artigo 47, pelo qual é direito de todos a celeridade processual. Na Constituição portuguesa, o direito a duração razoável do processo vem conjugado com a presunção de inocência.

Segundo o artigo 32, n. 2, da Constituição Portuguesa²⁴: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Aplicado ao princípio da Razoabilidade do Processo, o sistema processual penal português, impõe ao juiz a obrigação de revisar a cada 3 meses a medida cautelar decretada e verificar se ainda permanecem os motivos e pressupostos que a autorizaram, conforme preceitua o artigo 213.1, do referido diploma legal.

Além disso, se após o transcurso de 6 (seis) meses da prisão ainda não tiver sido iniciado o processo, com efetiva acusação, a pessoa presa cautelarmente

24 Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. acessado em 25 de Janeiro de 2012.

deverá ser posta em liberdade, mas isso sem deixar de prever a possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade, eis que, permite-se extrapolar o prazo em questão, diante de situação de excepcional complexidade.

Ainda no sistema do Código Penal Português, artigo 215.1.b., verifica-se que extingue a prisão preventiva pelo transcurso de 10 (dez) meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão. Também como regra geral, o Código Penal Português prevê que se passados 18 meses sem sentença (art. 215.1.c) ou 2 anos sem trânsito em julgado (art. 215.1.d), deve o acusado ser posto em liberdade, salvo se a gravidade do delito ou sua complexidade justificar a ampliação do prazo.

Percebe-se, portanto, que o sistema jurídico Português buscou delimitar a fixação de prazos para regular a duração razoável do processo, diferente do nosso sistema jurídico, que adota o “não-prazo” e nos quais, o legislador brasileiro deixou ao arbítrio do judiciário a aplicação do princípio da razoabilidade para a conclusão da instrução processual penal com réu preso.

Deste modo, podemos observar que não se buscou um método de criar um parâmetro a ser seguido pelos juízes responsáveis pela instrução criminal, de forma a evitar excessos, tendo também a virtude de propiciar uma interpretação de que os prazos instrutórios não devem ser considerados isoladamente, mas sim, de forma global, passou longe de criar um mecanismo de tempo.

Diante dessa “lacuna” legal, o Princípio da Razoabilidade resta como parâmetro para fixação do tempo da medida cautelar preventiva, tendo o intuito de trazer a ela contornos objetivos para determinar possível excesso de prazo.

6 CONCLUSÃO

Com a introdução do prazo razoável na prestação jurisdicional como princípio constitucional da Razoabilidade, surge o compromisso do Estado para com

o cidadão, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, que merece ser festejado.

Sua importância destaca-se como pressuposto para o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a concretização dos direitos que lhes são constitucionalmente assegurados.

É público e notório que a demora na prestação jurisdicional causa às partes envolvidas ansiedade e prejuízos de ordem material a exigir a justa e adequada solução em tempo aceitável.

Entretanto, para que o princípio do prazo razoável do processo tenha a aplicação efetiva é necessária sua regulamentação, e espera-se uma estruturação do Estado, com a destinação de verbas para investimento de ordem estrutural no Poder Judiciário, com a aquisição de equipamentos e a contratação de pessoal suficiente para atender de forma satisfatória aos cidadãos.

Assim, entende-se que a reforma produzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no que se refere ao princípio do prazo razoável do processo, apenas apontou o caminho para se pensar em um novo processo, mais célere e efetivo. Muitas mudanças ainda serão necessárias para a sua completa aplicação pelos operadores do direito, de forma coerente, com observação do princípio implícito da razoabilidade e proporcionalidade.

A Reforma do Judiciário inclina-se à necessidade de mudanças nas legislações vigentes a fim de adaptar-se ao novo rumo que o princípio do prazo razoável do processo requer. Neste aspecto, o que podemos evidenciar que não há previsão legal em relação à fixação do prazo para a prisão preventiva, percebe-se que o legislador foi omissivo quanto ao prazo das prisões cautelares, na reforma do processo penal, em agosto de 2008, e acabou deixando a critério do juiz, o qual decidirá fundamentando sobre a manutenção ou não da prisão cautelar, apenas analisando o princípio da razoabilidade como saída para determinar o prazo de tais medidas. Ficando os presos à mercê do aplicador da lei no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA). Disponível em: <http://www.brasil-link.org/pe%20embut/informat/pe%20conv%20ame%20d%20h.htm>. Acessado em 25 de Janeiro de 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 14. Ed, 2010.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

LUIZ NICOLITT, André. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: RT, 2009, p. 311-321.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8^a ed. São Paulo: RT, 2008.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp>. acessado em 25 de Janeiro de 2012.



PIAUI



PIAUI

novaESA

