

# REVISTA DE DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

# 31

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

 **CEJUR**  
Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública • RJ

APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

# REVISTA DE DIREITO

## DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

# 31

Rev. Dir. Def. Públ. Rio de Janeiro  
Ano 30 | Nº 31  
p. 01 a 338 | 2021

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**CEJUR**  
Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública • RJ

APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública • RJ

APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro

### EDIÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS  
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
(CEJUR)

AVENIDA MARECHAL CÂMARA,  
Nº 314, 3º ANDAR, CENTRO, RIO  
DE JANEIRO-RJ, CEP 20.020-080

### EQUIPE CEJUR

**José Augusto Garcia de Sousa**  
Diretor Geral

**Adriana Silva de Britto**  
Diretora de Capacitação

**Aline Loureiro de Souza**  
Bibliotecária

**Ana Lúcia Ramalho Copque**  
Bibliotecária

**Antonio Gonçalves**  
Assistente (Biblioteca)

**Jacqueline de Brito**  
Residente Jurídica

**Leandra Bernardina da Silva Vieira**  
Assistente (Biblioteca)

**Luciana Tubino Morand**  
Técnica Média

**Michele Cristina Soares Silveira**  
Técnica Média

**Pedro Ferreira**  
Assistente (Biblioteca)

**Raíssa de Araujo Teixeira**  
Assistente

**Roberta Bacha de Almeida**  
Técnica Superior

**OS CONCEITOS E OPINIÕES EMITIDOS NOS TRABALHOS QUE SE  
SEGUEM SÃO DA INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS SEUS AUTORES.**

© 2021 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial desta publicação sem o prévio  
consentimento, por escrito, da Defensoria Pública.

Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

Revista de Direito da Defensoria Pública

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – v. 30, n. 31 –  
Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2021.

338 p.

Anual. Esta edição abrange o período de 2021  
ISSN. 1981-19501.

Direito – Periódico. I. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública

CDDir: 340.5

## CONSELHO EDITORIAL

---

### ANA PAULA DE BARCELLOS

*Professora de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

### ANA PAULA SCIAMARELLA

*Professora de Direitos Humanos da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)*

### DANIEL ANTÔNIO DE MORAES SARMENTO

*Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

### LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

*Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

### LUIZ EDUARDO SOARES

*Mestre em Antropologia, Doutor em Ciência Política com Pós-Doutorado em Filosofia Política*

### MARCIA NINA BERNARDES

*Professora de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)*

### ANGÉLICA RODRIGUES DA SILVEIRA

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro*

### CAROLINA DZIMIDAS HABER

*Diretora de estudos e pesquisa de acesso à justiça na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*

### CINTIA REGINA GUEDES

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro*

### CLEBER FRANCISCO ALVES

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro*

### DANIEL DIAMANTARAS

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro*

### DENIS ANDRADE SAMPAIO JÚNIOR

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro*

### DIOGO ESTEVES

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro*

### EDUARDO CHOW DE MARTINO TOSTES

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro (indicação ADPERJ)*

### ELISA COSTA CRUZ

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro*

### FIRMIANE VENÂNCIO

*Defensora pública do Estado da Bahia*

### FRANKLYN ROGER ALVES SILVA

*Defensor público do Estado do Rio de Janeiro*

### LÍVIA MIRANDA MÜLLER DRUMOND CASSERES

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro*

### MARINA MAGALHÃES LOPES

*Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro (indicação ADPERJ)*

### MARINA WANDERLEY VILAR DE CARVALHO

*Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*



# DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

---

**RODRIGO BAPTISTA PACHECO**

*Defensor Público-Geral do Estado*

**MARCELO LEÃO ALVES**

*1º Subdefensor Público-Geral do Estado*

**PALOMA ARAÚJO LAMEGO**

*2º Subdefensora Pública-Geral do Estado*

**CAROLINA DE SOUZA CRESPO ANASTÁCIO**

*Chefe de Gabinete*

**KATIA VARELA MELLO**

*Corregedora-Geral*

**SIMONE MARIA SOARES MENDES**

*Subcorregedora-Geral*

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA**

*Diretor-Geral do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)*

**ADRIANA SILVA DE BRITTO**

*Diretora de Capacitação do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)*

**GUILHERME PIMENTEL BRAGA**

*Ouvidor-Geral*

# SUMÁRIO

## Apresentação

*José Augusto Garcia de Sousa*

*Rodrigo Baptista Pacheco* ..... **9**

## Homenagem ao Defensor Público Antonio Carlos de Oliveira

*Maria de Fátima Dourado* ..... **12**

## DOCTRINA

### O pecado original da Constituição cidadã: a continuidade da militarização da segurança pública na transição inconclusa

*Daniel Lozoya Constant Lopes* ..... **16**

### Método e discussão quanto aos fatos históricos: um colóquio entre o historiador, o cientista e o juiz

*Denis Sampaio* ..... **33**

### O alcance do consentimento na proteção de dados pessoais: perspectivas sobre a sociedade de vigilância na era da informação

*Diego Chagas de Souza*

*João Vítor Sangiacomo Meira Lima* ..... **56**

### Quem não é vulnerável no Brasil? Proposta introdutória de uma teoria das vulnerabilidades

*Fabio Amado de Souza Barretto*

*Helena Szczupak* ..... **79**

### “O bêbado e a equilibrista”: a defesa estratégica no tribunal do júri

*Francisco Alves da Cunha Horta Filho* ..... **99**

### O Estado e os métodos adequados de resolução de litígios: uma análise feita sob a perspectiva teórica de Pierre Bourdieu

*Giselle Beran Medella D’Almeida* ..... **116**

### O caso de N e o reconhecimento de pessoas: interações policiais, interferências ambientais, falsas memórias

*Roberta Ferraz Acosta* ..... **137**

## JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Comentários críticos ao julgamento da ADI 6.448/RJ, versando sobre a Lei estadual 8.864/2020 (redução obrigatória das mensalidades na rede privada de ensino durante a pandemia)

*Eduardo Chow De Martino Tostes* ..... **157**

## PEÇAS PROCESSUAIS

Habeas corpus coletivo que obteve a suspensão do retorno às unidades prisionais dos apenados em gozo de saída temporária

*Daniel Diamantaras de Figueiredo*

*Emanuel Queiroz Rangel*

*Ricardo André de Souza*

*João Gustavo Fernandes Dias*

*Leonardo Rosa Melo da Cunha* ..... **165**

Anexo: acórdão da Primeira Câmara Criminal do TJ/RJ concedendo a ordem (HC 0061763-02.2020.8.19.0000) .....

**175**

Correição parcial provida para afastar multa imposta ao Cejur por suposto abandono da Defensoria em processo de júri

*José Augusto Garcia de Sousa* ..... **206**

Anexo: acórdão da Quarta Câmara Criminal do TJ/RJ dando provimento à correição parcial (CP 0028794-94.2021.8.19.0000) .....

**223**

Mandado de segurança que obteve o afastamento de multa imposta ao Cejur pelo adiamento de júri, em decorrência de recomendação da Administração Superior da Defensoria Pública, no período mais crítico da pandemia

*José Augusto Garcia de Sousa* ..... **229**

Anexo: acórdão da Sexta Câmara Criminal do TJ/RJ concedendo a segurança (MS 0033984-38.2021.8.19.0000) .....

**250**

Representação de inconstitucionalidade exitosa em face de lei autorizativa de assistência jurídica municipal

*Rodrigo Baptista Pacheco*

*Patrícia Cardoso Maciel Tavares*

*Beatriz Carvalho de Araujo Cunha* .....257

Anexo: Lei municipal de Araruama nº 2.509/2021, que revogou a Lei municipal de Araruama nº 2.287/2019

.....277

## A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM BUSCA DA EQUIDADE RACIAL

1º Censo Étnico-Racial da Defensoria Pública do Rio de Janeiro: qual é a cor dos integrantes da instituição e o que pensam sobre relações raciais?

*Carolina Dzimidas Haber*

*Daniele da Silva de Magalhães*

*Lívia Casseres* .....279

Discurso de posse do XXVII Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 15/02/22 no Theatro Municipal do Rio

*Jamila Santos Reis D'Almeida*

*Carolina Hennig Gomes* .....334

## APRESENTAÇÃO

Antes de mais nada, vale o registro de que a *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro* nº 31 é dedicada, com toda a justiça, ao Defensor Público **Antonio Carlos de Oliveira**, que faleceu, precocemente, em 06/06/2021. Antonio Carlos orgulhou profundamente a instituição. Muito combativo, destacou-se atuando em um dos lugares mais carentes do Estado, a Baixada Fluminense. Imenso é o legado que deixa – de honradez e amor à defesa das pessoas necessitadas.

No belo texto em que homenageia Antonio Carlos, após esta apresentação, Maria de Fátima Dourado afirma que, depois dos familiares, quem mais sentiu a perda, certamente, foram os(as) usuários(as) da Defensoria. Chega Maria de Fátima a reproduzir a mensagem emocionada de uma usuária. Para um defensor público, não pode haver reconhecimento maior. Esse foi, realmente, Antonio Carlos de Oliveira.

\*

Além de trazerem artigos doutrinários e peças processuais de indiscutível qualidade, selecionados com muito rigor, nossas revistas costumam captar as inquietações vividas e as lutas travadas pela instituição em dado momento histórico. Dessa regra não foge a *Revista* nº 31, referente ao ano de 2021.

Abre a *Revista* o ensaio de Daniel Lozoya Constant Lopes intitulado “O pecado original da Constituição cidadã: a continuidade da militarização da segurança pública na transição inconclusa”. Nesse texto, Lozoya aponta os males que vem causando a crescente militarização da segurança pública, “na contramão do paradigma da segurança cidadã, conceito centrado na proteção de direitos humanos e na separação clara entre funções das forças armadas e da polícia.”

A segurança pública e o correspondente aparato punitivo são, de fato, temas cruciais para o Estado Democrático de Direito e, naturalmente, para a Defensoria. Não por acaso, três artigos da *Revista* versam sobre o processo penal.

Denis Sampaio ocupa-se do direito probatório, demonstrando em seu artigo que, dadas as especificidades da prova penal, há de ser vista com reservas a equiparação, feita frequentemente pela doutrina, entre a atividade decisória do(a) magistrado(a) e a busca da verdade promovida pelo(a) historiador(a) e pelo(a) cientista.

A defesa estratégica no tribunal do júri é o tema do trabalho de Francisco Alves da Cunha Horta Filho. Embasado, entre outros elementos, em pesquisa empírica publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o perfil das pessoas que servem como juradas, Horta oferece “parâmetros que se reputam mais adequados para otimizar a chance de uma decisão favorável ao intuito da defesa.”

Roberta Ferraz Acosta, por meio de um estudo de caso, analisa o reconhecimento de pessoas no processo penal “e as interferências psicológicas potencialmente capazes de viciar o resultado almejado, qual seja um reconhecimento eficiente e preciso.” O trabalho vai ao encontro da intensa campanha desfechada



pela Defensoria Pública fluminense, em 2021, contra as graves injustiças geradas, no campo penal, por reconhecimentos completamente imprestáveis do ponto de vista técnico, além de contaminados pelo racismo estrutural ainda acentuado em nossa sociedade. A campanha da Defensoria, acrescente-se, tem conseguido sensibilizar – para a existência desse sério problema e a necessidade de corrigi-lo o quanto antes – o Poder Judiciário do Rio de Janeiro e o Conselho Nacional de Justiça.

Outro tema que mobilizou vivamente a Defensoria fluminense, em 2021, foi a proteção de dados pessoais, buscando-se capacitar de modo amplo os(as) integrantes da instituição para os desafios desse viçoso ramo jurídico, agora plantado categoricamente na Constituição. É mais um tema de grande atualidade que comparece à *Revista* nº 31, figurando, entre os artigos selecionados, “O alcance do consentimento na proteção de dados pessoais: perspectivas sobre a sociedade de vigilância na era da informação”, de Diego Chagas de Souza e João Vitor Sangiacomo Meira Lima, trabalho que busca “examinar o alcance do consentimento do titular dos dados como instrumento protetivo nuclear da disciplina voltada à proteção de dados pessoais.”

Giselle Beran Medella D’Almeida aborda a questão do acesso à justiça sob a perspectiva teórica de Pierre Bourdieu, um dos maiores sociólogos do século XX. A partir da obra e dos conceitos tecidos por Bourdieu, o ensaio de Giselle Beran “analisa a relação do Estado e das forças dominantes da sociedade no acesso à justiça pela via dos meios adequados de resolução de litígios.”

Superada de vez a noção de que a vulnerabilidade de pessoas e grupos sociais se prenderia exclusivamente a aspectos econômicos, é fundamental para a doutrina institucional da Defensoria Pública debruçar-se sobre a figura do vulnerável. É exatamente esse o propósito de Fabio Amado de Souza Barretto, que contribui para a *Revista* nº 31 com o artigo “Quem não é vulnerável no Brasil? Proposta introdutória de uma teoria das vulnerabilidades”.

Novidade na *Revista* nº 31 é a criação de uma seção de jurisprudência comentada. Estreia esse espaço a análise crítica de Eduardo Chow De Martino Tostes sobre o julgamento da ADI nº 6.448/RJ, versando sobre a Lei estadual nº 8.864/2020 (redução obrigatória das mensalidades na rede privada de ensino durante a pandemia). Para Chow, “a Corte Constitucional [ao dar procedência ao pleito de inconstitucionalidade] se equivocou ao não apreciar a matéria de direito do consumidor de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, disciplinada na lei estadual em tela”.

Prosseguindo, vê-se na seção de peças exitosas, em primeiro lugar, o habeas corpus coletivo – impetrado pelo Núcleo do Sistema Penitenciário e pela Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido subscrito pelos defensores Daniel Diamantaras de Figueiredo, Emanuel Queiroz Rangel, Ricardo André de Souza, João Gustavo Fernandes Dias e Leonardo Rosa Melo da Cunha – que obteve a suspensão do retorno às unidades prisionais dos apenados em gozo de saída temporária. A repercussão dessa medida, intentada no período da pandemia, foi notável: houve uma redução da população carcerária em



aproximadamente 10.000 pessoas, melhorando sensivelmente a gestão do sistema prisional e trazendo economia para os cofres públicos.

Também na seção de trabalhos processuais, figuram uma correição parcial e um mandado de segurança, ambos exitosos, elaborados e sustentados por José Augusto Garcia de Sousa, Diretor-Geral do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), um dos subscritores desta apresentação. Tais medidas fizeram-se imprescindíveis na defesa da incolumidade dos fundos do órgão, ameaçados por multas descabidas decretadas em processos de natureza criminal, em que o CEJUR não tinha participação alguma.

Fechando a seção de peças, aparece a representação de inconstitucionalidade proposta pelo Defensor Público-Geral Rodrigo Baptista Pacheco, que também subscreve esta apresentação, em face da Lei n.º 2.287/2019, do Município de Araruama, que disponibilizava assistência jurídica aos integrantes da Guarda Civil de Araruama. A peça, elaborada por Patrícia Cardoso Maciel Tavares e Beatriz Carvalho de Araujo Cunha – respectivamente, Coordenadora e Subcoordenadora da Coordenação Cível (COCIV) – apontou vários vícios de inconstitucionalidade formal e material na lei impugnada. Em virtude da representação, e após frutífero diálogo com as autoridades locais, a lei foi revogada.

A quarta e última seção da *Revista* nº 31, intitulada “A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em busca da equidade racial”, aborda projeto fundamental para a instituição em qualquer tempo, mas que avançou de forma consistente em 2021, principalmente no que toca à equidade racial no âmbito interno. Dois passos podem ser destacados: o *1º Censo Étnico-Racial da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* e o XXVII Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira. A *Revista* nº 31 reproduz o *Censo* e também o discurso de posse do XXVII Concurso.

Carolina Dzimidas Haber, Daniele da Silva de Magalhães e Livia Casseres foram as autoras do *1º Censo Étnico-Racial da Defensoria Pública do Rio de Janeiro*: qual é a cor dos integrantes da instituição e o que pensam sobre relações raciais? Daniele Silva e Livia Casseres cuidaram da arquitetura do *Censo*, notadamente da concepção das perguntas do questionário que foi aplicado, cabendo a Carolina Haber a elaboração do relatório final, que compilou e analisou as respostas dadas. Conforme se declara na parte inicial do relatório, a pesquisa realizada, além de funcionar como um instrumento para a formulação de políticas públicas de combate ao racismo institucional, “buscou também provocar conscientização e reflexão sobre o tema na instituição.” Nada mais oportuno, portanto, do que a divulgação do trabalho na *Revista* nº 31.

Igualmente não poderia deixar de estar na *Revista* o emocionante discurso de posse do XXVII Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que foi proferido, de maneira compartilhada, por Jamila Santos Reis D’Almeida e Carolina Hennig Gomes. Sem dúvida, o XXVII Concurso é histórico para a instituição. Depois de um intenso processo de reflexão e autocrítica, a Defensoria fluminense chegou a um modelo de concurso que, embora comportando logicamente aperfeiçoamentos, fez materializar na instituição, enfim, a ação afirmativa das cotas. Das 71 aprovações no XXVII Concurso, 19 derivaram das

cotas raciais (negros(a)/indígenas), 3 da cota para pessoas hipossuficientes e 1 da cota para pessoas com deficiência.

Bem sintetiza a importância do que aconteceu o seguinte trecho do discurso de posse:

No Brasil, infelizmente, não importa quanto dinheiro, status ou fama você tenha. A cor da pele sempre chega antes e vai embora depois. Só quem vive sabe que as barreiras que temos que enfrentar ao longo da vida são muito mais altas que as dos demais.

Por isso estar aqui hoje não é apenas nossa vitória: é dos nossos ancestrais, é de quem foi sequestrado da sua terra, escravizado, marginalizado e é até hoje a base da pirâmide social e a maioria dos nossos usuários.

Num país em que a cada 23 minutos um jovem negro é morto, em que, como disse Conceição Evaristo, “eles combinaram de nos matar, mas nós combinamos de não morrer”, hoje estamos fazendo muito mais do que não morrer: estamos alcançando um espaço que nos foi negado por séculos.

Boa leitura!

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA**

Diretor-Geral do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR)

**RODRIGO BAPTISTA PACHECO**

Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro

## HOMENAGEM AO DEFENSOR PÚBLICO ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA

**Antonio Carlos de Oliveira**

Defensor Público

☆ 01/08/1966

+ 06/06/2021

Recebi do colega José Augusto Garcia uma tarefa extremamente fácil e difícil ao mesmo tempo. O “Zé” faz isso com a gente!! A tarefa era escrever sobre nosso querido colega ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA. Me senti honrada e pensei: será que dou conta? Falar sobre Antonio é fácil porque ele era uma pessoa incrível. Dócil, meigo, mas também firme em suas posições. Uma pessoa de trato fácil e um colega com quem se podia contar. Falar sobre Antonio Carlos é também difícil, porque vou correr o risco de não conseguir fazer jus à pessoa especial que ele era.

Estudamos na mesma Universidade, embora nunca tenhamos sido da mesma sala. Nos aproximamos quando estudávamos para o concurso em um curso preparatório lá mesmo em Nova Iguaçu, onde morávamos e onde ele atuou noventa por cento de sua vida institucional. Naquela época, assistindo às aulas do querido colega Matusalém, sonhávamos com a aprovação, mas não tínhamos ideia de que trabalharíamos muitos anos juntos e na comarca de Nova Iguaçu. Tomamos posse no dia 18.05.1994, em meio a uma comoção de alegria e êxtase pela conquista.

Dividir aquela comarca com Antonio Carlos e com outros valorosos colegas, como Dourado, Lígia Serrano, Sonia Arruda, Rosa Figueiredo, Luciana Teles, Adriana João, Marisete Fortunato, Heloísa Eneida, Sonia Santana e tantos outros, era um trabalho desafiador, porque as instalações para a Defensoria eram péssimas, fazia um calor absurdo, sem ar condicionado, uma quantidade de processos gigantesca, mas também era prazeroso, porque sentíamos no dia a dia a alegria de estar fazendo a diferença na vida daquelas pessoas. Foi uma fase de nossas carreiras que posso dizer inesquecível.

Com o passar do tempo, cada um de nós seguiu seu caminho, passando a atuar em outras comarcas, mas Antonio Carlos lá permaneceu. Na sua cidade, na sua comarca, com seus assistidos, a quem ele tanto se dedicava. Sempre buscando, através não só de nossa chefia institucional, mas também com outros poderes locais, conquistar melhorias para a população sofrida da Baixada. Perder Antonio Carlos para a COVID foi muito triste, muito difícil e deixou todos, colegas, amigos, assistidos, muito consternados e com aquela sensação de que não podia ser verdade.

Sua partida para o mundo espiritual causou comoção na comarca. O prefeito decretou três dias de luto oficial. Na Defensoria também não foi diferente. Ficamos todos sem saber como lidar com sua perda. Contudo, ousou afirmar que, depois de seus familiares, quem mais sentiu a perda de Antonio foram seus assistidos.

Confesso que me emocionei demais ao ler uma mensagem postada por uma assistida, cujo nome por motivos óbvios não vou declinar, que retrata de forma humilde, porém cristalina, o nosso querido colega:

Eu o conheci no PIOR MOMENTO DA MINHA VIDA. Ele era uma força da natureza. Não tinha obstáculo, tormenta, poder terreno ou autoritarismo que o fizesse temer ou tremer. Era manso, equilibrado, sereno, amável, forte, corajoso, honesto, íntegro, bom. Como era bom. Amava tomar café. Uma vez disse que minha casa tinha cara de casa de vó... Ele sabia ser, não precisava ter. Ele era autoridade. Ele era tão nosso. Trafegava pelo mundo dos magistrados e dos descalços com a mesma simplicidade e era tão respeitado.

Sim, Toninho, como era carinhosamente chamado por nós seus colegas, era essa pessoa.

Ao decidir homenagear ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA na sua revista, o CEJUR não só dá uma demonstração do reconhecimento pelo trabalho realizado por ele, mas também contribui para perpetuar seu nome e enaltece uma de suas maiores qualidades, que era o de ser uma pessoa que amava seu próximo e se colocava a serviço de uma sociedade mais justa e igualitária.

Encerrando essa singela homenagem, só nos resta agradecer. Agradecer por termos tido a oportunidade de conhecer e conviver contigo. Agradecer a você pelos momentos que passamos juntos. Até breve.

**MARIA DE FÁTIMA A. M. DOURADO**

Defensora Pública

# ***DOUTRINA***

[Voltar ao sumário](#)

## **O PECADO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ: A CONTINUIDADE DA MILITARIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NA TRANSIÇÃO INCONCLUSA**

### **THE ORIGINAL SIN OF THE CITIZEN CONSTITUTION: THE CONTINUITY OF MILITARIZATION OF PUBLIC SECURITY IN THE INCONCLUSIVE TRANSITION**

**Daniel Lozoya Constant Lopes**

Defensor Público

Mestrando em Direito Constitucional na UFF

**Resumo:** O artigo aborda o legado autoritário da ditadura militar herdado pela Constituição de 1988 no campo das relações cívico-militares, do sistema judiciário militar e, em especial, os efeitos negativos para os direitos humanos da continuidade da militarização na segurança pública. A partir da constatação de que os militares conseguiram, na Assembleia Nacional Constituinte, reter parcela estratégica de poder e influência na segurança pública e no sistema de justiça, verifica-se uma militarização da segurança pública, na contramão do paradigma da segurança cidadã, conceito centrado na proteção de direitos humanos e na separação clara entre funções das forças armadas e da polícia. Analisa-se, ainda, a interpretação constitucionalmente adequada do artigo 142, cuja redação foi considerada uma vitória para os militares no processo constituinte, fruto de concessão na transição negociada para a democracia, no sentido de que possibilitaria uma espécie de poder moderador para arbitrar conflitos entre os três poderes constitucionais. Por fim, aponta como a crescente militarização vem causando violações massivas de direitos humanos e ameaçando a democracia brasileira.

**Palavras-chave:** Constituição. Ditadura. Militarização. Transição. Direitos Humanos.

**Abstract:** The article addresses the authoritarian legacy of the military dictatorship inherited by the 1988 Constitution in the field of civic-military relations, the military judiciary and in particular the negative effects on human rights of the continuity of militarization in public security. From the realization that the military has managed, in the National Constituent Assembly, to retain a strategic portion of power and influence in public security and the justice system, there is a militarization of public security, against the grain of the paradigm of citizen security, a concept centered on the protection of human rights and the clear separation between functions of the armed forces and the police. It also analyzes the constitutionally appropriate insertion of Article 142, whose wording was considered a victory for the military in the constituent process, the result of concession in the negotiated transition to democracy, in the sense that it would allow a kind of moderating power to arbitrate conflicts between the three constitutional powers. Finally, it points to the growing militarization that has caused massive human rights violations and threatened Brazilian democracy.



**Keywords:** Constitution. Dictatorship. Militarization. Transition. Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO: A TRANSIÇÃO INCONCLUSA

No Brasil pós-ditadura (1964-1985), o período de transição do regime autoritário para a democracia tem como marco jurídico fundamental a Constituição de 1988, que consagra um extenso catálogo de direitos fundamentais, inclusive de natureza social e econômica, a abertura aos tratados internacionais de direitos humanos, pretende estabelecer um Estado Democrático de Direito e tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e fraterna. Sem embargo dos relevantíssimos avanços em diversas áreas, no campo da segurança pública e das relações civis-militares foi onde essa transição foi a mais limitada.

Os militares, apesar de terem saído do cenário político, conseguiram reter uma parcela estratégica de poder e redigir dispositivos constitucionais e legais que possibilitariam intervenções, quando julgassem necessário. Trata-se da “tutela militar sobre a ordem civil na gênese da República”<sup>1</sup>, numa interpretação inadequada do art. 142 do Texto Constitucional.

A Comissão Interamericana observa, em seu recente relatório de visita ao país<sup>2</sup>, que o Brasil não logrou transformar estruturalmente as instituições de segurança pública após a transição para a democracia. O paradigma da Segurança Cidadã é uma abordagem ainda distante e incompatível com as diretrizes políticas e as práticas arraigadas das agências do sistema de segurança pública e do sistema de justiça criminal. A militarização da segurança pública é a opção diametralmente oposta, tão persistente quanto incompatível com o paradigma da Segurança Cidadã.

Zaverucha aponta com precisão:

A nova Constituição descentralizou poderes e estipulou importantes benefícios sociais similares às democracias mais avançadas. No entanto, uma parte da Constituição permaneceu praticamente idêntica à Constituição autoritária de 1967 e à sua emenda de 1969. Refiro-me às cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, Polícias Militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral<sup>3</sup>.

O autor aponta o paradoxo do legado autoritário na Constituição Cidadã, apesar de suas inúmeras virtudes, ao indicar cláusulas constitucionais que tornam impossível a consolidação de relações civis-militares democráticas, caracterizando o Brasil como uma semidemocracia. A Nova República foi inaugurada sob o pálio militar. Quando os constituintes ameaçaram retirar a faculdade das Forças Armadas

<sup>1</sup> REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil:** do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

<sup>2</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil:** aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Washington, DC: CIDH, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>3</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELLES, Edson. (org.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 41-76.

de ser garantes da lei e da ordem, o então ministro do Exército ameaçou interromper o processo constituinte<sup>4</sup>.

As democracias traçam uma linha clara separando as funções das polícias das funções das Forças Armadas. Em regimes democráticos, é costume separar-se, tão logo seja iniciada a transição do autoritarismo, a vinculação da polícia às Forças Armadas. No Brasil, contudo, os constituintes tomaram uma decisão em sentido contrário.

A Constituição de 1988 cometeu o erro de não se desprender do regime autoritário, constitucionalizando a atuação de organizações militares em atividades de polícia (PM) e defesa civil (Corpo de Bombeiros). E mais: manteve a estrutura do aparelho policial criado no regime militar.

As Polícias Militares são consideradas, na Constituição de 1988, uma força auxiliar e reserva do Exército. Zaverucha<sup>5</sup> observa que é algo comum em regimes autoritários as polícias serem auxiliares do Exército. Enquanto nas democracias, em tempos de paz, o Exército é quem se torna reserva da polícia. O trinômio instrução militar, regulamento militar e justiça militar, implantado pelo general-presidente Médici, no auge da repressão política, foi mantido até hoje nas polícias militares. O controle do Exército sobre as PMs permaneceu no período democrático. No Brasil, o que presenciamos é uma estrutura militar fazendo o papel de polícia, diferentemente de outros países nos quais temos polícias com estrutura militar, mas que não é polícia militar.

A partir de 1969, no auge da repressão política, houve uma reversão nas funções de polícia. As Polícias Militares, que ficavam aquarteladas, com um papel secundário na segurança pública, foram lançadas nas ruas com a função de policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública. As polícias não militares tinham papel principal, tanto na função ostensiva quanto investigativa. O governo federal, na ditadura militar, extinguiu as Guardas Civas no país, passando suas atribuições de policiamento ostensivo às Polícias Militares, através do Decreto-Lei n. 1.072, de 1969, logo após o AI-5.

Faltou à Carta Cidadã adaptação do sistema de segurança pública herdado do regime autoritário para o regime democrático. A permanência da mistura de questões de segurança externa com questões de segurança pública resultou na militarização desta, ineficiente e massivamente violadora de direitos humanos.

## 2. O SISTEMA DE JUSTIÇA MILITAR: A RESERVA ESTRATÉGICA DE PODER

Com relação ao sistema judiciário militar, na Constituição de 1988 permaneceu a estrutura e organização da justiça militar. Com o propósito de excluir os crimes da Lei de Segurança Nacional, a Constituinte atribuiu à jurisdição castrense julgar somente os crimes militares e delegou à lei a definição de sua competência, incumbindo à justiça federal processar e julgar os crimes políticos. Desse modo, a lei define, de modo demasiado amplo, os ilícitos considerados crimes militares, caracterizando um

<sup>4</sup> ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELLES, Edson. (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 67.

<sup>5</sup> Ibid.

verdadeiro “foro privilegiado” aos militares por lhes permitir o julgamento pelos seus colegas de farda.

Nesse sentido, somente em 1996 (Lei n. 9.299), foi retirada da justiça militar estadual a competência para julgar policiais militares por crimes contra a vida de civis. No entanto, para os militares federais, subsiste a subtração da competência do tribunal do júri para julgar os crimes dolosos contra a vida de civis. Ademais, foi excessivamente tímida a Constituinte ao restringir expressamente a competência dos tribunais militares para julgar civis somente à justiça militar estadual. Assim, permanece, até hoje, a justiça militar da União processando e julgando civis, mesmo em tempos de paz, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal, ainda que novos questionamentos estejam *sub judice*. Tal situação é frontalmente contrária aos compromissos assumidos pelo Brasil em matéria de proteção aos direitos humanos, consoante sedimentada jurisprudência internacional.

O Superior Tribunal Militar conservou do regime militar praticamente inalterados sua estrutura, organização, competência, leis que aplica (Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar são ambos de 1969, foram editados sob a vigência do AI-5 e permanecem em vigor) e seus critérios de composição. Assim, o Judiciário militar continua defendendo primordialmente os interesses constitucionais das Forças Armadas relativos aos bens tutelados que lhes são importantes: hierarquia e disciplina, agindo de forma benevolente quanto mais elevada for a patente, e de forma mais rigorosa quanto menor for o nível hierárquico. Ademais, segue julgando civis, mesmo em tempos de paz, e casos de violações de direitos humanos, em manifesta inobservância de tratados internacionais de direitos humanos, os quais o país se comprometeu a cumprir.

Importante, ainda, destacar a edição da Lei 13.491, em outubro de 2017, que transferiu a competência da Justiça Comum para a Justiça Militar investigar, processar e julgar militares das Forças Armadas por homicídios dolosos contra civis, bem como ampliou a competência da jurisdição militar, incluindo casos de tortura e abuso de autoridade. A aprovação dessa lei foi um pedido expresso do Comando do Exército como contrapartida pela utilização cada vez mais recorrente das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem, a fim de conferir maior “segurança jurídica” aos militares, “sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade”<sup>6</sup>.

Além disso, a Constituinte não logrou estabelecer uma Justiça Transicional, pois foi mantida uma lei de autoanistia do governo militar para não investigar, processar e julgar os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura, que, assim, permanecem impunes, em manifesta contrariedade às obrigações assumidas nos tratados internacionais de direitos humanos, o que já rendeu, inclusive, duas condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>7</sup>.

Justiça de transição pode ser entendida como um conjunto de providências para a superação, em uma sociedade pós-governo repressivo, de um legado de graves

<sup>6</sup> “‘Militares precisam ter garantia para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade’, diz comandante do Exército”. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml>.

<sup>7</sup> Sentenças nos casos Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog.

violações de direitos humanos, com o objetivo de fortalecer o Estado democrático de Direito e garantir a não recorrência. O processo da justiça transicional compreende medidas judiciais, administrativas e legislativas, tais como a responsabilização de autores de graves violações de direitos humanos, a revelação da verdade, a reparação das vítimas, a recuperação e proteção da memória e a implementação de reformas institucionais<sup>8</sup>. A justiça transicional é um processo de consolidação de valores, práticas e normas que almeja auxiliar a transformação da realidade política, sobretudo de países com passados autoritários e violentos, assim, caminha lado a lado com a consolidação democrática. Trata-se não somente de acertar as contas com o passado, mas também de superar as condições que propiciam a perpetuação de violações sistêmicas de direitos.

No caso brasileiro, com níveis elevadíssimos de violência policial, execuções sumárias, chacinhas, torturas de suspeitos, é nítido como a ausência de reformas das instituições de segurança pública e do sistema de justiça, bem como a falta de responsabilização dos agentes públicos que perpetraram graves violações de direitos humanos têm relação com a perpetuação, e até mesmo o agravamento, dessas violações sistêmicas de direitos, que podem chegar a configurar crimes de lesa-humanidade.

### 3. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ART. 142

José Murilo de Carvalho constata que a atribuição de papel político às Forças Armadas é prevista em cinco das sete Constituições pós-independência<sup>9</sup>. Só não apareceu na Constituição imperial de 1824 e na do Estado Novo de 1937, ambas outorgadas. Observa que a entrada tardia do povo na política, verificada na década de 1930, veio acompanhada de mobilização política que deu margem à transformação das Forças Armadas em atores políticos importantes, quando não hegemônicos. Crises de governança passaram a ser resolvidas pela arbitragem militar, quando não pela simples ocupação do poder. Analisa que a Constituição de 1988 reitera a tradição desde a primeira Constituição republicana, quando tiveram o protagonismo político de sua proclamação, atribuindo às Forças Armadas um papel político e policial, o que depreende das cláusulas constitucionais insertas no art. 142 da Carta, ao estatuir que se destinam “à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

O autor afirma que a atribuição conferida às Forças Armadas de garantir os poderes constitucionais muito se aproxima do papel de poder moderador previsto no artigo 98 da Constituição de 1824, incumbido privativamente ao Imperador, chefe supremo da Nação, qual seja: o de velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos<sup>10</sup>. Ao manter essa fórmula, seria como se a República entregasse às Forças Armadas o papel político de tutela.

<sup>8</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. **Justiça transicional**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

<sup>9</sup> CARVALHO, José Murilo. **Forças Armadas e política no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2019.

<sup>10</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Não por acaso, segundo o autor, chefes militares repetem sistematicamente que é seu dever constitucional intervir quando julgarem que as instituições estão em risco. Desse modo, cria-se um círculo vicioso: as Forças Armadas intervêm em nome da garantia da estabilidade do sistema político; as intervenções, por sua vez, dificultam a consolidação das práticas democráticas.

O autor rememora a Proclamação da República pelos militares, passando pela Revolução de 1930 e o poder desestabilizador do tenentismo nesses dois episódios. Relembra, também, o papel dos militares nos golpes de Estado de 1937 e 1964 que instauraram ditaduras, invocando o fantasma do comunismo. Mais recentemente, refere-se ao episódio em que o comandante do Exército se manifestou nas redes sociais, às vésperas do julgamento pelo STF de um *habeas corpus* a favor do ex-presidente Lula, pressionando para a não concessão da ordem, em tom ameaçador. É dizer, historicamente, a pretexto de uma suposta função de tutelar a República, atuam, na realidade, como força desestabilizadora da democracia.

No centro dessa discussão está o art. 142 da Constituição de 1988, que preceitua:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Com base nesse artigo, sustenta-se a constitucionalidade do emprego das Forças Armadas em funções de segurança através de Decretos presidenciais de operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Este dispositivo também é invocado para uma “intervenção constitucional militar”, atribuindo-se a si próprias, as forças armadas, uma espécie de “poder moderador” – previsto na Constituição de 1824, a cargo do Imperador –, em uma interpretação inadequada do Texto Constitucional sob o marco democrático e do império da lei. De fato, historiadores, cientistas políticos, filósofos críticos à redação e um jurista renomado<sup>11</sup> interpretam a cláusula “à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”, contida no art. 142 da CF/1988 – cuja redação foi uma vitória dos militares na Constituinte –, no sentido de constitucionalizar uma espécie de “direito ao golpe”, através do pretenso poder moderador atribuído aos militares para arbitrar conflitos entre os três poderes constitucionais da República.

No entanto, esta parece-nos uma hermenêutica completamente inadequada da Lei Maior, pois frontalmente incompatível com os princípios fundamentais da democracia, da soberania popular e da separação dos poderes. Nesse sentido, a interpretação conferida pelos juristas Lênio Streck<sup>12</sup>, Conrado Hubner e Rafael

<sup>11</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Conjur**, maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar. **Conjur**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>. Acesso em: 16 ago. 2021.

Mafei<sup>13</sup>, e parecer da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>14</sup>, bem como recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6457, no sentido da inexistência de poder moderador conferido pela Constituição às Forças Armadas. Assentou o STF, em sede cautelar, que:

(i) A missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) A chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República; (iii) A prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados –, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si; (iv) O emprego das Forças Armadas para a “garantia da lei e da ordem”, embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de defesa e de estado sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei<sup>15</sup>.

Em uma democracia, o poder não é deferido a quem tem força, mas, ao contrário, é colocado ao serviço do poder. Zaverucha explica que paz não é simplesmente a ausência de guerra, mas é também a falta de ameaça de guerra. Por isso, não se deve confundir acordo de paz com cessar-fogo. Do mesmo modo, democracia consolidada não é apenas ausência de golpe de Estado, mas a falta de ameaças de golpe. Não se pode conviver com ameaças, ainda que veladas, de rupturas democráticas quando militares tiverem seus interesses contrariados. O propósito das Forças Armadas é defender o país e sua sociedade, não definir sua vontade a pretexto de moderar conflitos entre poderes constitucionais.

#### 4. A ESCALADA DA MILITARIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

A militarização da segurança pública ocorre quando não há distinção clara da separação de funções entre o Exército e a Polícia, e se dá através de uma política de “guerra interna” na criação da imagem do “inimigo interno”. Nesse sentido, a história recente mostra que iniciativas desenvolvidas neste marco de ações geraram profundas rupturas sociais e invariavelmente graves violações de direitos humanos.

<sup>13</sup> MENDES, Conrado Hübner; QUEIROZ, Rafael Mafei. Não existe ‘intervenção militar constitucional’. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 maio 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/conrado-huebner-mendes-e-rafael-mafei-rabelo-queiroz-nao-existe-intervencao-militar-constitucional.shtml>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>14</sup> Parecer jurídico. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf>.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6.457 MC/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. DJE n. 149, divulgado em 15 jun. 2020.



Não houve uma ruptura com a militarização da segurança ao se manter a Polícia Militar como a instituição responsável pelo policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública (art. 144 da Constituição brasileira).

Enxergamos a militarização da segurança em duas vertentes: (i) o emprego cada vez mais recorrente das Forças Armadas em funções de polícia e segurança interna, que tem como exemplo emblemático a intervenção federal no Rio de Janeiro e as frequentes operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO); (ii) a transmutação das forças policiais, cada vez mais parecidas com os militares – em equipamento, doutrina institucional, modo de atuação e treinamento.

Entre os anos 2010 e 2016 foram realizadas 35 operações de GLO, principalmente em função dos megaeventos: Copa das Confederações, Jornada Mundial da Juventude, Copa do Mundo e Olimpíadas<sup>16</sup>.

Somente no Rio de Janeiro, nos últimos dez anos, as Forças Armadas foram convocadas 12 (doze) vezes a atuar em funções de segurança<sup>17</sup>. Além dos megaeventos esportivos, eleições e ocupações militares de comunidades na Maré e no Alemão. Em fevereiro de 2018, o decreto presidencial de GLO, que autorizava o emprego das Forças Armadas no Rio de Janeiro, até o final do mesmo ano, em concomitância com a Intervenção Federal decretada em fevereiro e em vigor pelo mesmo período, colocou Generais do Exército no comando da Secretaria de Estado de Segurança e, por conseguinte, das polícias civil e militar. Segundo levantamento da imprensa, nos últimos 25 anos de emprego das Forças Armadas no Rio de Janeiro, apenas uma vez houve redução de indicadores criminais de roubo e homicídio. Nos demais casos, pelo menos a metade dos indicadores piorou<sup>18</sup>.

No caso da Maré, as Forças Armadas permaneceram entre 1º de abril de 2014 e 30 de junho de 2015. Nesse período de um ano e três meses de ocupação militar, o custo foi de R\$ 600 milhões, valor equivalente ao dobro dos gastos de programas sociais da Prefeitura Municipal nos seis anos anteriores<sup>19</sup>. Na GLO no Rio de Janeiro, anterior à intervenção federal, os gastos foram de R\$ 1,5 milhão por dia para manutenção dos militares nas ruas. Considerando a duração da operação, até 31 de dezembro de 2017, as despesas foram estimadas em, pelo menos, R\$ 225 milhões. A propósito, o então Comandante do Exército, general Eduardo Villas Bôas, em audiência pública no Senado Federal, afirmou que o uso das Forças Armadas em atividades de segurança pública, através dos decretos de GLO, desagrada os próprios militares. O general declarou com relação à experiência na Maré que: “Lá [na favela da Maré] ficamos 14 meses. No dia em que saímos, uma semana depois, tudo havia voltado ao que era antes. Temos que realmente repensar esse modelo de emprego, porque ele é desgastante, perigoso e inócuo”. No entanto, o emprego das operações de GLO não diminuiu.

<sup>16</sup> VIANA, Natalia. **Dano colateral**: a intervenção dos militares na segurança pública. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

<sup>17</sup> Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/07/29/rio-chama-exercito-contra-violencia-pela-12-em-10-anos-virou-rotina.htm>.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/operacoes-das-forcas-armadas-no-rio-nos-ultimos-25-anos-nao-reduziram-criminalidade-21653825.html?service=print>.

<sup>19</sup> Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/na-mare-ocupacao-militar-custou-o-dobro-dos-gastos-sociais-nos-ultimos-seis-anos/>.

Outra face da militarização da política de segurança, além do emprego das Forças Armadas, se dá com o paradigma bélico das ações policiais de “guerra contra o crime”, especialmente em territórios populares, como nas periferias e favelas. A utilização de veículos blindados, conhecidos como “Caveirões” com o uso de armamento pesado, invasões de domicílios generalizadas, toques de recolher, execuções sumárias etc., dão a tônica das intervenções policiais na favela, cujas operações são denominadas de “incursões”, o que também ajuda a esclarecer sua natureza.

As mortes de inocentes e vítimas de “balas perdidas” em operações policiais são tratadas como “dano colateral”<sup>20</sup>, ou seja, são danos tidos como previsíveis, diante de tamanha recorrência, e implicitamente admitidos como necessários e inevitáveis. A criação do “inimigo público” – e as estatísticas de vitimização apontam perfil de quem é considerado o inimigo: jovem, negro, pobre, morador de favela, suspeito de envolvimento com tráfico – e de seu “território inimigo” – a favela – é inerente ao discurso de guerra e condições propícias para massacres. São muitos os exemplos.

Apesar de a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos terem manifestado profunda preocupação e rechaço à Lei 13.491/17<sup>21</sup>, com menos de um mês em vigor uma operação conjunta das Forças Especiais do Exército e da Polícia Civil na comunidade do Salgueiro, em São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro, resultou em 8 mortes com fortes indícios de execução sumária<sup>22</sup>. A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, através do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, denunciou o caso à CIDH<sup>23</sup>.

No atual cenário do Brasil, verifica-se uma forte tendência de militarização da política de segurança, em especial no Rio de Janeiro, que é uma das cidades mais influentes do país, “um laboratório para o Brasil”, nas palavras do general-interventor<sup>24</sup>. A intervenção federal, em 2018, no estado do Rio de Janeiro, inédita sob a égide da Constituição de 1988, ostentou um forte viés de militarização da segurança pública – o Interventor nomeado era general do Exército e acumulava a função com o cargo de Comandante Militar do Leste, tendo nomeado outro general como secretário de segurança – e foi o ápice da crescente militarização da segurança pública. A medida foi decretada sem qualquer planejamento prévio, em ano eleitoral e trouxe impactos negativos: aumento da quantidade de matanças e de tiroteios, conforme relatório do Observatório da Intervenção, formado por organizações da sociedade civil<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/e-dano-colateral-mais-absurdo-diz-porta-voz-da-pm-sobre-estudante-que-morreu-baleada-em-escola-21140159>.

<sup>21</sup> ONU Direitos Humanos e CIDH rechaçam de forma categórica o projeto de lei que amplia jurisdição de tribunais militares no Brasil. Comunicado de imprensa: out. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/160.asp>.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/rio/chacina-em-sao-goncalo-documentos-revelam-que-investigadores-ignoraram-provas-que-ligam-assassinatos-militares-24889542>.

<sup>23</sup> “Defensoria apresenta denúncia à Comissão Interamericana”. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/5893->. Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>24</sup> Interventor federal diz que “Rio é um laboratório para o Brasil”. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/autoridades-detalham-medidas-da-intervencao-federal-o-rio-de-janeiro.ghtml>. Acesso em: 14 ago. 21.

<sup>25</sup> “Relatório #10: Intervenção federal: um modelo para não copiar”. Observatório da Intervenção. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1UPulZi6XpsK8DQo6c5oVmwUFUhyPkOpA/view>. Acesso em: 14 ago. 2021.

As críticas à intervenção federal se devem à entrega da Secretaria de Segurança às Forças Armadas e ao emprego do Exército em funções de polícia, tendo em vista a militarização da segurança que tais medidas representam. Ademais, a falta de planejamento e de uma governança democrática, notadamente de abertura à participação e controle da sociedade civil, estão entre as principais críticas à intervenção federal. O aporte bilionário de recursos concentrou-se no aparato bélico, através da aquisição de armamento, munições, combustível para aeronaves e viaturas. Perícias continuam em estado de precariedade. Mais uma vez priorizou-se a repressão em detrimento da investigação e prevenção.

Durante a intervenção federal, ocorreu a morte da vereadora e defensora de direitos humanos Marielle Franco, cuja investigação até hoje não foi concluída e que, até o término de sua vigência, sequer chegou aos executores do crime. Além disso, emblemático o episódio da prisão de 158 pessoas que estavam em uma festa supostamente promovida por uma “milícia”, em ação bastante criticada pela detenção arbitrária de várias pessoas que foram presas somente porque estavam numa festa, tendo sido libertadas, alguns dias após a operação, pela Justiça por falta de provas de envolvimento com o crime, em atuação memorável da Defensoria Pública<sup>26</sup>. Outro caso que deve ser lembrado foi o episódio conhecido como “Sala Vermelha”, em que jovens detidos por militares relatam ter sido submetidos a uma sessão de tortura no quartel do Exército<sup>27</sup>. As agressões foram relatadas na audiência de custódia e a Defensoria Pública atuou desde o início no caso, conseguindo a absolvição das pessoas detidas, em razão do reconhecimento da ilegalidade da atuação dos militares por força da tortura perpetrada. No entanto, ainda respondem, na justiça militar federal, a acusações de tentativas de homicídio contra os militares.

Nesse cenário de falta de modernização e profissionalização das polícias e da ausência de um novo paradigma democrático para a segurança, que tenha como centralidade os direitos humanos, em que pese a Constituição democrática de 1988, a violência de modo geral vem em uma crescente nos últimos 30 anos, o que gera uma pressão social de apoio a medidas de recrudescimento punitivo, redução da idade da imputabilidade penal e condescendência/tolerância/incentivo à violência policial.

A militarização da segurança pública no Brasil tem sido o paradigma de resposta do Estado aos fenômenos criminais, reforçando um padrão de atuação belicista e de encarceramento em massa – ambos incentivados fortemente pela política de “guerra às drogas” importada dos Estados Unidos. Os resultados com relação aos seus objetivos declarados – enfraquecer a criminalidade organizada, reduzir a violência e proteger a saúde coletiva –, após mais de três décadas, são um fracasso retumbante. Contudo, a insistência nesse modo de atuação talvez possa ser explicada porque essa política seja bem-sucedida com vistas a objetivos ocultos, de natureza econômica e política, e interesses inconfessáveis.

Em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, recentemente publicado, a CIDH manifestou “imensa preocupação” com o fato de que parte significativa e crescente da violência letal no Brasil é causada pela ação de agentes

<sup>26</sup> Disponível em: [m/rj/rio-de-janeiro/noticia/justica-concede-liberdade-para-137-presos-em-festa-de-milicianos-na-zona-oeste.ghml.https://g1.globo.com](https://m/rj/rio-de-janeiro/noticia/justica-concede-liberdade-para-137-presos-em-festa-de-milicianos-na-zona-oeste.ghml.https://g1.globo.com).

<sup>27</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/de-maos-atadas-relatos-de-tortura-na-intervencao-do-rio-23236831>.

estatais. E mais: ressaltou a potencial caracterização da responsabilidade internacional do Estado quanto à prática de crimes de lesa-humanidade, em razão da violência perpetrada em desfavor de grupos específicos como afrodescendentes e pessoas em situação de pobreza, em razão do uso sistemático, contínuo e massivo de execuções extrajudiciais com participação de forças de segurança. Confira-se:

A Comissão Interamericana afirma que esses assassinatos não podem ser considerados atos isolados de violência, mas sim um processo sistemático e generalizado conduzido por instituições de segurança e órgãos judiciais do Estado direcionados a exterminar pessoas afrodescendentes com requintes de extrema crueldade. Isso, na opinião da CIDH, poderia se aproximar, perigosamente, de processos que buscam extinguir, no todo ou em parte, as pessoas dessa origem étnico-racial<sup>28</sup>.

A CIDH está a falar, pela primeira vez e expressamente, da possibilidade de caracterização de responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por crimes de genocídio em razão da violência estatal direcionada contra grupos sociais e raciais.

Os índices crescentes de violência e criminalidade no país e em especial no Rio de Janeiro revelam que são necessárias transformações profundas nas instituições policiais e um novo paradigma de política de segurança. Os caminhos que vêm sendo escolhidos no país trilham na contramão da Segurança Cidadã.

## **5. SEGURANÇA CIDADÃ: UM PARADIGMA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA AS DEMOCRACIAS LATINO-AMERICANAS NA TRANSIÇÃO PÓS-DITADURAS**

Mas o que significa uma política pública de segurança baseada no paradigma da Segurança Cidadã?

A Segurança Cidadã é uma das dimensões da segurança humana e, portanto, condição necessária – ainda que não suficiente – para o desenvolvimento humano e envolve a inter-relação de múltiplos atores, condições e fatores, entre os quais contam a história e a estrutura do Estado e da sociedade; políticas e programas de governo; a efetividade de direitos econômicos, sociais e culturais. A América Latina apresenta os índices de criminalidade e violência mais altos do mundo, sendo os jovens o grupo social mais afetado como vítimas e envolvidos<sup>29</sup>.

Em seu Informe temático de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) assinala que a segurança cidadã deve ser concebida como uma política pública, que, no marco de um regime democrático, deve ser compreendida com uma referência concreta, direta e prioritária aos direitos humanos. A perspectiva dos direitos humanos permite abordar a problemática da violência e da criminalidade mediante o fortalecimento da participação democrática e a implementação de políticas centradas na proteção da pessoa humana, no lugar daquelas políticas que primordialmente buscam afiançar a segurança do Estado ou de determinada ordem política. O Informe da CIDH identifica os standards internacionais de direitos humanos relacionados com

<sup>28</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Washington, DC: CIDH, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>29</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**: Washington, DC: CIDH, 2009. Disponível em: <http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad%20ciudadana%202009%20port.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

a Segurança Cidadã, com especial referência aos instrumentos que integram o Sistema Interamericano. As obrigações internacionais assumidas em matéria de prevenção e controle da violência e do delito e o desenho, a implementação e avaliação de políticas públicas são examinadas à luz dos princípios de uma governabilidade democrática: participação, prestação de contas e não discriminação.

O marco conceitual da Segurança Cidadã surgiu na América Latina, no curso das transições para a democracia, como meio de diferenciação de sua natureza com o conceito de segurança que se manejava anteriormente, nos regimes autoritários, que se preocupavam unicamente em garantir a ordem como expressão da força e da supremacia do poder do Estado. Nesse sentido, o conceito de Segurança Cidadã é mais adequado para a abordagem dos problemas de criminalidade e violência a partir de uma perspectiva de direitos humanos, ao invés dos conceitos de “segurança pública”, “segurança interior”, “ordem pública” ou “defesa social”.

Desde a perspectiva dos direitos humanos, e sua centralidade nas políticas públicas, na atualidade, quando falamos de segurança, frente às ameaças de violência e delito, não se pode limitar à repressão à delinquência, mas devemos pensar em como criar um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas – que se entende por sem violência, mas não sem conflitos, inerentes a uma sociedade democrática e plural. Isso implica maior ênfase na prevenção e controle de fatores de risco de violência e insegurança do que em tarefas meramente repressivas ou reativas ante fatos consumados.

As obrigações assumidas contemplam prioritariamente o funcionamento de uma estrutura institucional eficiente que garanta à população o efetivo exercício dos direitos humanos relacionados com a prevenção e o controle da violência e do delito. Nesse sentido, a CIDH reconhece as debilidades históricas na criação de uma institucionalidade na região que conduza a uma adequada gestão estatal na matéria. Essas dificuldades se verificam especialmente nos seguintes assuntos: atenção às vítimas de violência e do delito; privatização dos serviços de segurança; governabilidade da Segurança Cidadã; profissionalização e modernização das forças policiais; e a intervenção das forças armadas em tarefas de Segurança Cidadã.

A CIDH reafirma, em seu Informe Temático, que uma das suas preocupações centrais em relação às ações implementadas pelos Estados no marco das políticas sobre Segurança Cidadã é a participação das forças armadas em tarefas profissionais que correspondem exclusivamente às forças policiais. Em reiteradas ocasiões, assinalou que as forças armadas carecem de treinamento adequado para o controle da Segurança Cidadã. A preocupação da CIDH diante desta situação, que se reitera em diversos países da região, tem a ver também com o próprio funcionamento do sistema democrático.

## **6. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÕES DE SEGURANÇA INTERNA E DEFESA EXTERNA**

É, pois, fundamental a separação clara e precisa entre a Segurança Cidadã como função de Polícia e a defesa nacional como função das Forças Armadas, já que se trata de instituições substancialmente diferentes quanto aos fins para os quais foram criadas



e quanto ao seu treinamento e formação. A história do nosso hemisfério demonstra que a intervenção das forças armadas em questões de segurança interna geralmente é acompanhada de violações de direitos humanos em contextos violentos, por isso a experiência aconselha a evitar a intervenção das forças armadas em questões de segurança interna, já que acarreta o risco de exacerbação de violações de direitos humanos<sup>30</sup>.

Também a Corte Interamericana já assinalou que: “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”<sup>31</sup>.

O histórico político das forças armadas na região registra intromissão no sistema político, golpes e ditaduras militares, mas também o fato de que ex-militares conseguem êxito nas eleições democráticas. Esses “exércitos políticos” apresentam características comuns: a doutrina de segurança nacional, o domínio sobre a inteligência nacional e sobre as forças policiais e a imunidade de fato com certa base legal. Assim, verifica-se uma tipologia durante a transição para a democracia: tutela militar, controle manso e impunidade<sup>32</sup>.

Durante a década de 1950 em diante, os militares desenvolveram doutrinas de segurança nacional que aglutinavam temas de segurança, como ideologia conservadora e anticomunista, e um esquema de intervenção “necessária” como prerrogativa institucional. Tudo isso foi o complemento da tese norte-americana de segurança continental que deveria proteger o continente do “comunismo internacional”. Ideólogos militares começaram a interpretar a segurança nacional como uma guerra contra o “inimigo interno” do Estado, “forças subversivas e comunistas”, que englobam uma variedade de atores, como militantes de guerrilha, líderes sindicais, sacerdotes progressistas e camponeses insurgentes.

Ditaduras militares criaram um contexto institucional de controle e dominação que persiste, em parte, até hoje. Em geral, tem quatro vertentes: controle sobre a inteligência nacional, domínio sobre as forças policiais, execução de programas cívico-militares de desenvolvimento em zonas remotas e um sistema de imunidade e impunidade com certa base legal. Com exceção da Argentina, todas as transições de regimes militares a governos civis foram acompanhadas de legislações de autoanistia explícita ou regulações mais implícitas. Para muitos, isso significa a impunidade de fato. E, efetivamente, muitos governos não eram capazes de proporcionar as condições para garantir a persecução de conhecidos violadores de direitos humanos<sup>33</sup>.

Um tema que entrou gradualmente nas agendas de segurança e nas novas missões e tarefas das forças armadas é o combate ao crime organizado, o combate às

<sup>30</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos: informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Disponível em: [http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad\\_%20ciudadana%202009%20port.pdf](http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad_%20ciudadana%202009%20port.pdf). Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>31</sup> Corte I. D. H., Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentença de 5 de julho de 2006, Serie C n. 150, § 78.

<sup>32</sup> KRUIJT, Dirk. Las fuerzas armadas en América Latina, antes y hoy. **Ciencia Política**, v. 7, n. 14, p. 94-112, 2012. Disponível em: [https://revistas.unal.edu.co/index.php/ciencia\\_pol/article/view/41518/43132](https://revistas.unal.edu.co/index.php/ciencia_pol/article/view/41518/43132). Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>33</sup> NERIO MONROY, Ana Luisa. La militarización de la seguridad pública y su impacto en los derechos humanos de la población en situación de vulnerabilidad. **Opinión y debate**, n. 8, p.19-22, ago. 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28196.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.



máfias ou cartéis de droga. É aí que se pode observar o restabelecimento da orientação tradicional das instituições castrenses para fazer frente ao combate contra inimigos internos do Estado. No início do atual século, as forças armadas foram gradualmente envolvidas em missões de segurança interna, especialmente no contexto do combate ao crime organizado e da luta contra a droga na Colômbia, México e América Central<sup>34</sup>. O tema da militarização da segurança pública implica normalização viciosa de operações militares, um processo que gera, como consequência, uma pressão contínua para restaurar a ordem pública com mão dura, altamente armada.

As vítimas civis do confronto entre as forças de segurança e a criminalidade são denominadas de “danos colaterais” na “luta frontal” contra a delinquência. Nesse contexto, o foro militar para investigar e julgar militares funciona como garantia de impunidade – verdadeiro “foro privilegiado” – nos casos de violações de direitos humanos.

Nesse contexto de nova militarização da segurança, há uma mescla confusa de funções entre polícia e militares. Com o incremento da criminalidade violenta e a intensificação da erosão das instituições sociais e políticas, houve uma forte pressão pela participação dos militares nos chamados “conflitos de baixa intensidade”, entre os quais se destacam: a contrainsurgência e o contraterrorismo. A falta de profissionalização e modernização das polícias estabelece um campo fértil para a militarização da segurança pública se converter em um elemento semipermanente na emergente ordem política latino-americana. O Brasil é um país onde se evidencia esta tendência com maior intensidade, observando que no Rio de Janeiro tem se utilizado o Exército em intervenções nas favelas, com base na Lei Complementar 97/1999, que permite o auxílio das Forças Armadas em operações para garantia da lei e da ordem<sup>35</sup>.

O problema básico radica que o Exército está treinado e organizado para acumular a força máxima possível, a fim de destruir o inimigo, enfatizando a hierarquia, a disciplina, a lealdade e o sigilo de suas ações. Em contraste, a polícia é – ou deveria ser – um serviço público treinado e organizado para resolver problemas, operando em colaboração com a sociedade, com conhecimento da lei e respeito profissional, usando a força mínima possível para desempenhar suas tarefas. Mais ainda, a polícia deve ser receptiva a controle do governo e da sociedade civil, prestando contas e sendo transparente, características bastante diferentes do modo de atuação das forças armadas em nossa região.

Zaverucha<sup>36</sup> aponta que sendo as instituições coercitivas estimuladas a aplicar a lei de um modo semelhante ao que faziam no contexto autoritário, tornam-se enclaves autoritários. A Constituição de 1988 conservou a falta de uma das principais características do Estado moderno: a clara separação entre a força responsável pela guerra externa (Exército) e a Polícia Militar encarregada da manutenção da ordem interna.

<sup>34</sup> BAYLEY, John; DAMMERT, Lucía. Reforma policial y participación militar en el combate a la delincuencia: análisis y desafíos para América Latina. **Revista Fuerzas Armadas y Sociedad**, ano 19, n. 1, p. 133-152, 2005. Disponível em: <http://www.fesseguridadregional.org/images/stories/docs/0363-001g.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>35</sup> BAYLEY, John; DAMMERT, Lucía. Reforma policial y participación militar en el combate a la delincuencia: análisis y desafíos para América Latina. **Revista Fuerzas Armadas y Sociedad**, ano 19, n. 1, p. 133-152, 2005. Disponível em: <http://www.fesseguridadregional.org/images/stories/docs/0363-001g.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>36</sup> ZAUERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELLES, Edson. (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 69.

## 7. À GUIA DE CONCLUSÃO: A HERANÇA AUTORITÁRIA VOLTA A ASSOMBRAR A DEMOCRACIA

Passados mais de 30 (trinta) anos da Constituição Cidadã, emendada mais de 100 (cem) vezes, permanece inalterado o Texto Constitucional que manteve a arquitetura institucional e as cláusulas fundamentais de organização das Forças Armadas, da Polícia Militar e do sistema judicial militar.

Com a utilização cada vez mais frequente das Forças Armadas em funções de segurança pública, através de operações de garantia da lei e da ordem, os militares passaram a adquirir cada vez mais relevância política<sup>37</sup>. Com isso, parece mais difícil a reversão do legado autoritário herdado pela Constituição de 1988 e a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos praticadas no passado ditatorial e no presente.

É preciso, pois, reconhecer a centralidade da questão da militarização da segurança pública e da justiça criminal, que sempre foram tratadas de forma secundária, na gravidade da ameaça à democracia que hoje vivemos no país.

Como adverte Luiz Eduardo Soares, o primeiro passo é considerar a segurança pública como tema central da questão democrática, pois nela está o nó de nossa história racista. Nas palavras do professor fluminense, na rede formada pelo sistema de justiça criminal está o cordão umbilical que manteve a democracia ligada à ditadura e agora ameaça despedaçá-la<sup>38</sup>. É preciso desatar esse nó para que o futuro não seja a repetição do passado.

## REFERÊNCIAS

BAYLEY, John; DAMMERT, Lucía. Reforma policial y participación militar en el combate a la delincuencia: análisis y desafíos para América Latina. **Revista Fuerzas Armadas y Sociedad**, ano 19, n. 1, p. 133-152, 2005. Disponível em: <http://www.fesseguridadregional.org/images/stories/docs/0363-001g.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 6.457 MC/DF**. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 142 da Constituição. Atribuições das Forças Armadas [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 12 de junho de 2020. Publicação DJen. 149. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862865006/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-mc-adi-6457-df-distrito-federal-0095284-4820201000000>. Acesso em: 06 maio 2022.

CARVALHO, José Murilo. **Forças Armadas e política no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2019.

<sup>37</sup> VIANA, Natalia. **Dano colateral**: a intervenção dos militares na segurança pública. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

<sup>38</sup> SOARES, Luiz Eduardo. Democracia despedaçada. **Piauí**, São Paulo, n. 168, set. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/democracia-despedacada/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Disponível em: <http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad%20ciudadana%202009%20port.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. Washington, DC: CIDH, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

KRUIJT, Dirk. Las fuerzas armadas en América Latina, antes y hoy. **Ciencia Política**, v. 7, n. 14, p. 94-112, 2012. Disponível em: [https://revistas.unal.edu.co/index.php/ciencia\\_pol/article/view/41518/43132](https://revistas.unal.edu.co/index.php/ciencia_pol/article/view/41518/43132). Acesso em: 16 ago. 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. **Conjur**, maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>. Acesso em: 16 ago. 2021.

MENDES, Conrado Hübner; QUEIROZ, Rafael Mafei. Não existe 'intervenção militar constitucional'. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 maio 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/conrado-huebner-mendes-e-rafael-mafei-rabelo-queiroz-nao-existe-intervencao-militar-constitucional.shtml>. Acesso em: 16 ago. 2021.

NERIO MONROY, Ana Luisa. La militarización de la seguridad pública y su impacto en los derechos humanos de la población en situación de vulnerabilidad. **Opinión y debate**, n. 8, p.19-22, ago. 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28196.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Parecer jurídico**: inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional: Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Procuradoria Constitucional, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2021.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura e democracia no Brasil**: do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

SOARES, Luiz Eduardo. Democracia despedaçada. **Piauí**, São Paulo, n. 168, set. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/democracia-despedacada/>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**: segurança pública e direitos humanos. São Paulo: Boitempo, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar. **Conjur**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>. Acesso em: 16 ago. 2021.

VIANA, Natalia. **Dano colateral**: a intervenção dos militares na segurança pública. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Justiça transicional**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELLES, Edson. (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2012.

# MÉTODO E DISCUSSÃO QUANTO AOS FATOS HISTÓRICOS: UM COLÓQUIO ENTRE O HISTORIADOR, O CIENTISTA E O JUIZ

## *METODO E DISCUSSIONE DEI FATTI STORICI. UN DIBATTITO TRA LO STORICO, LO SCIENZIATO E IL GIUDICE*

**Denis Sampaio**

Doutor em Ciências Jurídico Criminais pela Faculdade de Lisboa /PT

Visiting Student na Faculdade de Bologna/IT (2015)

Mestre em Ciências Criminais pela UCAM/RJ

Professor de Processo Penal

Membro Honorário do IAB

Autor de livros e artigos

Defensor Público do Rio de Janeiro

**Resumo:** Uma ampla referência doutrinária equipara a atividade decisória realizada pelo juiz com a do historiador e a sedução cientificista na busca dos fatos ocorridos. O presente artigo segue pela crítica destas relações a partir da dissonância entre o conhecimento produzido pela dinâmica processual e outras ciências, ainda que o foco seja a análise sobre fatos. O grave problema se resume à categorização dos critérios e ao alcance gerado pelas atividades de todos os envolvidos na produção do conhecimento, com o resumo na utópica busca da verdade histórica sobre a questão fática. O que se pretende concluir é que essa alusão se choca diretamente com a epistemologia probatória e os critérios de definição do objeto da prova penal.

**Palavras-chave:** Fatos históricos. Enunciados fáticos. Prova penal.

**Sintesi:** Un ampio argomento della dottrina equivale l'attività della decisione svolta dal giudice con quella dello storico e alla seduzione della scienza sulla ricerca dei fatti. Questo articolo fa la critica della relazione basate sulla dissonanza tra la conoscenza prodotta dalla dinamiche processuale e altre scienze, anzi se il focus sia sull'analisi dei fatti. Il grave problema si riassume nella categorizzazione dei criteri e nell'ambito delle attività di tutti colori che sono coinvolti nella produzione di conoscenza, con la sintesi nella ricerca utopica della verità storica sulla questione fattuale. Cosa che si pretende concludere è che questa allusione si scontra direttamente con l'epistemologia probatoria e con i criteri di definizione dell'oggetto della prova penale.

**Parole-chiave:** Fatti storici. Affermazioni fattuali. Prova penale.

## 1. INTRODUÇÃO

Imagina um diálogo entre um historiador, um cientista e um juiz com o fim de discutir como se alcança o reconhecimento de fatos ocorridos. Cada um expunha

a forma de como fazer para esclarecer seus métodos de ilustração daquilo que pesquisavam e tentavam explicar. Sempre na reflexão sobre um fato passado e com o objetivo de expor o método de como pretendiam esclarecer ao outro o alcance do conteúdo da pesquisa.

O escopo do diálogo não seria convencer o resultado da prova do fato ocorrido, mas sim o método utilizado para este objetivo.

A indagação final poderia seguir não na graduação dos métodos, mas se seria possível observar convergências entre eles. Por uma questão de posição cênica, o juiz foi o último a expor. Enquanto isso, observava a explanação dos outros dois e refletia sobre até que ponto cada método poderia auxiliar sua atuação na análise das provas e a forma de decisão. Ou se a epistemologia jurídica, por si só, resolveria o problema decisório (ou deveria resolver).

Este seria um introito interessante para apurar o contato entre o critério da verdade em cada ciência e o método utilizado. Por isso, a questão se dirige à relação entre a verdade histórica, científica e jurídica ou se realmente há contato entre elas e as suas concernentes teorias específicas sobre o modo de formação de conhecimento, com especial interesse para a investigação, o conhecimento jurídico.

Em conclusão precipitada, pode ser afirmado que, embora haja relação e equiparação em alguns pontos entre o historiador, o cientista e o juiz, parte-se da separação entre seus raciocínios para se alcançar uma decisão (histórica, científica e jurídica, respectivamente). Essa desconexão é caracterizada pela regulação que dita a logicidade do itinerário decisório judicial<sup>1</sup> em relação aos outros seguimentos.

Porém, como parcela da doutrina faz essa equiparação, não seria possível o afastamento de alguns pontos de contato. Torna-se necessária uma rápida abordagem sobre o tema para que se tente identificar suas influências e, ao mesmo tempo, o ponto de refração de uma ampla liberdade de convencimento e decisão por parte do juiz.

## 2. CONCEPÇÃO COGNOSCITIVA DA PROVA PENAL

Seguindo a reflexão sobre a concepção cognoscitiva, há um vértice da doutrina jurídica que trata a prova como um método de conhecimento dos fatos históricos, objetivando a sua reconstrução, estabelecendo uma comparação entre o juiz e a figura do historiador<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> No mesmo sentido, TONINI, Paolo. Progresso tecnológico, prova científica e contraddittorio. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (ed.). **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007, p. 50.

<sup>2</sup> Referência à doutrina processualista sobre esta comparação, ver CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. Padova: Cedam, 1937, p. 45, p. 128s., pela atividade de busca de um fato através da condição humana e não natural. Em sentido análogo, pela referência a reconstrução de fatos passados ver CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. In: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 393. Uma semelhança, à primeira vista, clara evidência e dificilmente discutível ver TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 22, 1967, p. 442s. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 336. No entanto, a equiparação constitui apenas uma aparente solução sobre o problema de fato (Idem, p. 445). Ainda, ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Milano: Giuffrè, 1995, p. 301, n. 10; p. 308. Na doutrina alemã, FRISCH, Wolfgang. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Laura María; ZULUAGA, John (ed.). **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Gottingen: Gottingen University Press, 2016, p. 414.



Na pretensão não penal, haverá possibilidade de discussão probatória para reconhecimento de fatos presentes e até mesmo futuros. Veja-se, por exemplo, eventual ação civil que pretenda uma responsabilidade civil. Além do dano causado pela conduta, será necessária a prova da condição do ofendido no momento da demanda e da decisão (dano estético, como exemplo) e possível lucro cessante, o que caracterizaria a necessidade da prova sobre existência e comprovação de fatos futuros, ou seja, a prova, em sua observância *lato sensu*, poderá ser quanto aos fatos passados, presentes ou futuros.

No sistema penal, em regra, a discussão dar-se-á quanto à prova como referência ao fato passado. Toda a análise resulta na afirmação sobre os fatos do passado, ainda que surtam efeitos para o futuro. No entanto, excepcionalmente diante das novas questões tratadas na nossa sociedade, também será possível a discussão quanto à prova sobre fatos ou efeitos futuros. O exemplo pode ser observado em eventual crime ambiental, em que a culpa da pessoa física e, em alguns países, da pessoa jurídica<sup>3</sup>, estará pautada na conduta em si, mas para fins de aplicação da sanção penal, também a questão deverá estar figurada na averiguação das consequências nefastas ao meio ambiente<sup>4</sup>. Danos esses, inclusive, que poderão ser incomensuráveis, mas a afetação futura traduzirá uma graduação maior da pena. Para tanto, será necessária a prova quanto ao dano futuro.

Porém, a regra, no contexto penal e processual penal, diz respeito à prova dos fatos individuais já ocorridos, tornando-os históricos, justamente pela impossibilidade quanto a sua repetibilidade<sup>5</sup>.

Haverá a necessidade, contudo, de indicar uma correção a algumas afirmativas a partir da conceituação do objeto da prova, em que existe certa abreviação quando se discute a verdade sobre os fatos históricos, na medida em que a referência à prova no processo penal diz respeito à verdade sobre a afirmação de eventual existência de um fato<sup>6</sup>. Deve-se apontar que o objeto da prova não será o fato histórico em si, mas sim as proposições afirmadas pelas partes em juízo, ou seja, o enunciado fático.

A partir da importância que o juízo histórico traça sobre a avaliação do fato jurídico, há certa referência à historiografia e seus problemas<sup>7</sup>. Por isso, Cernelutti

<sup>3</sup> Que é o caso brasileiro nos termos do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9605/98.

<sup>4</sup> Por isso, a necessária construção de política preventiva do meio ambiente se torna premente na nossa atual sociedade, gerando a imprescindível observância de como o direito penal e processo devem lidar com esta nova referência mundial. A discussão diz respeito à relação entre a proteção do meio ambiente e a identificação do bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal ou se se está diante da ampliação desproporcional desse viés jurídico, com a criação de um possível "Direito Penal simbólico" com sua ilusória caracterização (MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito penal do ambiente?** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 34), através da ampliação do Direito Penal e com o "facilitismo das soluções de fachada" (Ibid., p. 36). Essa é uma análise que os juristas atuais não podem se esquivar, com o enfrentamento de sérios debates sobre o equilíbrio constitucional da intervenção penal e seus concretos efeitos práticos. Para as discussões sobre a questão penal em referência ao tema ambiental ver ainda, PALMA, Maria Fernanda. Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente. **O Direito**, ano 136, v. 1, 2004, p. 77s. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, 2000, p. 371s.

<sup>5</sup> Esta afirmação, para além de gerar efeitos nas questões probatórias, também surtirá efeitos na coisa julgada e, especialmente, no processo penal, a garantia constitucional da proibição do *bis in idem*.

<sup>6</sup> CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatório). **Rivista di Diritto e Processuale**, ano 56, n. 1, p. 73-103, 2001, p. 74.

<sup>7</sup> Em decorrência do perigo da incerteza que redundará nesta função. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: A. Rodrigues Queiró e Arthur Anselmo de Castro. Coimbra: Aménio Amado, 1942, p. 502.

indicou que fora feita uma aproximação entre o juiz e o historiador<sup>8</sup>, mas isso não corresponderia à conclusão de todas as suas funções no que diz respeito à prova.

Cria-se, portanto, uma metáfora entre a atuação do julgador e do historiador. Afirma-se que o juiz será um historiador sobre os fatos relevantes para a discussão penal, caracterizando a prova a partir do domínio especial do conhecimento histórico, com a indicação em relação “ao conhecimento das questões de facto que constituem o ato de valoração da prova, o juiz é um autêntico historiador”<sup>9</sup>. Confundia-se a prova judicial com a prova histórica. Nessa linha, deveu-se à prova a determinação da ocorrência de um fato em momento histórico passado<sup>10</sup>.

A delicadeza dessa afirmativa ocorre pela impossibilidade de o juiz penal se aproximar diretamente dos fatos em discussão, ou seja, a verdade processual a ser apurada em fatos históricos não encontrará observações diretas. Quando se apuram fatos passados, o critério de verdade será reconhecido como verdade histórica<sup>11</sup>, afastando sua caracterização das verdades científicas ou experimentais, uma vez que não haverá acesso direto às experiências fáticas.

A demonstração de um fato histórico, portanto, não pode estar fundada em critérios de convicção direta, mas sim através de fontes de prova que tenderão a repassar um acontecimento histórico a um grupo de interpretadores das fontes e dos fatos.

Mais um ponto há que ser ilustrado: no complexo jogo probatório judicial, não será observado apenas uma fonte de prova, mas um conjunto de elementos de juízo que se inclinarão à demonstração sobre um único ou diversos fatos. Ainda, diante de uma concepção cognoscitiva da prova, não se pode contentar apenas com uma fonte como elo entre o fato histórico e a decisão, será necessária a presença de diversas fontes e sua análise de forma indireta.

Por consequência, o julgador não terá um experimento direto entre o fato passado e sua decisão, ou seja, não há como fazer uma interpretação do fato criminoso que seria o fato histórico, mas sim o elemento de juízo, melhor dizendo, a própria prova. O juiz valora os elementos de prova, para que reflita sobre a ocorrência fática. Portanto, a análise do julgador se fará sobre as experiências de fatos presentes (os elementos de juízo), ainda que figurem como sinais de fatos passados.

Poderia corresponder a pretensão do alcance direto pelo juiz às observações fáticas caracterizadas como verdade absoluta. Como se sabe, dessa impossibilidade,

<sup>8</sup> “A função do juiz é sempre e principalmente uma função histórica, ou melhor, historiográfica, o mesmo em geral sucedendo com a de quem quer que tenha de avaliar a juridicidade de um facto” (Ibid., p. 502).

<sup>9</sup> “Desta feita, a prova jurídica distingue-se da actividade dos cientistas naturais. Aos cientistas naturais interessa o conhecimento dos factos individuais apenas como meio de chegar à formulação de leis gerais. Por conseguinte, os cientistas naturais adoptam uma perspectiva generalizante, que condiciona o objecto, o fim e o método da respectiva actividade científica. Pelo contrário, o historiador e o juiz procuram imediatamente o conhecimento dos factos individuais e, mesmo quando incluem tais factos num contexto de regularidade geral, fazem-no apenas para dotar o conhecimento histórico de uma maior potencialidade explicativa. Portanto, o historiador e o juiz adoptam uma perspectiva individualizante quanto ao objecto e ao fim, não obstante poderem precisar de um método generalizante.” MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (org.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, Letras e Conceitos, 2016, p. 1062.

<sup>10</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. In: ANDÒ, Valeria; NICOLACI, Giuseppe (ed.). **Processo alla prova**: modelli e pratiche di verifica e saperi. Bari: Carocci, 2007, p. 175-176.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Laterza, 2004, p. 25.

a doutrina jurídica recebe mais um fundamento de afastamento da verdade, permanecendo em seu aspecto relativo, judicial, e, assim mesmo, com outros diversos limites, que serão expostos mais adiante, os quais, ao invés de firmar críticas à verdade processual, apenas assegura, se for o caso, sua defesa diante da concepção falsificacionista da prova.

Por isso, Calamandrei já expunha diferente atuação entre o juiz e o historiador, na medida em que, como não poderá permanecer diante da situação do *non liquet*, deverá resolver a controvérsia judicial e contentar-se com a verdade aproximada, provável ou, na sua expressão, através da verossimilhança e não na tentativa difícil de obtenção de uma verdade dita absoluta<sup>12</sup>.

Porém, a relação entre o juiz e o historiador cria um elo de contato e de valorização do sistema do livre convencimento, deturpando, ainda nos dias atuais, seus limites. Esta equiparação tem sua característica básica na intuição para a busca da verdade material, conduzindo à valoração ético-normativa da experiência processual cada vez mais livre<sup>13</sup>. Consequentemente, em clara importação do cientificismo *juspositivista*, estabelece a possibilidade da referência das técnicas da ciência natural para a busca de uma certeza absoluta ao campo da ciência jurídica<sup>14</sup>.

Mas, o que a relação entre o juiz e o historiador influencia na dinâmica da prova penal? A resposta segue na sua versão histórica e ideológica.

Se se depara diante do discurso sobre a busca de uma verdade a partir de um juiz ativo, por isso próximo das técnicas das ciências naturais e da historiografia do fato a ser julgado, tenderá a criar maiores poderes decisórios, com redução significativa de regras processuais e probatórias e a atividade dialógica das partes. O formalismo e a contribuição dialética das partes tendem a ser um obstáculo a qualquer historiador e, nesta orientação, ao julgador também.

Sensível ou talvez simbólica seja esta proximidade – juiz/historiador –, mas significativos serão os seus efeitos, principalmente na defesa das ausências de regras ou critérios definidos sobre a valoração da prova penal.

Agrava-se a discussão quando a relação entre o juiz e o historiador coincide com o da defesa na verdade real em que, esquecendo-se da correspondente característica da epistemologia judiciária e seus instrumentos de controle epistêmico, tenta se aproximar da defesa do realismo epistemológico, com um nefasto efeito: o choque teórico e prático entre o critério da verdade e as garantias fundamentais, como se essas obstassem o alcance daquela<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> CALAMANDREI, Pietro. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. In Opere Giuridiche. vol. V., p. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano, 1972, p. 615s.

<sup>13</sup> Nas expressões de NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 462.

<sup>14</sup> Ibid., p. 462.

<sup>15</sup> Neste sentido, FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. In: FERRUA, Paolo. **Studio sul Processo Penale: Il Anamorfosi del Processo Accusatorio**. Torino: Giappichelli, 1992, p. 48.

### 3. CRÍTICAS AO JUIZ COMO HISTORIADOR

A conjugação entre a concepção cognoscitiva da prova e o método de conhecimento de fatos históricos no processo judicial sempre levantou uma questão de extrema relevância quanto à busca de uma verdade, que diz respeito a como devem se comportar as partes e o julgador. Esta referência ainda se mostra palpitante no processo, seja diante das suas defesas, seja pelas ferrenhas críticas doutrinárias.

Parte-se de um discurso judicial viável: um critério de afastamento de dúvidas ligado aos limites de regras e critérios que impõem a busca de um conhecimento realístico-processual.

Embora Calogero, Calamandrei e Taruffo tenham equiparado substancialmente a atuação judicial com a de um historiador, dispondo que ambos se dirigiriam à análise de fatos passados e sua reconstrução, seguidos pela busca de declaração sobre a verdade desses, há flagrantes diferenças<sup>16</sup> em que não seria possível, no sistema processual atual, haver reais pontos de contatos entre estas figuras<sup>17</sup>.

Talvez, a única e frágil conexão dar-se-á pela necessidade de análise de fatos já ocorridos, portanto, uma dimensão retrospectiva<sup>18</sup>. Consequentemente, a assimilação seria viável apenas se, e somente se, a única função do processo penal fosse a (re) construção de um resultado válido sobre o plano gnosiológico<sup>19</sup> perfeito, destituído de um método jurídico democraticamente estável, ou seja, através de normas processuais e constitucionais para a observância do percurso destinado à formação da decisão final.

Mas, a passividade necessária para consolidação da imparcialidade dos julgadores, bem como a necessidade da presença de um procedimento destinado à valoração das provas judiciais (atividade regulada institucionalmente)<sup>20</sup>, que nem sempre tem como objetivo a construção de verdades (empíricas), já os afastam radicalmente dos historiadores<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Reconhecidas pelos próprios doutrinadores citados, mas que não alcançam o afastamento da correlação entre o juiz e o historiador. Por todos, CALAMANDREI, . *Il giudice e lo storico*, p. 399s.

<sup>17</sup> Neste sentido, TWINING, Willian. Some scepticism about some scepticisms. In: TWINING, Willian. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 114. Ainda, HAACK, Susan. Truth, Truths, "Truth", and "Truths" in the Law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 26, p. 17-21, 2003, p. 19-20.

<sup>18</sup> Na expressão de TUZET, Giovanni. **Dover decidere: diritto, incerteza e ragionamento**. Roma: Carocci, 2010, p. 225.

<sup>19</sup> Como advertiu CALAMANDREI, op. cit., p. 397. Ainda, NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 48.

<sup>20</sup> No plano da interferência de critérios institucionais, ocorrerá o afastamento desta equiparação, o que resulta na observação da inconsequência metodológica. LINHARES, José Manuel Aroso. Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 31, 1988. Separata, p. 109-110. No mesmo sentido, GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: la inferencia probatoria. In: **Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidade y acción**. Colonia Del Carmen: Fontamara, 2013, p. 54.

<sup>21</sup> CORDERO, Franco. Voce Giudizio. In: **Digesto delle Discipline Penalistiche**. Torino: Utet, 1991, p. 509-511. E se houver conjugação do objeto da prova (o fato afirmado) com o procedimento probatório ao alcance da decisão penal, pode-se indicar que os elementos de juízo tendem a realizar a reconstrução do fato objeto da acusação e da resistência defensiva. Neste sentido, GAROFOLI, Vincenzo. I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio. In: GAITO, Alfredo (ed.). **La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"**. Torino: Utet Giuridica, 2006, p.78-79. Ou traça, em uma melhor apuração, um círculo analógico inútil. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 340.

Retornando ao contraponto, a análise empírica dos historiadores dar-se-á com o apoio de fatos ocorridos e na busca de demonstração do que ocorreu no passado<sup>22</sup>, com predisposição ao reconhecimento das suas ocorrências, destituídas, em grande parcela de casos, de argumentação dos envolvidos<sup>23</sup>.

Já o julgador, não estará apto a analisar um fato (ou seus enunciados) quando não houver imparcialidade, pois entraria no atuar das partes, o que o afastaria das suas reais funções. Consequentemente, estaria condicionado a pronunciar-se sobre as hipóteses formuladas pelas partes (princípio acusatório<sup>24</sup>), enquanto o historiador deverá pronunciar-se sobre as suas próprias hipóteses, que poderão, ao longo do percurso investigativo, retificar ou substituir o objeto de investigação<sup>25</sup>.

Disso resulta uma afirmação importante, que não seria possível se focalizasse o fato real como objeto da prova. Seguindo a partir de uma verdade proposta com características judiciais, ou seja, por um valor jurídico geral, o critério de veracidade ou falsidade dependerá daquilo que os envolvidos no processo (acusação, defesa, testemunhas, juiz) afirmam ou narram. Assim, ser verdadeiro ou falso, em um processo, não corresponderá necessária e diretamente a uma ocorrência fática, mas à afirmativa sobre ela (concepção referencial sobre os fatos passados), o que ressalta o critério da incerteza fática como importante premissa teórica. Quer dizer, portanto, que a aceitabilidade de um critério de verdade/falsidade indica a presença da refutação/comprovação de uma hipótese afirmada, mas não a real concordância ou discordância com a realidade fática<sup>26</sup>.

Tanto o processo, como também as próprias regras probatórias ensejam esses obstáculos<sup>27</sup>. Assim, o trabalho de análise quanto aos fatos ocorridos incidirá sobre os meios de prova relevantes e disponíveis.

E mais, diante dos enunciados fáticos a serem analisados, deverá o julgador estar atento aos argumentos das partes, pois aferirá também fatores externos aos fatos, na medida em que os referidos argumentos não devem ser caracterizados

<sup>22</sup> O que também não se mostra pacífico, bastando a análise das teorias do ceticismo histórico em que traça a história como necessariamente incompleta, cabendo apenas ao historiador a tentativa de dar sentido e significado aos fatos passados. Para a análise desta teoria nas questões judiciais ver TWINING, Willian. Some scepticism about some scepticisms. In: TWINING, Willian. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 110s.

<sup>23</sup> O historiador pode escolher o objeto da sua investigação, enquanto o julgador estaria afeto à enunciação das hipóteses impostas pelas partes. Cf. CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. In: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 397.

<sup>24</sup> Neste contexto, como fundamento do sistema acusatório, bem como identificador de espécies normativas indicativas para o fim de neutralidade e imparcialidade na atividade jurisdicional.

<sup>25</sup> TWINING, op. cit., p. 114. AINDA, KOSTORIS, Roberto. Giudizio. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. [S.l.: s.n.], 1997, v. 15, p. 08. UBERTIS, Giulio. La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia. In: UBERTIS, Giulio. **Argomenti di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006, v. 2, p. 151. AINDA, UBERTIS, Giulio. Il giudice, lo storico e il giornalista. In: UBERTIS, Giulio. **Argomenti di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006, v. 2, p. 163.

<sup>26</sup> Neste sentido, TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). **Criminalia**, p. 305-329, 2009, p. 315-316.

<sup>27</sup> Até porque, a busca sobre a verdade na dinâmica processual estará condicionada a certo procedimento lógico, ou seja, a atos e atividades catalogadas. Cf. CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. In: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 399. Gerando o afastamento de qualquer correlação às ciências empíricas, ainda que haja proibição pela lei e pela ética, os obstáculos não são análogos, Cf. WRÓBLEWSKI. Jerzy. **Meaning and truth in judicial decision**. 2. ed. Helsinki: A-Tieto, 1983, p. 190.



como acidentais à discussão processual. Pelo contrário, mostram-se imprescindíveis à dinâmica processual, à formação da prova e da influência na decisão penal, justamente porque o elemento de prova não gera o efeito cognitivo por si só, havendo reais condicionantes argumentativas neste contexto<sup>28</sup>.

Nesse ponto, há o principal destaque sobre a ausência de equiparação entre o juiz e o historiador. A atividade judicial jamais se realizará de maneira solitária quando diante de um princípio acusatório como base no processo penal democrático. A atividade probatória será sempre desenvolvida a partir da atribuição compartilhada por todos os envolvidos<sup>29</sup>.

Via de consequência, o método do contraditório impõe a submissão do julgador às discussões delineadas pelas partes, ainda que haja, nos sistemas continentais, previsões expressas sobre a gestão da prova pelo julgador. É dizer, a delimitação jurisdicional restará fixada pelas partes e não pelo julgador, o que difere da atividade do historiador.

Por isso, um ponto se destaca na diferença entre o juiz e o historiador: a obrigatoriedade da tentativa de comprovação jurisdicional por outro envolvido em analisar os elementos de juízo – os instrumentos de reflexão que interpretam os fatos históricos. Ou seja, será a partir da iniciativa de um terceiro – acusação ou defesa – que almeja comprovar as suas pretensões em algum momento. Caso isso não ocorra, a história não ficará sem um nome. Será reconhecida como uma história digna de resultado e efeitos. Não em favor dos enunciados fáticos, mas sim em favor do inocente ou na permanência da dúvida plausível.

Assim, diante de regras processuais e constitucionais, se os dados probatórios não corresponderem aos sinais do passado, a decisão será absolutória, indicando, para este caso concreto, a sua história, que seria inclusive imutável, pela impossibilidade de revisão contra o indivíduo, ainda que os instrumentos utilizados não fossem os mais apropriados possíveis ou que se descobrissem outros elementos. O historiador, por sua vez, teria a possibilidade de rematar sua pesquisa sem um resultado conclusivo<sup>30</sup>. A conclusão desta afirmativa, portanto, estaria na caracterização de diferentes contextos e para diferentes fins na afirmativa de Twining<sup>31</sup>.

Outro fato de afastamento dessas funções ocorre pela restrição normativa que atinge o julgador.

Para além de referências éticas, o historiador não terá limites à descoberta da existência de um fato. Já o julgador, como se depara com um processo de cunho democrático, deverá pautar-se por todos os ditames constitucionais e infraconstitucionais, respeitando, inclusive, as atribuições institucionais das partes.

<sup>28</sup> STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 35.

<sup>29</sup> ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 90-93.

<sup>30</sup> UBERTIS, Giulio. Il giudice, lo storico e il giornalista. In: UBERTIS, Giulio. **Argomenti di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006, v. 2, p. 160.

<sup>31</sup> TWINING, Willian. Some scepticism about some scepticisms. In: TWINING, Willian. **Rethinking Evidence**: exploratory essays. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 116.

A formação da sua decisão, portanto, não se pauta na descoberta ilimitada da verdade fática, mas diante de atributos processuais que buscarão a realização da solução penal<sup>32</sup>.

Deve-se apontar, portanto, que o processo é um instrumento epistemológico específico, por isso segue diante de uma atividade gnosiológica, mas a interferência normativa trilha uma característica própria e essencial<sup>33</sup>, o que o distingue de uma ciência historicista. Ainda que a questão principal neste ponto se mantenha na linha epistemológica e, portanto, o critério da verdade acabe sendo o ponto de apoio para o conhecimento de fatos passados, essa não seria a única função do processo e, consequentemente, da prova.

Uma decorrência das afirmativas seria a de que o historiador não teria as mesmas restrições impostas ao julgador<sup>34</sup>. Não há previsões normativas que impeçam o historiador de buscar uma verdade, próxima daquela que almeja ser absoluta<sup>35</sup>. Utiliza, este sujeito epistêmico, todas as ferramentas possíveis para alcançar a verdade sobre os fatos que ocorreram, tornando-os históricos. Para a questão judicial, a garantia da imparcialidade judicial<sup>36</sup> resulta em um dos afastamentos desta correlação<sup>37</sup>.

E mais, o historiador não terá restrição temporal. O tempo (o *timing* do historiador<sup>38</sup>) não será um ponto de refração para a busca de uma verdade histórica. O julgador submete-se aos limites de tempo e prova que o histórico ignora<sup>39</sup>. É dizer, o processo segue diante de um prazo razoável, o que já afastaria a referida analogia

<sup>32</sup> CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. Padova: Cedam, 1937, p. 129. Da mesma forma, Bettiol quando afirma que o processo jamais será instrumento de cognição da verdade extraprocessual. BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di Diritto e Procedura Penale**. 7. ed. Cedam: Padova, 2000, p. 134. Ainda TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 22, 1967, p. 445. UBERTIS, op. cit., p. 159. Por isso, a atividade do histórico é livre (por exemplo, pode analisar inclusive documentos furtados), a do julgador, vinculada às regras legais. TONINI, Paolo. Progresso tecnológico, prova científica e contraddittorio. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (ed.). **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007, p. 52. Nesse sentido, ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 92.

<sup>33</sup> Cf. NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 49. O que leva à completa diferença entre os métodos, os recursos e os procedimentos realizados pelo historiador e pelo julgador. Cf. TWINING, Willian. Some scepticism about some scepticisms. In: TWINING, Willian. **Rethinking Evidence: exploratory essays**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 113.

<sup>34</sup> HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: la inferencia probatoria. In: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti: ensayos sobre prueba, causalidade y acción**. Colonia Del Carmen: Fontamara, 2013, p. 54.

<sup>36</sup> Ressalta-se que não se adentra, até mesmo ou até o presente momento, quanto à questão sobre a prova oficiosa. A referência à imparcialidade judicial figura além desta discussão.

<sup>37</sup> “De uma imparcialidade desapaixonada e destacada que um verdadeiro histórico não poderia nunca alcançar, porque na escolha do tema já se observa a confissão de uma preferência, e na formulação do problema já está implícito o critério de solução” (CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. In: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 397 (tradução nossa). E continua Calamandrei, “apenas diante de um processo de cunho inquisitório em que, fática e psicologicamente estará mesclada a função de acusar e julgar, que estaria implícita a predisposição da condenação, haveria a aproximação do juiz ao historiador pelo fato de que este se dispõe a demonstrar a sua tese.” (Ibid., p. 398, tradução nossa).

<sup>38</sup> TWINING, op. cit., p. 113.

<sup>39</sup> CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel Processo Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 56, n. 2, p. 608-625, apr./giugno. 2013, p. 608. STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 26, n. 2, p. 245-261, 2013, p. 255.

entre o juiz e o historiador, justamente pela convivência com o problema da incerteza, do tempo e a alocação de riscos sobre erros decisórios<sup>40</sup>.

Para o historiador, quanto maior o tempo de investigação sobre determinado objeto, maior seu crédito em decorrência do tempo investido na sua pesquisa, creditando a ele o sucesso do resultado e possíveis efeitos. A celeridade de uma pesquisa histórica, em muitos casos, afasta seu grau de lisura e soariam diversas críticas em que a cientificidade da investigação se reduz à informação sobre os resultados pesquisados.

O contrário é observado quando diante de uma atividade judicial de busca sobre a ocorrência dos fatos. Como se está diante de indivíduos subjugados à procura de uma solução penal, o tempo não poderá se alongar ao ponto de afastar a democraticidade da investida estatal<sup>41</sup>.

Por isso, e não só, o juiz e, especialmente, as partes não disporão do tempo do historiador. A busca pela comprovação dos enunciados discutidos deve se dar de forma razoável quanto à duração temporal, seguindo como imposição constitucional, independentemente da presença de medidas constritivas contra o acusado.

Ainda, o historiador estará pautado pela possibilidade de autocorreção, quando descobre a existência de um afluente em suas informações históricas e, seguindo-o, não alcança o objeto de investigação e, então, realiza a revisão do seu próprio experimento. O mesmo não ocorre nas decisões judiciais em que, uma vez criada a referência da coisa julgada, afetará diretamente o objeto de discussão e, se não for por questões estritamente processuais ou surgirem novos fatos, a decisão efetivamente fará história predicada com o grau de imutabilidade.

Pode-se afirmar, antecipando uma conclusão sobre esse argumento, que o historiador trabalha com regras de inclusão probatória, uma vez que não haverá muitas limitações à busca da demonstração de um fato ou experimento. Por outro lado, o juiz trabalha – ou pelo menos deve trabalhar – com regras de exclusão<sup>42</sup>, na medida em que refletir sobre prova (penal), na maioria das vezes, consiste em analisar as regras de obstáculo à prova sobre um fato, o que não afasta a eficácia e lisura do sistema processual. São regras de limites à busca de verdades (históricas<sup>43</sup>), em que, não obstante o fim satisfazer o mais pretensioso possível (e aqui o trabalho se dirige ao aspecto positivo desta pretensão), os meios não se justificam, justamente por não corresponder, em grande maioria, efetivamente a atos positivos no contexto jurídico e ético.

<sup>40</sup> STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 35.

<sup>41</sup> Ilustra Ferrer Beltrán com o seguinte exemplo: “suponhamos que um historiador apresenta os resultados de uma investigação em que haja podido determinar-se, depois de vinte anos de intenso estudo, que em um momento histórico determinado sucederam certos fatos. É fácil imaginar um auditório aplaudindo depois da apresentação e louvando a tenacidade do historiador pelo estudo. Por outro lado, se a mesma situação é apresentada por um juiz, difícil supor que a reação social gere elogios.” FERRER BELTRÁN, Jordi. El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho, p. 179 (tradução nossa).

<sup>42</sup> Neste sentido, CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. In: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 400.

<sup>43</sup> O que leva Conti a afirmar que a verdade histórica corresponde a uma utopia diante do processo penal. CONTI, Carlotta. Voce Verità processuale. In: SPANGHER, Giorgio (ed.). **Procedura Penale**. Milano: Il Sole 24 Ore, 2008, p. 417.

Mas não só o afastamento da analogia entre o juiz e o historiador estabelece um saber epistêmico-processual. A questão também é posta quanto à verdade científica em que as discussões anteriores surtirão alguns importantes reflexos e apoios.

#### 4. DE UM LADO O JUIZ, DO OUTRO O CIENTISTA

Por outro lado, a proximidade entre processo penal e o conhecimento científico permanece uma constante. O que hoje se conhece como algumas atividades de mera sorte ou azar eram reconhecidas com certo valor científico, em época atroz. Muitas teorias ou práticas não mais se aplicam ou são adotadas, o que não reduz seu valor, ainda que somente como referência histórica<sup>44</sup>.

Nas questões probatórias e decisórias, não obstante afastar algumas aporias atualmente irrelevantes, não alcança o significado de equivalência. Essa constatação denota-se contemporânea, quando observados os mais modernos métodos de obtenção do saber científico e que ainda criam nichos de relação ou de afastamento com o conhecimento desenvolvido no âmbito processual penal<sup>45</sup>.

Insta esclarecer que um dos fatores de diferenciação entre um critério sobre a decisão processual e científica dar-se-á pelo método de formação<sup>46</sup>. Aquela ocorre através dos argumentos expostos pelas partes, consubstanciados pela inferência dos elementos de prova; essa com critérios de demonstrabilidade e observação empírica. Por isso, na linha de Stella<sup>47</sup>, pode-se afirmar que a metodologia probatória é baseada na compreensão representativa da realidade, enquanto a metodologia científica estaria envolvida pela observação e experimento, objetivando a confirmação ou falsificação das hipóteses experimentais, a partir de instrumentos necessários para que haja repetição dos experimentos<sup>48</sup> e, conseqüentemente, uma maior liberdade para se alcançar o objeto de análise e ilimitada atividade<sup>49</sup>. Por outro lado, o conhecimento do julgador seria exclusivamente em relação aos fatos apresentados no presente (a afirmação) e não estaria sujeito a repetições<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> Por isso, e já se inicia uma referência ao modo de racionalizar o critério de busca do conhecimento científico, identifica-se essa experiência (científica) como forma de contradizer a experiência comum. Cf. BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 14.

<sup>45</sup> Importante reflexão sobre a influência da ciência no direito pode ser vista em JASANOFF, Sheila. **La scienza davanti ai giudici**: la regolazione giuridica della scienza in America. Tradução: Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 2001, p. 17s.

<sup>46</sup> Ainda que sejam encontrados diversos pontos de contato entre a ciência e o direito, a diversidade cultural dos temas indica a forma como diversamente se tratam os objetivos e os métodos. Ibid., p. 20s.

<sup>47</sup> STELLA, Federico. Verità, Scienza e Giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, fac. 4, ott./dic., 2002, p.1222.

<sup>48</sup> O cientista, em regra, trabalha com o conhecimento empírico, estabelecendo uma relação estatisticamente sindicante com os fatos da natureza.

<sup>49</sup> O investigador científico investiga livremente, enquanto o julgador realiza a análise sobre as hipóteses de forma vinculada às aporias jurídicas. Cf. BELING, Ernst Ludwig Von. Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In: AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián (ed.). **Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: Temis, 2009, p. 03. Na referência de Haack, "os cientistas buscam a verdade. Os filósofos buscam a moral. Um processo penal busca apenas a prova mais além de toda a dúvida razoável." HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013 p. 74. (tradução nossa).

<sup>50</sup> Como adverte Taruffo, em relação à posição majoritária na doutrina jurídica. Ver TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 330s.

Porém, da mesma forma que o Direito não pode ficar avesso às outras disciplinas humanas e sociais, também não seria oportuno, atualmente, fechar os olhos para toda a moderna ciência e a adaptação dos seus instrumentos e resultados na aferição da prova judicial. Não mais há como afastar o avanço das ciências exatas na discussão processual (penal)<sup>51</sup>. Basta a análise das novas formas de obtenção de prova – as provas científicas –, as provas digitais e genéticas que já fazem parte diuturnamente dos trâmites processuais.

Contudo, se valer de métodos científicos não quer elevar o procedimento probatório a uma investigação científica ou a uma certeza científica, pela simples razão da utilização por aquela de experimentos repetíveis, o que não se torna presente no procedimento probatório<sup>52</sup>. A prova somente será produzida em um momento, na fase judicial. Na realidade, ocorrem elementos de informação que quiçá são produzidos, quando apenas vivenciados na fase investigativa.

Aponta-se, portanto, que o necessário confronto realizado entre as partes traduz um dos elementos de dissonância entre o juiz e o cientista. Correto constatar que o valor indicativo das provas científicas não afasta a necessidade de um procedimento probatório, pela simples e imprescindível imposição constitucional do devido processo legal<sup>53</sup> e do contraditório.

Assim como a história fez afastar a confissão como a rainha das provas<sup>54</sup>, devem ser endereçadas cautelas à prova científica, principalmente após o abandono do positivismo científicista<sup>55</sup>. A sua importância, como qualquer outro meio de prova, não resvala na economia de imposições constitucionais. Seu valor deve ser garantido, portanto, a partir

<sup>51</sup> Por isso, voltando às palavras de Taruffo e tentando criar certa proximidade entre o juiz e o cientista, o autor afirma que “se é verdade que a epistemologia se refere aos modelos da decisão judicial, é também verdadeiro que no plano metodológico geral, e em numerosos casos específicos, o juiz pode usar e valorar corretamente provas unicamente se usa esquemas racionais análogos aos do cientista.” TARUFFO, op. cit., p. 336.

<sup>52</sup> Correspondendo à diferença entre a “verdade judicial” e a “verdade científica”. Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Meaning and truth in judicial decision**. 2. ed. Helsinki: A-Tieto, 1983, p. 196s. O que reflete na análise da teoria dos erros, ou seja, o erro do cientista difere concretamente do erro judicial. Aquele estará diante de um experimento e, portanto, passível de repetição; esse conduz a problemas gravíssimos de violação de direitos e proteção ao ser humano e, com certo grau de dificuldade (processual), poderá ser o ato repetido. FROSINI, Benito Vittorio. **Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 129.

<sup>53</sup> O que realça, nas palavras de Taruffo, o reconhecimento da “prova científica judicial” quando seguem uma modalidade estabelecida juridicamente, e “prova científica extrajudicial”, que corresponde a todos os outros casos que não são regulamentados por normas jurídicas, o que gera a discussão quanto às denominadas provas atípicas. TARUFFO, Michele. La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução: María del Carmen Vázquez Rojas. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 279.

<sup>54</sup> Na verdade, esse é um delicado ponto teórico, na medida em que basta a análise do cotidiano prático para a identificação de que, embora não haja previsão legal, a confissão continua sendo a rainha das provas. É dizer, na sua ocorrência, há uma redução significativa da atividade probatória. Em Portugal, havendo confissão integral e sem reservas, implicará em renúncia à produção de prova sobre os fatos, considerando-os como provados, passando de imediato o julgamento às alegações orais (art. 344º, n. 2, a e b, CPP português). Porém, a interpretação do dispositivo em alusão não se mostra tranquila. Sousa Mendes é expresso em apontar que “o julgador pode suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou sobre a veracidade dos factos confessados. Por conseguinte, a confissão não faz prova pleníssima, nem plena” MENDES, Paulo de Sousa. A Prova Penal e as Regras de Experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (org.). **Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1009.

<sup>55</sup> Deve-se recordar que a base do positivismo filosófico indicava que a ciência era caracterizada como ilimitada, completa e infalível. Após a crise da cientificidade do pós-positivismo, com ênfase na metade do século passado, constatou-se a necessidade de reanalisar aquelas características, tornando a base da ciência como limitada, incompleta e falível. TONINI, Paolo. La prova científica. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). **Trattato di Procedura Penale**. Tomo I – Le Prove. Torino: Utet, 2009., p. 89. Por isso, atualmente, se torna difícil afirmar a infalibilidade das provas científicas, até porque está condicionada à validade do método utilizado e à necessidade de um maior controle de qualidade técnico-procedimental. Neste sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: um mapa de retos. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 183s. Não só no Direito essa crítica é realçada, mas na própria filosofia das ciências. Nesta linha, Popper é expresso em afirmar que corresponde à ilusória expectativa se contentar com a crença na certeza científica e na autoridade da ciência, já que “a ciência é falível, porque a ciência é humana.” POPPER, Karl R. Facts, Standards, and truth: a further criticism of relativism. In: POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. London: Routledge & Kegan Paul, 1966, v. 2, p. 375 (tradução nossa).



de regras e critérios e a base para este significado dar-se-á pelo contraditório e pela necessidade de reforçar o modelo falsificacionista da hipótese acusatória<sup>56</sup>.

Ainda por essa linha, não há como garantir um vínculo direto entre o juiz e o cientista, até porque, não existe uma total coincidência entre o processo e o laboratório, e entre provas e experimentos, nas palavras de Taruffo<sup>57</sup>. Mas, também não há como afastar critérios científicos, o que leva à ocorrência de complementações e auxílios na produção e valoração das provas produzidas no processo penal. Disso, o estudo processual penal não pode mais se afastar.

A discussão alcança outro foco: com esta analogia, estaria o processo na direção da busca e do alcance de uma verdade, diante de uma visão prática, científica?

Independentemente da resposta à indagação, há a concordância com as expressões de Haack, na linha desta diferenciação, mas permanecendo na defesa de uma linguagem epistemológica para a exigência da formação da decisão penal. Não segue na determinação do juiz alcançar a verdade substancial sobre a culpa ou responsabilidade do acusado no evento delitivo, mas sim, evitando especulações ou pressuposições, determinar se a culpa do acusado tem sido estabelecida pelas provas apresentadas em um grau exigido<sup>58</sup>. Na mesma direção, além da formação e produção, o método de valoração dos elementos probatórios sofrerá (ou deve sofrer) influência.

Ou seja, por um lado a defesa intransigente do cientificismo na dinâmica da prova penal não pode figurar como uma máxima, bastando a identificação de diversos erros judiciais advindos de provas periciais. Por outro lado, o reforço à autoridade dos juízes em dilemas entre a prova científica e a certeza judicial também ganha contornos mais delicados.

A discussão acaba resvalando na presença do princípio da liberdade probatória<sup>59</sup>, bem como no princípio do livre convencimento. Até que ponto as

<sup>56</sup> O que parece uma obviedade, deve ser ratificado pela doutrina, na medida em que o reconhecimento da credibilidade da prova científica pela jurisprudência, em vários momentos, desmerece a atuação das partes (principalmente a da defesa) no confronto da prova técnica. Nesta linha, importante leitura de TONINI, Paolo. Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza. **Diritto Penale e Processo**, n. 1, 2011, p. 360s. Por isso, o enfrentamento quanto à concepção falsificacionista tende à defesa da imprescindibilidade do contraditório técnico inclusive para a prova científica. Neste sentido, CONTI, Carlotta. Al di là del ragionevole dubbio. In: SCALFATI, Antonio (ed.). **Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio**. [S.l.]: IPSOA, 2006, p. 95. O que leva à alusão da fixação do *standard* probatório da dúvida razoável como limite de prova científica e à comprovação da sua não falsificação ou manipulação. Ou seja, ainda que estejamos diante de prova científica, seu real valor processual ocorrerá quando provada, para além da dúvida razoável, que não foi falsificada e houve a efetiva cadeia de custódia.

<sup>57</sup> TARUFFO, Michele. La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução: María del Carmen Vázquez Rojas. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 279. Id., 2011, p. 331.

<sup>58</sup> HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74.

<sup>59</sup> Prevista expressamente no art. 182 do Código de Processo Penal Brasileiro, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz refutar a prova pericial. Esse é um exemplo característico da ausência de critério probatório baseado na ampla liberdade de formação do convencimento do julgador. Reconhecer que o juiz não pode se comportar como um substituto lógico do experto resulta em uma afirmação simples. Da mesma forma, utilizar um conhecimento privado, ainda que específico sobre a prova científica, também se mostra inviável, diante do necessário e ético meio de controle sobre a decisão judicial. Por isso, qual seria o fundamento da refutação da prova pericial (e, em alguns casos reconhecidamente científica) pelo julgador? Essa é uma delicada questão, que deve ser baseada apenas na aferição sobre o controle de confiabilidade da prova científica e dos seus métodos. A livre valoração da prova, sem que haja um critério específico, denota extremo perigo e eleva a possibilidade de arbitrariedades decisórias, baseadas apenas na crença da imparcialidade e confiabilidade da pessoa do julgador.

O mesmo tema é tratado pelo artigo 163, do CPP português, de forma mais técnica quando dispõe que “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”. A lei, portanto, fixa o valor probatório da perícia (prova legal), indicando que o juiz não poderá valorar livremente a prova pericial. O grave problema está relacionado ao segundo parágrafo do artigo, quando, seguindo na crença da credibilidade da experiência do julgador, indica que sempre que a sua convicção “divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve ele fundamentar a divergência”. Com isso, aproxima-se do dispositivo brasileiro, que eleva a convicção do julgador (ao seu livre convencimento) em contrapartida a outros elementos de prova, inclusive a omissão da necessidade da contraprova pericial. Em sentido diverso, SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2000. v. 2., p. 199.

O problema ainda se caracteriza na questão da “imprecisa formação geral do julgador” no confronto à “formação especializada do perito”. (LINHARES, José Manuel Aroso. Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 31, 1988. Separata., p. 141). O que se ilustra é o sobrevalor legislativo à convicção do juiz em confronto com diversas questões delicadas sobre o conhecimento especializado do experto. Um exemplo que pode ser característico diz respeito às questões de laudos periciais antropológicos, quando diante de um crime culturalmente motivado, e a valoração da prova pericial pelo julgador, quando diante do seu contexto socializado, em uma cultura diferente daquela em reflexão. Para o tema, ver DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAIERO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 27s.



novas tecnologias auxiliam na comprovação de um fato, ensejando a vinculação do julgador a essas referências? Ou seria viável, sem que houvesse uma contraprova técnica, o afastamento do seu valor pelo julgador? São questões que intrigam a doutrina moderna e refletem significativamente a postura da jurisprudência, quando enfrentam o problema probatório.

Mas, antes do segmento crítico, constata-se que o avanço tecnológico e a referência às questões interdisciplinares conectadas ao tema elevarão a confiança da capacidade cognitiva humana, gerando efeitos indiscutíveis na teoria da prova e da decisão. Especialmente, na redução de preceitos normativos referentes às regras de valoração da prova<sup>60</sup>.

Por outro lado, diante do princípio da incerteza como premissa básica da discussão, ainda que se estabeleça a culpa de uma pessoa, com um alto grau de exigência probatória quanto à confirmação dos enunciados fáticos, não se pode concluir pela certeza absoluta da realização do ato. E se a prova se dirigir a uma referência específica e científica (questão da prova científica), seria viável concluir pela sua certeza?

Como já exposto, o mito da certeza científica já não mais perdura nos dias atuais<sup>61</sup>. A história da ciência é identificada como o cemitério de teorias erradas, nas palavras de Stella<sup>62</sup>. Por isso, ainda que não mais seja possível o afastamento das novas tecnologias e as provas científicas na dinâmica processual penal, não há como garantir, consubstanciada nelas, uma certeza objetiva<sup>63</sup>, o que, também, pode aduzir à conjugação de uma liberdade de convencimento do julgador. São referências que não se encontram e não dialogam.

Essa questão tornou-se em franca análise após a decisão proferida pela Corte Suprema dos EUA, no conhecido caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals Inc*<sup>64</sup>. O que se extrai de positivo na decisão *Daubert*, para o processo penal, é que a crença na verdade científica deve ser sopesada por critérios específicos e racionais para o seu valor judicial. Por isso, o grau de validade e, portanto, comprovação de uma prova científica deve ser retratado a partir de alguns métodos específicos, não sendo crível o seu valor absoluto, bem como o seu confronto com o sistema da prova livre, para elevar um conhecimento geral.

Tanto o valor da prova produzida quanto a sua valoração, devem seguir um standard específico para garantir uma aferição condizente com critério de validade e verdade “científica” para a produção de regular efeito na decisão sobre as questões de fato.

<sup>60</sup> Cf. STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005, p. 110.

<sup>61</sup> COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 346. AGAZZI, Evandro. Verità e conoscenza scientifica. In: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (org.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 98s. Com reflexos no processo penal, ver UBERTIS, Giulio. La prova scientifica e la nottola di minerva. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo. **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007, p. 83s. Ainda, FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 320.

<sup>62</sup> STELLA, Federico. Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v.1, 1999, p. 386.

<sup>63</sup> Neste ponto, GENNARI, Giuseppe; PICCININI, Andrea. Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza. **Diritto Penale e Processo**, n.1, 2012, p. 359s.

<sup>64</sup> 509 U.S. Supreme Court, p. 579 (1993).

Pode-se extrair, por conseguinte, que a relevância da análise dessa referência (a decisão *Daubert*) é o relevo da importância de verificabilidade de um método epistêmico (caracteriza-se uma teoria como científica, quando controlada a partir de dados experimentais) e sempre com um cunho falsificacionista, para que não haja sedução pela crença em verdades científicas postas em um contexto (por isso, a tese científica deve ser exposta a tentativas de refutação, para que, ao final, seja confirmada sua credibilidade)<sup>65</sup>.

Essas reflexões devem ser devidamente importadas ao processo penal, para que o livre convencimento do julgador não corresponda ao melhor sistema de obtenção de verdades, pela máxima desvinculação da prova científica, sem que se estabeleça um método específico para a aferição de todas as informações produzidas na dinâmica processual.

Sendo assim, a decisão no caso *Daubert*<sup>66</sup> se torna relevante na medida em que estabelece um método de admissibilidade e valoração para as provas científicas, afastando, ao mesmo tempo, a crença sobre a confiabilidade da prova científica, bem como a liberdade de escolha do julgador para uma teoria científica. Com a reflexão crítica sobre a discricionariedade decisória a partir de teorias científicas, tentou criar parâmetros de admissibilidade e valor probatório para essas delicadas questões, o que pode (deve) ser repercutido para todos os meios de provas admitidos no processo penal.

No mais, estabeleceu a possibilidade do efetivo contraditório, em que indica seu objeto a partir da análise do método científico e dos instrumentos utilizados<sup>67</sup>.

Essa constatação resta identificada com as questões referentes à credibilidade das provas científicas diante da ausência de maior cautela de instrumentos probatórios. As discussões sobre a necessidade de formação de métodos mais objetivos de produção e valoração de elementos de prova científica vêm se mostrando uma constante na doutrina<sup>68</sup>.

Disso extrai-se outra e importante preocupação quanto à validade e credibilidade dos métodos científicos e os resultados probatórios. Alguns exemplos se mostram cotidianos e geram diversos problemas quanto à utilização da prova científica que, teórica e precipuamente, possuem um elevado grau de confiabilidade (prova pelo DNA

<sup>65</sup> Será reconhecida a validade da prova científica quando: a) se funda sobre uma teoria ou técnica que pode ser experimentada; b) a teoria ou técnica em questão foi objeto de publicação em repertório científico; c) deve ser reconhecida a margem de erro efetivo ou potencial; d) a existência de padrões que possam levar ao controle da aplicação da teoria ou da técnica; e) a teoria ou a técnica em questão deve possuir um significativo grau de aceitação na comunidade científica de referência.

<sup>66</sup> Na Itália outra decisão se tornou famosa e criou uma verdadeira ruptura na forma de valoração da prova sobre o nexo de causalidade. A decisão *Franzese* (Cass. pen., Sezioni Unite, j. 11.9.2002, in *Rivista Italiana di Diritto e Processo Penale*, 2002, p. 1133s) estabeleceu uma nova forma de valoração da prova científica, o modo de conhecer e avaliar a prova penal e a dinâmica e conteúdo do ônus da prova no processo penal. Tornou-se emblemática pelo estabelecimento, em primeiro momento na jurisprudência italiana, do standard probatório definido pelo *al di là oltre ogni ragionevole dubbio* para a constituição da culpa do acusado quando diante da prova técnica. Formou-se uma evolução conceitual naquela época para a referência científica no processo penal, ampliando seus conceitos para a valoração de todos os meios de prova e para qualquer delito.

<sup>67</sup> Questões a serem enfrentadas em relação às provas por localização de satélite (GPS) e a (im)possibilidade de uma contraprova. Ver SIGNORATO, Silvia. La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2012, p. 589s.

<sup>68</sup> Com o seguimento atual da “cultura dos critérios”, Cf. CONTI, Carlotta; SAVIO, Eleonora. La sentenza d’appello nel processo di Perugia: la “scienza del dubbio” nella falsificazione delle ipotesi. *Diritto Penale e Processo*, v. 5, 2012, p. 578.

ou interceptação telefônica, como exemplificação), mas, se inaplicados os protocolos de análise, uma incorreta manutenção ou manipulação podem gerar um resultado carente de valor cognoscitivo ou probatório<sup>69</sup>, justamente porque, em grande escala, as provas científicas são caracterizadas como elementos indiciários e, portanto, a precisão desses é a característica indelével para sua força probatória. Por isso, se torna essencial a prescrição da originalidade da fonte de prova para que haja uma correta valoração por parte do julgador<sup>70</sup>.

Esse tema é bem retratado, quando há a necessidade de assegurar o direito à prova a partir do armazenamento de todos os instrumentos<sup>71</sup> e o esclarecimento dos métodos realizados. Ou seja, a prova científica (e pericial) não pode ser objeto de retrato de perfeição na confirmação dos fatos (princípio da desconfiança, a partir da concepção da incerteza epistemológica), sendo necessária a identificação de limites e controles a partir de graus de constatação probatória, bem como um procedimento específico sobre sua valoração.

Por outro lado, somada à discussão está a necessidade de recorrer ao método processual dialógico imposto pela Constituição e a consequente imposição de formação da prova penal pelas partes. Como já exposto, a afirmativa realça toda a defesa para um saber epistêmico-processual específico, garantindo o contraditório em sua concepção funcional como melhor instrumento cognoscitivo, inclusive nas referências às questões relacionadas aos novos desafios da prova científica.

A questão se torna ilustrativa quando se busca a efetividade da plenitude de defesa, que, após as ressalvas pós-positivistas à verdade científica<sup>72</sup>, leva à necessidade de chamar as partes, em especial a defesa, para que contribua no alcance da formação e crítica a todos os elementos de prova (inclusive científica ou perícia oficial). Por isso, o direito de defender-se provando impõe a necessária atividade de confronto e refutação, realizada pela defesa (a partir da concepção falsificacionista), das provas, para o alcance da comprovação possível na dinâmica processual penal<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> TARUFFO, Michele. La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução: María del Carmen Vázquez Rojas. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 282.

<sup>70</sup> TONINI, Paolo. Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge. **Diritto Penale e Processo**, n. 7, 2010, p. 887.

<sup>71</sup> Questão que resvala, necessariamente, no ônus da prova em que traça a necessidade de a acusação indicar que restou assegurada, em concreto, a cadeia de custódia, para que a prova obtida seja valorada como genuína. Cf. *Ibid.*, p. 888. Tema contemporaneamente enfrentado sobre a quebra da cadeia de custódia que gera necessárias discussões quanto à ilicitude probatória e a ruptura do seu valor cognitivo. Na doutrina brasileira, importante contribuição vem sendo realizada por PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCIM**, v. 22, n. 262, p. 16-17, set. 2014. Ainda PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, EDSON Damas da. **Prova penal**: estado democrático de direito. Lisboa: Rei dos Livros, 2015, p. 13-38.

<sup>72</sup> Ponto que alberga o cotidiano do processo penal em que, diante de uma versão inquisitória e na permanência do positivismo científico, o julgador nomeia um perito e, após a extração de um laudo oficial, reduz-se significativamente a discussão quanto àquele dado técnico. Como é comumente observado, não há contribuição das partes na formação da prova científica e quicá uma atividade de confronto (método de testabilidade). A prova científica, neste panorama, é repristinada como completa e infalível. Neste sentido, TONINI, Paolo. La prova científica. In: SCALFATI, Adolfo (ed.). **Trattato di Procedura Penale**: Tomo I - Le Prove. Torino: Utet, 2009, p. 94.

<sup>73</sup> Neste sentido, TONINI, Paolo. Progresso tecnológico, prova científica e contraddittorio. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (ed.). **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007, p. 63-64. Afirma-se, por outro lado, a dificuldade da atuação de resistência perante a complexidade e segurança de uma fonte de prova científica. O exemplo pode ser visto nas hipóteses de monitoração eletrônica em que o sistema se mostra necessariamente hermético, tornando uma “tarefa árdua senão tendencialmente impossível” quanto à realização do contraditório técnico a partir de contraprova. CAIADO, Nuno. Vigilância eletrônica e prova: estudo de um caso e algumas reflexões. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (coord.). **Direito da investigação criminal e da prova**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 245.

De fato, em 2008, a Lei 11.609, de 9 de junho, estabeleceu significativa alteração no livro sobre provas periciais no sistema processual penal brasileiro, autorizando às partes a indicação de assistentes técnicos para a contraprova oficial. Seguiu como avanço normativo, a possibilidade das partes na influência da formação da prova e da decisão penal<sup>74</sup>.

O grave problema ocorrente na prática é a cultura do protagonismo judicial e oficial (o livre convencimento estabelece alicerce para esta influência), em que o preconceito probatório desenvolvido pelas partes – com ênfase à prova defensiva – acaba reduzindo, significativamente, a sua atividade probatória (o direito de se defender provando), quando diante de um critério cientificista.

A alteração dos dispositivos referente às provas (meios), como ocorreu em 2008 no sistema processual penal brasileiro, com a permanência de uma livre valoração e convencimento, não reduz o desvalor prático do contraditório<sup>75</sup>.

Em outras palavras, a Lei 11.609/08 revive uma discussão antiga na dinâmica probatória, a partir da possibilidade de as partes participarem na formação da prova pericial, mas ausente uma norma de valoração destes elementos probatórios, com a imposição de refutação da prova pericial realizada pelas partes, com a explicação dos critérios realizados e o resultado final, acaba reafirmando a lógica da liberdade decisória e o vínculo entre uma perícia oficial e a decisão penal.

Em linhas conclusivas, a presença do direito à prova quanto ao tema científico-tecnológico retrata a importância da contribuição de todos os envolvidos na dinâmica probatória para que alcance a legitimidade decisória e a proteção do inocente, para além da crença na prova científica, bem como da liberdade de convencimento do julgador.

## 5. ADVERTÊNCIA CONCLUSIVA: O ESTRITO CAMPO DA PROVA JUDICIAL

Permanece a antiga indagação: o que se pode extrair da relação entre o historiador, o cientista e o juiz?

Talvez a única resposta esteja na discussão daquilo que se pretende afirmar com grau de comprovação, a partir da verificabilidade ou falseabilidade da hipótese e contra-hipótese aferidas. Assim, a prova surgirá como o elemento de maior relevância

<sup>74</sup> O que se propõe, um contraditório “para a prova” e “sobre a prova”, através do confronto entre os assistentes técnicos das partes sobre o ponto de vista contraposto, ou entre esses e os peritos oficiais. Com destaque sobre a importância do tema ver DOMINIONI, Oreste. Prova scientifica e regole probatorie del processo penale. In: CUCCI, Monica; GENNARI, Giuseppe; GENTILOMO, Andrea (ed.). **L'uso della prova scientifica nel processo penale**. San Marino: Maggioli, 2012, p. 87s.

<sup>75</sup> A afirmativa se torna presente, quando permanece incólume o texto do art. 184, CPP brasileiro, que autoriza “o juiz ou a autoridade policial negar a perícia realizada pelas partes, quando não for necessário ao esclarecimento da verdade”. Contrariando o direito à prova e, principalmente, da defesa se defender provando, bem como a possibilidade de realização da prova para além do alcance da verdade, permanecendo no parâmetro da dúvida, a jurisprudência, com apoio do livre convencimento, vem seguindo pela interpretação literal do dispositivo. Foi o entendimento da 2ª Turma do STF quando afirmou que “Quanto à perícia almejada, asseverou-se que o juiz criminal deve proceder à reconstituição histórica dos fatos mediante a realização de provas, ordenando diligências que repare necessárias” (CPP, art. 156, II). Contudo, salientou-se que, com exceção do exame de corpo de delito, a lei outorga ao juiz a ponderação da necessidade de nova prova pericial, de modo que, se motivadamente denega o pedido, com o objetivo de evitar perícias inúteis, impertinentes ou procrastinatórias, não há que se falar em cerceamento de defesa. Tendo em conta o contexto da situação descrita nos autos, afastou-se a reputada ofensa à garantia da ampla defesa (HC 82587/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 26.5.2009).

para as demonstrações, convencimentos, explicações e justificações daquilo que se concluiu.

Porém, para a presente reflexão, impõe-se a restrição e permanência no estrito campo da prova judicial, o que reflete diversas discussões quanto ao que efetivamente corresponde (o conceito e o seu objeto), para que serve (a sua função a partir das respectivas concepções sobre a prova penal e os modelos de prova) e como surtirá os seus efeitos (o método de valoração e a justificação dos critérios adotados).

## REFERÊNCIAS

AGAZZI, Evandro. Verità e conoscenza scientifica. *In*: AMORETTI, Maria Cristina; MARSONET, Michele (org.). **Conoscenza e verità**. Milano: Giuffrè, 2007.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BELING, Ernst Ludwig Von. Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. *In*: AMBOS, Kai; GUERRERO, Oscar Julián (ed.). **Las prohibiciones probatorias**. Bogotá: Temis, 2009.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Istituzioni di Diritto e Procedura Penale**. 7. ed. Cedam: Padova, 2000.

CAIADO, Nuno. Vigilância eletrônica e prova: estudo de um caso e algumas reflexões. *In*: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (coord.). **Direito da investigação criminal e da prova**. Coimbra: Almedina, 2014.

CALAMANDREI, Pietro. Il giudice e lo storico. *In*: CALAMANDREI, Pietro. **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1.

CALAMANDREI, Pietro. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *In*: CALAMANDREI, Pietro; CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. Padova: Cedam, 1937.

CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel Processo Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 56, n. 2, p. 608-625, apr./giugno. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Tradução: A. Rodrigues Queiró e Arthur Anselmo de Castro. Coimbra: Aménio Amado, 1942.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fato nel processo e sistema probatorio). **Rivista di Diritto e Processuale**, ano 56, n. 1, p. 73-103, 2001.



COHEN, L. Jonathan. **The probable and the provable**. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CONTI, Carlotta. Al di là del ragionevole dubbio. *In*: SCALFATI, Antonio (ed.). **Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio**. [S.l.]: IPSOA, 2006.

CONTI, Carlotta. Voce Verità processuale. *In*: SPANGHER, Giorgio (ed.). **Procedura Penale**. Milano: Il Sole 24 Ore, 2008.

CONTI, Carlotta; SAVIO, Eleonora. La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi. **Diritto Penale e Processo**, v. 5, 2012.

CORDERO, Franco. Voce Giudizio. *In*: **Digesto delle Discipline Penalistiche**. Torino: Utet, 1991. v.5

DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre Direito, Filosofia e Ciências. *In*: BELEZA, Teresa Pizarro; CAIERO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

DOMINIONI, Oreste. Prova scientifica e regole probatorie del processo penale. *In*: CUCCI, Monica; GENNARI Giuseppe; GENTILOMO, Andrea (ed.). **L'uso della prova scientifica nel processo penale**. San Marino: Maggioli, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Laterza, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. *In*: ANDÒ, Valeria; NICOLACI, Giuseppe (ed.). **Processo alla prova**: modelli e pratiche di verifica e saperi. Bari: Carocci, 2007.

FERRUA, Paolo. Contraddittorio e verità nel processo penale. *In*: FERRUA, Paolo. **Studio sul Processo Penale**: Il Anamorfosi del Processo Accusatorio. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. *In*: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2010.

FRISCH, Wolfgang. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. *In*: AMBOS, Kai; BÖHM, Laura María; ZULUAGA, John (ed.) **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**. Gottingen: Gottingen University Press, 2016.



FROSINI, Benito Vittorio. **Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 2002.

GAROFOLI, Vincenzo. I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio. In: GAITO, Alfredo (ed.). **La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”**. Torino: Utet Giuridica, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: um mapa de retos. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GENNARI, Giuseppe; PICCININI, Andrea. Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza. **Diritto Penale e Processo**, n.1, 2012.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos: la inferencia probatoria. In: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Quaestio facti**: ensayos sobre prueba, causalidade y acción. Colonia Del Carmen: Fontamara, 2013.

HAACK, Susan. Truth, Truths, “Truth”, and “Truths” in the Law. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 26, p. 17-21, 2003.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una dimensión epistemológica. In: VÁSQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JASANOFF, Sheila. **La scienza davanti ai giudici**: la regolazione giuridica della scienza in America. Tradução: Marta Graziadei. Milano: Giuffrè, 2001.

KOSTORIS, Roberto. Giudizio. In: ENCICLOPEDIA Giuridica. [S.l.: s.n.], 1997, v. 15.

LINHARES, José Manuel Aroso. Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 31, 1988. Separata.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito penal do ambiente?** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

MENDES, Paulo de Sousa. A Prova Penal e as Regras de Experiência. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (org.). **Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (org.). **Liber Amicorum Manuel Simas Santos**. Lisboa: Rei dos Livros, Letras e Conceitos, 2016.

NOBILI, Massimo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

PALMA, Maria Fernanda. Acerca do estado actual do Direito Penal do Ambiente. **O Direito**, ano 136, v. 1, 2004.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Sentido e limites da proteção penal do ambiente. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 3, 2000.

POPPER, Karl R. Facts, Standards, and truth: a further criticism of relativism. *In*: POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. London: Routledge & Kegan Paul, 1966. v. 2.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”. **Boletim IBCCIM**, v. 22, n. 262, p. 16-17, set. 2014.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, EDSON Damas da. **Prova penal**: estado democrático de direito. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell’età medievale e moderna. Milano: Giuffrè, 1995.

SIGNORATO, Silvia. La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, n. 2, 2012.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2000. v. 2.

STEIN, Alex. **Foundations of evidence law**. New York: Oxford University Press, 2005.

STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 26, n. 2, p. 245-261, 2013.

STELLA, Federico. Scienza e norma nella pratica dell’igiene industriale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v.1, 1999.

STELLA, Federico. Verità, Scienza e Giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, fac. 4, ott./dic., 2002.

TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 22, 1967.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. La prueba científica. *In*: TARUFFO, Michele. **La prueba**. Tradução: María del Carmen Vázquez Rojas. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio). **Criminalia**, p. 305-329, 2009.

TONINI, Paolo. Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio. *In*: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (ed.). **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007.

TONINI, Paolo. La prova scientifica. *In*: SCALFATI, Adolfo (ed.). **Trattato di Procedura Penale**. Tomo I - Le Prove. Torino: Utet, 2009.

TONINI, Paolo. Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge. **Diritto Penale e Processo**, n. 7, 2010.

TONINI, Paolo. Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza. **Diritto Penale e Processo**, n. 1, 2011.

TONINI, Paolo. La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza. **Diritto Penale e Processo**, n. 11, 2011.

TUZET, Giovanni. **Dover decidere**: diritto, incertezza e ragionamento. Roma: Carocci, 2010.

TWINING, Willian. Some scepticism about some scepticisms. *In*: TWINING, Willian. **Rethinking Evidence**: exploratory essays. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

UBERTIS, Giulio. La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia. *In*: UBERTIS, Giulio. **Argomenti di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006. v. 2.

UBERTIS, Giulio. La prova scientifica e la nottola di minerva. *In*: NEUBURGER, Luisella de Cataldo. **La prova scientifica nel Processo Penale**. Padova: Cedam, 2007.

UBERTIS, Giulio. Il giudice, lo storico e il giornalista. *In*: UBERTIS, Giulio. **Argomenti di Procedura Penale**. Milano: Giuffrè, 2006. v. 2.

WRÓBLEWSKI. Jerzy. **Meaning and truth in judicial decision**. 2. ed. Helsinki: A-Tieto, 1983.

ZILLI, Marcos. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no Direito Penal Internacional: duas cabeças, duas sentenças. *In*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord.). **Proibições probatórias no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

# **O ALCANCE DO CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: PERSPECTIVAS SOBRE A SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA NA ERA DA INFORMAÇÃO**

## **THE SCOPE OF CONSENT IN PERSONAL DATA PROTECTION: PERSPECTIVES ON THE SURVEILLANCE SOCIETY IN THE INFORMATION AGE**

**Diego Chagas de Souza**

Mestrando em Public Policy pela Hertie School of Governance, Alemanha  
Mestre em Direito Constitucional e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

**João Vitor Sangiacomo Meira Lima**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo examinar o alcance do consentimento do titular dos dados como instrumento protetivo nuclear da disciplina voltada à proteção de dados pessoais. Para tanto, analisa-se como o consentimento foi moldado no Regulamento Europeu de Proteção de Dados, no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e como a efetividade dessa base legal se tornou questionável para garantir a autonomia decisória do titular em meio à corrida armamentista tecnológica de vigilância. Para superar as insuficiências do paradigma do consentimento, três perspectivas apresentam-se como soluções interessantes, para adequar a proteção de dados ao mercado informacional. Conclui-se que a garantia do fundamento da autodeterminação informativa vai muito além do consentimento, como um mecanismo meramente formal. A percepção de que o titular se encontra em uma situação de vulnerabilidade nessa relação é crucial para lidar com os inúmeros desafios da proteção de dados.

**Palavras-chave:** Proteção de dados pessoais. Consentimento. Autodeterminação informativa.

**Abstract:** The present paper aims to examine the scope of data subject's consent as a core protective instrument of personal data protection as an academic discipline. To this end, we analyze how consent has been shaped in the General Data Protection Regulation and in the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet and in the General Data of Protection Act. We also look into how the effectiveness of this legal basis has become a questionable matter to ensure the of the data subject' autonomy of decision in the midst of the technological arms race of surveillance. In order to overcome the insufficiencies of the consent paradigm, some interesting solutions that adequate data protection with the information market are presented, such as three perspectives. We conclude that the guarantee of the fundament of informative self-determination goes far beyond consent, as a merely formal mechanism. The

perception that the data subject is in a situation of vulnerability in this relationship is crucial to deal with the numerous challenges of data protection.

**Keywords:** Data protection. Consent. Informational self-determination.

## 1. INTRODUÇÃO

Da Antiguidade Clássica à Idade Média, a concentração de riqueza e poder estava nas mãos dos proprietários de terras. Na Idade Moderna, a Revolução Industrial marca a transição de uma economia artesanal e familiar para uma economia industrial em massa, agregando valor aos produtos manufaturados. No período pós-industrial, mais especificamente após a Segunda Guerra Mundial, verifica-se uma mudança de uma economia baseada na indústria para outra focada na prestação de serviços. Mais recentemente, o mercado de capitais impõe uma nova racionalidade, pautada na captação de recursos pelas grandes companhias.

Na atualidade, o poder produtivo humano parece criar, de forma ilimitada, novos produtos e serviços, complexificando notavelmente as dinâmicas sociais. Arrazoa-se aqui que tais dinâmicas não possuem tradução melhor do que na Era da Informação e seus desdobramentos contemporâneos, a partir dos quais um novo ativo assume a centralidade para a atividade econômica: os dados pessoais.

Talvez nem o mais otimista dos idealistas tivesse a capacidade de mensurar a proporção que a Internet um dia alcançaria, emergindo como pilar da sociedade do século XXI. Consonante a essa percepção, Alan Turing, conhecido como o pai da ciência computacional e da inteligência artificial<sup>1</sup>, com uma concepção para além de sua realidade, asseverava que “Nós só podemos ver um pouco do futuro, mas o suficiente para perceber que há muito a fazer”<sup>2</sup>.

Com o crescimento exponencial do universo digital e a disponibilização de dados na rede não somente por pessoas, mas também por algoritmos e plataformas que trocam informações entre si, formou-se um espaço de conexões cada vez mais automatizado. Constata-se, portanto, que a exploração e monetização dos dados inseridos nesse sistema, por meio, por exemplo, da criação de perfis comportamentais para o direcionamento de produtos e informações, não só interfere no livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, como também na democracia que é posta em xeque.

Diante desse cenário, a Lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) – cria um novo regramento para o uso de dados pessoais no Brasil, tanto no ambiente on-line quanto off-line, nos setores privado e público. É importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro conta com normas que, direta e indiretamente, tratam da proteção à privacidade e aos dados pessoais, contudo a

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2019/jul/15/alan-turing-father-of-modern-computing-50-pound-note>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>2</sup> Em inglês: “We can only see a short distance ahead, but we can see plenty there that needs to be done”.



LGPD vem complementar esse arcabouço regulatório setorial, composto por esparsos comandos descentralizados e conferir segurança jurídica.

Fato é que, quando da elaboração da LGPD, houve uma notável preocupação do legislador em empoderar o titular dos dados pessoais e, para tanto, atribuiu expressa notoriedade ao consentimento como uma das bases legais, que autoriza a coleta, transmissão, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais.

Nesse sentido, é oportuno verificar qual é o alcance do consentimento na disciplina voltada à proteção de dados pessoais, para enfim tentar se alcançar um entendimento categórico deste pilar da LGPD.

A primeira seção aborda a temática do consentimento do titular para o tratamento de seus dados pessoais, sendo evidente o protagonismo a ele atribuído quando da positivação de legislações, que versam sobre o tema, algumas mesmo que de forma esparsa. Para isso, analisa-se como o consentimento foi moldado no Regulamento Europeu de Proteção de Dados, no Marco Civil da Internet e na LGPD.

A segunda seção verifica como a efetividade desse instrumento se tornou questionável para garantir a autonomia decisória do titular. Para tanto, apontam-se dois aspectos: o contraste entre *gratificações imediatas* e *prejuízos mediatos/distantes* (paradoxo da privacidade) e a assimetria de poderes existente na relação entre o titular dos dados pessoais e os agentes responsáveis pelo tratamento desses dados. Contrasta-se o quanto a autonomia decisória do indivíduo pode ser ameaçada pelo mercado informacional de dados.

A terceira e última seção investiga algumas abordagens, já adotadas por atuais legislações de proteção de dados e discutidas em trabalhos acadêmicos: (i) *Privacy by Design* (PbD); (ii) princípio da *accountability*; e (iii) privacidade contextual. Essas perspectivas visam adequar a proteção de dados pessoais a esse novo mercado altamente dependente da troca intensa de dados e apaziguar as insuficiências acerca do foco excessivo no consentimento.

A pesquisa tem como objetivo investigar em que medida o consentimento é capaz de concretizar o fundamento da autodeterminação informativa, verificando sua função e suas limitações.

O que impulsionou a realização deste trabalho foi conhecer e entender os obstáculos que advêm da implementação de uma lei com viés protetivo ao indivíduo, em relação ao tratamento de seus dados pessoais, apresentando conceitos e reconhecendo a relevância social de uma tutela a esses dados para proteção de direitos fundamentais, com base na lei, doutrina e artigos publicados sobre a temática.

## **2. O CONSENTIMENTO DO TITULAR PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

Uma vez direcionados a um público específico, mais inclinado a consumir determinado bem, a ciência mercadológica percebeu que o ambiente virtual poderia propiciar anúncios publicitários mais efetivos. Por meio de diversas ferramentas tecnológicas, dentre as quais se destacam os *cookies* – ferramentas de rastreamento

dos hábitos dos consumidores ao longo de sua navegação na Internet<sup>3</sup> – tornou-se possível rastrear a navegação do usuário e, por conseguinte, inferir seus interesses, uma vez que o bem de consumo anunciado é correlacionado cirurgicamente ao perfil deste consumidor<sup>4</sup>.

Nessa perspectiva, o novo modelo de negócios na Internet, em um primeiro momento, atrai o usuário para que ele usufrua de um serviço e/ou produto “gratuitamente” disponibilizado, para, em um segundo momento, coletar seus dados pessoais e, então, viabilizar o direcionamento da mensagem publicitária, que é a sua fonte de rentabilização. A monetização dos dados pessoais, portanto, é uma realidade, ao passo que consumidores não pagam em dinheiro pelos bens de consumo, eles cedem seus dados pessoais em troca de publicidade direcionada<sup>5-6</sup>.

Ao mesmo tempo, surge uma crescente preocupação em torno do alcance do consentimento do titular para o tratamento de seus dados pessoais frente a uma sociedade cada vez mais orientada e movida por dados (*data-driven society*)<sup>7</sup>.

## 2.1 O molde do consentimento no Regulamento Europeu de Proteção de Dados

É notável o empoderamento atribuído ao titular dos dados pessoais pela Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no momento em que molda o consentimento do titular dos dados pessoais na tentativa de operacionalizá-lo. Na lição de Bruno Bioni:

A sua qualificação como devendo ser livre, informado, inequívoco, explícito e/ou específico é uma das características marcantes do progresso geracional das leis de proteção de dados pessoais, na medida em que procura resolver a problemática em torno de um controle ilusório ou pouco efetivo das informações pessoais por parte do seu titular (...)<sup>8</sup>.

Não ao acaso, quando da elaboração do texto do *General Data Protection Regulation* (GDPR) – Regulamento Europeu de Proteção de Dados – verificou-se, mais

<sup>3</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 135.

<sup>4</sup> Ibid., p. 16-17.

<sup>5</sup> Ibid., p. 22-23.

<sup>6</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 296: “Tendo-se como exemplo as mídias sociais, sua estrutura revela a necessidade de constante inserção de dados pessoais por parte dos usuários. É essencial ao negócio a existência de uma massa substancial de usuários, os quais são estimulados a inserir de forma ininterrupta diversas informações sobre si e terceiros. Posteriormente, parte-se para a exploração e monetização dos dados inseridos no sistema, por meio, por exemplo, da venda de espaços para publicidade e anúncios, do desenvolvimento de perfis para o direcionamento de produtos e informações e da possibilidade de acesso aos dados de seus usuários por parte de parceiros comerciais”.

<sup>7</sup> BIONI, Bruno Ricardo. 18 livros e textos para entender privacidade e proteção de dados pessoais: uma seleção do básico da literatura nacional e estrangeira no tema. **Jota**, 8 jun. 2018.

<sup>8</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 118.

uma vez, uma preocupação central em torno do consentimento<sup>9</sup>, estruturando-se um artigo específico para tratar das condições a ele aplicáveis<sup>10</sup>.

Interessa, para fins do presente trabalho, notar que as adjetivações empregadas pelo GDPR ao consentimento, no considerando n. 32<sup>11</sup>, serviram de inspiração para definição dessa base legal na LGPD, como será aprofundado mais à frente.

Nessa perspectiva, é pertinente trazer à tona a condenação à multa imposta ao Google, em janeiro de 2019. A autoridade francesa de proteção de dados – Comissão Nacional de Informática e Liberdades (CNIL)<sup>12</sup> – fixou a multa no valor de 50 milhões de euros, por violação de regras de privacidade da UE. De acordo com a Thomson Reuters Brasil:

O principal tribunal administrativo da França chancelou ontem uma multa de € 50 milhões imposta no ano passado ao Google, da Alphabet, por violar regras de privacidade on-line da União Europeia (UE). Embora seja pouco frente à receita do Google, a penalidade repercutiu no Vale do Silício e ainda é a maior multa imposta por tal violação. (...) O Google disse que avaliará possíveis alterações em sua política de privacidade. “As pessoas esperam entender e controlar como seus dados são usados”, afirmou em nota. “Este caso não foi sobre se o consentimento é necessário para a publicidade personalizada, mas sobre como exatamente ele deve ser obtido. À luz dessa decisão, avaliaremos que mudanças precisam ser feitas”. (...) O órgão regulador francês CNIL decidiu, em janeiro de 2019, que o Google deveria ser mais transparente ao informar usuários sobre o uso de dados pessoais e que falhou em obter consentimento adequado para anúncios personalizados. (...) A decisão se baseou no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da UE<sup>13</sup>.

Outro caso de grande repercussão foi a emissão de multa em 150 mil euros à PwC (PricewaterhouseCoopers), em julho de 2019, pela Hellenic Data Protection Authority (HDPa) – autoridade grega de proteção de dados – por infrações ao GDPR, após receber uma reclamação apontando que os funcionários da empresa foram obrigados a consentir com tratamento de seus dados pessoais<sup>14</sup>.

Em síntese, a empresa aplicou, indevidamente, o consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais de seus funcionários, contrariando as disposições do GDPR. Nesse sentido, é importante observar como verifica Caio César Carvalho Lima que atualmente existe um “(...) posicionamento no sentido de que

<sup>9</sup> MANGETH, Ana Lara; NUNES, Beatriz; MAGRANI, Eduardo. Seis pontos para entender o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE. **ITS Rio**, 25 maio 2018. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/seis-pontos-para-entender-a-lei-europeia-de-protecao-de-dados-pessoais-gdpr-d377f6b691dc>. Acesso em: 2 nov. 2020: “(...) O consentimento do titular de dados, por exemplo, passa a figurar como elemento principal para autorizar a coleta e tratamento de dados, devendo ser inequívoco e envolver sempre uma postura assertiva. Caso isto seja descumprido, o GDPR prevê de maneira clara a possibilidade de responsabilização daqueles que realizarem a coleta inadequadamente”.

<sup>10</sup> Trata-se do art. 7º, nomeado como “Condições aplicáveis ao consentimento”.

<sup>11</sup> Considerando n. 32, do GDPR: “O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral”.

<sup>12</sup> Em francês: “Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés”. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr>. Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>13</sup> Ver notícia disponível em: <https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN23Q2WJ-OBRIN>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>14</sup> Ver notícia disponível em: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/company-fined-150000-euros-infringements-gdpr\\_pt](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/company-fined-150000-euros-infringements-gdpr_pt). Acesso em: 18 set. 2020.

o consentimento não é a base legal ideal para tornar lícito o tratamento, diante da dificuldade de sanar a assimetria existente na relação empregador-empregado”<sup>15</sup>.

## 2.2 A insuficiência do Marco Civil da Internet em relação à proteção de dados

Sob outra perspectiva, a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”. Trata-se de uma tentativa de conscientização social para o uso moderado da Internet, antes encarada como uma “terra sem lei”. Dentre os princípios previstos, evidenciam-se a proteção da privacidade e dos dados pessoais<sup>16</sup>, sem, no entanto, conceituar *dados pessoais* e destinando sua regulamentação a uma legislação específica.

Fato é que, em decorrência do escândalo de espionagem revelado pelo ex-analista Edward Snowden, em 2013, o MCI teve modificações substanciais em seu texto, tendo o legislador eleito o usuário como o grande protagonista para desempenhar a proteção de seus dados pessoais<sup>17</sup>.

Em verdade, o MCI não inovou o ordenamento jurídico, atendo-se a direitos e garantias já consagrados em outras legislações, tratando de forma limitada a proteção à privacidade e aos dados pessoais. Por outro lado, expôs regras específicas dispostas a lidar com os desafios da regulamentação do uso da Internet.

Contudo, é relevante a menção à necessidade de consentimento do titular dos dados pessoais em três dispositivos<sup>18</sup> do MCI. Trata-se, sobretudo, de uma orientação àquele que exerce atividade de tratamento de dados pessoais de prestar informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais do titular, utilizando-se de cláusulas contratuais destacadas.

## 2.3 Esmiuçando o consentimento na LGPD

De início, é de suma importância esclarecer que o consentimento não é hierarquicamente superior às demais bases legais elencadas no artigo 7º da LGPD. Em verdade, as outras bases legais não são exceções (“dispensa”) ao consentimento<sup>19</sup>. Como reconhece Caio César C. Lima: “o consentimento passa a ser apenas 1 dentre 10 possibilidades trazidas na legislação, sendo que todas as outras 9 hipóteses são autônomas e não necessitam do consentimento para serem consideradas

<sup>15</sup> LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 27-28: “Como exemplo de consentimento válido do empregado, podemos citar a situação em que determinada empresa resolve criar painel com fotografias dos aniversariantes do mês, os quais, se desejarem ser exibidos na imagem, deverão enviar sua imagem para o Departamento de Recursos Humanos. Nessa situação, o ato de o empregado submeter o seu retrato representará seu consentimento para o tratamento dos dados pessoais, para a única finalidade de sua utilização, no respectivo mês da celebração do seu aniversário”.

<sup>16</sup> Art. 3º, incisos II e III, da Lei nº 12.965/14.

<sup>17</sup> Veja-se, o artigo 7º que trata dos direitos e garantias dos usuários.

<sup>18</sup> Artigos 7º, incisos VII e IX e 16, inciso II.

<sup>19</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 247.

válidas. Assim, objetivamente, é possível que ocorra o tratamento de dados sem o consentimento, desde que outra base legal ampare a atividade”<sup>20</sup>.

Em contrapartida, pode-se dizer que ele é um dos elementos cardeais da lei, uma vez que a preocupação da LGPD em esmiuçar tal elemento ao longo do seu corpo normativo<sup>21</sup> revela o empoderamento atribuído ao titular dos dados pessoais, sobretudo, a autonomia da vontade individual<sup>22</sup>.

Por ora, é oportuno investigar as adjetivações empregadas pelo artigo 5º, inciso XII, da LGPD ao consentimento, uma vez que a lei não especificou o que se deve entender por “manifestação *livre, informada e inequívoca*”. Ato contínuo, faz-se necessário compreender a definição de um consentimento *específico*, mencionado pela LGPD em quatro dispositivos<sup>23</sup>.

Como ilustra Bruno Bioni “O adjetivo livre nos remete à ideia de uma ação espontânea que não é objeto de pressão, mas, pelo contrário, de livre-arbítrio caracterizado pela tomada de uma escolha em meio a tantas outras que poderiam ser feitas por alguém”<sup>24</sup>. Para que o consentimento seja livre, o titular dos dados deve ter a possibilidade de optar se, de fato, deseja (ou não) ter esses dados tratados, sem que haja nenhum empecilho à manifestação volitiva no momento da sua coleta<sup>25</sup>.

O elemento central de análise do qualificador livre é o nível de assimetria de poder e revisitando, a título de exemplo, o caso da emissão de multa à PwC por aplicar, indevidamente, o consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais de seus funcionários, percebe-se que não há, em decorrência da vulnerabilidade do empregado, um consentimento propriamente livre.

Além disso, uma vez superada a lógica do “*take it or leave it*” enraizada nos termos de uso e nas políticas de privacidade, o consentimento torna-se *granular*<sup>26</sup>, visto que o titular autoriza, de forma *fragmentada/fatiada*, o tratamento de seus dados pessoais<sup>27</sup>. Nessa linha de raciocínio, Caio César C. Lima elucida que:

(...) é importante observar o que diz respeito à granularidade, por meio da qual não se pode ter como válido o consentimento manifestado no formato de “tudo ou nada”. Nesse sentido, nas situações em que houver coleta de dados para diferentes finalidades, o titular dos dados deve ter a possibilidade de escolher, uma a uma, a finalidade específica em relação à qual autoriza o tratamento de dados, sendo inválido se não houver essa opção<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 26.

<sup>21</sup> O termo “consentimento” aparece 35 vezes no texto da LGPD.

<sup>22</sup> BIONI, op. cit., p. 127-128.

<sup>23</sup> Quais sejam: Artigos 7º, § 5º, 11, inciso I, 14, § 1º e 33, inciso VIII.

<sup>24</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 185.

<sup>25</sup> LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). **Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 27.

<sup>26</sup> Art. 9º, §3º, da LGPD.

<sup>27</sup> BIONI, op. cit., p. 185.

<sup>28</sup> LIMA, op. cit., p. 28.

Ato contínuo, a LGPD menciona que o consentimento deve ser informado e, para tanto, o caput do art. 9º orienta que as informações deverão ser disponibilizadas de forma “clara, adequada e ostensiva” ao titular dos dados pessoais. Explicando melhor e recorrendo às relações consumeristas, a informação deve ser fornecida de forma evidente, manifesta, visível, ou seja, apresentar-se de forma *perceptível* ao consumidor<sup>29</sup>, objetivando a diminuição da assimetria técnica e informacional existente entre as partes<sup>30</sup>.

Ademais, o art. 9º elenca um rol exemplificado de informações que devem ser apresentadas ao titular dos dados pessoais. É importante mencionar que tais informações devem ser prestadas em uma quantidade suficiente para uma compreensão adequada daquela atividade de tratamento de dados.

Constata-se, portanto, uma correlação entre informação e transparência. Não ao acaso, a LGPD, ao detalhar o princípio da transparência, efetiva-o por meio de “informações claras, precisas e facilmente acessíveis”<sup>31</sup> e prevê o consentimento *nulo* “caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca”<sup>32</sup>.

Fato é que, o consentimento dialoga fortemente com o princípio da finalidade. Uma vez especificada a razão pela qual se faz uso de um dado, é possível analisar se o indivíduo foi adequadamente *informado* para tomada de uma decisão *livre*. Esta sequência de fases culmina em uma declaração de vontade *inequívoca* por parte do titular dos dados pessoais.

Quando a LGPD menciona que o consentimento deve ser inequívoco, isso significa que não pode haver dúvidas sobre a intenção do titular, no sentido de que este manifestou, de fato, a autorização para que ocorresse o tratamento de seus dados pessoais<sup>33</sup>.

Além de livre, informado e inequívoco, quando o consentimento for a base legal que autoriza o tratamento dos dados sensíveis<sup>34</sup>, ele deverá ser realizado de forma específica e destacada. Caio César C. Lima pontua que “O consentimento será entendido como específico, desde que ele seja manifestado em relação a propósitos claramente determinados pelo controlador, anteriormente ao procedimento de coleta dos dados pessoais”<sup>35</sup>.

Como dito anteriormente, a LGPD menciona o consentimento específico em quatro dispositivos. Após a leitura dos artigos, percebe-se que os cenários expressam

<sup>29</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 180.

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em: [https://www.academia.edu/40321216/Consentimento\\_e\\_proteção\\_de\\_dados\\_pessoais\\_na\\_LGPD](https://www.academia.edu/40321216/Consentimento_e_proteção_de_dados_pessoais_na_LGPD). Acesso em: 29 out. 2020, p. 301.

<sup>31</sup> Art. 6º, inciso VI, da LGPD.

<sup>32</sup> Art. 9º, § 1º, da LGPD.

<sup>33</sup> LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). **Proteção de dados**: desafios e soluções na adequação à lei. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 29.

<sup>34</sup> A LGPD define dado sensível em seu art. 5º, inciso II.

<sup>35</sup> LIMA, op. cit., p. 35.



um risco elevado, tendo a LGPD concedido uma “camada adicional” de proteção ao titular dos dados pessoais, conferida por este consentimento especial<sup>36</sup>.

Ao contrário da LGPD, o GDPR<sup>37</sup> e o MCI<sup>38</sup> empregaram o qualificador *expresso* em vez de *específico*. Bruno Bioni apresenta a seguinte crítica em relação à adjetivação inserida pelo legislador na LGPD:

Do ponto de vista de técnica legislativa, o termo específico é redundante se for considerado que o consentimento já deve ser necessariamente direcionado para propósitos “específicos e explícitos” na linha do que dispõe o princípio da finalidade. Essa significação já está contida na própria definição de uma declaração de vontade que deve ser dirigida para “finalidades determinadas”<sup>39</sup>.

Em conclusão, as adjetivações empregadas pela LGPD ao consentimento pretendem conceder uma carga participativa maior ao titular no fluxo de seus dados pessoais. A seguir, avaliar-se-á a capacidade desse instrumento protetivo para efetivar a proteção dos titulares dos dados pessoais frente aos novos riscos e maneiras de explorá-los.

### 3. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA EM RISCO EM MEIO À CORRIDA ARMAMENTISTA TECNOLÓGICA DE VIGILÂNCIA

Sobre uma vigilância hierárquica, em *Vigiar e Punir*, Michel Foucault argui que o ato de disciplinar exige “(...) um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar: um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam”<sup>40</sup>. Constata-se, portanto, que a produção de subjetividades dependeria da relação de olhares produzidos entre indivíduos sob o prisma da máquina disciplinar institucional.

Partindo dessa premissa, argumenta-se que, enquanto o foco da visibilidade ainda hoje permanece sobre o indivíduo, há um deslocamento contextual para a Sociedade da Informação, na qual ser vigiado é tanto imposição quanto desejo. Por um lado, herdamos os princípios panópticos de vigilância delineados por Michel Foucault, mas, por outro, cria-se uma cultura que vai além de puro controle social, que busca “(...) prazer, sociabilidade, entretenimento, cuidado consigo e com o outro. (...) Tais heranças misturam-se e renovam-se nas atuais práticas de visibilidade, multiplicando as nuances de uma subjetividade cada vez mais alterdirigida”<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 189.

<sup>37</sup> Considerando n. 51, do GDPR.

<sup>38</sup> Art. 7º, inciso VII, do MCI.

<sup>39</sup> BIONI, op. cit., p. 189.

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 168.

<sup>41</sup> BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser**: vigilância, tecnologia e subjetividade. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 66-67.

À vista disso, o Panóptico, originalmente concebido em 1791, por Jeremy Bentham<sup>42</sup> e a *teletela orwelliana*, do romance intitulado *1984*, de George Orwell<sup>43</sup>, são apenas dois modelos recorrentes de caracterização de vigilância ostensiva. Na atualidade, a figura do Grande Irmão (*Big Brother*), descrita na obra de Orwell, dilui-se pela multiplicação de Pequenos Irmãos que, aliados à crescente presença de novas tecnologias de vigilância, penetram nas vidas das pessoas para exploração econômica, por meio da observância constante de potenciais consumidores<sup>44</sup>: Capitalismo de Vigilância<sup>45</sup>.

Este arcabouço social contemporâneo – de novas subjetividades aliadas a tecnologias cada vez mais avançadas de comunicação e informática – permite, então, uma reconfiguração em oportunidades comerciais dadas as marcas deixadas no espaço virtual. Daí surgem empresas especializadas em mineração e corretagem de dados (variando exemplos desde conglomerados transnacionais, como Instagram, até empresas públicas, como API Serpro).

É por meio dessa estrutura econômica que inúmeras empresas coletam, armazenam, categorizam e, por fim, revendem o que é deixado na rede, construindo, na lição do renomado professor Stefano Rodotà, verdadeiras “redes de dados”<sup>46</sup> dos modos de vida capazes de perfilar a individualidade em categorias, por meio de decisões automatizadas. Tal estrutura representa, então, simultaneamente, um novo modelo de negócios de caráter decisivo dentro das complexas dinâmicas empresariais capitalistas e uma ameaça às noções jurídicas e sociais de privacidade e autonomia individual.

### 3.1 Paradoxo da privacidade: contraste entre *gratificações imediatas e prejuízos mediatos/distantes*

Não há como se discutir o direito à privacidade sem contextualizar o debate nas mudanças epistemológicas caracterizadas pela era digital. As crises econômicas e

<sup>42</sup> LOSANO, Mario G. *Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico*. **Diritto Pubblico**, v. 23, n. 3, p. 657-682, 2017, p. 658: “Il suo modello architettonico è il Panopticon immaginato nel 1791 da Jeremy Bentham per tenere sotto controllo non solo carceri e manicomi, ma anche fabbriche e scuole: un edificio circolare a forma di salvagente, con finestre verso l'esterno e verso l'interno; al centro si erge una torre, dalla quale il sorvegliante vede tutti, senza però essere visto dai sorvegliati”. Tradução livre: “O seu modelo arquitetônico é o Panóptico imaginado em 1791 por Jeremy Bentham para controlar não só prisões e asilos, mas também fábricas e escolas: um edifício circular em forma de salva-vidas, com janelas para fora e para dentro; no centro ergue-se uma torre, da qual o supervisor vê a todos, sem, no entanto, ser visto pelos vigiados”.

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 133: “Em seu célebre *1984*, o Grande Irmão é um ditador enigmático e onipresente, que tudo observa. No regime totalitário imaginado por Orwell, a privacidade é uma aspiração quase impossível. (...) Por toda parte, o partido dominante relembra aos governados que o ‘*Big Brother is watching you*’. *1984* foi escrito no ano de 1948. A visão de Orwell sobre o futuro pareceu ao público aterrador, mas possível. A experiência dos regimes autoritários europeus estava ainda muito viva na memória dos leitores”.

<sup>44</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 135-137.

<sup>45</sup> ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015, p. 75-76. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2594754](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754). Acesso em: 20 set. 2020: “a deeply intentional and highly consequential new logic of accumulation that I call *surveillance capitalism*. This new form of information capitalism aims to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control. Surveillance capitalism has gradually constituted itself during the last decade, embodying a new social relations and politics that have not yet been well delineated or theorized.”. Tradução livre: “uma nova lógica de acumulação profundamente intencional e altamente consequente, que eu chamo de *capitalismo de vigilância*. Esta nova forma de capitalismo visa prever e modificar o comportamento humano como meio de gerar receita e controle do mercado. O capitalismo de vigilância constituiu-se gradualmente durante a última década, incorporando novas relações sociais e políticas que ainda não foram bem delineadas ou teorizadas”.

<sup>46</sup> RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

políticas, somadas às novas tecnologias, modificaram substancialmente as estruturas das relações de poder, produção e experiência, conduzindo, portanto, a uma remodelagem nas formas sociais de espaço e tempo, dando ensejo a uma cultura inédita de permanente mutação.

Por certo que as novas tecnologias, de forma contínua, vêm dando vazão a novas práticas que, por sua vez, impõem tipos inéditos de modelos organizacionais. Nessa linha de raciocínio, é curioso notar que a troca contínua de dados pessoais entre os inúmeros sujeitos que integram a rede, gera mais conveniência na vida dos consumidores.

Um bom exemplo é quando o usuário se cadastra em um *website* utilizando sua conta do Google ou Facebook para ter um acesso mais dinâmico a um produto ou serviço on-line. Fato é que, essa troca poderá implicar ações cooperativas, por meio do compartilhamento de informações, para que seja personalizada uma abordagem publicitária, de acordo com o perfil do potencial consumidor. Em uma conjuntura mais grave, poderá ainda inferir informações sensíveis sobre uma pessoa, a partir do tratamento de seus dados pessoais.

Dessa forma, percebe-se que os seres humanos se concentram em recompensas imediatas, provenientes do acesso a um bem de consumo digital e minimizam os possíveis danos com relação à perda do controle sobre seus dados pessoais. Com efeito, esses possíveis danos não são imediatos, em outras palavras, os prováveis prejuízos à privacidade só são passíveis de serem vistos no futuro<sup>47</sup>.

Deriva daí, o denominado *paradoxo da privacidade*, posto que, apesar de as pessoas valorizarem a sua privacidade, elas executam atitudes contraditórias frente a tal bem apreciado. No que se refere à proteção de dados pessoais, é possível constatar uma incoerência, na medida em que os titulares, ainda que prezem pela proteção de suas informações pessoais, anuem com seu trânsito contínuo, em virtude desse contraste entre *gratificações imediatas* e *prejuízos mediatos/distantes*<sup>48</sup>.

### 3.2 Assimetria do mercado informacional: agravante de vulnerabilidade do titular dos dados pessoais

Soma-se ao paradoxo da privacidade, a descrença dos consumidores quanto à própria capacidade de controle de suas informações pessoais. Isso agrava a vulnerabilidade do titular, evidencia uma *relação assimétrica de poder* e coloca em risco a autodeterminação informativa frente à dinâmica da economia dos dados pessoais<sup>49</sup>. Nesse segmento, Bruno Bioni afirma que:

Com efeito, a programada autonomia dos consumidores para controlar seus dados pessoais é sufocada por todo um mercado sedento por tal ativo econômico. A lógica da economia dos dados pessoais prevalece e impõe as suas forças sobre a parte mais

<sup>47</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 138-140.

<sup>48</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 141-150.

<sup>49</sup> Ibid., p. 155: "Na lógica da economia digital, os dados pessoais são a moeda de troca pelo bem de consumo".

vulnerável dessa relação. Os consumidores mostram-se impotentes para fazer valer o seu desejo de controlar seus dados pessoais, sendo tal *assimetria de poder* a mola propulsora de tal resignação<sup>50</sup>.

Sem dúvida, as políticas de privacidade têm se mostrado ineficientes, corroborando essa assimetria do mercado informacional<sup>51</sup>. Isso porque tal mecanismo consiste em um contrato de adesão, o qual empodera o fornecedor, que fixará unilateralmente o instrumento contratual, cabendo ao consumidor, tão somente, “concordar” ou “discordar” dessa dinâmica contratual<sup>52</sup>. Isto é, serão delegados ao fornecedor os rumos do fluxo informacional dos usuários, eliminando a esfera de controle do titular sobre seus dados pessoais<sup>53</sup>.

Nessa linha de raciocínio, Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca, concluem que:

(...) o consentimento é meramente uma *ficção*, uma vez que o indivíduo carece de efetiva autonomia decisória para se proteger dos possíveis perigos e danos à sua personalidade. Nessas situações, a decisão individual de consentir não é livre e autônoma ou oriunda da avaliação dos ônus e dos bônus envolvidos. Ao revés, ela se origina de uma verdadeira imposição estabelecida por terceiro: consentir ou simplesmente não desfrutar de serviço/produto, que, muitas vezes, sob a perspectiva do indivíduo, é essencial para a sua sociabilidade ou acesso à informação na era digital<sup>54</sup>.

Depreende-se que, não obstante o protagonismo do consentimento para o desenvolvimento da disciplina de proteção de dados, os dois aspectos apontados demonstram insuficiências do paradigma do consentimento<sup>55</sup>. Isto posto, verifica-se que a efetividade desse instrumento se torna questionável para garantir a *autonomia decisória* do titular.

#### 4. DUPLA ATRIBUIÇÃO SOBRE A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: PERSPECTIVAS PARA EFETIVIDADE DO CONSENTIMENTO

Nota-se uma desarmonia entre a autodeterminação informativa e o mercado informacional, cada vez mais sedento por dados pessoais como novo ativo

<sup>50</sup> Ibid., p. 151.

<sup>51</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 516: “Ocorre que, em não raras vezes, o titular dos dados pessoais se encontra em situação de vulnerabilidade nessa relação contratual eletrônica [...]. Primeiro, pois, como já dito, os termos das políticas de privacidade podem ser demasiadamente complexos e abstratos, impossibilitando uma compreensão mais transparente a respeito do concreto emprego dos dados. Segundo, porque vários desses termos negociais se baseiam em uma lógica binária ‘take it or leave it’: consentir ou não consentir, sem outras opções. Porém, ao não consentir, o custo é o de não desfrutar o serviço almejado, v.g., o uso de uma rede social ou de um aplicativo online”.

<sup>52</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 165: “E, nesse sentido, tal ferramenta contratual está longe de ocasionar o empoderamento. Na verdade, os seus textos longos e de difícil compreensão são incapazes de sequer estabelecer uma comunicação adequada para que o titular dos dados pessoais possa racionalizar um processo de tomada de decisão”.

<sup>53</sup> Ibid., p. 162-163.

<sup>54</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 516.

<sup>55</sup> Esta expressão é utilizada por: MENDES; FONSECA, op. cit., p. 513.

econômico<sup>56</sup>. Essa problemática agrava-se até uma desmedida confiança na aptidão do consentimento para promoção da autodeterminação do titular dos dados<sup>57</sup>.

Nesta seção, serão investigadas três perspectivas, que visam adequar a privacidade e a proteção de dados pessoais a esse novo mercado altamente dependente da troca intensa de dados e apaziguar as insuficiências supramencionadas acerca do foco excessivo no consentimento, efetivando-o.

#### 4.1 *Privacy by Design* (PbD): a privacidade não se trata de um serviço adicional

Como bem explicam Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca, se, por um lado, as inovações tecnológicas têm gerado grandes riscos à personalidade dos indivíduos, por outro, elas podem ser verdadeiras ferramentas em favor dessa proteção. Nessa linha de raciocínio, aliar direito e tecnologia:

(...) é essencial para estruturar parâmetros regulatórios e institucionais compatíveis com os valores ético-sociais e os preceitos jurídicos de determinada sociedade. Nesse sentido, importante tarefa é, por exemplo, incentivar o desenho de sistemas tecnológicos seguros e assegurar a presença dos princípios que guiam a proteção de dados não só nas leis e/ou nos termos contratuais, mas também nos sistemas tecnológicos utilizados para tanto (...)<sup>58</sup>.

Expressão formulada na década de 1990, por Ann Cavoukian, ex-comissária de informação e privacidade na província de Ontário, no Canadá<sup>59</sup>, *Privacy by Design* é “a metodologia que visa resguardar a privacidade do usuário desde a concepção de quaisquer sistemas de tecnologia da informação ou negócios que envolvam coleta de dados”<sup>60</sup>. Em outras palavras, antevendo casos de invasão à privacidade, organizações incorporam em projetos, produtos e/ou serviços, por elas desenvolvidos, medidas de prevenção e resguardo no que concerne à proteção de dados pessoais<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> BIONI, op. cit., p. 195.

<sup>57</sup> WIMMER, Miriam. Dados Pessoais – Repensando o consentimento: resenha ao livro ‘Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento’, de Bruno R. Bioni. **Jota**, 24 dez. 2018: “Nesse contexto de assimetria de poder e de vulnerabilidade do cidadão no mercado informacional, o processo de ‘veneração do consentimento’ observado na trajetória histórica das estratégias regulatórias voltadas à efetivação da autodeterminação informativa revela, [...], uma *contradição intrínseca*: não obstante a verdadeira proliferação de leis e arranjos normativos voltados à proteção de dados pessoais, a construção de tais estratégias ao redor do eixo central do consentimento (fartamente adjetivado como ‘livre’, ‘informado’, ‘expresso’, ‘inequívoco’, ‘específico’) acaba por jogar sobre os ombros do cidadão a responsabilidade de gerir a proteção de seus próprios dados pessoais, sem levar em conta que tais dados – frequentemente descritos como o combustível da economia digital – se constituem também como ativo econômico em constante circulação através de uma pluralidade de agentes econômicos”.

<sup>58</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 520-521.

<sup>59</sup> Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

<sup>60</sup> MURARO, Igor S. A importância do privacy by design e privacy by default nas aplicações: o que podemos aprender com o caso Zoom. **Jota**, 2 mai. 2020.

<sup>61</sup> TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 294: “Há de se obter a garantia de que os dados pessoais serão processados com a mais alta proteção da privacidade do titular (por exemplo, apenas os dados necessários devem ser tratados, o período de armazenamento deve ser curto e o acesso aos dados deve ser limitado), de forma que os dados sejam automaticamente (como padrão) protegidos em qualquer sistema de TI ou prática de negócios. A privacidade se torna componente essencial da funcionalidade principal do que está sendo entregue. Atua-se, assim, no sentido de incorporar fortes medidas de segurança ao ciclo dos dados para se garantir o gerenciamento seguro das informações do começo ao fim”.



O GDPR faz menção ao PbD no art. 25 quando trata de *Data protection by design and by default*<sup>62</sup>, aliás, o art. 46, §2º, da LGPD, também recepcionou a obrigatoriedade de observância do PbD. Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca elucidam que:

Trata-se de estimular a incorporação da ideia de *autodeterminação informativa* nos sistemas, códigos, arquiteturas e procedimentos tecnológicos: aplicar o direito fundamental à proteção de dados na concepção e na aplicação das tecnologias que permeiam os serviços e produtos disponíveis aos usuários. É que, em ordem de se alcançar um consentimento material e efetivo, antes é preciso preencher diversas condições tecnológicas para tanto<sup>63</sup>.

Um bom exemplo para ilustrar a inobservância do PbD foi o caso publicado no European Data Protection Board, em dezembro de 2019<sup>64</sup>. Em síntese, uma farmácia, com sede em Londres, foi multada em £275,000, pelo Information Commissioner's Office (ICO)<sup>65</sup>, devido a sua atitude "descuidada" em relação à proteção de categorias especiais de dados pessoais<sup>66</sup> de pacientes. A Doorstep Dispensaree Ltd, que fornece medicamentos para clientes e casas de repouso, deixou aproximadamente 500.000 documentos em contêineres destrancados na parte dos fundos de suas instalações.

Os documentos incluíam nomes, endereços, datas de nascimento, números do registro no Serviço Nacional de Saúde (NHS), informações e prescrições médicas de seus clientes. A atuação negligente no armazenamento ocasionou deterioração destes documentos por água.

É notório que houve uma sucessão de falhas que vão desde o dever de segurança no tratamento de dados pessoais até o dano ou destruição dos documentos, o que constitui uma violação ao GDPR. Ao fixar a multa, a ICO asseverou que: "A atitude descuidada da Doorstep Dispensaree fica aquém do que a lei e as pessoas esperam".

À luz do caso supracitado, revela-se imprescindível o armazenamento de informações em um ambiente seguro por parte das clínicas médicas, controle de acesso a terceiros, bem como fornecimento de treinamento e capacitação aos médicos e colaboradores.

Ademais, é importante destacar que fichas cadastrais preenchidas por pacientes para realização de consultas, bem como laudos médicos, são considerados dados pessoais sensíveis, em face de seu risco potencial em comparação a outros dados.

<sup>62</sup> Tradução livre: "Proteção de dados desde a concepção e por padrão".

<sup>63</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 521.

<sup>64</sup> Ver notícia disponível em: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/london-pharmacy-fined-after-careless-storage-patient-data\\_pt](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/london-pharmacy-fined-after-careless-storage-patient-data_pt). Acesso em: 28 maio 2020.

<sup>65</sup> O Gabinete do Comissário de Informação é a autoridade independente do Reino Unido criada para defender os direitos à informação, de acordo com interesse público, promovendo a transparência dos órgãos públicos e a privacidade dos dados dos indivíduos. Disponível em: <https://ico.org.uk>. Acesso em: 14 jun. 2020.

<sup>66</sup> São categorias especiais de dados pessoais aquelas previstas no n. 1 do art. 9º, do GDPR.



Por isso, a doutrina preceitua o princípio da segurança física e lógica<sup>67</sup>, e a LGPD menciona os princípios da segurança e da prevenção, previstos no art. 6º, incisos VII e VIII, visando assegurar a efetividade da tutela dos dados pessoais dos indivíduos<sup>68</sup>.

Por outro lado, o STAYAWAY COVID<sup>69</sup>, aplicativo oficial de rastreamento da Covid-19, em Portugal, com objetivo de prevenir e mitigar a propagação do vírus, é um exemplo recente de um programa desenvolvido dentro do conceito de PbD.

Em síntese, “a principal funcionalidade da aplicação é alertar o seu utilizador de exposições, consideradas de elevado risco, a outros utilizadores da aplicação a quem foi entretanto diagnosticada a Covid-19”<sup>70</sup>. Em outras palavras, o sistema permite que o usuário seja informado sobre contatos com pessoas que testaram positivo para Covid-19. Em se tratando do funcionamento do sistema, ele requer que o *Bluetooth* esteja sempre ligado, não havendo rastreamento da localização do usuário, nem uso de serviços de geolocalização.

É curioso notar que o aplicativo não requer dados de identificação de seus usuários, sendo gerado apenas um código aleatório a ser inserido no aplicativo, pelo indivíduo que foi diagnosticado com Covid-19. Importante mencionar que o sistema foi alvo de uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) e submetido a consulta prévia pela Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD)<sup>71</sup>.

Em suma, a proteção de dados pessoais por meio da tecnologia e da arquitetura dos sistemas informacionais<sup>72</sup> (*Privacy by Design*), apresenta-se como uma solução efetiva para melhor amparar o consentimento do titular dos dados pessoais. Por intermédio deste instrumento, a governança de dados atua sob uma dupla função: estimulando políticas de desenvolvimento ancoradas nas novas tecnologias e, ao mesmo tempo, propiciando um ecossistema em que os dados pessoais são percebidos como integrais aos direitos fundamentais.

## 4.2 Princípio da *accountability*: responsabilização e prestação de contas

Os professores Colin Bennett, da Universidade de Victoria, e Charles Raab, da Universidade de Edimburgo, autores da obra *Revisiting “The Governance of*

<sup>67</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 182: “Princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado”.

<sup>68</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 521: “O primeiro angariando a confiança dos indivíduos quanto aos sistemas de informação, por meio de medidas técnico-administrativas aptas a coibir acessos não autorizados aos dados pessoais, bem como efeitos adversos oriundos de situações acidentais ou ilícitas. Já o segundo incorporando, na própria tecnologia, medidas técnicas capazes de prevenir a ocorrência de danos à personalidade dos indivíduos em face de tratamentos de dados pessoais”.

<sup>69</sup> Disponível em: <https://stayawaycovid.pt>. Acesso em: 31 out. 2020.

<sup>70</sup> Disponível em: <https://stayawaycovid.pt/wp-content/uploads/STAWAWAY-COVID-doc.pdf>. Acesso em: 31 out. 2020.

<sup>71</sup> Disponível em: <https://stayawaycovid.pt/perguntas-frequentes/>. Acesso em: 31 out. 2020.

<sup>72</sup> Esta expressão é utilizada por: MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 520.

*Privacy*”: *Contemporary Policy Instruments in Global Perspective*<sup>73</sup>, reconhecem que o consentimento é um importante requisito de legitimação do processamento de dados, ficando os controladores responsabilizados por aderir aos princípios da transparência e *accountability* para se estar em *compliance*<sup>74</sup>.

Em outras palavras, como lecionam Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca, a responsabilidade pela proteção de dados pessoais, em um complexo ambiente digital, não está restrita ao gerenciamento individual do titular por meio exclusivo do seu consentimento<sup>75</sup>, mas também à atuação diligente dos controladores de dados.

Nesse sentido, o considerando n. 85, do GDPR incluiu expressamente o princípio da *accountability*, que é, como lecionam Ana Lara Mangeth, Beatriz Nunes e Eduardo Magrani:

(...) o princípio segundo o qual exige-se que as organizações implementem medidas técnicas e organizacionais apropriadas, e sejam capazes de prestar contas e demonstrar sua eficácia, quando solicitadas. Para tal, instituiu-se o controlador de dados, profissional responsável, por demonstrar que a organização está agindo em conformidade com os demais princípios estabelecidos pelo Regulamento<sup>76</sup>.

Vale mencionar, também, que o considerando n. 89, do GDPR, trouxe uma inovação em relação à Diretiva 95/46/CE, ao estabelecer que as notificações do tratamento de dados pessoais às autoridades de controle são necessárias somente quando se estiver diante de “operações de tratamento suscetíveis de resultar num *elevado risco* para os direitos e liberdades das pessoas singulares, devido à sua natureza, âmbito, contexto e finalidades”.

O princípio da *accountability* também se faz presente na LGPD, sendo apresentado no inciso X do art. 6º, como o princípio da “responsabilização e prestação de contas”, no qual é definido como sendo a “demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

Nota-se, portanto, que a ideia de *accountability* na proteção de dados, além de demandar maior responsabilidade e transparência, incentiva a atuação ativa dos controladores, que deverão “comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares”<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2972086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972086). Acesso em: 30 out. 2020. Tradução livre: “Revisitando ‘A Governança da Privacidade’: Instrumentos da Política Contemporânea em Perspectiva Global”.

<sup>74</sup> BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles D. Revisiting The governance of privacy: contemporary policy instruments in global perspective. **SSRN**, 2018: “The individual’s knowledge and consent were important legitimizing requirements for data processing, and data controllers had to adhere to principles of transparency and accountability for compliance with measures that gave effect to the other principles”.

<sup>75</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 522.

<sup>76</sup> MANGETH, Ana Lara; NUNES, Beatriz; MAGRANI, Eduardo. Seis pontos para entender o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE. **ITS Rio**, 25 maio 2018.

<sup>77</sup> Art. 48, da LGPD.

### 4.3 Privacidade contextual: uma releitura da proteção de dados pessoais

A *privacidade como integridade contextual*<sup>78</sup>, elaborada pela professora Helen Nissenbaum<sup>79</sup>, permite uma releitura da proteção dos dados pessoais<sup>80</sup>, propondo que o trânsito das informações pessoais tem um valor social. Por meio dessa análise, a integridade do fluxo informacional será determinada quando respeitadas as legítimas expectativas do titular dos dados. Propõe-se que a proteção dos dados pessoais deve ser compreendida sob as lentes das práticas sociais e não individuais<sup>81</sup>.

Com isso, há um *consentimento contextual*<sup>82</sup>, que, como bem traçado por Bruno Bioni, “(...) não é delimitado por um propósito específico e duro – em linha com o que dispõe a expressão finalidades determinadas –, mas direcionado a uma gama de ações passíveis de serem executadas no contexto de uma relação”<sup>83</sup>. Explicando melhor, o titular exerce domínio sobre seus dados, ainda que sem declarar sua vontade, se estes forem tratados de acordo com as suas legítimas expectativas.

De forma complementar, como bem explicam Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca:

O intuito é adequar o consentimento com a finalidade do tratamento, porém não de forma rígida, mas sim de acordo com o contexto em que inseridos. Nesse equilíbrio, a própria natureza dos dados é levada em consideração. Caso enquadrados como sensíveis, a análise do consentimento e do tratamento ocorre a partir de parâmetros mais rígidos quanto à sua forma e à sua finalidade. Enseja-se, assim, maior cautela na própria formação de bancos de dados, pretendendo garantir qualidade, exatidão, clareza e atualização dos elementos que os compõem<sup>84</sup>.

A privacidade contextual tem como possíveis vetores de aplicação os princípios da boa-fé e da confiança, elementos estruturantes das legítimas expectativas do titular dos dados pessoais, tendo a própria LGPD condicionado a legitimidade e legalidade do tratamento de dados à observância da boa-fé (art. 6º, caput)<sup>85</sup>. Nas palavras de Bruno Bioni:

<sup>78</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 198: “Dessa conjunção (contexto + integridade) é que se arquiteta uma alternativa normativa em que a proteção dos dados pessoais não se baseia única e exclusivamente nos desígnios do próprio titular dos dados pessoais”.

<sup>79</sup> NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. **Washington Law Review**, v. 79, p. 119-157, 2004.

<sup>80</sup> BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: o que você sabe sobre o assunto? **GEN Jurídico**, 29 nov. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/11/29/bruno-bioni/>. Acesso em: 20 out. 2020.

<sup>81</sup> Ibid., p. 197-265.

<sup>82</sup> BAROCAS, Solon; NISSENBAUM, Helen. Big data's end run around anonymity and consent. In: LANE, Julia; STODDEN, Victoria; BENDER, Stefan; NISSENBAUM, Helen. (ed.). **Privacy, big data, and the public good**: frameworks for engagement. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 66: “It is time to contextualize consent by bringing the landscape into focus. It is time for the background of rights, obligations, and legitimate expectations to be explored and enriched so that notice and consent can do the work for which it is best suited”. Tradução livre: “Chegou a hora de contextualizar o consentimento, dando maior foco ao panorama [em que inserido]. Chegou a hora de explorar e de enriquecer o *background* dos direitos, obrigações e legítimas expectativas para que o consentimento possa cumprir com o seu papel adequado”.

<sup>83</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*... op. cit., p. 225.

<sup>84</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 524-525.

<sup>85</sup> Ibid., p. 524.

A privacidade contextual reside justamente na fidelidade depositada pelo emissor de uma informação ao(s) seu(s) recipiente(s), na legítima expectativa de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou a razão pela qual foi publicizado um dado; particularmente, na esperança de que o trânsito das suas informações pessoais não minará e trairá a sua capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e de participação social<sup>86</sup>.

Por fim, é curioso notar que a privacidade contextual, ao limitar a carga participativa do indivíduo, converte o consentimento, de um instrumento protetivo meramente formal para que passe a ser inserido no contexto fático ao qual foi manifestado. Nessa perspectiva, como lecionam Laura S. Mendes e Gabriel C. S. da Fonseca:

A imposição de limites materiais não aponta para banir o consentimento ou inviabilizar importantes processos de tratamento de dados. Trata-se, ao revés, de revitalizar o consentimento como instrumento legítimo para o tratamento de dados, deslocando-o de um mecanismo meramente formal para um instrumento imerso no contexto real<sup>87</sup>.

Um dos exemplos mais citados para fins de ilustração é a criação de perfis comportamentais de correntistas de bancos para combate a fraudes e incidentes de segurança. Nesse caso, não apenas o controlador é beneficiado pela prestação de um serviço mais seguro, como também o titular dos dados, pois essa prática não só reforça a proteção de seus direitos fundamentais, como está dentro das suas legítimas expectativas<sup>88</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

Em maio de 2019, em Ottawa, no Canadá, parlamentares de diferentes países, representantes de companhias tecnológicas e testemunhas especializadas reuniram-se para participar do International Grand Committee on Big Data, Privacy and Democracy<sup>89</sup>. O intuito era, entre outros, reafirmar que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais devem ser fortalecidos nas plataformas de redes sociais, especialmente por meio da prestação de contas sobre os algoritmos utilizados, assim como o uso ético desses e da inteligência artificial, a fim de evitar atividades digitais que ameacem a paz social e interfiram nos processos democráticos<sup>90</sup>. Dentre os

<sup>86</sup> BIONI, op. cit., p. 229.

<sup>87</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020, p. 525.

<sup>88</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais...* op. cit., p. 241: "Algo bastante comum é a criação de perfis comportamentais dos consumidores para combater fraudes e incidentes de segurança, pelos quais se diagnosticam atividades que fogem do padrão para tratá-las como suspeitas. É por esse motivo que serviços de e-mail, rede social e instituições financeiras alertam seus clientes e, em muitos casos, bloqueiam automaticamente acessos e transações financeiras. Por exemplo, se o acesso a uma conta parte de um dispositivo diferente, se a compra supera valores e é realizada em locais que não aqueles usuais. Todos esses dados informam ações de combate a fraudes e incidentes de segurança".

<sup>89</sup> Em português: "Grande Comissão Internacional sobre *Big Data*, Privacidade e Democracia". Disponível em: <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/ETHI/StudyActivity?studyActivityId=10554743>. Acesso em: 23 abr. 2021.

<sup>90</sup> HIRSH, Jesse. What you need to know about the grand committee on big data, privacy and democracy. **CIGI Online**, 29 maio 2019.

principais testemunhos, chamou a atenção o do fundador do Centre for International Governance Innovation (CIGI)<sup>91</sup>, Jim Balsillie, ao elucidar que:

Dados em nível micropessoal fornecem à tecnologia um poder sem precedentes para influenciar. Dados não são o novo petróleo – são o novo plutônio. Incrivelmente poderoso, perigoso quando se espalha, difícil de limpar e com sérias consequências quando indevidamente utilizado<sup>92-93</sup>.

Tal análise parte da asserção de que a informação é paradigma do mundo contemporâneo, sobretudo, um mundo em que a privacidade é ressignificada constantemente por meio das redes digitais.

Acrescenta-se, ainda, o mais amplo estudo já feito acerca de monitoramento on-line de dados, publicado pelos pesquisadores Steven Englehardt e Arvind Narayanan<sup>94</sup>, da Universidade de Princeton, em 2016. Através do monitoramento dos cerca de 1 milhão de sites mais acessados, concluíram pela presença de, pelo menos, 81.000 *third parties* – domínios que fogem da relação usuário-website, representando outras empresas que podem se beneficiar das informações coletadas –, além da predominância da prática de sincronização de *cookies*, sugerindo intensa troca de dados entre corporações e/ou organizações.

À vista disso, as breves reflexões contidas nesta pesquisa permitem demonstrar que o novo mundo da proteção de dados pessoais exigirá adequação de todas as pessoas físicas e jurídicas que coletam, transmitem, armazenam e compartilham dados pessoais de terceiros. Por esse motivo, examinou-se o alcance do consentimento na disciplina voltada à proteção de dados pessoais.

O objetivo foi investigar em que medida o consentimento é capaz de concretizar o fundamento da autodeterminação informativa, verificando sua função e suas limitações.

Não obstante o engajamento das legislações de proteção de dados em conceder uma carga participativa maior ao titular no fluxo de seus dados pessoais, por meio do consentimento, a efetividade dessa base legal tornou-se questionável para garantir a autonomia decisória do indivíduo. Nesse contexto, mencionou-se o contraste entre *gratificações imediatas* e *prejuízos mediatos/distantes* (paradoxo da privacidade) e a assimetria de poderes existente na relação entre o titular dos dados pessoais e os agentes responsáveis pelo tratamento desses dados.

Na tentativa de superar essas insuficiências do paradigma do consentimento e adequar a proteção de dados pessoais ao mercado informacional, investigaram-se perspectivas, que se apresentam como soluções interessantes, já adotadas por atuais

<sup>91</sup> Em português: “Centro de Governança Internacional para Inovação”.

<sup>92</sup> BALSILLIE, Jim. Data is not the new oil: it is the new plutonium: lawmakers told technology is disrupting governance and if left unchecked could render liberal democracy obsolete. **Financial Post**, Ontario, 28 mai. 2019.

<sup>93</sup> Tradução livre de: “Data at the micro-personal level gives technology unprecedented power to influence. Data is not the new oil - it’s the new plutonium. Amazingly powerful, dangerous when it spreads, difficult to clean up and with serious consequences when improperly used”.

<sup>94</sup> ENGLEHARDT, Steven; NARAYANAN, Arvind. Online tracking: a 1-million-site measurement and analysis. In: ACM CONFERENCE ON COMPUTER AND COMMUNICATIONS SECURITY, 23., 2016, Vienna. **Proceedings** [...]. Vienna: ACM, 2016. p. 1388-1401. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/2976749.2978313>. Acesso em: 22 abr. 2021.



legislações de proteção de dados e discutidas em trabalhos acadêmicos: (i) *Privacy by Design* (PbD); (ii) princípio da *accountability*; e (iii) privacidade contextual.

No mais, constata-se que a garantia da autodeterminação informativa vai muito além do consentimento, como um mecanismo meramente formal. Um consentimento efetivo é aquele que está imerso no contexto real. A percepção de que a capacidade do titular de controlar suas informações é limitada pela corrida armamentista tecnológica de vigilância é crucial para lidar com os inúmeros desafios da proteção de dados pessoais.

## REFERÊNCIAS

BAROCAS, Solon; NISSENBAUM, Helen. Big data's end run around anonymity and consent. In: LANE, Julia; STODDEN, Victoria; BENDER, Stefan; NISSENBAUM, Helen. (ed.). **Privacy, big data, and the public good: frameworks for engagement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Disponível em: <https://nissenbaum.tech.cornell.edu/papers/BigDatasEndRun.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

BALSILLIE, Jim. Data is not the new oil: it is the new plutonium: lawmakers told technology is disrupting governance and if left unchecked could render liberal democracy obsolete. **Financial Post**, Ontario, 28 maio 2019. Disponível em: <https://financialpost.com/technology/jim-balsillie-data-is-not-the-new-oil-its-the-new-plutonium>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BENNETT, Colin J.; RAAB, Charles D. Revisiting The governance of privacy: contemporary policy instruments in global perspective. **SSRN**, 2018. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2972086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972086). Acesso em: 30 out. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. 18 livros e textos para entender privacidade e proteção de dados pessoais: uma seleção do básico da literatura nacional e estrangeira no tema. **Jota**, 8 jun. 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=/www.jota.info/carreira/privacida-de-dados-pessoais-livros-08062018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/carreira/privacida-de-dados-pessoais-livros-08062018). Acesso em: 25 ago. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: o que você sabe sobre o assunto? **GEN Jurídico**, 29 nov. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/11/29/bruno-bioni/>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 12 set. 2020.



BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 16 mai. 2020.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser:** vigilância, tecnologia e subjetividade. Porto Alegre: Sulina, 2013.

CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design:** the 7 foundational principles. Ontario: IPC, [2011?]. Disponível em: <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

COMPANY fined 150,000 euros for infringements of the GDPR. **European Data Protection Board**, 31 jul. 2019. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/company-fined-150000-euros-infringements-gdpr\\_pt](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/company-fined-150000-euros-infringements-gdpr_pt). Acesso em: 18 set. 2020.

DAVIS, Nicola. The father of modern computing: Alan Turing's legacy. **The Guardian**, 15 jul. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2019/jul/15/alan-turing-father-of-modern-computing-50-pound-note>. Acesso em: 21 maio 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais:** elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ENGLEHARDT, Steven; NARAYANAN, Arvind. Online tracking: a 1-million-site measurement and analysis. In: ACM CONFERENCE ON COMPUTER AND COMMUNICATIONS SECURITY, 23., 2016, Vienna. Proceedings [...]. Vienna: ACM, 2016. p. 1388-140. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/2976749.2978313>. Acesso em: 22 abr. 2021.

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

HIRSH, Jesse. What you need to know about the grand committee on big data, privacy and democracy. **CIGI Online**, 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.cigionline.org/articles/what-you-need-know-about-grand-committee-big-data-privacy-and-democracy>. Acesso em: 23 maio 2021.

LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). **Proteção de dados:** desafios e soluções na adequação à lei. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LONDON pharmacy fined after “careless” storage of patient data. **European Data Protection Board**, [S.l.], 20 dez. 2019. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/london-pharmacy-fined-after-careless-storage-patient-data\\_pt](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/london-pharmacy-fined-after-careless-storage-patient-data_pt). Acesso em: 28 maio 2020.

LOSANO, Mario G. Trasparenza e segreto: una convivenza difficile nello Stato democratico. **Diritto Pubblico**, v. 23, n. 3, p. 657-682, 2017.

MANGETH, Ana Lara; NUNES, Beatriz; MAGRANI, Eduardo. Seis pontos para entender o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE. **ITS Rio**, 25 maio 2018. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/seis-pontos-para-entender-a-lei-europeia-de-proteção-de-dados-pessoais-gdpr-d377f6b691dc>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências contemporâneas de materialização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 507-533, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/44165325/Proteção\\_de\\_dados\\_para\\_além\\_do\\_consentimento\\_tendências\\_contemporâneas\\_de\\_materialização?auto=download](https://www.academia.edu/44165325/Proteção_de_dados_para_além_do_consentimento_tendências_contemporâneas_de_materialização?auto=download). Acesso em: 14 out. 2020.

MURARO, Igor S. A importância do privacy by design e privacy by default nas aplicações: o que podemos aprender com o caso Zoom. **Jota**, 2 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-importancia-do-privacy-by-design-e-privacy-by-default-nas-aplicacoes-02052020#ftn4>. Acesso em: 4 ago. 2020.

NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. **Washington Law Review**, v. 79, p. 119-157, 2004.

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

ROSEMAIN, Mathieu. Tribunal francês confirma multa de 50 mi de euros ao Google por violação de privacidade. **Reuters**, 19 Jun. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/tech-google-franca-idBRKBN23Q2WJ-OBIN>. Acesso em: 5 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 287-322. Disponível em: [https://www.academia.edu/403212\\_16/Consentimento\\_e\\_proteção\\_de\\_dados\\_pessoais\\_na\\_LGPD](https://www.academia.edu/403212_16/Consentimento_e_proteção_de_dados_pessoais_na_LGPD). Acesso em: 29 out. 2020.

WIMMER, Miriam. Dados Pessoais – Repensando o consentimento: resenha ao livro 'Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento', de Bruno R. Bioni. **Jota**, 24 dez. 2018. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/dados-pessoais-repensando-o-consentimento-24122018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/dados-pessoais-repensando-o-consentimento-24122018). Acesso em: 22 out. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. **Journal of Information Technology**, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2594754](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2594754). Acesso em: 20 set. 2020.

# QUEM NÃO É VULNERÁVEL NO BRASIL? PROPOSTA INTRODUTÓRIA DE UMA TEORIA DAS VULNERABILIDADES *WHO IS NOT VULNERABLE IN BRAZIL? AN INTRODUCTORY PROPOSAL FOR A VULNERABILITY THEORY*

**Fabio Amado de Souza Barretto**

Coordenador do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DPE/RJ  
Ex-Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos do CONDEGE  
Mestre em Direito pela UERJ

**Helena Szczupak**

Acadêmica de Direito da FGV

**Resumo:** O Brasil é um país amplamente desigual e, por força de sua própria formação e estruturação histórica, aloca indivíduos e determinados grupos sociais em situação de vulnerabilidade. Esse texto pretende esmiuçar as dimensões dessa categoria, ousando desenvolver as linhas preliminares de uma Teoria das Vulnerabilidades.

**Palavras-chave:** Vulnerabilidade. Direitos Humanos. Brasil.

**Abstract:** Brazil is a largely unequal country and, given its origins and historical building, it places individuals and certain social groups in situations of vulnerability. This text intends to break down the dimensions of this category, daring to develop the preliminary lines of a Theory of Vulnerabilities.

**Keywords:** Vulnerability. Human rights. Brazil.

*Você tem que agir como se fosse possível transformar radicalmente o mundo. E você tem que fazer isso o tempo todo<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUÇÃO

Não constitui surpresa a ninguém que o Brasil é um país profundamente desigual. Sua estrutura socioeconômica, forjada historicamente em séculos de exploração e exclusão, produziu e continua a produzir miséria, abandono, violência, desemprego e fome. Se, por um lado, cada um desses termos diz respeito a uma vivência única e singular, de outro, é possível indicar uma característica em comum de suas vítimas: a vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é uma categoria tratada usualmente como uma obviedade, intuitivamente percebida como inerente a grupos submetidos a alguma forma de exclusão. Atualmente, de modo usual, diz-se que a Defensoria Pública atua, sobretudo na seara da tutela coletiva, em prol dos interesses das pessoas e grupos em situação

<sup>1</sup> DAVIS, Angela Yvonne. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

de vulnerabilidade, sem que se tenha uma compreensão minimamente refletida sobre a profundidade, a origem e as dimensões dessa condição, que apresenta uma vasta série de nuances e complexidades.

Alguns autores chegam a defender que, na verdade, se trata de uma característica universal<sup>2</sup> a afetar em maior ou menor grau determinadas pessoas em contextos específicos. De toda sorte, não há consenso em relação ao seu significado, muito menos quanto a seus fatos geradores.

O objetivo central do presente texto é apresentar uma proposta embrionária de uma Teoria das Vulnerabilidades, contextualizando sua construção e manutenção no Brasil, entendido não apenas como palco, mas também como agente gerador a fomentá-las.

Ao abordar fenômenos como o racismo, a violência policial, o massacre de povos indígenas, dentre muitos outros, buscar-se-á identificar as estruturas produtoras de vulnerabilidades, que ostentam caráter sistêmico, sem descuidar das importantes reflexões sobre ações que busquem compensar e garantir assistência às vítimas.

Parafraseando Davis, indicada na epígrafe, não há tempo a perder no combate às desigualdades e na garantia do acesso à justiça, sobretudo ao se ter em linha de conta que quatro mulheres são assassinadas por dia<sup>3</sup> no país e que 12,08% dos brasileiros vivem na absoluta miséria<sup>4</sup>.

Assim, primeiramente serão abordadas visões do direito pátrio e internacional sobre o termo, além de suas concepções sob diversos parâmetros: identidade, probabilidade, limitações, interdimensionalidade e objeto específico de estudo. Em seguida, será avaliada a vulnerabilidade no contexto do Estado brasileiro, assim como sua responsabilidade pelo fenômeno.

## 2. PANORAMA GERAL DA VULNERABILIDADE

### 2.1 A vulnerabilidade no direito brasileiro

No intento de compreender a vulnerabilidade, torna-se necessário, de início, avaliar como esse termo é empregado no direito brasileiro. Tanto no direito civil quanto no campo criminal e processual, a *vulnerabilidade* é posicionada em diversos diplomas legais para, de ordinário, ressaltar a necessidade de uma tutela específica de direitos.

Com respaldo na boa doutrina de Bitencourt, o exemplo clássico no direito penal seria o de *estupro de vulnerável*<sup>5</sup>, que confere maior gravidade a crimes sexuais cometidos contra pessoas que não têm pleno discernimento. Trata-se de uma ressalva feita pelo legislador que denota uma especial gravidade dessas condutas em função das características singulares das vítimas.

<sup>2</sup> FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008.

<sup>3</sup> Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>4</sup> Auxílio menor coloca 9.1 milhões na extrema pobreza, sugere estudo. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/04/23/auxilio-menor-coloca-91-milhoes-na-extrema-pobreza-sugere-estudo.ghtml>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. **ConJur**, São Paulo, 19 jun. 2012.

No direito civil, a vulnerabilidade do consumidor frente a relações comerciais também serve como fundamento e inspiração do próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>6</sup>. Por meio de tal conceito, instaura-se um microssistema voltado a sanar (ou minimizar) tal disparidade e construir relações contratuais mais paritárias, havendo previsão expressa do princípio da vulnerabilidade no art. 4º, I, do CDC<sup>7</sup>.

Por outro lado, no direito processual, como cunhado por Casas Maia<sup>8</sup>, o fato de um grupo ser vulnerável em um processo de ação coletiva passiva possessória é tão significativa que, frente ao art. 554, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, constitui uma figura processual distinta a envolver a Defensoria Pública, denominada *custos vulnerabilis*.

No direito trabalhista, como frisado por Bornadese<sup>9</sup>, a vulnerabilidade é empregada implicitamente no art. 3º da Consolidação de Leis Trabalhistas, do qual se depreende uma relação de dependência do trabalhador. Nesse sentido, o reconhecimento das desigualdades seria a base para as proteções ao trabalhador previstas na própria CLT – em forma de mecanismos desenhados em prol da diminuição das assimetrias, como demonstrado por Marques e Miragem<sup>10</sup>. Complementarmente, Alves<sup>11</sup> entende que a vulnerabilidade figura como um *termo guarda-chuva*, abrangendo as diversas formas de desigualdades e injustiças.

Quanto aos direitos da criança e do adolescente, diversos autores afirmam que a vulnerabilidade figura como elemento central a revelar uma situação de desigualdade que deve ser corrigida por ações positivas do Estado – como políticas públicas em defesa da infância<sup>12</sup>.

De modo geral, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a vulnerabilidade como um fundamento para autorizar proteções materiais e processuais específicas. Nada obstante, o aparato normativo pouco colabora para o mergulho profundo nas raízes e matizes das vulnerabilidades, restringindo-se a uma navegação conceitual de superfície.

## 2.2 A vulnerabilidade no direito internacional

A vulnerabilidade tem sido abordada no campo internacional como um parâmetro para averiguar tanto a fragilidade específica de determinados segmentos

<sup>6</sup> BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm).

<sup>7</sup> SANTANA, Gustavo. **Direito do consumidor**. Porto Alegre: Sagah Educação, 2018.

<sup>8</sup> MAIA, Maurilio Casas. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias: uma resenha sobre o § 1º do art. 554 do NCPC e o custos vulnerabilis. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2019.

<sup>9</sup> BODANESE, Cícero Luiz. **Crise de relação de emprego: teoria da vulnerabilidade**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito do Trabalho) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

<sup>10</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

<sup>11</sup> ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>12</sup> Citam-se, *v.g.*, PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. **Redes sociais de adolescentes em contexto de vulnerabilidade social e sua relação com os riscos de envolvimento com o tráfico de drogas**. 2009. 321f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009; DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2017.



sociais quanto sua consequente necessidade de proteção especial. Na América Latina, as *100 Regras de Brasília*<sup>13</sup>, texto inicialmente editado no contexto da Conferência Judicial Ibero-americana, em 2008, atualizado recentemente pela aludida Cúpula Judiciária, indicam diversos grupos em situação de vulnerabilidade sob a perspectiva da dificuldade de acesso à justiça.

No que tange à Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua jurisprudência, há uma extensa abordagem do tema. Com o processo *González vs. Peru*, de 2014<sup>14</sup>, o Estado foi responsabilizado pela tortura de Espinoza González, além de violência sexual. Na decisão, a vulnerabilidade em razão de gênero (se considerou que o fato de ser mulher indicava uma vulnerabilidade especial) foi invocada para demonstrar que a gravidade dos danos sofridos no cárcere seria tamanha que configuraria tortura.

Já em *Xucuru vs. Brasil*, de 2018<sup>15</sup>, considerou-se que, no caso de povos indígenas, uma vez que a existência identitária destes povos se dá conjuntamente com a terra em que habitam, por motivos culturais, a falta de demarcação de tais localidades gera uma forma de vulnerabilidade.

O caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*<sup>16</sup>, julgado em 2006, também impôs obrigações ao Brasil por infringir diversos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. A vulnerabilidade nesse caso, invocada em razão da precária saúde mental da vítima, serviu para demonstrar a postura capacitista e omissa do Estado em promover uma tutela adequada a pessoas com deficiência, inclusive em face de outros particulares.

No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 2016<sup>17</sup>, se abarcou a discriminação histórica contra um grupo de trabalhadores rurais, encontrados em situação análoga à escravidão dentro de um estabelecimento rural. Assim, a vulnerabilidade foi compreendida como um elemento que *obstaculiza o acesso a direitos básicos*, sendo fundamental para caracterizar a situação de escravidão.

No julgamento de *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, sentenciado em 2017<sup>18</sup>, houve uma ponderação quanto à vulnerabilidade em função de gênero. Considerou-se que, frente a um cenário mergulhado em violência e instabilidade, a população feminina se encontra em especial perigo em relação aos demais, por estarem mais sujeitas a violências específicas.

Estupiñan-Silva<sup>19</sup>, após analisar a jurisprudência da Corte, identificou o processo que denominou como “teste de vulnerabilidade”, apontando fatores tanto de direito (fruto de determinações legais) quanto de fato (desigualdades sem base em dispositivo legal). Segundo a jurisprudência daquele Tribunal Internacional, haveria três fatores centrais encontrados em precedentes. Primeiramente, o *fator contextual*, que abarca

<sup>13</sup> Conferência Judicial Ibero-americana. 100 Regras de Brasília, 6 de março de 2008.

<sup>14</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *González vs. Peru*, parágrafos 64, 67-b, 145, 185, 2014.

<sup>15</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Xucuru vs. Brasil* parágrafos 11, 12 e 13, 2018,

<sup>16</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ximenes Lopes vs. Brasil*, parágrafos 3, 59, 101 a 111, 132 e 140, 2006.

<sup>17</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Fazenda Verde Brasil vs. Brasil*, 2016.

<sup>18</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, 2017.

<sup>19</sup> SILVA, Rosmerlin Estupiñan. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología. *Cahiers Européens*, [S.l.], 2014.

a limitação de acesso a direitos convencionais, devido a fatores como a discriminação ou a falta de capital, que resultam na ausência também de *qualificações de acesso* – conjuntos de atributos sociais necessários para se ter acesso a um determinado direito, ainda que isso não esteja previsto em lei. O segundo, relativo à *exposição a pressões variáveis*, se refere a fatores que influenciam o ambiente em que grupos sociais habitam. Podem ser mencionados tanto os exemplos da poluição e da pobreza quanto também de governos autoritários e o enfrentamento de conflitos violentos. Por fim, o terceiro diz respeito à *sensibilidade à ameaça*, avaliando características individuais de cada pessoa que acentuam a gravidade dos danos infligidos<sup>20</sup>.

### 2.3 A vulnerabilidade como uma questão identitária

Para Fraser<sup>21</sup>, enquanto movimentos sociais antigos se posicionavam a partir de uma identidade de classe, segundo a dinâmica de dominação econômica, hoje tais organizações passam a se posicionar em torno de uma opressão de cunho cultural. Mais do que privações econômicas, a injustiça cultural, ou simbólica, se propaga através dos meios de comunicação e demais formas de representação, acarretando ora reconhecimento, ora esquecimento.

Davis<sup>22</sup> apresenta uma análise similar no que tange principalmente à experiência de opressão vivida por mulheres negras. Para a autora, através da falta de visibilidade de segmentos sociais, suas condições de vida se tornam incapazes de despertar reações no restante da população – em termos tanto morais quanto políticos, econômicos e empáticos. Como prova inequívoca de seu entendimento, um exemplo cristalino seria o da população encarcerada, cuja marginalização é tão exacerbada que, a despeito de sofrer múltiplas formas de violência diariamente, não desperta, em regra, qualquer resposta contundente de instâncias sociais ou políticas.

Indubitavelmente, determinados grupos sociais figuram em maior proporção como vítimas de danos específicos, provindos de diversas fontes de opressão. Ainda assim, surgem algumas questões: a presença de uma característica, que torne o indivíduo parte de tais segmentos, basta para atrair o estado de vulnerabilidade? Para além disso, as vulnerabilidades seriam iguais para pessoas que apresentam características de mais de um grupo? Uma jovem seria tão vulnerável quanto uma mulher idosa, ou um homem negro seria tão vulnerável quanto uma criança branca à violência?

Definir cada forma de opressão e buscar compreender a vivência individual de pessoas pertencentes a diferentes grupos sociais é tarefa impossível, sob pena de se deixar experiências e vidas sem narrativa, uma vez que as opressões se cruzam de

<sup>20</sup> Instrumentalizando a vulnerabilidade como um meio para traçar políticas públicas que protejam populações de desastres, a Cruz Vermelha também emprega o termo em seus trabalhos. A ideia é compreender como fatores históricos, políticos e econômicos geram uma certa fragilidade de grupos específicos, e assim, é possível e necessário construir meios para protegê-los frente a eventos adversos. INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. **VCA toolbox**: with reference sheets. Geneva: IFRC, 2007 and The importance of vulnerability and capacity assessment. Geneva: IFRC, 2008.

<sup>21</sup> FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: SEIDMAN, Steven; ALEXANDER, Jeffrey (org.). **From the new social theory reader**. Londres: Routledge, 2001.

<sup>22</sup> DAVIS, Angela Yvonne. **A democracia da abolição**: para além do império, das prisões e da tortura. 3. ed. São Paulo: DIFEL, 2020.

maneiras infinitas. Ademais, o melhor protagonista e maior legitimado a apresentar a dinâmica de uma história pessoal é o próprio indivíduo. De acordo com a ONU Mulheres<sup>23</sup>, não é cabível conceber uma experiência de opressão segundo apenas uma variável. Na verdade, diferentes esferas de discriminação se combinam e interagem entre si, criando experiências diversas. Nesse sentido, o conceito de vulnerabilidade se torna ainda mais amplo, e torna-se necessária uma definição que vai muito além de mera decorrência de relações tanto de classe quanto identitárias.

Isso não significa, todavia, que a ideia de vulnerabilidade seja alheia aos relevantes marcadores apresentados. Obviamente os danos sofridos durante o decorrer da vida de uma pessoa estarão fortemente ligados à sua identidade e ao seu pertencimento a determinados segmentos e, portanto, a análise da vulnerabilidade não pode renegar esse campo; por outro lado, tampouco pode se restringir apenas a uma esfera.

Focando no cenário brasileiro, à guisa de exemplificação, a população negra tem 2,7 vezes mais chance de ser vítima de violência do que a branca<sup>24</sup>, ao passo que o assassinato de mulheres atingiu níveis estonteantes<sup>25</sup>. A questão precípua a se investigar radica nas razões que justificam que grupos tidos como minoritários (apesar de alguns serem numericamente majoritários) – v.g., indígenas, população negra, mulheres, a comunidade LGBTQ+ – estejam em peso na categoria dos vulneráveis.

## 2.4 A vulnerabilidade como probabilidade

O exame de Costa, Safi e Pamplona<sup>26</sup>, quanto à ideia de vulnerabilidade, toma por campo de análise a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos de aplicação de medidas socioeducativas e indica que, em geral, o conceito naquela instância é empregado para nomear probabilidade de reincidência.

Fineman<sup>27</sup>, por sua vez, considera a vulnerabilidade como um fator que gera a *possibilidade de sofrer danos* frente a acontecimentos. Todo ser humano, sendo vulnerável por natureza, terá suas chances de sofrer danos aumentada frente a empecilhos e obstáculos. Enquanto a fome pode ser combatida através de uma alimentação saudável e doenças com remédios, sendo controláveis, outros tipos de danos podem não ser tão controláveis assim, embora possam ser mitigados através da utilização de mecanismos de apoio.

Para além disso, oscilações socioeconômicas podem modificar, de modo enfático, tais probabilidades – uma crise econômica pode limitar possibilidades de obter alimentação e medicamentos, enquanto a falta de serviços de saúde adequados pode aumentar a probabilidade de sofrer danos físicos.

<sup>23</sup> ONU MULHERES; IMKAAN. THE VALUE OF INTERSECTIONALITY IN UNDERSTANDING VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS (VAWG). Genebra: Organização das Nações Unidas, 2019.

<sup>24</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. **Racismo se combate em todo lugar:** Defensoras e Defensores Públicos pela equidade racial no acesso a direitos e políticas públicas para pessoas indígenas, negras, quilombolas e povos tradicionais. Brasília: ANADEP, 2021.

<sup>25</sup> Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>26</sup> COSTA, Ana Paula Motta; SAFI, Sofia de Souza Lima; PAMPLONA, Roberta Silveira. Entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral: o conceito de vulnerabilidade e a aplicação de medidas socioeducativas a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, 2018.

<sup>27</sup> Op. cit.

Portanto, o que define a vulnerabilidade de um indivíduo seria seu acesso a instituições que proporcionam tanto benefícios quanto danos, e possibilitam adotar uma postura de menor fragilidade diante de questões como pobreza, violência, discriminação, dentre outras.

Tate<sup>28</sup>, ao refletir sobre uma metodologia que possibilite criar um índice de vulnerabilidade social, apresenta a variável *incerteza epistêmica*. Tal elemento aponta a probabilidade de ocorrência do dano como figura central no conceito de vulnerabilidade. Ainda assim, trata-se de uma ideia extremamente subjetiva e dificilmente calculável, de forma que deve ser avaliada em conjunto com outro elemento trazido pelo autor, a sensibilidade.

Não são raros os exemplos de como a vulnerabilidade pode ser entendida como probabilidade. Na verdade, como já demonstrado, essa noção é constantemente utilizada como uma forma de prevenir danos e desastres direcionados a populações que estariam em especial fragilidade e, mais ainda, como um parâmetro para traçar políticas de proteção e atenção. Não se refere apenas à chance de sofrer um certo dano, mas também à gravidade que a ação importaria para cada indivíduo, utilizando aspectos diversos e multidimensionais, como é o caso dos relatórios da Cruz Vermelha<sup>29</sup>.

Fineman<sup>30</sup> nota ainda que a desigualdade se forma principalmente em torno do acesso a privilégios. Tais elementos estariam garantidos por instituições sociais: a família, estabelecimentos de educação, instituições de saúde, redes de apoio religioso e cultural, dentre outros, porém esse contato não ocorre de forma uniforme para todos, e depende de uma série de marcadores, como raça, classe etc.

Como narrado pela autora, a família, por exemplo, ao mesmo tempo em que pode figurar como uma rede de apoio, também é capaz de se tornar fonte de vulnerabilidades. No caso das mulheres, toda a divisão desigual do trabalho doméstico e dever de cuidado com os entes podem cortar oportunidades para fora do círculo familiar<sup>31</sup>. Ao invés de garantir sua autonomia, portanto, esta acaba por propagar sua dependência, restringindo seu campo de escolhas como protagonista de sua própria história.

Assim, essa dinâmica não proviria exatamente de situações de discriminação em razão da identidade, mas de dinâmicas de poder que alterem o acesso a tais instituições, de forma que tais entidades acabem refletindo as características de cada indivíduo nesse processo. Enquanto certas instituições podem atuar como fonte de vulnerabilidade, outras podem justamente mitigar essa situação. As que trazem situações de dependência, ao serem invisibilizadas ou normalizadas, trazem fortes danos, como a família. Ainda assim, outras fornecem *assets*, importantes para mitigar e limitar tais danos, que serão explorados no próximo tópico sobre a resiliência.

Uma criança será vulnerável à violência por sua condição física, porém ela poderá ter maior capacidade de se recuperar dessa situação, caso tenha acesso a

<sup>28</sup> TATE, Eric. Uncertainty analysis for a social vulnerability index. **Annals of the Association of American Geographers**, Washington, v. 103, n. 3, p. 526-543, May 2013.

<sup>29</sup> INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. **VCA toolbox**: with reference sheets. Geneva: IFRC, 2007.

<sup>30</sup> Op. cit.

<sup>31</sup> Ibidem.

uma rede de apoio e uma assistência médica adequada, do que um adulto nesse contexto sem acesso a tais elementos. Por outro lado, se essa criança apresenta uma situação familiar pautada por violência tanto física quanto psicológica, haverá, ao invés de uma instituição que forneça resiliência, uma relação danosa invisibilizada, que incrementará o dano experimentado.

## 2.5 Vulnerabilidade como um fenômeno limitável

Diversos autores concebem a vulnerabilidade como uma condição inerente ao ser humano. Desde Fineman<sup>32</sup> até Kottow<sup>33</sup>, aferem-se diversos modos de formação desse estado. Esse último acadêmico demonstra, inclusive, que persistem duas categorias principais: a *primária*, que provém da própria natureza humana e sua fragilidade, e a *secundária*, derivada de desigualdades sociais, podendo ser tanto temporárias quanto insuperáveis. Surge, nesse ponto, inclusive, a questão de poder uma vulnerabilidade ser absoluta ou não – isto é, haver possibilidade de mitigá-la ou limitá-la.

Para os pesquisadores da física, a palavra *resiliência* corresponderia à capacidade dos corpos de, após sofrer uma determinada pressão, retornarem à forma original. Na psicologia, por outra via, este mesmo termo assumiu a possibilidade de recuperação de traumas e outros distúrbios<sup>34</sup>. Todavia, na dinâmica da vulnerabilidade, esse conceito assume também uma nova forma.

Em complemento à abordagem de Fineman<sup>35</sup>, Kirby<sup>36</sup> demonstra como é possível mitigar a vulnerabilidade através de elementos de resiliência, isto é, o contato com instituições que garantam ao indivíduo métodos para mitigar danos e fragilidades. Tais entidades, assim, apresentariam maior ou menor importância dentro das dinâmicas de vulnerabilidade segundo a possibilidade de distribuir *assets*, bens de diversas naturezas que trariam ao indivíduo a possibilidade de se recuperar em certa medida dos danos causados. Todavia, segundo Fineman<sup>37</sup>, instituições poderão caracterizar-se não necessariamente como fontes de tais bens, mas também como de danos. Kirby<sup>38</sup> separa tais bens em três categorias: (i) físico, relativos à distribuição da propriedade e bem-estar, (ii) humanos, que abrangem habilidades para diminuir situações de dificuldade e necessidade através de recursos imateriais, como a saúde e a educação e (iii) sociais, que constituem redes de suporte e apoio a cada indivíduo. Naudé e Paulino<sup>39</sup>, a seu turno, adicionam outras classificações, segundo a origem

<sup>32</sup> FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and Inevitable Inequality. **Oslo Law Review**, Oslo, v. 4, n. 3, p. 133-149, 2017.

<sup>33</sup> KOTTOW, Michael H. Comentários sobre a bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2004.

<sup>34</sup> BRANDÃO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; NASCIMENTO, Ingrid Faria Gianordoli. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 21, n. 49, p. 263-271, ago. 2011.

<sup>35</sup> Op. cit.

<sup>36</sup> KIRBY, Peadar. **Vulnerability and violence: the impact of globalization**. Londres: Pluto Press, 2006.

<sup>37</sup> Op. cit.

<sup>38</sup> KIRBY, op. cit.

<sup>39</sup> NAUDÉ, Wim; PAULINO, Amelia Santos. Measuring vulnerability: an overview and introduction. **Oxford Development Studies**, London, v. 37, n. 3, p. 183-191, Sep. 2009.



de cada bem: naturais, os provindos da natureza diretamente; físicos, relativos a infraestruturas e financeiros, como seguro ou fundos; humanos, como saúde ou conhecimento e, por fim, sociais, como redes de apoio.

Sánchez e Bertolozzi<sup>40</sup> enfatizam a análise de Wisner<sup>41</sup>, de que qualquer ponderação sobre a vulnerabilidade não pode considerar apenas fatores que gerem danos, mas também a possibilidade de “luta e recuperação”. Segundo a mesma linha de raciocínio, Schmidtlein<sup>42</sup> entende a resiliência como uma “possibilidade de recuperação”. De forma mais enfática, Naudé e Paulino<sup>43</sup> compreendem que a vulnerabilidade se mostra presente tanto anteriormente quanto posteriormente ao dano em questão. Nesse sentido, a possibilidade de recuperação e os elementos que reduziram seu impacto devem ser avaliados em ambos os momentos.

A Organização Mundial da Saúde confeccionou um manual para tratar emergências de saúde no continente africano<sup>44</sup> que, apesar de não ser tipicamente um relatório, aborda a ideia de *coping mechanisms* e sua relação com os bens sociais mencionados. Tal conceito se refere basicamente à ideia de *enfrentamento* – ou seja, estratégias desenvolvidas para combater as situações de vulnerabilidade e mitigar danos.

A vulnerabilidade e a possibilidade de enfrentamento, portanto, se relacionam como variáveis inversamente proporcionais – quanto mais vulnerável será um grupo, menor sua capacidade de enfrentamento, e vice-versa. Trata-se de entendimento similar ao de Chambers<sup>45</sup>, que compreende os *coping mechanisms* como uma forma de administração dos *assets* disponíveis.

Segundo o documento, tais estratégias, altamente influenciadas pelos diversos contextos culturais, variam segundo a disponibilidade de *assets*, que justamente permitiriam formar alguma resiliência. Não cabe nesse texto, que apenas introduz uma proposta de teoria, fazer uma lista exaustiva tanto de *assets* quanto das estratégias analisadas, uma vez que compreendem uma diversidade que se aproxima do infinito, segundo variações culturais e de cunho sociopolítico. Por exemplo, em uma certa comunidade, pode haver uma maior propensão a empregar a violência nesse processo, enquanto em outra não, e em uma certa sociedade é possível que haja uma maior disponibilidade de serviços, como atendimento médico, educação ou assistência, ainda que em outra não. Tudo isso impacta o modo como a população local desenvolve suas maneiras de lidar com a vulnerabilidade.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ, Alba Idaly Muñoz; BERTOLOZZI, Maria Rita. Pode o conceito de vulnerabilidade apoiar a construção do conhecimento em saúde coletiva? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 319-324, abr. 2007.

<sup>41</sup> WISNER, Ben. Marginality and vulnerability: why the homeless of Tokyo don't 'count' in disaster preparations. **Applied Geography**, Sevenoaks, v. 18, n. 1, p. 25-33, Jan. 1998.

<sup>42</sup> SCHMIDTLEIN, Mathew C. et al. A sensitivity analysis of the social vulnerability index. **Risk Analysis**, [S.l.], v. 28, n. 4, 2008.

<sup>43</sup> NAUDÉ; PAULINO, op. cit.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. WHO/EHA. EMERGENCY HEALTH TRAINING PROGRAMME FOR AFRICA. Addis Ababa: Panafrican Emergency Training Centre, 1998.

<sup>45</sup> CHAMBERS, Robert. Vulnerability, Coping and Policy: (Editorial Introduction). **DS Bulletin**, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 1-7, 1989.



Vale ressaltar a classificação feita pela OMS quanto a formas de *coping mechanisms*, que põe em evidência como nem sempre a presença dessa dinâmica é benéfica e logo se torna necessária uma assistência feita através de políticas públicas.

Dentre os mecanismos de enfrentamento, há basicamente três formas: (i) não erosivos, que não acarretam danos permanentes, (ii) erosivos, que trazem prejuízos definitivos e (iii) falhos, que não são capazes de impedir o dano em questão.

Logo, uma situação de vulnerabilidade poderia ser representada por uma balança, na qual se deve sopesar o elemento de resiliência e o de dano. Ao se identificar cada uma das categorias presentes em cada caso, segundo seu papel benéfico ou danoso, torna-se possível aquilatar a situação específica. Retomando as ideias de Kirby<sup>46</sup> e Fineman<sup>47</sup>, o acesso a privilégios, através dessas instituições, é distintamente distribuído segundo uma série de fatores e, portanto, não apenas o acesso aos *assets*, mas o contato propriamente com as instituições (nesse caso, se foram encontrados elementos de dano ou resiliência) também pode produzir disparidade.

O acesso à educação é um bom exemplo. Um direito básico, em suas dimensões mais primordiais, de alfabetização, apresenta diferença significativa no país entre a população branca e a população negra, ainda em tempos pré-pandêmicos, sendo a taxa do primeiro grupo de apenas 3,6%, enquanto a do segundo chega a 8,9% em 2019<sup>48</sup>.

Todavia, não se trata apenas do acesso a uma determinada instituição, mas à forma como esse contato ocorre – se resulta em malefícios ou benefícios. Um exemplo é a própria polícia, instituição que deveria, universalmente, trazer segurança à população, porém apresenta uma taxa de letalidade de 4.2 em relação à população negra, 2.7 maior do que a relativa à população branca<sup>49</sup>, o que indica duas experiências bem diferentes nesse acesso/relação. Enquanto algumas seriam objeto sobre o qual recai a violência (elementos de dano), outras seriam titulares do direito à segurança propriamente dita (elementos de resiliência).

## 2.6 Vulnerabilidade como um fenômeno interdimensional

Decerto, a vulnerabilidade é uma característica inerente ao ser humano, porém ela é amplificada ou reduzida segundo a interação entre indivíduos e instituições sociais. Todavia, ainda remanesce a indagação a respeito das características ou contextos socioeconômicos que poderiam tornar um indivíduo vulnerável a um determinado dano.

Como já demonstrado, segundo a classificação de Kottow<sup>50</sup>, é possível compreender a vulnerabilidade em dois âmbitos – o primário (que trata da característica

<sup>46</sup> KIRBY, Peadar. **Vulnerability and violence**: the impact of globalization. Londres: Pluto Press, 2006.

<sup>47</sup> Op. cit.

<sup>48</sup> Conheça o Brasil – População EDUCAÇÃO. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.

<sup>49</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>50</sup> KOTTOW, Michael H. Comentários sobre a bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). **Bioética**: poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2004.

típica do ser humano) e o secundário (que provém da dinâmica social). Diversos autores têm apresentado desdobramentos da última dimensão mencionada, aprofundando cada variável socioeconômica que dialogaria com tal dinâmica. Sánchez e Betolozzi<sup>51</sup> trazem à tona as obras de Watts e Bohle e de Ayres<sup>52</sup> quanto ao assunto e elucidam<sup>53</sup> que a vulnerabilidade se sustenta por um tripé de “*entitlement, empowerment* e política econômica”, referindo-se respectivamente aos direitos de cada indivíduo, ao poder político de cada um e à “organização estrutural-histórica da sociedade e suas decorrências”.

Ayres<sup>54</sup>, de forma percuciente, fazendo um exame da vulnerabilidade sob o prisma da saúde no Brasil, aponta três dimensões: (i) individual, que diz respeito à disponibilidade e qualidade de informações, (ii) sociais, que tratam, para além da obtenção de informações, da possibilidade de cognitivamente e materialmente utilizar tais dados para participar da tomada de decisões e (iii) programáticas, que englobam a vulnerabilidade não do indivíduo e sim das próprias políticas públicas.

Nesse passo, uma dimensionalidade mais concreta é trazida por Kirby,<sup>55</sup> ligando possíveis estados de vulnerabilidade mais estreitamente às características presentes em cada indivíduo, e não exatamente ao sistema socioeconômico em que está inserido. Mais uma vez, esse sistema se baseia em três categorias principais: *atributos físicos/ pessoais, atributos sociais/familiares* e *atributos ambientais/situacionais*. Enquanto o primeiro grupo trata de características extremamente pessoais, de cunho físico e mental, o segundo traz elementos construídos socialmente, como a raça e o status socioeconômico, enquanto o terceiro compreende o estado no qual a pessoa se encontra – em termos de local de moradia, qualidade da residência, demografia, dentre outras características.

Em síntese, é possível a utilização de diversos parâmetros para compreender se, frente a um dano específico, a vulnerabilidade se faz presente. O artigo de Kirby, de forma geral, demonstra diversos fatores ligados ora ao indivíduo em si, ora à situação ambiental que podem ser elencados como indicadores de uma situação de vulnerabilidade. Através de um prisma mais coletivo, não focado tanto em uma situação específica, mas em um grupo social ou diversos segmentos sociais, Watts e Bohle, junto com Ayres, fornecem caminhos de averiguação da vulnerabilidade através da avaliação de causas sociopolíticas e estruturais.

Em termos concretos, é interessante perceber como diferentes questões sociais resultam na maior exposição de indivíduos a diferentes riscos. Avaliando a violência de gênero, enquanto esse elemento se apresenta como determinante para a maior

<sup>51</sup> SÁNCHEZ, Alba Idaly Muñoz; BERTOLOZZI, Maria Rita. Pode o conceito de vulnerabilidade apoiar a construção do conhecimento em saúde coletiva? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 319-324, abr. 2007.

<sup>52</sup> AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANCA JUNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira; SALETTI FILHO, Heraldo César. Vulnerabilidade e prevenção em tempos de AIDS. In: **Sexualidade pelo avesso**: direitos, identidades e poder. São Paulo: Editora 34, 1999.

<sup>53</sup> WATTS, Michael J; BOHLE, Hans G. The space of vulnerability: the causal structure of hunger and famine. **Progress in Human Geography**, Manchester, v. 17, n. 1, p. 43-67, 1993.

<sup>54</sup> AYRES, op. cit.

<sup>55</sup> KIRBY, Peadar; KEAY, Scott. Defining vulnerability: from the conceptual to the operational. **Policing: a Journal of Policy and Practice**, [S.l.], v. 12, n. 4, p. 428-438, Dec. 2018.

ocorrência de violências sexuais, dados indicam que a maior parte dessas vítimas seriam mulheres negras, compondo 56% desse recorte<sup>56</sup>, revelando-se imperioso avaliar mais de uma variável para compreender o fenômeno.

## 2.7 Vulnerabilidade como objeto específico de estudo

Segundo Michlik<sup>57</sup>, que traz levantamentos sobre possíveis metodologias em prol da quantificação da vulnerabilidade, não é possível considerar esse termo como algo genérico, isto é, a vulnerabilidade sempre será concebida em relação a uma determinada situação, que, assim, terá uma forma específica de dano frente a uma comunidade com características próprias.

Como abordar com vagueza a vulnerabilidade da mulher brasileira à violência doméstica, por exemplo, se o índice de vítimas do gênero feminino a esse dano varia de acordo com marcadores como classe social, localidade ou raça? Seria, à evidência, reducionista afirmar que mulheres são simplesmente vulneráveis. Na mesma linha, ao se avaliar a violência policial, uma indagação generalista acarretaria o reforço da invisibilidade do expressivo percentual da população negra que figura como vítima preferencial das forças de segurança.

Outros autores que desenvolvem uma perspectiva metodológica da vulnerabilidade, Naudé e Paulino<sup>58</sup>, demonstram que não basta trazer todos os indicadores possíveis e imagináveis para analisar a vulnerabilidade em termos gerais. É preciso primeiramente encontrar uma situação específica de fragilidade e, em função deste contexto em particular, apontar seus indicadores e riscos decorrentes.

Aparentemente, sob essa perspectiva que pode ser denominada como relativista, não existe, como objeto de estudo, uma vulnerabilidade geral, sendo uma característica inerente do conceito a *especificidade*, isto é, invocar variáveis diferentes para cada situação. Fazendo um paralelo com Fineman<sup>59</sup> e Kirby<sup>60</sup>, pode-se afirmar que a vulnerabilidade apresenta a característica da *especificidade*, na medida em que faz sentido invocar determinados *assets* e instituições para avaliar casos determinados.

Por exemplo, em uma situação de violência doméstica contra uma criança, faz sentido abarcar como a instituição escola se posiciona, podendo esta servir como uma rede de apoio. Por outro lado, tratando do mesmo contexto em relação a uma mulher adulta, instituições de ensino possivelmente não apresentarão grande relevância para a averiguação.

<sup>56</sup> Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>57</sup> MICHLIK, Lilibeth Acosta. **Intervulnerability assessment**: shifting foci from generic indices to adaptive agents in assessing vulnerability to global environmental change. Manila: Start, 2005.

<sup>58</sup> NAUDÉ, Wim; PAULINO, Amelia Santos. Measuring vulnerability: an overview and introduction. **Oxford Development Studies**, London, v. 37, n. 3, p. 183-191, Sep. 2009.

<sup>59</sup> FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008.

<sup>60</sup> KIRBY, Peadar, op. cit.

### 3. CONCLUSÃO

O Brasil foi estruturado, historicamente, assim como diversos de seus vizinhos latino-americanos, em bases de exploração e dominação que vicejaram no período da colonização, mas perduram na contemporaneidade.

Compreender as raízes estruturais dos contextos históricos que forjaram o Estado e suas instituições conduz ao esclarecimento sobre o comportamento de diversas instituições que, em vez de promoverem resiliência, acarretam dano.

Diversos autores, por esses motivos, trazem a necessidade de se adotar um olhar *decolonial* – isto é, que retire das mãos deste ser inventado e eurocentrista o monopólio da verdade<sup>61</sup>. Com esse termo, segundo Quintero, Figueira e Elizalde<sup>62</sup>, se propõe uma *desmarginalização do conhecimento* que, através da dominação econômico-cultural europeia, foi monopolizado por fontes eurocêntricas, negando o espaço de populações periféricas. Não se trata de um afastamento completo das fontes clássicas, porém de compreender em que medida o próprio processo colonizatório causa impactos atualmente, através da lente principalmente de autores latino-americanos.

Santos, por exemplo<sup>63</sup>, faz uma leitura sobre a desigualdade de gênero através das lentes decoloniais e demonstra como é possível identificar o surgimento de identidades através da lógica de exclusão gerada pelo processo de dominação histórico-cultural, principalmente da dicotomia humano/não humano, que funda diversas formas de hierarquias existentes.

Ibias<sup>64</sup> demonstra que houve uma persistência de tais valores pelas elites nacionais, mesmo com a independência de países latinos. Essa imposição verticalizada de valores políticos, econômicos e morais, na verdade, parece reafirmar a dicotomia existente entre *metrópole/colônia*, porém agora sob novas dimensões, *condomínio/favela*, por exemplo – mantendo-se uma lógica de *subalternidade*.

Retomando as teses de Fineman<sup>65</sup> e Kirby<sup>66</sup>, de que a vulnerabilidade seria, sob um de seus aspectos, formada através do acesso a instituições, torna-se preciso compreender quais seriam as especificidades dessa interação no Brasil de 2021. Para Ibias<sup>67</sup>, instituições teriam um papel fundamental nessa imposição vertical de valores,

<sup>61</sup> QUINTERO, Pablo; FIGUEIRA, Patrícia; ELIZALDE, Paz Concha. **Uma breve história dos estudos decoloniais**. São Paulo: MASP; Afterall, 2019.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> SANTOS, Vívian Matias dos. Notas desobedientes: decolonialidade e a contribuição para a crítica feminista à ciência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 30, p. 1-11, 2018.

<sup>64</sup> IBIAS, Marcos Vinícius Guterres. Decolonialismo na América Latina: um projeto de superação das relações de exploração e pobreza? In: BIACCI, Eduardo; SQUEFF, Tatiana; BRANDÃO, Clarissa. **Direitos Humanos, Feminismo e Decolonização na América Latina**. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2017.

<sup>65</sup> FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and Inevitable Inequality. **Oslo Law Review**, Oslo, v. 4, n. 3, p. 133-149, 2017.

<sup>66</sup> KIRBY, Peadar; KEAY, Scott. Defining vulnerability: from the conceptual to the operational. **Policing: a Journal of Policy and Practice**, [S.l.], v. 12, n. 4, p. 428-438, Dec. 2018.

<sup>67</sup> IBIAS, op. cit.

e Díaz<sup>68</sup> segue a mesma linha de raciocínio, revelando que há um interesse em manter o *status quo* narrado.

Como narrado por Andrade<sup>69</sup>, a própria Justiça Penal, apesar de ter sido pensada com base em ideais liberais, foi implementada por um grupo com valores capitalistas e patriarcais, que, em decorrência, os reproduz. Segundo a autora, mais concretamente, esse cenário se cristaliza em uma grande abrangência do poder punitivo e uma atuação tímida em relação à construção de um ideal de cidadania. Em forma de números, o Anuário de Segurança Pública, em 2019<sup>70</sup>, revelou que em torno de 66.7% da população carcerária brasileira se identifica como negra, refletindo uma lógica racista e, em grande medida, escravocrata<sup>71</sup>.

Todavia, resta compreender um pouco mais as razões que levam instituições a falharem na redução das vulnerabilidades. Na teoria de Díaz, esses defeitos se dão por três razões – instituições podem ser: (i) ineficientes em termos gerais, (ii) capturáveis por grupos particulares ou (iii) incapazes de subverter os danos gerados por instituições informais.

Como Fineman<sup>72</sup> aponta, a possibilidade de um indivíduo ter sua autonomia resguardada e poder participar de espaços públicos depende justamente desse acesso – e aqui também pode ser gerada a vulnerabilidade. É no contato com essas entidades que indivíduos obtêm elementos tanto de resiliência quanto de dano<sup>73</sup> e, portanto, têm sua autonomia resguardada ou dilapidada, incidindo situações de dependência<sup>74</sup>. Isso se torna ainda mais problemático partindo do princípio de que a cidadania recai, principalmente, sobre a consciência do indivíduo sobre sua relação com o Estado brasileiro<sup>75</sup>.

Sobre um dos direitos mais elementares do ser humano, qual seja, saneamento básico, por exemplo, mais de 34 milhões de lares não dispõem de acesso<sup>76</sup>, número que compõe quase 50% dos domicílios do país e engloba, de forma mais desfavorável, 44% da população negra<sup>77</sup>. Enquanto isso, o número de analfabetos também revela

<sup>68</sup> DÍAZ, Laura Mota. Instituições do Estado e produção e reprodução da desigualdade na América Latina. In: CATTANI, Antonio David; CIMADAMORE, Alberto D. **Produção de pobreza e desigualdade na América Latina**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2007.

<sup>69</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálisis**, Florianópolis, 2006.

<sup>70</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 13. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

<sup>71</sup> DAVIS, Angela Yvonne. **A democracia da abolição**: para além do império, das prisões e da tortura. 3. ed. São Paulo: DIFEL, 2020.

<sup>72</sup> FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008.

<sup>73</sup> KIRBY, Stuart, Op. cit.

<sup>74</sup> FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008.

<sup>75</sup> DIAS, Alaides Cardoso; ALVES, Sirlene Maria da Silva; AMARAL, Leila Dias P. do. A contribuição do pensamento decolonial na afirmação da cidadania. **Humanidades & Inovação**, Palmas, 2019.

<sup>76</sup> Quatro em cada dez municípios não têm serviço de esgoto no país. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28326-quatro-em-cada-dez-municipios-nao-tem-servico-de-esgoto-no-pais>. Acesso em: 8 fev. 2021.

<sup>77</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**: Estudos e Pesquisa Informação Demográfica e Socioeconômica. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.



uma exclusão na educação em seus níveis mais básicos: em 2020, onze milhões de brasileiros não sabiam ler ou escrever<sup>78</sup>.

O acesso desigual a instituições deita raízes no desenvolvimento histórico brasileiro excludente, racista e sexista. O sistema alimenta-se das falhas no processo de reconhecimento e o Estado brasileiro passa de palco a ator e produtor de vulnerabilidades.

Posturas mais críticas (ou lúcidas), como a de Mbembe<sup>79</sup>, consideram que esse quadro atrai a efetivação de uma *necropolítica*, em que indivíduos são eliminados, descartados. Longe de configurar mera abstração, os dados alarmantes mostram que a taxa de homicídio de pessoas negras cresceu 11,5% na última década, enquanto a relativa à população não negra diminuiu em 12,9%<sup>80</sup>.

Como já demonstrado, a vulnerabilidade figura como um termo central em diversos campos dos direitos humanos. Enquanto normativas internacionais consideram-na um parâmetro para atribuir proteções legais a certos grupos<sup>81</sup>, ou traçar um plano de proteção específico diante de desastres de caráter natural ou de conflitos civis-militares<sup>82</sup>, trata-se de uma valoração subjetiva, e cuja definição se torna de grande estima para firmar políticas públicas.

Buscando, portanto, as causas dessas relações, as teorias de Fineman<sup>83</sup> e Kirby<sup>84</sup> apresentam um marco teórico de suma importância. Os autores conceituam a vulnerabilidade como decorrência de um sistema em que certos indivíduos detêm menos acesso a instituições que oferecem elementos que os fortificam frente a desafios, isto é, de *resiliência*, ao mesmo passo em que têm contato com instituições que geram sua *dependência*. Assim, ao longo da mitigação de sua autonomia individual, e da possibilidade de serem protagonistas de suas próprias vidas e fazer escolhas<sup>85</sup>, pela falta de acesso a instituições que garantam essa independência, a vulnerabilidade se instaura.

Todavia, no Século XXI, essas estruturas coloniais e escravocratas, presentes em todo o continente americano<sup>86</sup>, parecem buscar um disfarce de progressividade, com a internalização de tratados internacionais de direitos humanos e a adoção de Constituições modernas.

A desfaçatez nociva das Instituições que geram dano e multiplicam vulnerabilidades é indefensável e merece repulsa. Não há tempo a perder! Por respeito

<sup>78</sup> Taxa cai levemente, mas Brasil ainda tem 11 milhões de analfabetos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>. Acesso em: 2 ago. 2021.

<sup>79</sup> MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2011.

<sup>80</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2020**. Brasília: IPEA, 2020.

<sup>81</sup> CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gonzales Lluy e outros vs. Equador, 2015.

<sup>82</sup> INTERNATIONAL FEDERATION OF RED CROSS AND RED CRESCENT SOCIETIES. **The importance of vulnerability and capacity assessment**. Geneva: IFRC, 2008.

<sup>83</sup> FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008.

<sup>84</sup> KIRBY, Stuart, op. cit.

<sup>85</sup> FINEMAN, op. cit.

<sup>86</sup> DAVIS, Angela Yvonne. **A democracia da abolição**: para além do império, das prisões e da tortura. 3. ed. São Paulo: DIFEL, 2020.



às mulheres mortas violentamente todos os dias<sup>87</sup>, pelos onze milhões que mal podem ler seus direitos na Constituição Federal<sup>88</sup>, pelas mais de 5.000 vítimas da letalidade institucional no ano de 2020, cujas histórias não serão ouvidas<sup>89</sup>, e por todos aqueles que sofrem humilhação e abandono em silêncio e sequer são computados em meras estatísticas, “vamos agir como se fosse possível transformar radicalmente o mundo”.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 64, n. 2, p. 111-139, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63907>. Acesso em: 10 fev. 2021.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS. **Racismo se combate em todo lugar**: Defensoras e Defensores Públicos pela equidade racial no acesso a direitos e políticas públicas para pessoas indígenas, negras, quilombolas e povos tradicionais. Brasília: ANADEP, 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 11-14, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802006000100001>. Acesso em: 11 maio 2022.

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANCA JUNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira; SALETTI FILHO, Heraldó César. Vulnerabilidade e prevenção em tempos de AIDS. In: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard. (org.). **Sexualidade pelo avesso**: direitos, identidades e poder. São Paulo: Editora 34, 1999.

BAUBÖCK, Rainer. Expansive citizenship: voting beyond territory and membership. **Political Science and Politics**, Washington, v. 38, n. 4, p. 683-687, 2005.

BAUBÖCK, Rainer. **Stakeholder citizenship**: an idea whose time has come? Washington: Migration Policy Institute, 2008.

BEVILAQUA, Ciméa; LEIRNER, Piero de Camargo. Notas sobre a análise antropológica de setores do Estado brasileiro. **Revista de Antropologia**, v. 43, n. 2, p. 105-140, São Paulo, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-77012000000200006>. Acesso em: 11 maio 2022.

<sup>87</sup> Agência Patrícia Galvão. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

<sup>88</sup> Taxa cai levemente, mas Brasil ainda tem 11 milhões de analfabetos. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-07/taxa-cai-levemente-mas-brasil-ainda-tem-11-milhoes-de-analfabetos>. Acesso em: 2 ago. 2021.

<sup>89</sup> Número de policiais mortos cresce em 2020; o de pessoas mortas pela polícia tem ligeira queda no Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/04/22/numero-de-policiais-mortos-cresce-em-2020-o-de-pessoas-mortas-em-confrontos-tem-ligeira-queda-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 2 ago. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. **ConJur**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>. Acesso em: 11 maio 2022.

BODANESE, Cícero Luiz. **Crise de relação de emprego**: teoria da vulnerabilidade. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito do Trabalho) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

BRANDÃO, Juliana Mendanha; MAHFOUD, Miguel; GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria. A construção do conceito de resiliência em psicologia: discutindo as origens. **Paidéia**, Ribeirão Preto, v. 21, n. 49, p. 263-271, ago. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-863X2011000200014>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm).

CHAMBERS, Robert. Vulnerability, Coping and Policy: (Editorial Introduction). **DS Bulletin**, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 1-7, 1989. Disponível em: <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/9551>. Acesso em: 11 maio 2022.

COSTA, Ana Paula Motta; SAFI, Sofia de Souza Lima; PAMPLONA, Roberta Silveira. Entre a doutrina da situação irregular e a da proteção integral: o conceito de vulnerabilidade e a aplicação de medidas socioeducativas a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Brasileira**, Passo Fundo, v. 14, n. 3, 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1947/2017>. Acesso em: 11 maio 2022.

CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. A garantia dos direitos humanos na reconstrução do Estado de Direito: a luta contra a exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (org.). **Direitos humanos e poder judiciário no Brasil**: federalização, Lei Maria da Penha e Juizados Especiais Federais. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. Diadema: Edusp, 1997.

DAVIS, Angela Yvonne. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Angela Yvonne. **A democracia da abolição**: para além do império, das prisões e da tortura. 3. ed. São Paulo: DIFEL, 2020.

DÍAZ, Laura Mota. Instituições do Estado e produção e reprodução da desigualdade na América Latina. In: CATTANI, Antonio David; CIMADAMORE, Alberto D. **Produção de pobreza e desigualdade na América Latina**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2007.

DIAS, Alaides Cardoso; ALVES, Sirlene Maria da Silva; AMARAL, Leila Dias P. do. A contribuição do pensamento decolonial na afirmação da cidadania. **Humanidades & Inovação**, Palmas, v. 6, n. 7, p. 110-118, 2019. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1311>. Acesso em: 11 maio 2022.

DHITAL, Sukti; SATTERTHWAITE, Margaret L. Measuring access to Justice: transformation and technicality in SDG 16.3. **Global Policy**, Durham, v. 10, p. 96-109, Jan. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12597>. Acesso em: 11 maio 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, 2017.

FERREIRA, Paulo Rangel Araújo. Não-reconhecimento e cidadania: uma análise do postulado da cidadania à luz da filosofia social de Axel Honneth. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 379-391, ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/opiniaofilosofica.v8i1.744>. Acesso em: 11 maio 2022.

FINEMAN, Martha Albertson. The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition. **Yale Journal of Law and Feminism**, New Haven, v. 20, n. 1, p. 1-23, May 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1131407>. Acesso em: 11 maio 2022.

FINEMAN, Martha Albertson. Vulnerability and Inevitable Inequality. **Oslo Law Review**, Oslo, v. 4, n. 3, p. 133-149, 2017. Disponível em: <https://web.gs.emory.edu/vulnerability/includes/documents/Oslo-Review-Vulnerability-and-Inevitable-Inequality.pdf>. Acesso em: 11 maio 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 13. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2021.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: SEIDMAN, Steven; ALEXANDER, Jeffrey (org.). **From the new social theory reader**. Londres: Routledge, 2001.

GABATZ, Celso. Reflexões sobre exclusão e vulnerabilidade social no Brasil contemporâneo. **Sociedade em Debate**, Pelotas, v. 21, n. 1, p. 33-49, 2015.

IBIAS, Marcos Vinícius Guterres. Decolonialismo na América Latina: um projeto de superação das relações de exploração e pobreza? In: BIACCI, Eduardo; SQUEFF, Tatiana; BRANDÃO, Clarissa. **Direitos Humanos, Feminismo e Decolonização na América Latina**. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2017.

KIRBY, Peadar. **Vulnerability and violence**: the impact of globalization. Londres: Pluto Press, 2006.

KIRBY, Peadar; KEAY, Scott. Defining vulnerability: from the conceptual to the operational. **Policing**: a Journal of Policy and Practice, [S.l.], v. 12, n. 4, p. 428-438, Dec. 2018.

KOTTOW, Michael H. Comentários sobre a bioética, vulnerabilidade e proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (org.). **Bioética**: poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2004.

MACDOWELL, Elizabeth L. Vulnerability, access to justice, and the fragmented state. **Michigan Journal of Race & Law**, Michigan, v. 23, n.1-2, p. 51-104, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.36643/mjrl.23.1.vulnerability>. Acesso em: 11 maio 2022.

MAIA, Maurilio Casas. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias: uma resenha sobre o § 1º do art. 554 do NCPC e o *custos vulnerabilis*. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1 Edições, 2011.

MICHLIK, Lilibeth Acosta. **Intervulnerability assessment**: shifting foci from generic indices to adaptive agents in assessing vulnerability to global environmental change. Manila: Start, 2005.

MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-69092008000100002>. Acesso em: 11 maio 2022.

NAUDÉ, Wim; PAULINO, Amelia Santos. Measuring vulnerability: an overview and introduction. **Oxford Development Studies**, London, v. 37, n. 3, p. 183-191, Sep. 2009.

PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. **Redes sociais de adolescentes em contexto de vulnerabilidade social e sua relação com os riscos de envolvimento com o tráfico de drogas**. 2009. 321f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

QUINTERO, Pablo; FIGUEIRA, Patrícia; ELIZALDE, Paz Concha. **Uma breve história dos estudos decoloniais**. São Paulo: MASP; Afterall, 2019.

SÁNCHEZ, Alba Idaly Muñoz; BERTOLOZZI, Maria Rita. Pode o conceito de vulnerabilidade apoiar a construção do conhecimento em saúde coletiva? **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, abr. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232007000200007>. Acesso em: 11 maio 2022.

SANTANA, Gustavo. **Direito do consumidor**. Porto Alegre: Sagah Educação, 2018.

SANTOS, Vivian Matias dos. Notas desobedientes: decolonialidade e a contribuição para a crítica feminista à ciência. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 30, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2018v30200112>. Acesso em: 11 maio 2022.

SCHMIDTLEIN, Mathew C. *et al.* A sensitivity analysis of the social vulnerability index. **Risk Analysis**, [S.l.], v. 28, n. 4, 2008.

SILVA, Rosmerlin Estupiñan. La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología. **Cahiers Européens**, [S.l.], 2014.

TATE, Eric. Uncertainty analysis for a social vulnerability index. **Annals of the Association of American Geographers**, Washington, v. 103, n. 3, p. 526-543, May 2013.

WATTS, Michael J; BOHLE, Hans G. The space of vulnerability: the causal structure of hunger and famine. **Progress in Human Geography**, Manchester, v. 17, n. 1, p. 43-67, 1993.

WISNER, Ben. Marginality and vulnerability: why the homeless of Tokyo don't 'count' in disaster preparations. **Applied Geography**, Sevenoaks, v. 18, n. 1, p. 25-33, Jan. 1998.

# **“O BÊBADO E A EQUILIBRISTA”: A DEFESA ESTRATÉGICA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

## **“THE DRUNK AND THE TIGHTROPE WALKER”: STRATEGIC DEFENSE IN THE JURY**

**Francisco Alves da Cunha Horta Filho**

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

Especialista em Direito Constitucional

Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis

**Resumo:** O artigo se propõe a enfrentar a forma com que a defesa deve ser exercida no plenário do tribunal do júri de acordo com olhar estratégico que considera, dentre outros fatores, o perfil das pessoas que, no estado do Rio de Janeiro, prestam o serviço como juradas. O enfrentamento do tema se justifica pelo fato de que, tradicionalmente, o elemento cênico das sessões de julgamento pelo tribunal do júri incute em alguns profissionais do direito a ideia de que, para atuar em tais processos, é suficiente o uso de recursos que extrapolam uma racionalidade da análise dos fatos a partir das provas. Uma pesquisa publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entrevistou as pessoas que, àquele tempo, eram juradas, fornece um perfil sociocultural que coloca em dúvida esta opinião. Apoiado na bibliografia sobre o tema, serão estabelecidos os parâmetros que se reputam mais adequados para otimizar a chance de uma decisão favorável ao intuito da defesa.

**Palavras-chave:** Júri. Defesa. Estratégia. Racionalismo.

**Abstract:** The article proposes to face the way in which the defense must be exercised in the jury court according to a strategic look that considers, among other factors, the profile of the people who, in the State of Rio de Janeiro, provide the service as jurors. The issue is justified by the fact that, traditionally, the scenic element of the trial sessions by the jury instills in some legal professionals the idea that to act in such processes it is sufficient to use resources that go beyond a rational analysis of the facts from the evidence. A survey published by the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, which interviewed people who at that time were jurors, provides a social profile that casts doubt on this opinion. Based on the bibliography on the subject, the parameters considered most adequate to optimize the chance of a decision favorable to the purpose of the defense will be established.

**Keywords:** Jury. Defense. Strategy. Rationalism.

### **1. A DEFESA NO JÚRI SE LIMITA A UM JOGO DE CENA?**

O julgamento em plenário pelo Tribunal do Júri, dentre os atos judiciais, é aquele que guarda, até os dias de hoje, a atmosfera de maior formalismo e significados:



desde as vestes talares utilizadas pela defesa e pela acusação durante o transcurso da sessão, passando pela exortação formal dirigida a cada um dos jurados escolhidos para a composição do conselho de sentença e culminando com a decisão colhida a partir de uma, ou mais, série de quesitos a serem respondidos, seguindo a regra do sigilo e da incomunicabilidade. Registre-se, ainda, o exercício de uma oratória especialíssima que, para muitos, significa o traço distintivo entre os advogados para que possa ser concebido um tribuno.

Não apenas o público que se depara com uma sessão plenária de julgamento, mas, até mesmo alguns operadores do direito, ao se referirem ao Tribunal do Júri o fazem, na maior parte das vezes de forma pejorativa, alcunhando-o como uma encenação teatral. Essa concepção, com todo o respeito a quem a defende, parece equivocada e, em última análise, dirigida a reduzir a relevância de um ato que representa, em uma ordem jurídica que se funda como um Estado Democrático, tal qual estabelece o Artigo 1º, caput, da Constituição Federal da República, a atuação direta da soberania popular no exercício da função jurisdicional do Estado.

Também não é raro, especialmente nos dias de hoje, em que as câmeras estão acopladas a praticamente todos os aparelhos de telefonia celular, que algum vídeo chegue ao nosso conhecimento, retratando uma peripécia utilizada pelo defensor ou pelo acusador para tentar “impressionar” os jurados, desde saltos mortais em plenário até a grotesca simulação de estrangulamento de uma acadêmica que auxiliava o trabalho do advogado de defesa, tudo passa a ser utilizado sob o álibi de se estar em um julgamento por pessoas leigas.

Qual é a probabilidade de que isto gere algum efeito benéfico para a pessoa que está sentada no banco dos réus? A partir de um método de pesquisa empírico e de revisão bibliográfica, o artigo pretende responder a esse questionamento.

Em um primeiro momento, o artigo abordará a defesa no processo-crime como uma atividade estratégica, em que o defensor deve, para atuar de forma profissional, considerar, principalmente, como os demais envolvidos no processo-crime devem comportar-se segundo um prognóstico inicial, essencial para que se estabeleça a linha que deverá ser adotada para o melhor êxito em prol do direito à liberdade. Passo seguinte, a partir de uma pesquisa disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, será possível estabelecer um perfil médio das pessoas que atuam como juradas e, principalmente, como elas pensam a administração da justiça. Por fim, o artigo enfrentará a necessidade de que a atividade defensiva no Tribunal do Júri não esteja pautada em jogos de cena, mas, principalmente, pela racionalidade que se espera ser o elemento central para a prestação jurisdicional.

## **2. A DEFESA COMO UM ATUAR ESTRATÉGICO**

É muito comum que livros e julgados se refiram ao exercício do direito de defesa no processo penal por meio de adjetivos tais como: amplo, pleno, efetivo, material, eficiente, entre outros. O que se busca com isso é dizer que não basta que ao acusado seja garantido o direito de ter um defensor técnico consigo durante os atos do processo e franquear que ele exerça a sua autodefesa a partir do interrogatório, mas, que ela se dê, em todos os seus vieses, de forma apta a influenciar o convencimento do juiz

competente para, com isso, obter uma decisão favorável ao direito de liberdade do acusado no processo-crime.

Evidentemente, quando se pensa em uma defesa, em especial aquela exercida pelo profissional escolhido pela pessoa acusada para representá-la tecnicamente, o que se espera é o emprego do conhecimento do Direito, apreendido ao longo da formação jurídica, em prol da pessoa acusada. Tudo deve ser empregado para que a pessoa interessada não desperdice nenhuma chance de obter uma decisão judicial favorável, por meio de uma absolvição ou, em outros casos, pela simples melhoria na resposta penal suportada na ulterior execução. É como destaca Aury Lopes Júnior:

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. Explica Fenech que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos. A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador<sup>1</sup>.

O profissional a quem incumbe a defesa criminal deve estar consciente de que precisa investir toda a sua *expertise* para influenciar positivamente o julgador e obter um resultado justo ao seu defendido, sob pena de, assim não ocorrendo, materializar-se violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal da República. Não basta deter o conhecimento, mas, principalmente, aplicá-lo ao caso concreto, o que se dá mediante a elaboração das teses defensivas, o confronto das provas apresentadas pela acusação e a produção de novos elementos de convicção, além do manejo dos meios de impugnação endoprocessuais e extraprocessuais.

Para que uma defesa possa atuar da maneira que dela se espera no processo, é indispensável que observe um antecedente negligenciado até bem pouco tempo: a estratégia. Não adianta o esforço, a combatividade e, tampouco, as boas intenções do profissional da defesa, se a sua atuação não for pautada, desde o momento em que recebe a incumbência da defesa técnica até o instante em que a decisão transita em julgado, pelo comportamento estratégico.

A partir do momento em que o profissional incumbido da defesa traça – preferencialmente, em uma relação informada de nível horizontal com a pessoa acusada –, com parâmetros objetivos e racionais, o plano de atuação que será desenvolvido no processo, com o escopo de atingir um determinado resultado que importe a absolvição ou a melhoria no estado de liberdade do defendido, é que se poderá dizer que, atendendo ao projeto constitucional, foi assegurado o direito a uma defesa plena, ampla, material e eficiente. Caso isso não aconteça, a importância dos elementos aleatórios – que, por tal motivo, estão fora do controle do defensor – assumirá maior destaque e torna-se muito possível que o acusado, em algum momento, perca a chance de obter alguma vantagem lícita no processo.

<sup>1</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 99.

O ato de defender, como qualquer conduta humana dirigida a um determinado objetivo, depende de uma avaliação prévia e reiterada acerca das ações que deverão ser praticadas para realizar o seu escopo e, dessa forma, aumentar a possibilidade de êxito, além da redução do esforço para tanto. Com um plano traçado, os esforços são otimizados em prol do resultado. Uma analogia deixa tudo muito claro: uma defesa criminal despreocupada com o seu aspecto estratégico equivale à tentativa da pessoa que acaba levada pela correnteza do mar de gastar as suas energias tentando nadar contra a maré.

O precursor dessa abordagem estratégica da defesa no direito brasileiro é Alexandre Morais da Rosa, quando lança sobre o processo penal os elementos extraídos da teoria dos jogos. Neste ponto, o autor sugere alguns parâmetros que devem ser observados pelo *player* do processo penal, inclusive, empregando expressões que dão o tom do processo como uma autêntica disputa entre a acusação e a defesa, como, por exemplo, “pré-jogo”, utilizada por ele para designar a fase inquisitorial da persecução criminal.

Assim, a defesa criminal deve estar pautada pelos seguintes referenciais para que possa exsurgir, na decisão judicial, um cenário mais favorável ao interesse do acusado:

- 1) Estabelecer, de início, a tese defensiva que será empregada, de acordo com os elementos que constam no “pré-jogo”, referindo-se aqui aos elementos de investigação que dão embasamento à denúncia;
- 2) Identificar os personagens, em especial, o acusador e o juiz da causa, para estabelecer, na medida do possível, seus padrões de atuação e compreender aqueles que seriam, em tese, os pontos fracos a serem explorados e os pontos fortes a serem evitados;
- 3) Elaborar um modelo de representação de jogo que permita antecipar as táticas e as ações dos demais participantes do processo, de forma que também possam ser antevistas as atitudes de contra-ataque;
- 4) Reavaliar os cenários constantemente, com o objetivo de rearranjar as estratégias a serem empregadas no processo, caso surja algum cenário distinto daquele originariamente delineado.

É bom ficar muito claro que a ideia daquele autor, abraçada também por este artigo, não é a criação de um padrão de conduta defensiva velhaca, baseada em artimanhas e em práticas eticamente censuráveis, mas, lançar um olhar estratégico sobre como deverá ser desempenhada a sua função para a defesa dos interesses do acusado, para priorizar os esforços naquilo que efetivamente possa gerar algum tipo de benefício. É o que destaca Alexandre Morais da Rosa:

Por mais que exista certo preconceito na assunção do agir estratégico no processo penal, não podemos confundir agir estratégico com “manipulação” ou “jogo sujo”, como defenderemos durante toda a construção do modelo. A atuação estratégica significa planejar, organizar, executar, monitorar, avaliar, adaptar (se necessário), o conjunto de comportamentos necessários à obtenção dos objetivos (metas)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021, p. 45.

A defesa estratégica, na realidade, é aquela que não se preocupa apenas com a sua própria atuação no processo, mas, que busca compreender a postura dos demais personagens envolvidos e, a partir daí, estabelecer uma conduta capaz de gerar efeitos positivos a quem defende. A defesa, neste cenário, abandona uma visão “egoísta” centrada em sua própria atuação para revestir-se de um caráter dinâmico que considera, principalmente, as “ações e reações” daqueles com quem interage na produção do ato decisório jurisdicional.

Neste cenário, assume destaque no caráter estratégico da defesa técnica a busca pela “leitura” do personagem a quem incumbe dar a decisão naquele caso concreto, e, dessa forma, estabelecer como será elaborada a melhor tática de persuasão, afinal, ele é o destinatário de tudo o que se produz nos autos. Em outras palavras, é essencial que a defesa busque responder à seguinte indagação antes de traçar qualquer rumo de atuação: quem é e como pensa o juiz que julgará a causa?

A compreensão das subjetividades do julgador permite que o defensor estabeleça os meios que serão por ele adotados para convencer quanto à melhor justiça do seu pleito.

### **3. A NECESSIDADE DE COMPREENSÃO DA SUBJETIVIDADE DOS JURADOS**

Na perspectiva de uma defesa técnica que pretende ser efetiva no júri e, por isso, atua de forma estratégica no processo-crime, é essencial que o defensor busque compreender as vicissitudes que formam a subjetividade daqueles que são chamados a julgar os fatos criminosos que constam na preclusa decisão de pronúncia. É imprescindível conhecer os jurados e buscar compreender como eles pensam.

A oralidade é um traço característico do procedimento do Tribunal do Júri, isso porque os argumentos da acusação e da defesa são apresentados aos jurados que compõem o Conselho de Sentença durante os debates em plenário, dispondo, cada qual, para a sua apresentação inicial, até 1h30 e, eventualmente, outra 1h00 para a réplica da acusação e para a tréplica da defesa, tudo como estabelece o Artigo 477, caput, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Compreender o jurado em sua realidade é essencial para o adequado processo de comunicação, que, como se sabe, compõe-se pelos seguintes elementos: emissor, receptor, código, canal, mensagem e referente. Sem que o emissor exerça, mesmo de forma incipiente, a empatia para entender com quem dialoga, há um sério risco de não conseguir êxito na transmissão da sua mensagem. Esse ruído, no caso do Tribunal do Júri, acarreta uma gravidade sem tamanho e que pode significar, para a pessoa acusada, a imposição da pena mais rígida do Código Penal Brasileiro.

A esse respeito, adverte o doutor em comunicação, Jorge Duarte, citando Paulo Freire:

Paulo Freire (1971) chama a atenção para o fato de que comunicação necessariamente requer significados, significantes, reciprocidade, coparticipação entre sujeitos que dialogam em termos de igualdade. A comunicação implica a existência de credibilidade, respeito e interesse pelo outro. Diálogo – em essência. Cada indivíduo está presente nos processos de comunicação, é um elemento dela, “mais do que é sua origem ou ponto de chegada” (Winkin: 1998, 33). A comunicação é, desta maneira, processual, dinâmica e contínua e se viabiliza quando buscamos a sua interação em suas diferentes formas para que a informação se torne acessível e compreensível como conhecimento, aquele “conjunto de conceitos, significados,

habilidades e rotinas desenvolvidas ao longo do tempo por indivíduos ou grupos, à medida que processam informações” (Salomon; Engel: 1997)<sup>3</sup>.

Se o defensor técnico se pretende fazer entender cumpre decifrar quem é o destinatário da sua exposição, afinal, o júri, como regra, não domina o diálogo jurídico com sua inquestionável especialidade dentre as demais ciências, ainda mais quando se considera a sua dialética tão peculiar. Entregar um discurso jurídico sem tentar compreender o seu destinatário remonta, sem qualquer exagero, a passagem da obra de Miguel de Cervantes, quando Dom Quixote se dirige aos moinhos: “Não fujam, criaturas vis e covardes, que um cavaleiro sozinho é quem os ataca”<sup>4</sup>.

Para auxiliar nesta tarefa estratégica há um importante documento disponibilizado pelo Departamento de Gestão da Memória do Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “O que pensa... Tribunal do Júri”. Trata-se de uma pesquisa empírica realizada, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, a partir de um questionário composto por 54 perguntas, que foram respondidas por 356 jurados na Capital, Baixada Fluminense e nas Regiões Metropolitana, Serrana, dos Lagos, Norte e Sul do estado, tendo por escopo mapear o perfil socioeconômico de cada um deles, bem como, suas principais impressões sobre o Júri Popular.

Vale destacar, todavia, que o resultado da pesquisa foi apresentado em julho de 2009, mas, à míngua de um novo estudo neste sentido – o que seria extremamente oportuno, diga-se – é importante a sua utilização.

A pesquisa faz um mapeamento socioeconômico que permite responder, com certa precisão, duas indagações essenciais para a defesa estratégica, quais sejam, quem são e como pensam os jurados?

Para entender quem são os jurados, a pesquisa analisa os seguintes vetores: 1) a faixa etária; 2) o tempo de participação no corpo de jurados; 3) a profissão; 4) a renda média mensal; 5) o nível de escolaridade; 6) como foi submetido à lista do corpo de jurados; 7) se pretende permanecer como jurado; 8) a relevância do conhecimento jurídico para o exercício da função de jurado.

A análise dos dados levantados pela pesquisa pode ficar condensada no seguinte quadro:

CRITÉRIO AVALIADO	DADO APURADO	PERCENTUAL
Faixa etária	40 anos de idade ou mais	63%
Tempo de participação	3 anos ou mais	45,2%
Atividade profissional	Funcionário Público ou da rede de educação	48%
Renda média	3 a 11 salários mínimos	55%
Escolaridade	Ensino Superior ou pós-graduação	51,1%
Como chegou ao júri	Indicação do empregador ou do próprio juiz	49,5%
Pretende permanecer	Sim	46,2%
Relevância do saber jurídico	Sim	61,3%

<sup>3</sup> DUARTE, Jorge. Instrumento de comunicação pública. In: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação pública**: Estado, mercado, sociedade e interesse público. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59-71.

<sup>4</sup> CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução: Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 2002, p. 68.

O jurado do estado do Rio de Janeiro é, em média, uma pessoa na faixa dos 40 anos de idade ou mais, e, após se dedicar à função por três anos ou mais, pretende permanecer no corpo de jurados.

No que diz respeito ao acesso à educação formal, tem-se que, em sua maioria, os jurados do estado do Rio de Janeiro possuem, ao menos, o nível superior de ensino. É interessante notar que na população do estado, em geral, este percentual é bem mais reduzido, e abrange apenas 10,91%, conforme o último Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>5</sup>.

Em sua maioria, foram levados ao corpo de jurados por indicação do empregador ou por conta de uma relação de proximidade com um juiz, são funcionários públicos. Um dado importante que se extrai da pesquisa é que dentre as profissões declaradas pelos entrevistados aquelas de natureza jurídica representam minoria, inclusive se cotejados os dados com aqueles que se dedicam ao trabalho na área da saúde.

Outro dado relevante é que o jurado fluminense possui uma renda média superior à da população brasileira, isso porque, se considerados os indicadores<sup>6</sup> daquela época, o rendimento médio das pessoas em nosso país era de 1,35 salários-mínimos.

Assim, em linhas gerais, o jurado é uma pessoa de pelo menos 40 anos de idade, com uma renda superior à média da população do Estado, que teve acesso, pelo menos, ao nível superior de ensino formal e chegou ao júri a partir de uma indicação do empregador ou por conta de um prévio contato com o sistema de justiça. Além disso, apesar de reputar relevante o conhecimento jurídico, são funcionários públicos, em sua maioria, sem tal formação, e se dedicaram ao tribunal popular por 3 anos ou mais.

E como pensam os jurados, segundo aponta a pesquisa? Neste sentido, a pesquisa buscou responder às seguintes indagações: 1) se o jurado acredita conhecer o processo que trata do fato por ele julgado; 2) se o jurado se sente apto a decidir o caso; 3) se o jurado pede a leitura ou a exibição de alguma peça processual a que as partes tenham feito referência durante as suas falas; 4) se o jurado faz alguma indagação à testemunha; 5) se o jurado pede algum esclarecimento ao final dos debates e antes da reunião na Sala Secreta.

Mais uma vez, para facilitar o manuseio das informações, vale elaborar o seguinte quadro esquemático:

CRITÉRIO AVALIADO	DADO APURADO	PERCENTUAL
Conhecimento do processo	Não	52,8%
Aptidão para julgar	Sim	61,3%
Pede a leitura de peças	Não	76,7%
Pergunta à testemunha	Não	76,7%
Pede esclarecimento	Não	72,2%
Pede a exibição de peça	Não	70,2%

<sup>5</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Atlas do Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=264529>. Acesso em: 14 jul. 2021.

<sup>6</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **A nova classe média**. [Rio de Janeiro.], [2010?]. Disponível em: [https://www.cps.fgv.br/ibrecps/ncm2010/NCM\\_Apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_fim.pdf](https://www.cps.fgv.br/ibrecps/ncm2010/NCM_Apresenta%C3%A7%C3%A3o_fim.pdf). Acesso em: 14 jul. 2021.



O que se tem, com base nisso, é um jurado que se autodeclara como um agente que desconhece o processo e, mesmo sendo facultado a ele, para melhor adequar a justiça do caso concreto, não pede a leitura ou a exibição de qualquer peça, esclarecimento ou indaga às testemunhas que são ouvidas na instrução realizada em plenário, contudo, de forma absolutamente paradoxal, entende que está apto a julgar.

Essa realidade que retrata “como pensa o jurado” pode nos levar a duas conclusões: a primeira delas é que o jurado, ao se investir da sua condição no conselho de sentença, carrega em si uma postura de ceticismo em relação aos atos processuais que o faz acreditar que pode aplicar a justiça no caso a partir de sentimentos que remontam a sua própria intimidade, em geral, absolutamente divorciados do aspecto jurídico que circunda o caso, mesmo sem conhecer suficientemente o que consta dos autos. A decisão, nesta toada, se consubstancia em um autêntico ato de intuição, o que, em matéria de liberdade é algo que não se pode conceber como adequado. A segunda, que o jurado confia o suficiente nas partes em disputa e, por conta disso, presume que todas as falas estão retratadas, de maneira fiel, pela prova levada aos autos na etapa instrutória, motivo pelo qual, mesmo sem conhecer o processo em suas minúcias, torna-se desnecessário pedir quaisquer esclarecimentos ou, até mesmo, a exibição das peças e provas mencionadas, haja vista que tudo o que seria relevante teria recebido o destaque da acusação e da defesa.

Seja qual for a opção eleita, ceticismo ou credibilidade, às partes em plenário, especialmente à defesa técnica, incumbe atuar com o máximo zelo e racionalidade para conduzir aos jurados as teses, respaldadas nos autos, a serem apreciadas no momento da quesitação.

Os jurados, em que pese não tenham, em sua maioria, o conhecimento técnico do Direito, possuem um padrão sociocultural que obriga o defensor estratégico a atuar com base no convencimento racional e não a partir de jogos de efeito que não conduzem qualquer esclarecimento quanto à tese apresentada em benefício do defendido. Não parece crível que pessoas com certa experiência de vida – tratamos de pessoas com, ao menos, 40 anos de idade completos, em sua maioria – e com acesso à educação superior ou pós-graduação, estejam suscetíveis a decidir por uma condenação ou absolvição a partir de jogos de cena que não lançam qualquer esclarecimento acerca da dinâmica dos fatos.

O atual cenário de trânsito ilimitado de informações e acesso às ferramentas de pesquisa facilita que a pessoa, movida pela curiosidade, possa descobrir, ainda que superficialmente, em que consistem os institutos da ciência jurídica, além de contribuir para essa necessidade de que os atores em jogo no plenário atuem pautados pela racionalidade, a fim de convencer jurados que possuem maturidade intelectual.

#### **4. A DEFESA PLENA, EFETIVA E ESTRATÉGICA NO JÚRI A PARTIR DE UMA ATUAÇÃO PAUTADA NA RACIONALIDADE: DO BÊBADO À EQUILIBRISTA**

Quando o legislador constituinte estabeleceu a conformação do tribunal do júri, o que se dá no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal da República, teve o cuidado de iniciar o tratamento pela consagração do direito à plenitude de

defesa. Se, no processo-crime em geral, a pessoa acusada tem o direito de exercer a ampla defesa, nos crimes dolosos contra a vida, a garantia constitucional assume uma profundidade ainda maior para atingir a plenitude.

Se, por um lado, não se pode estabelecer uma hierarquia entre as normas constitucionais, em razão do princípio da unidade da Constituição, por outro, não se pode negar que há uma relevante carga axiológica, quando o tratamento do tribunal do júri se inicia a partir da afirmação de que, no seu bojo, é assegurado ao acusado o exercício de uma defesa plena.

Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Daniel Ribeiro Surdi de Avelar dão a exata dimensão do conteúdo da atividade defensiva no tribunal do júri:

A defesa plena deve ser completa, perfeita, absoluta, ou seja, deve ser oportunizada ao acusado a utilização de todas as formas legais de defesa possíveis, podendo causar, inclusive, um desequilíbrio em relação à acusação. (...) A defesa técnica não pode ser meramente protocolar, devendo o advogado agir de acordo com a melhor técnica jurídica, explorando adequadamente todos os aspectos defensivos. A atuação meramente "pró-forma" se reveste de tal gravidade que o Juiz Presidente poderá, inclusive, considerar o acusado indefeso, dissolver o Conselho de Sentença e nomear novo defensor (art. 497, V, CPP)<sup>7</sup>.

A consagração da plenitude de defesa faz recair sobre o profissional do direito que exerce a defesa no plenário do tribunal do júri uma obrigação que suplanta a do defensor do processo-crime ordinário. A plenitude representa a possibilidade de que todas as teses, inclusive aquelas de cunho metajurídico e que não teriam espaço para alegação perante um juiz de direito, sejam levadas à apreciação do conselho de sentença. Cabe ao defensor, se compreender como interessante para a defesa da liberdade do seu representado, articular, durante a sua exposição, teses absolutórias ligadas a valores sociais ou de cunho ético, o que, em um tribunal composto por magistrados profissionais, seria descabido, quiçá irresponsável.

O tribunal do júri, nunca é demais lembrar, decide a partir de critérios de justiça que, como se sabe, é conceito que não se confunde com o direito. A esse respeito, a exortação aos jurados, prevista no artigo 472 do Código de Processo Penal Brasileiro, é muito clara quando reza que "em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça".

A defesa técnica em plenário, pode-se dizer, começa a ser exercida a partir da escolha dos jurados, perpassa pela correta inquirição das testemunhas, selecionadas por ocasião da manifestação prevista no artigo 422 do Código de Processo Penal Brasileiro, atinge o seu ápice na sustentação oral e resta concluída com a votação a cada um dos quesitos apresentados ao Conselho de Sentença. Destaque-se: essa é a descrição da atividade defensiva em plenário, na medida em que, para ser plena, efetiva e estratégica, deverá ser elaborada desde o mais germinal instante do processo-crime.

<sup>7</sup> SILVA, Rodrigo Faucz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 138-139.

Dito isto, podemos retomar as premissas que já foram objeto de preocupação deste artigo nos tópicos anteriores:

- A primeira delas se relaciona com a forma como a defesa deve atuar em um processo do tribunal do júri e representa a necessidade de que ela seja plena e efetiva, o que se dá, apenas, se o seu aspecto estratégico for devidamente levado em consideração pelo profissional que a exerce em favor da pessoa acusada;
- A segunda delas se relaciona com o perfil social e econômico das pessoas que, em sua maioria, são chamadas a integrar o corpo de jurados dos órgãos judiciários fluminenses, tal qual delineado pela pesquisa disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Com os dados que foram até aqui reunidos é possível buscar uma resposta para a pergunta que justificou a elaboração deste estudo: a defesa técnica exercida em plenário como um jogo de cena satisfaz o comando constitucional da plenitude de defesa, notadamente quando consideramos o perfil daqueles que são chamados a decidir?

Ao apresentar o resultado da pesquisa do Tribunal de Justiça Fluminense, o artigo já se antecipou, ao estabelecer que soa pouco provável que o jurado seja levado a decidir no sentido de uma absolvição ou de uma condenação, apenas, por conta de jogos cênicos performados pelas partes durante a apresentação de suas sustentações orais. Os jurados, em sua maioria, são funcionários públicos com nível superior de escolaridade – ou de pós-graduação –, não se tratando de incautos, mas de um grupo de pessoas integrantes de uma parte pequena e privilegiada da nossa população, a qual ascendeu aos bancos de uma universidade e logrou a aprovação em um concurso público de provas para exercer a sua atividade laborativa. Além disso, são pessoas com presumida experiência de vida, isso porque, em sua imensa maioria, já contam, ao menos, 40 anos de idade completos ou mais.

Não é crível que uma pessoa com acesso à educação formal e com experiência de vida esteja suscetível à sedução por jogos de cena para solucionar um caso de justiça que envolve, quase sempre, a perda de uma vida.

Como dito, compõe a ideia de uma defesa efetiva a elaboração de uma estratégia inicial para a sustentação da tese favorável à pessoa acusada, em especial, tendo por base a conduta esperada de cada agente do processo. E o que se pode esperar do jurado com a descrição oferecida pela pesquisa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro? Certamente, uma atuação racional e que torna pouco exitosa a utilização isolada de práticas teatrais para buscar a absolvição ou a melhora da condição do acusado.

A defesa estratégica no tribunal do júri exige do profissional um cuidado especial com a forma como os seus argumentos serão conduzidos ao conhecimento dos jurados que compõem o conselho de sentença. De nada adianta desfilar conhecimento jurídico a partir da utilização de empoladas teorias jurídicas e de expressões técnicas dominadas apenas por aqueles que possuem uma sólida formação jurídica se os jurados, em sua grande maioria, não possuem o domínio de uma área do saber tão específica como o Direito.

Uma das partes mais importantes da estratégia no tribunal do júri é ajustar o diálogo que será utilizado em plenário para a defesa da pessoa acusada às possibilidades de compreensão por parte dos jurados. É necessário que o defensor consiga, de forma didática, expor aos jurados todas as teses favoráveis à pessoa por ele defendida, sem o emprego do jargão tão característico dos profissionais do Direito, sob pena de, assim não fazendo, acabar incompreendido. Trata-se de um esforço professoral em muitos casos, notadamente naqueles que envolvem determinados institutos de apreensão mais árida.

Assim pontua Alexandre Moraes da Rosa:

Joga-se com argumentos no Plenário do Júri. A estratégia deve inserir o fator humano no contexto de cada interação processual, especialmente o conteúdo variado do Esquema Decisório dos jurados. E as variáveis são múltiplas. Além disso, quando se trata de Tribunal do Júri, a questão é ainda mais complicada, justamente porque a pretensão de validade é (ou não) confirmada pelos jurados, em geral não formados em Direito<sup>8</sup>.

A defesa plena e estratégica exige que o defensor se ajuste ao destinatário do seu discurso, levando em consideração, no uso da palavra, que as naturais limitações daquele que não possui formação jurídica e, portanto, depende de um cuidadoso trabalho didático de decodificação do linguajar técnico para fazer com que ele esteja apto a compreender as teorias, por mais complexas que sejam, em 1h30.

O outro ponto estratégico que jamais pode ser esquecido pelos profissionais que atuam no tribunal do júri é aquele ligado à instrução probatória realizada em plenário e, principalmente, à colheita do depoimento das testemunhas na presença dos juízes constitucionais da causa.

Recapitulando os dados coletados na pesquisa que serve de base para o artigo, na formação do seu convencimento, o jurado assume uma postura pitoresca e que, de alguma maneira, acaba por alimentar os críticos ao instituto. Se os jurados entrevistados, em sua maioria, dizem não conhecer o processo de maneira suficiente, atuam em plenário de forma absolutamente passiva, ou seja, sem pedir a leitura de peças, elaborar perguntas às testemunhas ou pedir qualquer esclarecimento ao acusador e ao defensor. Mesmo assim, de forma estareçada, 61,3% dos entrevistados responderam sentirem-se aptos ao julgamento. Parece uma postura contraditória, para não se dizer autoritária.

Estes dados são simbólicos: os jurados admitem não conhecer o processo, nada fazem para aprofundar as informações levadas pelas partes em duelo no plenário e, mesmo assim, afirmam a aptidão para proferir o voto que poderá resultar na condenação de uma pessoa ao cumprimento de uma das mais ríspidas penas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Isso faz com que a instrução realizada em plenário assuma, para o veredicto, uma importância sublime e, em assim sendo, a estratégia defensiva deve estar apoiada em um tripé, a seguir explicitado de forma atomizada.

<sup>8</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021, p. 686.

O primeiro ponto a ser destacado neste tocante é a necessidade de que a instrução em plenário seja efetiva, isto é, que aquelas provas capazes de incutir no espírito do jurado o sentimento de que a tese em que a defesa enveredou em prol da pessoa acusada seja a que merece ser acolhida devem ser produzidas de forma direta aos olhos do conselho de sentença.

Logo após a preclusão da decisão que determina a pronúncia do acusado, estabelece o artigo 422 do Código de Processo Penal que a acusação e a defesa deverão se manifestar quanto àquelas provas que serão utilizadas em plenário para a comprovação dos seus argumentos. Faculta-se às partes, neste momento, arrolar até 5 testemunhas e requerer as diligências que entender necessárias à estratégia traçada para a defesa do seu ponto de vista processual.

O contato direto do juiz que irá julgar a causa com as provas produzidas pelas partes acabou consagrado no processo criminal com a reforma de 2008, implementada pela Lei n. 11.719/2008, incluindo no artigo 399, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro, o princípio da identidade física. O princípio estabelece que o juiz que colhe a prova em audiência deverá ser o mesmo que decidirá o caso.

Pierre Weil e Roland Tompakow tem uma obra específica em que, a partir da análise da expressão corporal do indivíduo, afirmam que “pela linguagem do corpo, você diz muitas coisas aos outros. E eles têm muitas coisas a dizer para você. Também nosso corpo é antes de tudo um centro de informações para nós mesmos”<sup>9</sup>. A postura do interlocutor é capaz de falar tanto quanto as palavras do seu discurso e, por conta disso, valorizando a possibilidade de que o juiz capte, durante o depoimento, esses traços comportamentais que podem indicar uma maior ou menor credibilidade no relato, institui-se a regra da identidade física. Some-se a isso o fato de que em um ordenamento jurídico – anacrônico –, que permite que o juiz imparcial faça perguntas a testemunhas e informantes, será apenas com a presença da pessoa que eventuais questionamentos poderão ser esclarecidos.

É inegável a força que assume o depoimento de uma testemunha para a formação da convicção de cada um dos jurados, mesmo diante da problemática confiança depositada na memória humana. A esse respeito se manifesta Maria Luiza Gorga:

Pode-se dizer que a prova testemunhal é “perigosa”, já que se tem a propensão de se acreditar fielmente no depoimento da testemunha, apesar de ser fato que mesmo as “testemunhas honestas cometem erros”. Sobre esta crença da fidedignidade, empiricamente, há estudo que demonstra que, para 90,3% dos atores jurídicos entrevistados, a prova testemunhal possui maior valor do que as demais, sendo considerada fundamental para 94,4% dos entrevistados<sup>10</sup>.

Com todas as suas vicissitudes, a prova testemunhal ainda detém, na lógica probatória do processo criminal, um peso muito grande e, justamente por isso, deve-se privilegiar a instrução em plenário pela colheita da prova testemunhal ou da oitiva de peritos que possam, de qualquer forma, contribuir para o esclarecimento dos fatos.

<sup>9</sup> WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O corpo fala**. 73. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 7.

<sup>10</sup> GORGA, Maria Luiza. **A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 67-68.

Neste ponto, é importante dizer, em tom crítico, que a colheita de depoimentos em plenário do tribunal do júri, dia após dia, torna-se algo excepcional. A virtualização processual e o emprego da gravação em vídeo dos depoimentos colhidos no momento em que se avalia o cabimento da acusação fazem com que, na enorme maioria das vezes, as partes abram mão da participação efetiva da testemunha em plenário, utilizando-se, tão somente, da exibição do vídeo da declaração pretérita. Essa realidade não escapou à perspicaz visão de Aury Lopes Júnior, que afirma a instrução em plenário como um importante instrumento de plenitude de defesa: “Assim deveria funcionar o júri: prova produzida na frente dos jurados. Infelizmente a instrução em plenário é uma exceção. A regra é a patologia: prova produzida na primeira fase, diante do juiz presidente, e mera leitura de peças em plenário”<sup>11</sup>.

A leitura de peças, notadamente dos depoimentos que foram reduzidos a termo durante o *juditium acusationis*, por mais virtuoso que seja o orador, não possui a mesma contundência daquilo que é fruto das palavras da própria pessoa que presenciou um fato relevante para o deslinde do processo-crime. Subtrai-se dos jurados, muitas vezes, a possibilidade de captar, a partir da sua experiência pessoal, informações subliminares dadas pela própria testemunha, por exemplo, pela opção de não se realizar a colheita da prova no plenário do tribunal do júri.

A realização da instrução em plenário é um importante instrumento para a plenitude da defesa, em especial quando a testemunha é vacilante. Segundo a pesquisa, as pessoas que são chamadas a compor o corpo de jurados, em média, atuam na função por 3 anos ou mais, o que lhes confere experiência suficiente para extrair informações não mencionadas, mas reveladas pela postura da testemunha ou do informante, cabendo ao defensor, durante a sua fala, o trabalho de ressaltar os pontos que sejam favoráveis a credenciar ou descredenciar o depoimento.

Fixada a ideia de que a realização da instrução em plenário é essencial para a plenitude de defesa constitucionalmente prevista, um segundo ponto a ser ressaltado é a necessidade de uma adequada colheita da prova. Sem a compreensão de uma estratégia para a colheita da prova em plenário, o que se idealizou como uma garantia da pessoa acusada pode acabar por se converter em um instrumento de prejuízo para os seus interesses.

Em relação a isso há vasta produção acadêmica que destaca a necessidade de a defesa atuar com muita sensibilidade para não assumir – mesmo que de forma inconsciente – o risco de perder uma chance para obter uma decisão favorável àquele que por ela é representado. O uso adequado da fórmula da *cross-examination* e o controle emocional, quando surge uma testemunha hostil, são elementos essenciais para o êxito no plenário.

A regra de inquirição direta da testemunha pela parte pressupõe, antes de mais nada, o cuidadoso mapeamento acerca daquilo que poderá ser relatado durante as perguntas da acusação e da defesa, além da avaliação preliminar quanto ao seu aspecto hostil, para, se for o caso, sequer fazer indagações. Com este mapeamento prévio e atento, bem como, com o manejo adequado do *cross-examination*, os riscos inerentes às incertezas do que será dito pela testemunha podem ser mitigados.

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 828.



O já citado Alexandre Morais da Rosa leciona que:

Nos processos em que a prova testemunhal for decisiva, a preparação para o ato deve ser detalhada, estimando-se os cenários possíveis, os riscos associados e os planos de ação factíveis. (...) Assumimos que a noção de contexto é construída. O relato apresentado pela fonte humana tende a receber adjetivos para além do objeto (a coisa) e do verbo. O esforço tático será o de: a) solicitar e/ou limitar o conteúdo do relato aos aspectos objetivos (coisa e verbo: sinais), dispensando-se os adjetivos (ruidos); b) situar (mais ou menos) a data ou a cronologia em que a fonte extraiu conclusões novas em face do evento (as sucessivas inferências); e, c) isolar o que é “percepção do evento” do que é “ajuste de percepção do evento”.<sup>12</sup>

Os jurados, como já ressaltado, são pessoas de meia-idade, possuem nível de educação formal em patamar superior ao da média da população e já desempenham a sua função por 3 anos ou mais, o que faz com que seja difícil, quiçá impossível, superar um prejuízo nascido pelo depoimento de uma testemunha, que não tenha sido avaliado pelo defensor técnico.

Não há jogo de cena capaz de apagar o depoimento de uma testemunha que reforce a tese acusatória e não seja, imediatamente, retorquido com uma contraprova apresentada pela defesa.

Decerto que é uma tarefa impossível precisar, com exatidão, qual será o resultado obtido a partir da escolha, pela oitiva, de uma determinada testemunha, todavia, com a preparação prévia por parte da defesa, é possível calcular os riscos dessa escolha e, se for o caso, adotar outra tática probatória.

Por derradeiro, e ainda levando-se em consideração o perfil médio dos jurados, a defesa será plena e estratégica no plenário, na medida em que apresentar ao conselho de sentença os elementos de prova adequados à demonstração da procedência da sua tese, a partir de uma metodologia baseada na racionalidade. O jurado, dado o seu perfil sociocultural, não é uma pessoa que possa ser levada a decidir sem a apresentação de algum elemento de convicção.

Não raro, por conta do sistema da íntima convicção e do sigilo das votações, críticas são dirigidas ao instituto do tribunal do júri, sob a justificativa da impossibilidade de um controle da racionalidade dos jurados na avaliação da prova. É o caso, por exemplo, do já citado Aury Lopes Júnior. Para os críticos, a defesa não teria meios suficientes para impugnar uma sentença condenatória por parte dos jurados, isso porque é impossível estabelecer quais elementos de convicção foram considerados para a sua conclusão. Os Tribunais, por sua vez, acabam por restringir o alcance do recurso de apelação, fundamentado no artigo 593, inciso III, alínea a, do Código de Processo Penal Brasileiro, dizendo que, por conta da soberania dos veredictos, se existir uma evidência, por mais superficial e isolada que seja no acervo probatório, não se justifica a realização de um novo plenário de julgamento, não se tratando de decisão manifestamente contrária às provas dos autos.

Cabe aqui uma indagação: pode-se exigir do jurado uma decisão pautada pela racionalidade e pelos elementos de prova, se a mesma postura não é adotada pela defesa? Naturalmente, a avaliação dos elementos de convicção que se espera dos jurados deve ser dispensada igualmente pela defesa.

<sup>12</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021, p. 483.

Indicando um importante caminho a ser trilhado pela defesa no plenário do Tribunal do Júri, Marcella Mascarenhas Nardelli, em obra específica sobre o tema assim se manifesta:

A valoração da prova é tarefa complexa, especialmente em um contexto onde são fornecidas informações contraditórias em defesa de teses e pretensões conflitantes. Faz-se relevante, deste modo, a busca por técnicas e mecanismos capazes de oferecer melhores condições para seu desempenho segundo os critérios adequados de racionalidade. Conforme discutido no capítulo próprio, a concepção racionalista da prova se coaduna, em maior medida, com um método atomista de valoração, segundo o qual cada elemento de prova deve ser avaliado individualmente a partir do efeito que exerce sobre os fatos contidos nas hipóteses sustentadas, no sentido de torná-los mais ou menos prováveis.<sup>13</sup>

A defesa somente será plena e efetiva no Tribunal do Júri a partir da utilização, pelo defensor técnico, em especial, dos elementos de convicção que foram produzidos no curso no processo-crime para reforçar a sua argumentação. Acreditar ou desacreditar uma prova testemunhal, colocar em xeque uma prova técnica, demanda uma justificação racional, o que decorre da demonstração por argumentos lógicos da conclusão a que chegou a defesa.

A descrição média dos jurados do estado do Rio de Janeiro fornecida pela pesquisa do Tribunal de Justiça reforça a ideia de que o caminho a ser trilhado pela defesa para exercer o seu papel, de forma otimizada, é partir de uma exposição adequada dos elementos de prova reunidos no curso da ação penal para apoiar o voto dos jurados.

A apreciação do conteúdo das provas – o fato que ela comprova em si – não é tarefa que transborda o que se pode exigir da pessoa comum, mesmo daquelas sem qualquer conhecimento jurídico, isso porque, para tanto, basta a capacidade de assimilar a realidade e de sentir acerca da confiabilidade das palavras daquela pessoa chamada a falar.

Naturalmente, o discurso tem peso no tribunal do júri e a oratória do defensor jamais pode ser desprezada, contudo, o perfil dos jurados conduz à descrença de que o uso de recursos teatrais seja a peça decisiva para a obtenção de um resultado favorável à pessoa acusada do crime doloso contra a vida.

Na realidade, a defesa plena no tribunal do júri exige a conjunção, em medidas ideais, de todos estes fatores: a oratória, o eventual uso de “recursos cênicos” e, principalmente, a apresentação dos elementos de convicção de maneira racional, tal qual se espera da decisão. Como se disse, em tempos pretéritos, talvez fosse possível creditar aos recursos cênicos a obtenção de uma decisão dos jurados, todavia, na atual quadra, em que há um livre trânsito de informações técnicas, não se pode subestimar a força que as provas detêm para o veredicto do conselho de sentença.

## 5. CONCLUSÕES

Dentre os procedimentos previstos para o trâmite das ações penais, aquele que é afeto ao tribunal do júri reúne algumas características que o distanciam dos demais,

<sup>13</sup> NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 488.

tais como, a fase jurisdicionalizada bifásica, a manifestação da plenitude de defesa no julgamento em plenário e o veredicto recair sobre um colegiado de juízes leigos que, pelo voto sigiloso da maioria, define a sentença absolutória ou condenatória a partir da íntima convicção.

É inegável que a atuação do defensor no plenário do tribunal do júri, da mesma forma, é distinta daquela desempenhada em um processo comum, na medida em que o julgamento pelo conselho de sentença valoriza a oralidade. Dessa oralidade decorre uma ligação, quase intuitiva, entre o exímio orador e a aptidão para exercer a defesa técnica nestes casos.

É muito comum que a acusação e a defesa, em plenário, optem pelo emprego de métodos para a sustentação de suas teses que não seriam utilizados se dirigidos a um juiz profissional. O uso de recursos cênicos e jogos de efeito como uma tática de oratória é uma característica que acaba por despertar o amor ou o ódio ao instituto nos operadores do direito.

O fato de o julgamento no tribunal do júri recair sobre pessoas que não possuem, necessariamente, o conhecimento técnico jurídico faz com que algumas vozes expressem a míope visão de que uma performance teatral perante o conselho de sentença é um caminho necessário e indispensável para a obtenção de uma decisão favorável à pessoa que é defendida, restando os elementos de convicção reunidos durante a instrução criminal como um acessório, quase um supérfluo.

A questão é que os jurados, em que pese não possuam conhecimento jurídico, seguindo um mapeamento fruto de pesquisa levada a cabo no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, são descritos, em média, de uma maneira que coloca em dúvida a premissa de que sejam incautos, verdadeiras presas sujeitas à astúcia do discurso do profissional do direito: trata-se de pessoas de meia idade, com amplo acesso à educação formal em nível universitário, com rendimentos mensais de até 11 salários mínimos e que prestam o serviço ao júri por três anos ou mais, indicadas por seus empregadores, várias delas egressas do serviço público.

Acrescente-se a isso que, nos dias de hoje, o acesso à informação, inclusive de caráter técnico jurídico, é facilitado pelo uso da internet.

Esta realidade do júri faz recair sobre o defensor que atua em plenário uma obrigação redobrada em relação ao que se dá no processo comum, notadamente, para que a pessoa acusada tenha, de forma efetiva, o direito a exercer plenamente a defesa da sua liberdade. Por conta disso, a defesa técnica deve ser efetiva e estratégica.

A defesa precisa apresentar ao conselho de sentença, de forma cuidadosa e didática, as provas que servem para justificar cada um dos seus pedidos, fazendo com que o jurado possa concluir, de forma racional, no mesmo sentido daquilo que é postulado.

Dessa forma, a defesa técnica deve atuar pautada no júri por um método racional, sob pena de, assim não ocorrendo, incorrer em grave falha estratégica, ao deixar de mapear a conduta que se espera dos demais agentes processuais, em especial dos jurados e, com isso, frustrar o projeto constitucional de que neste procedimento manifeste-se a plenitude de defesa.

## REFERÊNCIAS

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Tradução: Viscondes de Castilho e Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

DUARTE, Jorge. Instrumento de comunicação pública. *In*: DUARTE, Jorge (org.). **Comunicação pública**: Estado, mercado, sociedade e interesse público. São Paulo: Atlas, 2007.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **A nova classe média**: o lado brilhante dos pobres. [Rio de Janeiro]: FGV, [2010?]. Disponível em: [https://www.cps.fgv.br/ibrecps/ncm2010/NCM\\_Apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_fim.pdf](https://www.cps.fgv.br/ibrecps/ncm2010/NCM_Apresenta%C3%A7%C3%A3o_fim.pdf). Acesso em: 14 jul. 2021.

GORGA, Maria Luiza. **A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Atlas do Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=264529>. Acesso em: 14 jul. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **A prova no Tribunal do Júri**: uma abordagem racionalista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021.

SILVA, Rodrigo Faucz Pereira; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O corpo fala**. 73. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

# O ESTADO E OS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS: UMA ANÁLISE FEITA SOB A PERSPECTIVA TEÓRICA DE PIERRE BOURDIEU

## METHODS OF THE STATE AND APPROPRIATE DISPUTE RESOLUTION: AN ANALYZE DONE FROM THE THEORETICAL PERSPECTIVE OF PIERRE BOURDIEU

**Giselle Beran Medella D'Almeida**

Doutoranda em Direito pela Universidade Nova de Lisboa  
Membro do CEDIS – Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre  
Direito e Sociedade, da Universidade Nova de Lisboa  
Mestre em Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela  
Universidade Estácio de Sá  
Graduada pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro  
Defensora Pública, com ingresso na carreira em 2001

**Resumo:** Sob a perspectiva teórica de Pierre Bourdieu, o artigo analisa a relação do Estado e das forças dominantes da sociedade no acesso à justiça pela via dos meios adequados de resolução de litígios. Com a contextualização histórica e teórica do autor, são trazidos os principais conceitos do sociólogo como campo, *habitus*, poder simbólico e violência simbólica. O campo jurídico é descrito como um local de luta pela manutenção do poder e do monopólio dos profissionais de direito. No Direito, vigoram regras de conduta, rituais e práticas, denominadas por Bourdieu como *habitus*, em que somente quem possui capacidade consegue ingressar no campo. A questão da codificação é abordada como forma de reafirmar a autoridade e o poder do Estado. Em seguida, é analisada a força do Estado na administração da justiça e sua influência nos métodos adequados de resolução de litígios, que perdem a força emancipadora ao se submeterem às forças políticas, econômicas e sociais já existentes.

**Palavras-chave:** Poder do Estado. Acesso à justiça. Meios adequados de resolução de conflitos.

**Abstract:** From the theoretical perspective of Pierre Bourdieu, the article analyses the relationship between the State and the dominant forces of society in access to justice thorough the alternative dispute resolution methods. With the historical and theoretical contextualization of the author, the sociologist's main concepts such as field, *habitus*, symbolic power and symbolic violence will be presented. The legal field is described as a place of struggle for maintaining the power and the monopoly of law professionals. In law, there are rules of conduct, rituals and practices, called *habitus*, where only those who have capacity can enter into the field. The issue of codification is addressed as a way of reaffirming the authority and power of the State. Next, the power of the State in the administration of justice is analyzed and its influence on the alternative dispute resolution, which lose their emancipating force when submitting to the political, economic and social forces that already exist.

**Keywords:** State power. Access to justice. Alternative dispute resolution.

## 1. INTRODUÇÃO

A opção pelas vias adequadas de resolução de litígios reflete o movimento de acesso à justiça, trazido a lume na década de 70 por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Os autores analisaram sistemas jurídicos de vários países ocidentais, sob o ponto de vista do acesso à justiça e apresentaram três posições básicas, chamadas por estes de ondas renovatórias de acesso à justiça<sup>1</sup>.

A primeira onda teria relação com a necessidade de disponibilizar a assistência judiciária. A segunda onda, com a necessidade de representação dos direitos difusos. A terceira onda contempla, justamente, trazer um novo enfoque de acesso à justiça, buscando novas diretrizes para efetivação de direitos.

Neste novo enfoque, é reconhecida a necessidade de disponibilizar meios alternativos, hoje chamados de adequados, para solução de conflitos, não somente para os pobres ou vulneráveis, mas para todos os cidadãos<sup>2</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth citam o processo tradicional como o terceiro obstáculo de acesso à justiça. Aduzem que o processo tradicional não demonstrou ser o melhor caminho para a vindicação efetiva de direitos<sup>3</sup>.

A conciliação, mediação, transação e a arbitragem (que são os clássicos, mas não únicos meios alternativos de resolução de litígios) são lançadas como alternativas à justiça e apontadas como algumas das respostas possíveis à crise do sistema de justiça, podendo ocorrer no âmbito do Poder Judiciário ou fora deste<sup>4</sup>. Seguem-se a estes, como nova tendência no Direito, os meios digitais de resolução de litígios<sup>5</sup>.

Os meios adequados possibilitariam a efetiva participação da sociedade na solução de um conflito com a pacificação social através do consenso. Através destes, a solução do litígio poderia ocorrer de forma mais rápida, eficaz e com menos custos financeiros e emocionais, contando com a participação ativa dos atores.

A alternativa traz a expectativa de reduzir a inflação processual. O Poder Judiciário, considerado tradicionalmente como a via natural para resolver conflitos, não demonstrou ser capaz de acompanhar o aumento das demandas, o que resulta, muitas vezes, em morosidade, pouca eficiência e congestionamento do sistema tradicional de justiça<sup>6</sup>. Neste ponto, a função jurisdicional – conceituada por Fernando Capez como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui, na pessoa de um juiz, aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, aplicar o Direito ao caso concreto, a fim de fornecer uma pacífica solução ao litígio, reafirmando a autoridade da ordem jurídica e a verticalidade da relação Estado-Particular”<sup>7</sup> – seria ampliada para além do Poder Judiciário.

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.32.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 67-9.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.22.

<sup>5</sup> SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

<sup>6</sup> SILVA, op. cit., p. 25.

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.8.



O estudo abordará a questão do Direito como instrumento de reprodução e não emancipação social, sob a perspectiva teórica de Pierre Bourdieu<sup>8</sup>, consubstanciado pela luta do Estado e das forças de poder dominantes para manutenção do poder e da função jurisdicional. Nas palavras do sociólogo francês: “O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio de dizer o direito”<sup>9</sup>. O sociólogo percebe, no estudo do Direito, a inadequação da lei em assumir a função social de mudança.

Os meios adequados de resolução de litígios, que, em seu estágio embrionário, seriam uma alternativa ao sistema tradicional de justiça, são englobados pelo Estado e pelas estruturas de poder dominante existentes na sociedade. A alternativa à justiça tradicional ocorre sob a chancela do Estado, dando aos meios alternativos a “forma” que deseje.

Muitos países, tais como Argentina<sup>10</sup>, Portugal<sup>11</sup>, Brasil<sup>12</sup>, Alemanha<sup>13</sup>, dentre outros, trazem a conciliação e a mediação dentro ou fora dos Tribunais. No Brasil, especificamente, a mediação e a conciliação foram introduzidas no Novo Código de Processo Civil como etapa quase obrigatória do processo<sup>14</sup>.

No Brasil, pretende-se, pela via legislativa, com a intervenção do Estado, introduzir na sociedade a cultura do consenso. Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que “tal estado de coisas evidencia ser verdadeira a (desoladora) afirmação de Jean Cruet: vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”<sup>15</sup>.

O estudo pretende, através de uma sociologia reflexiva do direito, analisar o campo jurídico sob a perspectiva de Pierre Bourdieu e suas formas de dominação na pretensão de monopolizar o espaço judicial, inclusive em relação aos métodos tidos como alternativos de solução de conflitos<sup>16</sup>.

O método de abordagem para a pesquisa foi o dedutivo, pelo qual, a partir de premissas gerais, será enfrentada uma questão particularizada, até se chegar a uma

<sup>8</sup> No trabalho de Soraya Sckell é abordada a possibilidade de Bourdieu ver, no jurista, um agente de transformação social e o direito. SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o Direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>9</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p.220.

<sup>10</sup> Na Argentina, o artigo 1º da Lei 26.589/2010 prevê a necessidade de mediação prévia ao processo em caráter obrigatório. O Artigo 73 do Código de Processo Civil, Lei 17.454/81, prevê a conciliação judicial.

<sup>11</sup> No Código de Processo Civil Português, a mediação está prevista no artigo 273 e a transação nos artigos 283, 284 e 290.

<sup>12</sup> Cf. Artigos 165 a 175, 334 e 696 do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>13</sup> O Tribunal Alemão pode recomendar a mediação no curso do processo, conforme artigo 278a, do ZPO.

<sup>14</sup> Neste sentido, ver arts. 334 e 696, do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>15</sup> A norma legal, ao contrário do que, ordinariamente, ocorre com as ordens jurídicas menores, vocaciona-se para a duração e a permanência e é por isso mesmo que a nomogênese é um processo que se compõe de fases sucessivas, justamente para que a proposta possa ser debatida e apurada, inclusive permitindo-se avaliar se o tema precisa mesmo ser legislado (situações ditas de norma necessitada), ou se, porventura, bastaria alteração na normação existente. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.185.

<sup>16</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011.

conclusão<sup>17</sup>. Para o presente artigo, foi realizada uma pesquisa teórica, bibliográfica e dogmática sobre tema<sup>18</sup>.

## 2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE BOURDIEU – CAMPO, *HABITUS*, PODER SIMBÓLICO E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

Pierre Bourdieu (1930-2002), filósofo em sua formação, é um dos sociólogos mais importantes do século XX, muito em decorrência da força crítica de sua obra<sup>19</sup>. Sua trajetória pode ser considerada peculiar, pois, a despeito de sua origem camponesa, conseguiu a ascensão intelectual através do sistema educacional.

A obra de Bourdieu possui forte cunho intelectual e político e retrata o tempo em que este viveu. Ele estudou o campesinato tanto no país colonizado, onde prestou o serviço militar (Argélia), como na França<sup>20</sup>. O autor é considerado uma das figuras-chave da sociologia contemporânea, embora sua atenção para o estudo da lei tenha sido secundária<sup>21</sup>.

No mundo dos conceitos apresentados por Bourdieu, estão a noção de “campo”, “*habitus*”, “ortodoxia”, “doxa”, “capital simbólico”, “princípios de divisão”, “violência simbólica” e “miscoguição”. Entender as noções de campo, *habitus*, poder simbólico, violência simbólica, espaço social é a chave para se entender o pensamento crítico do sociólogo.

Por campo, como o autor chama as estruturas sociais, entende-se o sistema estruturado de forças objetivas. Campo é um espaço de conflitos e concorrência, uma área de atividade estruturada de padrão social ou prática disciplinar, profissionalmente definida<sup>22</sup>.

O campo é um espaço de luta, limitado e definido por regras pré-determinadas de conduta, onde a distribuição de forças se dá de forma desigual<sup>23</sup>. O campo social é delimitado por valores, princípios e regras, com dominantes e dominados, troféus, regras e hábitos. O *quantum* de poder simbólico possuído vai determinar a posição de cada pessoa no campo. Quanto maior o poder simbólico, maior será o reconhecimento, respeito e autoridade do indivíduo em relação a seus pares<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> VIBHUTE, Khushal; AYALEM, Filipos. **Legal Research Methods**: teaching material. [S.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>19</sup> GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

<sup>19</sup> A disciplina a partir da qual Bourdieu pensava e praticava as ciências sociais era a sociologia. CURTO, Diogo Ramada; DOMINGOS, Nuno; JERÓNIMO, Miguel Bandeira. O poder simbólico e o projecto sociológico de Pierre Bourdieu. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011.

<sup>20</sup> Quem foi Pierre Bourdieu? [S.l.: s.n.], 2017. 1 vídeo (4 min.). Publicado pelo Canal Curta. Disponível em: <https://youtu.be/VbiA29A4mDk>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>21</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000, p. 17.

<sup>22</sup> BOURDIEU, Pierre. **The force of the law**: toward a sociology of the juridical field. Translation: Richard Terdiman. [S.l.: s.n.], 1987. Disponível em: <http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>23</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000, p.62.

<sup>24</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p.27.

Por poder simbólico, entende-se o atributo, a autoridade, o reconhecimento e o respeito conferido a alguém por seus pares. O poder simbólico pode ser expresso de diversos modos, como econômico, cultural, político, religioso, dentre outros.

Pode-se dizer que um dos poderes simbólicos mais representativos é o poder econômico, visto que este pode ser convertido na maioria dos outros capitais específicos. No entanto, o poder econômico não é a única forma de poder simbólico. O exemplo é dado pelo próprio sociólogo: “Em França, a acumulação do capital cultural torna-se, desde muito cedo, uma via de acesso ao poder, sobretudo a partir do momento em que se criam as instituições burocráticas, que exigem, se não uma competência, pelo menos garantias escolares de competência”<sup>25</sup>.

Bourdieu tenta explicar a influência invisível, mas contundente, do campo sobre os padrões de comportamento. Cada campo tem seus *hábitos*. Cada campo tem seus troféus. O campo é um lugar de combate, existindo competição entre os campos tanto interna quanto externamente. Existe tanto a disputa entre campos sociais distintos, em que os detentores do poder ou capital simbólico entram em competição para impor sua ideologia e autoridade em outros campos sociais, como a competição interna, em que, em um mesmo espaço social, os indivíduos lutam para a imposição do poder simbólico<sup>26</sup>.

Para ser dominante em um campo, deve-se entender os *habitus* do campo, ou seja, como se deve agir naquele campo. *Habitus* são as formas habituais e padronizadas de entender, julgar e agir que surgem do meio familiar, escolar e da posição na sociedade, internalizadas e incorporadas desde o início da vida, orientando a conduta individual e social de cada indivíduo, interferindo e contribuindo para a construção do espaço social<sup>27</sup>.

A violência simbólica é o fundamento do poder simbólico, no qual discursos de neutralidade e imparcialidade podem esconder a arbitrariedade e o domínio no exercício do poder simbólico, sendo aceito com resignação por quem sofre a violência<sup>28</sup>.

Ligado à ideia de poder simbólico está o conceito de capitais. Existe o capital cultural, capital social e o capital simbólico. O capital simbólico é muito relevante para o estudo do campo jurídico. Cada campo possui seu capital simbólico. Em um grupo no qual o dinheiro tem grande importância, o capital simbólico será o dinheiro. Já em um grupo de intelectuais, o capital social será o conhecimento<sup>29</sup>.

De acordo com a teoria de Bourdieu, o lugar e a evolução do indivíduo no espaço social relacionam-se, simultaneamente, com o volume global de capital que ele detém, com a repartição desse capital em econômico, social e cultural e com a evolução, no tempo, dessas propriedades e das estratégias de reconversão desenvolvidas<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Idem, 2014, p.231.

<sup>26</sup> INDA, Andrés García. Introducción: la razón del derecho: entre habitus y campo. In: BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

<sup>27</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

<sup>30</sup> MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007.

Apresentados os conceitos fundamentais do autor, segue-se para a terceira parte do trabalho, em que serão trazidos os conceitos jurídicos de Bourdieu, que servirão como base para a crítica proposta no presente estudo, qual seja, a intenção de manutenção do poder do Estado e das forças dominantes no acesso à justiça, seja através das vias tradicionais, seja através das vias alternativas.

### 3. CONCEITOS JURÍDICOS DO AUTOR

Bourdieu faz a análise do Direito dentro da sua teoria dos campos, capitais e hábitos. Para ele, o Direito era instrumento de reprodução e não de emancipação social. Os juristas seriam os guardiões da hipocrisia coletiva<sup>31</sup>. Inicia-se com o conceito de campo jurídico.

O campo jurídico pode ser descrito como o espaço social independente das condicionantes histórico-sociais, hierarquizado, no qual os participantes concorrem pelo exercício do capital específico, no caso, a autoridade jurídica. Nas palavras de Bourdieu:

A forma do campo jurídico depende da força relativa dos teóricos e dos práticos, dos professores e dos juízes, dos exegetas e dos peritos, nas relações de força características de um estado do campo (em um dado momento numa tradição determinada) e da capacidade respectiva de imporem sua visão do direito e da sua interpretação<sup>32</sup>.

O campo jurídico é delimitado pela capacidade jurídica, ou seja, o *quantum* de autoridade jurídica vai definir a posição hierárquica do indivíduo no campo, deixando de fora aqueles que não têm autoridade e capacidade para fazer requerimentos por si só. Para ingressar no campo jurídico, é necessário ter capital social e cultural<sup>33</sup>.

Como nos demais campos, no campo jurídico existem regras de conduta, ou seja, regras acerca do que é permitido e do que não é permitido se fazer. Neste campo, é travada a luta entre os advogados, juízes e professores, que competem entre si para determinar a autoridade que irá prevalecer.

O interesse específico do campo jurídico não é, segundo Bourdieu, a eficiência jurídica ou a justiça social. O interesse específico, que o sociólogo chama de “ilusão específica do campo”, é o reconhecimento tácito dos valores que se encontram no jogo de poder<sup>34</sup>.

O conhecimento particularizado dos que atuam no mundo jurídico faz crescer o papel da autoridade, existindo, no mesmo campo, forças de luta, verdadeiros duelos, que competem entre si com desvantagens visíveis de um dos lados da balança, como,

<sup>31</sup> SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o Direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/ts/v2\\_8n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf](https://www.scielo.br/pdf/ts/v2_8n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf). Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>32</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 227.

<sup>33</sup> INDA, Andrés García. Introducción: la razón del derecho: entre habitus y campo. In: BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

<sup>34</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes; Ediciones Uniandes; Instituto Pensar, 2000, p. 65.

por exemplo, a luta travada entre os advogados de grandes firmas que litigam contra advogados de pequenos escritórios<sup>35</sup>.

A luta é travada, também, em duas categorias de intérpretes, que se distribuem em dois polos extremos: de um lado, o intérprete voltado para a elaboração da doutrina, com o monopólio dos professores, encarregados de ensinar as regras em vigor, e do outro, a interpretação para a aplicação da lei na prática, que é feita pelos juízes responsáveis pela jurisprudência, que guiará casos semelhantes<sup>36</sup>.

Bourdieu concorda com as teorias instrumentalistas da jurisprudência. Ele acredita que o campo jurídico funciona como forma de poder, com outros campos, e como uma das múltiplas modalidades de poder controladas pelo Estado.

Somente quem tem competência jurídica e interesse pelo jogo pode jogar, o que faz perpetuar o monopólio do Direito para quem tem habilitação<sup>37</sup>. Para ingressar no campo jurídico, é necessário ter conhecimento jurídico particularizado. O grande rito de investidura do Estado para ingressar neste campo é a entrega de um “diploma” em direito<sup>38</sup>.

Assim como os advogados, os juízes e demais ocupantes de funções jurídicas públicas devem ser possuidores de um conhecimento particularizado, acessível para poucos. Seguindo o raciocínio de Bourdieu<sup>39</sup>, Roberto Kant de Lima afirma que:

Os concursos públicos em geral e, em especial, os jurídicos são exemplos disto: para lograr aprovação, é necessário acesso a um conhecimento particularizado, que não está disponível no mercado universitário. Em consequência, quando conseguem passar, os aprovados sentem-se como que eleitos porque detentores de um saber especial, único, como que ungidos para tomar suas decisões livremente, sem que tenham que prestar contas senão a seus pares. No caso dos juízes, considerado o concurso mais “difícil” de todos, esta união empresta efeitos oraculares ao seu “livre convencimento” (Foucault, 2005; Mendes, 2010). A educação pública e universal, portanto, não se constitui em um fator de inclusão, mas de exclusão progressiva daqueles que não terão acesso ao saber que realmente importa, seja por qual meio isso se verifique e atualize<sup>40</sup>.

O campo jurídico é norteado por padrões de comportamento e pelas práticas no direito. Somente está autorizado a ingressar no campo jurídico quem tem capacidade e quem opera conforme suas regras de conduta. Existe uma influência invisível, mas contundente do campo nos padrões de comportamento, ao que Bourdieu dá o nome de *habitus*<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

<sup>36</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p.226.

<sup>37</sup> Sobre o monopólio do Direito através do diploma ver BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p.177-8.

<sup>38</sup> Bourdieu afirma que ainda hoje, como na nobre sociedade feudal, o Estado organiza a sociedade em grandes ritos de instituição, como a entrega de diplomas e as cerimônias de consagração. Ibidem, p. 249.

<sup>39</sup> Bourdieu afirma que os magistrados pertencem à dominante. BOURDIEU, op. cit., p.253.

<sup>40</sup> LIMA, Roberto Kant. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, [S.l.], v.35, n.2, 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/aa/885>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>41</sup> BOURDIEU, Pierre. **The force of the law**: toward a sociology of the juridical field. Translation: Richard Terdiman. [S.l.: s.n.], 1987. Disponível em: <http://derechocambio.social.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

O campo jurídico, como qualquer campo social, está organizado em torno de protocolos e pressupostos internos, comportamentos e características e valores que geram o que pode ser chamado de “cultura jurídica” ou *habitus*. Para operar no campo jurídico, é necessário o reconhecimento tácito dos valores que se encontram em disputa e o domínio das regras<sup>42</sup>.

As práticas dentro do universo jurídico são modeladas pela tradição, pela educação e pela experiência diária do costume jurídico e do uso profissional. Vale destacar que a ideia de *habitus* não tem relação com hábito, mas com a configuração cultural de determinado campo<sup>43</sup>. Campo e *habitus*, também no direito, são conceitos relacionados que se complementam. Bourdieu afirma que *habitus*:

(...) são sistemas de disposições duráveis e transferíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, isto é, como princípios de geração e estruturação de práticas e representações que podem ser objetivamente ‘reguladas’ e ‘regulares’, sem ser, de modo algum, o produto da obediência às regras; eles podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem pressupor uma direção consciente em relação a eles ou sem ter um domínio expresso das operações necessárias para alcançá-las e, agregado a todos isso, [*hábitos*] pode ser coletivamente orquestrada sem ser o produto da ação orquestradora de um diretor<sup>44</sup>.

O direito é cercado de rituais, com práticas que podem causar estranheza para quem está fora do campo. Togas, capas e até perucas são comuns, fazendo lembrar um verdadeiro teatro. A teatralização jurídica é necessária e constitutiva do ato jurídico<sup>45</sup>.

O saber jurídico não é para todos, mas somente para as altas hierarquias, que se apropriam do saber jurídico, que também não é para todos. Somente aqueles que têm competência jurídica e interesse pelo jogo podem jogar. E a dominação e a luta no campo jurídico se dá através da linguagem. Por isso, o sociólogo fala que “Os juristas são os mestres da linguagem”<sup>46</sup>. Conforme Bourdieu: “Dizer o direito de fato e gravata é arriscado: corre-se o risco de perder a pompa do discurso. Fala-se sempre de se reformar a linguagem jurídica sem nunca tal se fazer porque é o último traje: os reis nus deixam de ser carismáticos”<sup>47</sup>.

É muito difícil ingressar no campo jurídico e dentro deste, há luta pelo poder. A luta pelo controle no campo jurídico revela uma hierarquia implícita e muita competição, que, em grande parte, ocorre no mundo linguístico, com símbolos e hermenêutica que somente uma interpretação legitimada consegue decifrar. Bourdieu

<sup>42</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000, p. 65.

<sup>43</sup> A confusão do conceito de *habitus* para hábito gera uma discordância postural, ou, como se diz na língua inglesa, “false friends”. Ibidem, p. 67.

<sup>44</sup> Idem, 2011, p. 163.

<sup>45</sup> THOMPSON, E. P. **Patrician society, plebeian culture**. Oxford: Oxford University Press, 1974.

<sup>46</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 80.

<sup>47</sup> Ibidem p. 104.



chamou de “teoria do ato da fala” a ênfase nas estratégias linguísticas usadas pelos operadores do Direito<sup>48</sup>.

Os profissionais do direito estão sempre empenhados na luta contra aqueles que estão fora da área para ganhar e sustentar a aceitação<sup>49</sup>. O conceito de *habitus*, desenvolvido por Bourdieu, é valioso não somente para explicar a ocupação de cargos jurídicos e as aspirações dos operadores do Direito, mas também para refletir sobre as regras jurídicas e a necessidade do Estado de codificá-las, o que será feito a seguir.

Conforme exposto, *habitus*, para Bourdieu, tem relação com a noção de cultura<sup>50</sup>. O *habitus* se autoproduz e é parte constitutiva do espaço social, determinando as ações, os pensamentos e as percepções<sup>51</sup>.

O pensamento de Bourdieu sobre as regras jurídicas desenvolve-se no conceito fundamental de *habitus*. O *habitus* produz ações e é simultaneamente determinado pelas condições históricas e sociais. O *habitus* gera comportamentos que são apropriados para a lógica objetiva do campo social.

Não se pode confundir o *habitus* com a regra. O *habitus* é um sistema de disposições duráveis que não resulta da obediência a uma regra. A regra jurídica tem a função de administrar a crise quando a socialização falha. Bourdieu sustenta que a regra jurídica deve reforçar as disposições coletivas do *habitus*. Da articulação entre a regra e o *habitus* resulta a codificação.

A codificação implica uma mudança de natureza. A codificação produz a racionalização, a universalização e a normalização da regra. Tanto é assim que, nas sociedades com pouca codificação, existe a capacidade de esta se adaptar a um número infinito de situações que não podem ser previstas por nenhuma regra. O estudo da codificação possui ainda maior importância em países que praticam a *civil law*, que seguem a tradição romano-germânica, como o Brasil ou a França de Bourdieu.

Para Bourdieu, a lei possui uma aparente e enganadora autonomia e é dependente das práticas sociais. O “poder da forma da lei” seria essencial para a capacidade da continuação desta e sua legitimação aos olhos de quem está sob sua jurisdição. Este poder herda a tendência constitutiva da lei em formalizar e codificar tudo que entra em seu campo de visão para a manutenção e universalização da fé na ordem jurídica e estabilidade do próprio campo jurídico. Para o sociólogo, a codificação é uma das formas de apropriação do saber pelos mais fortes e representaria mais uma forma de controle da sociedade.

Seguindo este raciocínio, a codificação pode ser vista como uma forma de controle estatal. Exemplo disto é a codificação pelo Estado colonizador dos usos e costumes dos colonizados e povos nativos nos séculos XIX e XX. A missão civilizacional

<sup>48</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

<sup>49</sup> Idem, 1987.

<sup>50</sup> MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007.

<sup>51</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000.

dos colonizadores e a codificação de alguns costumes “aceitáveis” acabaram por produzir, nas colônias, sistemas jurídicos híbridos e muito diferentes entre si<sup>52</sup>.

Além da regra em si, a leitura, a prática e a interpretação dos textos jurídicos também são formas de apropriação do poder simbólico. O controle do texto jurídico é o prêmio que se ganha com as lutas interpretativas e a justiça organiza, de acordo com sua hierarquia rigorosa, não só os níveis de poder judicial, mas também as normas e as fontes que conferem, a estas decisões, sua autoridade<sup>53</sup>.

Com os conceitos jurídicos do autor, trazidos no presente trabalho, percebe-se que o domínio do campo jurídico, a força do *habitus* e a codificação são formas de domínio das classes dominantes e do Estado do Direito.

Ante a necessidade de manutenção do controle das formas de administração da justiça, o Estado chama para si a função de viabilizar o acesso à justiça, inclusive em relação às formas adequadas de resolução de conflitos. A administração da justiça pelo Estado, a relação deste com os meios alternativos de resolução de litígios, será o tema da seção que segue.

#### 4. O PODER DO ESTADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O arcabouço teórico de Pierre Bourdieu traz luzes para o tema central do presente trabalho, qual seja, o poder do Estado e das forças dominantes no acesso e na administração da justiça. A força do Estado no campo jurídico se revela na codificação, na administração e no acesso à justiça, seja pelas vias tradicionais, através do Poder Judiciário, seja pelas vias adequadas de resolução de litígios.

Bourdieu afirma existir, no direito, um universo social independente das demandas externas, no qual a autoridade jurídica pertence ao Estado, que domina as práticas e os discursos jurídicos. Ele afirma existir “um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física”<sup>54</sup>.

Será feita a crítica à codificação do ordenamento jurídico, com ênfase na normatização e codificação dos meios adequados de resolução de litígios, seguindo-se para a análise do poder do Estado na administração e no acesso à justiça.

Sob a ótica de Pierre Bourdieu, serão trazidas algumas causas e consequências da codificação das normas, especificamente dos meios alternativos de resolução de litígios.

O ordenamento jurídico é composto por normas escritas e não escritas, ou seja, além do Direito codificado, existe o direito costumeiro, fruto das pulsões diárias da vida em sociedade. Conforme ensina Marcelo Rebelo de Sousa: “Mas o Direito

<sup>52</sup> SILVA, Ana Cristina Nogueira da. Missão civilizacional e codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milão, v. 33-4, p. 889-919, 2004/2005, p. 889-919.

<sup>53</sup> BOURDIEU, Pierre. **The force of the law**: toward a sociology of the juridical field. Translation: Richard Terdiman. [S.l.]: [s.n.], 1987. Disponível em: <http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

<sup>54</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 219.

será todo ele escrito? Certamente que não. Ao lado daquele Direito estadual escrito existe um Direito estadual não escrito, costumeiro, consuetudinário. Um Direito que é fruto das pulsões diárias do grupo e da sociedade, sem necessidade de intervenção do poder político do Estado”<sup>55</sup>.

Os costumes eram a base dos direitos primitivos, quando estes não dispunham de órgãos especializados para a elaboração do direito. O direito romano, base dos direitos da Europa Continental, tinha como fundamento o direito consuetudinário<sup>56</sup>. Até meados do século XVIII, o costume foi a principal fonte do direito. No entanto, no final do século XVIII, com a articulação da ciência com o racionalismo, manifestada pelo positivismo, a lei escrita passou a imperar, perdendo, os costumes, seu papel de relevância<sup>57</sup>. Neste sentido, se manifesta J. Duarte Nogueira:

De facto, a lei, sendo embora tão antiga quanto a emergência do poder político, conviveu tendencialmente, até tarde, com outras fontes jurídicas, dentro de modelos pluralistas que lhe não asseguravam exclusividade. Nos finais do século XVIII o cientismo articulou-se com o racionalismo, conduzindo as elites ofuscadas pelo brilho filosoficamente polido da inteligência a acreditar que a lei era, no plano social, a razão escrita. Querem boas leis? Queimem as antigas e escrevam outras novas, sugeria o autor do *Candide*<sup>58</sup>.

No entanto, o protagonismo do direito consuetudinário ficou no passado e pode-se dizer que a tendência do mundo moderno e globalizado é, cada vez mais, ceifar a formação dos costumes, obrigando a solução dos problemas através da legislação escrita<sup>59</sup>.

Se, por um lado, a codificação oferece a vantagem de deixar a disciplina mais unitária, sistematizada, permitindo a identificação com maior facilidade dos princípios subjacentes à matéria<sup>60</sup>, por outro, a codificação representa uma forma de controle estatal das normas jurídicas. A codificação das regras não é inocente e representa uma das formas de o Estado monopolizar a criação do Direito. Conforme observa J. Duarte Nogueira,

Na actualidade, ao menos nos países cujo Direito faz parte da família romano-germânica, a norma é estudada sob enquadramento quase exclusivamente legal. A tendência não é inocente. O Estado moderno tende a monopolizar a criação do Direito sob a alçada de órgãos integrados na sua estrutura. Consoante o modelo

<sup>55</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. Lisboa: Europa-America, 1994, p. 123.

<sup>56</sup> SILVA, Carlos Alberto B. Burity da. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. Luanda: Editora da Faculdade de Direito da UAN, 2013.

<sup>57</sup> NOGUEIRA, J. Duarte. O costume enquanto fonte de Direito: modernidade e antiguidade: o caso português. **Lusíada. Direito**, Lisboa, n. 15, p. 81-97 2016. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/%20download/2448/2612>. Acesso em: 6 set. 2020.

<sup>58</sup> NOGUEIRA, J. Duarte. O costume enquanto fonte de Direito: modernidade e antiguidade: o caso português. **Lusíada. Direito**, Lisboa, n. 15, p. 81-97, 2016. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/%20download/2448/2612>. Acesso em: 6 set. 2020.

<sup>59</sup> “Globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival” SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: FELDMAN-BIANCO, Bela; CAPINHA, Graça (org.). **Identities: estudos de cultura e poder**. São Paulo: Hucitec, 2000.

<sup>60</sup> BRITTO, Maria Helena. **Direito Internacional Privado sob a influência do Direito Europeu**. Lisboa: Âncora, 2017, p. 32.

político, cria-o negligenciando ou rejeitando as demais formas de criação, sejam elas consuetudinárias, doutrinárias, jurisprudenciais ou outras. Mimetizando esta orientação monista, os manuais escolares tendem a reservar ao costume um nível quase arqueológico de imputação, compatível apenas com referências sumárias sobre a sua dependência face à lei<sup>61</sup> 62.

De acordo com Bourdieu, a codificação e a interpretação das leis são formas de apropriação do saber por quem possui o capital cultural e representa uma das formas de controle da sociedade. A criação jurídica consagra o esforço dos grupos dominantes para impor uma representação oficial do mundo social conforme sua visão de mundo e conforme seus interesses<sup>63</sup>.

Seguindo-se a tendência de codificação, os meios adequados de resolução de conflitos, antes espontâneos, foram regulamentados pelo Estado e codificados. Hoje, estão previstos tanto em legislações específicas quanto nos códigos de processo civil, como, por exemplo, nos códigos de processo civil de Portugal<sup>64</sup>, da Alemanha<sup>65</sup>, do Brasil<sup>66</sup>, dentre outros. A regulamentação e o desenvolvimento destes meios, em determinada jurisdição, representam os interesses das forças dominantes neste Estado, a disseminação e a forma que o Estado e as forças dominantes querem lhe conceder.

Por exemplo, no Brasil, a insatisfação com a administração da justiça culminou na inserção da conciliação e da mediação no seio do novo Código de Processo Civil brasileiro<sup>67</sup>. A conciliação e a mediação podem ocorrer antes ou após a propositura da ação. Nota-se, no entanto, que, após a propositura da ação, os meios consensuais foram incluídos como etapa (quase obrigatória) do processo de conhecimento. Para ter a capacidade de abraçar mais esta função, o Poder Judiciário brasileiro está se estruturando com mediadores, conciliadores e centros de solução de conflitos<sup>68</sup>.

Com isto, os meios alternativos, no Brasil, expandiram o Estado para uma área inédita, com uma nova função: a de promover as “vias alternativas”, hoje chamadas de adequadas, antes ou durante o processo. A cada aumento da função do Estado, cresce a necessidade de uma nova tutela jurisdicional. E cada aumento da tutela

<sup>61</sup> Segundo J. Duarte Nogueira, “mimetizando esta orientação monista, os manuais escolares tendem a reservar ao costume um nível quase arqueológico de imputação, compatível apenas com referências sumárias sobre a sua dependência face à lei”. NOGUEIRA, op. cit.

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 260.

<sup>64</sup> A mediação está prevista no artigo 273 e a conciliação está prevista nos artigos 604 e 931 do Código de Processo Civil Português. Há ainda, em Portugal, a previsão dos Julgados de Paz, consagrados pela constituição e pela Lei 78/2001.

<sup>65</sup> Na Alemanha, a lei de introdução ao ZPO, no parágrafo 15, permitiu que diversos estados adotassem sistemas de mediação obrigatória, prévios ao processo judicial. GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 65.

<sup>66</sup> Cf. Arts. 334 e seguintes e 696 do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 96-130, 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista75/revista75\\_verseadigital/arquivos/assets/basic-html/page-96.html](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_verseadigital/arquivos/assets/basic-html/page-96.html). Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>68</sup> São chamados de CEJUSC, os centros de solução de conflitos e cidadania, integrados pelos setores Processual e Pré-Processual. **CNJ**. Política Judiciária Nacional, NUPMECs e CEJUSCs. S.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupem-ecs-e-cejusc/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

jurisdicional implica novas pressões sobre um sistema já sobrecarregado de tarefas e de exigências<sup>69</sup>.

O que ocorre no Brasil pode ser observado, de certa forma, em escala global, como será a seguir demonstrado. Por exemplo, o instituto da resolução alternativa de litígios na Turquia é ainda recente, não estando os métodos de conciliação e mediação disseminados no país<sup>70</sup>. Em decorrência da força dos advogados na Turquia, em 2018, foi acrescentado artigo à lei de mediação para estabelecer os requisitos para ser mediador, a saber: ser um cidadão turco, ser graduado em direito, há pelo menos cinco anos, e ter formação básica em mediação. Ou seja, na Turquia, somente os advogados podem ser mediadores<sup>71</sup>.

Na Espanha, a iniciativa para regulamentação da mediação familiar iniciou-se não por uma lei nacional, mas por leis editadas pelas comunidades autônomas, sendo a primeira a Lei Catalã de Mediação, de 2001. O exemplo da Catalunha foi seguido pelas demais comunidades autônomas, que começaram a regulamentar a mediação com suas próprias leis. Somente em 2012, foi editada uma lei nacional de mediação civil e comercial<sup>72</sup>. A fragmentação jurídica da matéria e a demora para a mediação alcançar uma unidade nacional (apesar de a mediação estar bem desenvolvida em algumas comunidades, como a Catalunha), faz com que a implementação da mediação, na Espanha, seja um desafio, principalmente se comparada com outros países europeus<sup>73</sup>.

Na Polônia, a religião exerce grande influência nas famílias e, consequentemente, no direito de família e nos meios alternativos de resolução de litígios. Neste país, a forte influência do catolicismo faz com que a família seja sagrada e as disputas de família secretas, sendo de difícil aceitação a intervenção de um terceiro (conciliador ou mediador) para auxiliar na resolução do conflito. A tendência ideológica, no país, é de não facilitar o acesso ao divórcio. O juiz continua a ser a figura central para resolução das disputas familiares e os meios alternativos e digitais de resolução de conflitos são escassamente desenvolvidos e utilizados<sup>74</sup>.

Os exemplos trazidos não esgotam o tema, mas apenas ilustram a luta de forças no campo jurídico, a disputa pela manutenção do poder, a necessidade de saber as regras de conduta e os *habitus* do campo. A codificação e a interpretação das normas (também com os meios alternativos de resolução de litígios) são formas de controle social de quem detém o poder, com o propósito de perpetuação dele. A luta pela manutenção do poder no campo jurídico também ocorre no acesso à justiça, tema que será a seguir abordado.

<sup>69</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. **Julgar**, Lisboa, n. 2, p. 11-29, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/01-Barbas-Homem-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional-e-sistema-judicial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>70</sup> Conforme a Lei de Mediação em Disputas Legais da Turquia (Lei n. 6.325/2012).

<sup>71</sup> MACLEAN, Mavis; DIJKSTERHUIS, Bregje. **Digital family justice**: from alternative dispute resolution to online dispute resolution? Oxford: Hart Publishing, 2019, p. 63.

<sup>72</sup> ESPAÑA. Ley n. 5, de 7 de julio de 2012, de mediación em asuntos civiles y mercantiles. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9112>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>73</sup> MACLEAN; DIJKSTERHUIS op. cit., p. 104.

<sup>74</sup> Ibid., p. 42-57.



A existência de conflitos e suas técnicas de resolução são inerentes à vida em sociedade, mesmo antes da existência do Estado. Com o estabelecimento e fortalecimento do Estado, a solução de conflitos, ao menos formalmente, deixa de ser feita pela autotutela e pelo próprio desforço, para ser feita pelo Estado, que, segundo definição do próprio autor, é detentor do monopólio da violência física e simbólica<sup>75</sup>.

Não somente no passado, mas ainda hoje existem sociedades onde não é só o Estado que intervém na resolução de conflitos. Na África, as reações das autoridades tradicionais, especialmente tribais, são obstáculos à racionalização do Poder do Estado<sup>76</sup>. Como exemplos, têm-se as formas de resolução de conflitos em São Tomé e Príncipe e Cabo Verde, onde a maioria dos litígios não é resolvida pelo Estado legalmente instituído, mas pelas autoridades comunitárias locais<sup>77</sup>.

Nestes países, onde existe um verdadeiro pluralismo jurídico, a estrutura do Estado não alcança todos conflitos, que são resolvidos nas próprias comunidades, muitas vezes através de antigos costumes, da feitiçaria e da magia<sup>78</sup>.

No entanto, nas sociedades modernas, onde há Estado, onde existe a primazia da Constituição e do Direito, com o Poder Judiciário constituído, a função de julgar, ao menos formalmente, pertence a este<sup>79</sup>.

O conceito de acesso à justiça é, muitas vezes, vinculado ao acesso aos tribunais. Consta no artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos do Homem que toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada por um tribunal independente.

As décadas de 60 e 70, do século passado, foram o período de ouro, quando o acesso à justiça era praticamente sinônimo de acesso aos tribunais<sup>80</sup>. O crescimento em importância do Poder Judiciário representou o fortalecimento deste frente aos poderes Legislativo e Executivo, revelando uma verdadeira competição entre campo jurídico e outros campos sociais, como o campo político, por exemplo<sup>81</sup>. A intervenção dos Tribunais em outras searas, em um Estado democrático de direito, traz a necessidade de um contrapeso à sua expansão<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 16.

<sup>76</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. **Julgar**, Lisboa, n. 2, p. 11-29, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/01-Barbas-Homem-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional-e-sistema-judicial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>77</sup> GUEDES, Armando Marques. **Entre factos e razões**: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Almedina, 2005, p. 207.

<sup>78</sup> GUEDES, Armando Marques; DONO, João; LOPES, Maria José; MONTEIRO, Patrícia; MIRANDA, Yara. Litígios e Pluralismo Jurídico em Cabo Verde, a Organização Judiciária e os Meios Alternativos. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, [S.l.], ano 2, n. 3, 2001.

<sup>79</sup> O exercício da autotutela é, ainda hoje, permitido em casos excepcionais, como na legítima defesa e no estado de necessidade.

<sup>80</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 21.

<sup>81</sup> O crescimento do Poder Judiciário face ao campo político pode explicar o ativismo judicial, onde este se imiscui em atividades típicas de outras funções estatais, quer para dar efetividade às normas constitucionais, quer para garantir direitos e nortear políticas públicas, fazendo cumprir a força normativa da constituição. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 217-266, jun. 2018.

<sup>82</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. **Julgar**, Lisboa, n. 2, p. 11-29, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/01-Barbas-Homem-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional-e-sistema-judicial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.



Os Tribunais tiveram que aumentar sua estrutura para processar e julgar as demandas que se multiplicavam de forma exponencial em todo o mundo. As reformas dos sistemas judiciais, movimento que ocorre desde os anos 80 (do século XX) em escala global, começaram por se centrar em soluções de caráter processual e no aparelhamento dos tribunais com mais recursos humanos e mais infraestrutura. No entanto, a grande procura pelo sistema tradicional de justiça levou ao agigantamento do Poder Judiciário<sup>83</sup>.

Chamar o Estado para efetivar direitos fez crescer a função paternalista dos tribunais, retirando, inclusive, a capacidade das pessoas de resolverem os próprios problemas. Para Bourdieu, ingressar no campo jurídico representa, de certa forma, renunciar à capacidade de resolver o problema, cedendo espaço para que os advogados falem em seu nome e para que os juízes encontrem a melhor solução para o litígio. Nestes termos, o campo jurídico

reduz aqueles que, ao aceitarem entrar nele, renunciam tacitamente a gerir eles próprios o seu conflito (pelo recurso à força ou a um árbitro não oficial ou pela procura direta de uma solução amigável), ao estado de cliente dos profissionais; ele constitui os interesses pré-jurídicos dos agentes em causas judiciais e transforma em capital a competência que garante o domínio dos meios e recursos exigidos pela lógica do campo<sup>84</sup>.

Como bola de neve, o aumento da procura judicial e a crescente complexidade de alguns litígios descortinou a insuficiência das reformas, o que conduziu a um incremento dos investimentos, por parte do Estado, de um movimento contrário à judicialização, com a adoção de medidas de desjudicialização, descriminalização de certas condutas e criação de meios de resolução alternativa de litígios. Este movimento aponta para um novo paradigma de política pública de justiça, que inclui quer os tribunais judiciais, quer outros mecanismos de resolução de litígios<sup>85</sup>.

O Poder Judiciário não deve mais ser entendido como a única e privilegiada forma de acesso à justiça<sup>86</sup>. Conforme ensina Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto, “Como se sabe, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário, traduzindo-se no direito de acesso a uma justiça organizada de forma adequada, cujos instrumentos processuais sejam aptos a realizar, efetivamente, os direitos assegurados ao cidadão”<sup>87</sup>. Os meios adequados de resolução de litígios são apresentados como procedimentos alternativos aos meios judiciais, podendo também ocorrer dentro deste<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.21.

<sup>84</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 243.

<sup>85</sup> GUERRA, Lurdes; CUNHA, Pedro. A mediação nos julgados de paz: perspectivas de alguns atores da justiça em Portugal. **Revista de Ciências Sociais Configurações**, [S.l.], v. 13, p. 119-131, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/configuracoes/2461>. Acesso em: 6 set. 2020.

<sup>86</sup> “O ‘acesso à justiça’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, um ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p.13.

<sup>87</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? **Nomos**, Fortaleza, v. 33, n. 2, 2013, p. 119.

<sup>88</sup> GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23-24.

No entanto, na competição do Estado para o domínio e controle do campo jurídico, o Poder Judiciário e as forças regularmente constituídas, ou seja, advogados, juízes, promotores de justiça dentre outros, apresentam-se como os únicos com capacidade e autoridade para resolver os conflitos, ou seja, como os únicos capazes de promover o acesso à justiça, ainda que por meios alternativos.

Os juristas, mestres da linguagem, resistem a abrir mão de sua parcela de poder para entregar a solução de um litígio para conciliadores e mediadores, gerando uma competição interna para determinar a autoridade que irá prevalecer. Exemplificando o afirmado, em muitos países (como Brasil, Argentina, França, Portugal), para ser mediador, não é necessário ter formação jurídica. A formação dos mediadores é variada entre advogados, psicólogos, filósofos etc., o que gera desconfiança e competição pela autoridade no campo jurídico<sup>89</sup>.

Bourdieu constatou a dificuldade de desvincular o acesso à justiça dos meios tradicionais. Este observou que, na França, formas pré-judiciais de solução de conflitos, uma espécie de arbitragem com procedimentos simples e feitos por homens de experiência, foram objeto de anexação à justiça tradicional. À medida que este “subcampo” se desenvolvia, novas exigências jurídicas eram geradas, em um processo circular de dependência do campo jurídico<sup>90</sup>.

Na experiência judiciária brasileira, existe a tendência de supervalorizar a solução adjudicada estatal, em detrimento de outros modos “não oficiais” de resolução de conflitos, como se aquela primeira fosse o ponto ótimo, o *modus judicandi* por excelência, e estes últimos deveriam ficar relegados a um plano secundário, uma sorte de “vagão de segunda classe” no comboio da distribuição da justiça<sup>91</sup>.

A dificuldade de desvincular o acesso à justiça, através dos meios adequados de resolução de litígios, do Poder Judiciário é justamente a propagação da ideia de que somente este tem a competência de resolver litígios. Nas palavras de Humberto Dalla e Michele Pedrosa:

A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema *civil law*, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais<sup>92</sup>.

Como todo artigo científico, o presente trabalho aponta algumas respostas, mas traz novas perguntas. A difícil questão de fornecer acesso à justiça fora do Poder Judiciário é uma delas, pois esbarra em questões complexas e a privatização da justiça é vista com preocupação e desconfiança. Os métodos adequados de solução de litígios, quando fora do Estado, podem não garantir para as partes os princípios e garantias

<sup>89</sup> Ibid., p. 58.

<sup>90</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 245.

<sup>91</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 63-5.

<sup>92</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?** [S.l.: s.n.], [20--]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>. Acesso em: 6 set. 2020.

constitucionais processuais. Além disso, tais meios estando dissociados de um sistema de justiça e não sendo por este subsidiados, podem ter custos tão elevados para as partes que já não seriam mais uma opção, para a grande maioria, de acesso à justiça<sup>93</sup>.

Os custos da mediação (bem como da conciliação e da arbitragem), quando levadas a sério, com todas as garantias, feita por profissionais qualificados, leva tempo e as horas de trabalho dos mediadores devem ser pagas<sup>94</sup>. Conclui-se que a opção pelos meios alternativos de litígio pode ter um custo bastante elevado e com poucas garantias para as partes, visto que, não alcançado o acordo, terão que ingressar na justiça com novos custos<sup>95</sup>.

Portanto, se por um lado atrelar os meios alternativos ao Poder Judiciário é uma forma de manter o monopólio deste na administração da justiça<sup>96</sup>, a manutenção das garantias processuais e os custos dos meios alternativos quando dissociados do Estado são questões a serem enfrentadas, a fim de efetivar o acesso à justiça através deles.

A teoria de Pierre Bourdieu demonstra os obstáculos em mudar as forças de poder já estabelecidas no acesso à justiça, ainda que através dos meios alternativos. A dificuldade para ingressar no campo jurídico, a luta pelo poder dentro e fora do campo e a codificação demonstram a força do Estado na adoção dos métodos adequados de resolução de litígios.

## 5. CONCLUSÃO

A conclusão à qual se chega é que o arcabouço teórico de Pierre Bourdieu reconhece a força do direito e das instituições jurídicas. No entanto, o direito não teria o papel emancipatório que dele se espera. Ao contrário, o direito reforça as hierarquias existentes, o que é manifestado no poder do Estado, através dos Tribunais, do poder político e econômico, nas formas de administrar e acessar a justiça.

A importância dos Tribunais e o poder deste é destaque em muitos países ocidentais. A autoridade do judiciário é refletida não somente pela intervenção judicial em casos jurídicos, como também pela intervenção deste nos poderes legislativo e executivo, na interpretação das leis e no acesso à justiça. Com isso, é necessário existir um contrapeso a este “superpoder”, a fim de que seja mantido o equilíbrio desejado em um Estado Democrático de Direito<sup>97</sup>.

Algumas soluções apontadas na procura por este equilíbrio passam pelo presente trabalho, como viabilizar o acesso à justiça por outros meios não judiciais,

<sup>93</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 27-28.

<sup>94</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 307-325, jul./dez. 2011.

<sup>95</sup> SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 27-28.

<sup>96</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000, p. 181.

<sup>97</sup> MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

com a desjudicialização de procedimentos e a criação de instâncias alternativas de composição de litígios<sup>98</sup>.

No entanto, existem obstáculos para se implementar uma nova lógica na administração de conflitos, sendo muito difícil desvincular o acesso à justiça do Estado e das forças dominantes no direito. A doutrina moderna tenta desvincular a função jurisdicional do Poder Judiciário, no entanto, encontra resistência no próprio campo jurídico, que luta para a manutenção do poder jurisdicional.

Reformas importantes são produzidas, modificações tentam ser introduzidas. No entanto, logo são absorvidas pelo mesmo campo habituado às mesmas práticas. Assim ocorre com os meios adequados de resolução de conflitos, que tentam ser inovadores, mas acabam por refletir os interesses das forças econômicas, políticas e sociais existentes naquela sociedade.

A compreensão do campo jurídico, que exige formação técnica e conhecimento particularizado, demonstra a dificuldade de promover o acesso à justiça, assegurando a paridade de armas, sem um corpo técnico específico.

O capital simbólico do campo jurídico, baseado no prestígio, no saber jurídico, no domínio da linguagem e das leis é apropriado por poucos, excluindo as próprias partes. Existem, portanto, barreiras teóricas culturais e institucionais para que os meios adequados avancem para instrumentalizar, de forma efetiva, o acesso à justiça, fazendo com que eles tenham alcance limitado e percam a força transformadora.

Bourdieu se refere às formas pré-judiciais de solução de conflitos como uma “ilhota de autoconsumo jurídico” que foram, pouco a pouco, integradas ao mercado controlado pelos profissionais<sup>99</sup>. É, de fato, o que se verifica.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 217-266, jun. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>. Acesso em: 13 maio 2022.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar y traducción: Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes: Ediciones Uniandes: Instituto Pensar, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011.

<sup>98</sup> HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. **Julgar**, Lisboa, n. 2, p. 11-29, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/01-Barbas-Homem-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional-e-sistema-judicial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

<sup>99</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011, p.245.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**: curso no Collège de France (1989-1992). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **The force of the law**: toward a sociology of the juridical field. Translation: Richard Terdiman. [S.l.: s.n.], 1987. Disponível em: <http://derechocambio-social.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

BRITTO, Maria Helena. **Direito Internacional Privado sob a influência do Direito Europeu**. Lisboa: Âncora, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs**. [S.l.: CNJ, [20--]]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

CURTO, Diogo Ramada; DOMINGOS, Nuno; JERÓNIMO, Miguel Bandeira. O poder simbólico e o projecto sociológico de Pierre Bourdieu. In: BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2011.

ESPAÑA. **Ley n. 5, de 7 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**. [S.l.: s.n.], [20--]]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-9112>. Acesso em: 15 nov. 2020.

FELDMAN-BIANCO, Bela; CAPINHA, Graça (org.). **Identities**: estudos de cultura e poder. São Paulo: Hucitec, 2000.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (org.). **Métodos de pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Meios alternativos de solução de controvérsias: verdades, ilusões e descaminhos no Novo Código de Processo Civil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 75, p. 96-130, jul./set. 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista75/revista75\\_96.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista75/revista75_96.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

GUEDES, Armando Marques; DONO, João; LOPES, Maria José; MONTEIRO, Patrícia; MIRANDA, Yara. Litígios e Pluralismo Jurídico em Cabo Verde, a Organização Judiciária e os Meios Alternativos. **Revista da Faculdade de Direito da UNL**, [S.l.], ano 2, n. 3, 2001.

GUEDES, Armando Marques. **Entre factos e razões**: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica. Coimbra: Almedina, 2005.

GUERRA, Lurdes; CUNHA, Pedro. A mediação nos julgados de paz: perspectivas de alguns atores da justiça em Portugal. **Revista de Ciências Sociais Configurações**, [S.l.], v. 13, p. 119-131, 2014. Disponível em: <http://journals.openedition.org/configuracoes/2461>. Acesso em: 6 set. 2020.

HOMEM, António Pedro Barbas. Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial. **Julgar**, Lisboa, n. 2, p. 11-29, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/05/01-Barbas-Homem-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional-e-sistema-judicial.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2020.

INDA, Andrés García. Introducción: la razón del derecho: entre habitus y campo. In: BOURDIEU, Pierre. **Poder, derecho y clases sociales**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

LIMA, Roberto Kant. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, [S.l.], v. 35, n. 2, 2010. Disponível em: <https://journals.openedition.org/aa/885>. Acesso em: 5 set. 2020.

MACLEAN, Mavis; DIJKSTERHUIS, Bregje. **Digital family justice**: from alternative dispute resolution to online dispute resolution? Oxford: Hart Publishing, 2019.

MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/2907>. Acesso em: 12 maio 2022.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NOGUEIRA, J. Duarte. O costume enquanto fonte de Direito: modernidade e antiguidade: o caso português. **Lusíada. Direito**, Lisboa, n. 15, p. 81-97, 2016. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/download/2448/2612>. Acesso em: 6 set. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. **A institucionalização da mediação é a panaceia para a crise do acesso à justiça?** [S.l.: s.n.], [20--]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fd4b8a8354a77a3>. Acesso em: 6 set. 2020.



SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: FELDMAN-BIANCO, Bela; CAPINHA, Graça (org.). **Identidades**: estudos de cultura e poder. São Paulo: Hucitec, 2000.

SCKELL, Soraya Nour. Os juristas e o Direito em Bourdieu: a conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica. **Tempo Social**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 157-178, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ts/v28n1/1809-4554-ts-28-01-00157.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

SILVA, Ana Cristina Nogueira da. Missão civilizacional e codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milão, v. 33-4, p. 889-919, 2004/2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5189286>. Acesso em: 12 maio 2022.

SILVA, Carlos Alberto B. Burity da. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. Luanda: Editora da Faculdade de Direito da UAN, 2013.

SILVA, Paula Costa e. **A nova face da justiça**: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. Lisboa: Europa-America, 1994.

SPENGLER, Fabiana Marion. O tempo do processo e o tempo da mediação. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 307-325, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20823>. Acesso em: 12 maio 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição? **Nomos**, Fortaleza, v. 33, n. 2, 2013.

SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

THOMPSON, E. P. **Patrician society, plebeian culture**. Oxford: Oxford University Press, 1974.

VIBHUTE, Khushal; AYALEM, Filipos. **Legal Research Methods**: teaching material. [S.l. : s.n.], 2009. Disponível em: <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

## O CASO DE N E O RECONHECIMENTO DE PESSOAS: INTERAÇÕES POLICIAIS, INTERFERÊNCIAS AMBIENTAIS, FALSAS MEMÓRIAS

### THE CASE OF N AND EYEWITNESS IDENTIFICATION: POLICE INTERACTIONS, ENVIRONMENTAL INTERFERENCES, FALSE MEMORIES

**Roberta Ferraz Acosta**

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense  
Especialista em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes  
Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense

**Resumo:** Este artigo busca, através de estudo de caso, analisar o reconhecimento de pessoas no processo penal e as interferências psicológicas potencialmente capazes de viciar o resultado almejado, qual seja um reconhecimento eficiente e preciso. Será analisado o caso de N, cuja condenação, já transitada em julgado, se baseou exclusivamente no reconhecimento por uma das vítimas de um assalto a ônibus, que resultou na morte de um dos passageiros. Compulsando as peças inquisitoriais, verifica-se que o reconhecimento foi feito por meio fotográfico, através de uma única imagem, onze meses após o crime, sem ter havido qualquer documentação do fundamento da suspeita, tendo sido a testemunha chamada à delegacia exclusivamente para este fim, após dois reconhecimentos anteriores (um na madrugada do fato e outro quatro dias depois). Ao esmiuçar o procedimento de reconhecimento em sede policial e o depoimento em si, será analisada a literatura científica da psicologia, para que se possa compreender a dinâmica do processamento e armazenamento de informações, o processo de reconstrução da memória e suas alterações. Busca-se compreender eventuais variáveis inerentes à condição humana, cuja consciência pelos agentes do sistema de justiça seja importante para evitar decisões injustas.

**Palavras-chave:** Psicologia do testemunho. Reconhecimento de pessoas. Falsas memórias. *Cross-race effect*. Sistema de justiça.

**Abstract:** This article is a case study that aims to analyze the eyewitness identification and the psychological interferences potentially capable of deviating the desired result, which is an effective and precise recognition. N, whose case will be analyzed, was convicted for robbery based exclusively on an eyewitness identification. The recognition was made by photographic means, through a single image, eleven months after the crime after two previous recognitions. The witness was called to the police station exclusively for the identification, despite the absence of any justification for the suspicion in the first place. The scientific psychology literature will be analyzed for a better understanding of the dynamics of information processing and storage, the process of memory reconstruction and its alterations. The goal is to understand

possible variables inherent to the human condition, whose awareness by agents of the justice system is necessary to avoid unfair decisions.

**Keywords:** Testimony Psychology. Eyewitness identification. False Memories. Cross-race effect. Judiciary system.

## 1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo contemporâneo, após a segunda guerra mundial, traz a chamada virada kantiana do direito, reaproximando-o da moral, preocupando-se com o conteúdo das normas. Contudo, a observação da prática parece revelar uma perspectiva vaidosa e autoindulgente que ignora o lugar do direito no mundo do ser, ignorando seu contato com outras fontes de conhecimento e, conseqüentemente, sua própria razão de existência.

O direito surge com o intuito de proporcionar regras que viabilizem a vida em sociedade, evitando potenciais conflitos e, quando necessário, oferecendo um meio de solução civilizado. Esta vocação instrumental do direito impede (ou, ao menos, deveria) sua idealização como um fim em si mesmo, que, além de contraproducente, pode acarretar graves conseqüências na prática.

Uma vez que o ordenamento jurídico tem por propósito último viabilizar a vida em sociedade, não se pode ignorar aspectos relevantes de relações interpessoais, de natureza sociológica, antropológica e psicológica. O fato de a ciência jurídica não se confundir com outras fontes de conhecimento científico, de apresentar seu próprio lugar no mundo, não significa um isolamento, muito pelo contrário, torna imperativo o diálogo com os conhecimentos produzidos por seus especialistas.

Os estudos fornecidos pela sociologia trazem arcabouço para compreensão da organização e o funcionamento das sociedades. Já a antropologia oferece um enfoque no desenvolvimento humano neste ambiente. A psicologia, por sua vez, trará a compreensão de fenômenos da mente humana que implicam diretamente sua percepção do mundo a sua volta e de seu comportamento no convívio social. Este conhecimento pode ser usado para entender motivações e potenciais influências no comportamento das pessoas, o que parece ser de essencial importância para o direito, que é feito, interpretado, aplicado e destinado a pessoas.

Neste artigo, será feito um diálogo com a psicologia, especificamente quanto ao reconhecimento de pessoas. Num processo penal, cuja bandeira é a busca da verdade, parece crucial a compreensão de fatores capazes de influenciar a tentativa de reconstrução dos fatos, especialmente quando os potenciais riscos de se ignorar são tão devastadores quanto a condenação de um inocente.

A compreensão dos processos mentais envolvidos na percepção dos fatos presenciados no momento do crime e no armazenamento dessas informações como memórias e suas potenciais interferências é essencial para que os integrantes do sistema de justiça, tanto na fase investigativa quanto na esfera judicial, tenham consciência do que é ou não possível a partir de limitações inerentes à condição humana.

Além disso, ter consciência das condições que permeiam o processo de reconstrução da memória (que, como virá a ser explicado, não é uma gravação que se pode simplesmente retroceder e avançar) apresenta significativa importância para evitar alterações inconscientes, permanentes e irreversíveis na lembrança, que afetam de forma catastrófica o resultado desejado.

Será feito um breve relato sobre o processo em face de N<sup>1</sup>, no qual o reconhecimento fotográfico do acusado foi o único elemento de prova para incluí-lo na investigação criminal e sua ratificação em audiência, por uma única pessoa, a exclusiva prova produzida em toda instrução criminal.

A partir de então, serão trazidas algumas pesquisas produzidas pela psicologia, que demonstram potenciais interferências na capacidade de reconhecimento do indivíduo, a fim de que se possa discutir a real possibilidade de utilização deste elemento de prova, especialmente quando isolado de qualquer outra produção probatória.

## 2. O CASO DE N

Em abril de 2014, ocorreu um roubo a ônibus na Avenida Brasil, praticado por três indivíduos. Um, armado, permaneceu na parte da frente do ônibus, junto ao motorista, enquanto os outros dois, desarmados, recolhiam os pertences dos passageiros. O veículo estava escuro. Um dos agentes mandou que os passageiros fossem para o meio do veículo e que olhassem para baixo.

Ao longo da ação, o indivíduo que permanecia na parte da frente do automotivo disparou contra um passageiro, que veio a óbito. Em seguida, determinou que o motorista parasse em frente a uma comunidade e fugiram, os três, do local.

Naquela madrugada, alguns passageiros foram ouvidos. Uma delas, P, que supostamente estava num banco na parte dianteira do ônibus, sentiu-se capaz de elaborar retratos falados dos três agentes, o que foi feito. Inclusive, em relação a um deles, foi feito reconhecimento fotográfico, a quem chamaremos de A. Como retrato falado deste indivíduo específico, foi usada imagem idêntica à foto obtida em seu cadastro pessoal no sistema SIPEN<sup>2</sup>.

Vários outros passageiros também foram ouvidos. Alguns contribuíram para as descrições na elaboração do retrato falado, outros disseram que não puderam observar as características físicas do agente, em razão de bonés, ou porque estavam olhando para baixo ou pelo nervosismo. Nenhum outro passageiro fez reconhecimento fotográfico de qualquer dos indivíduos.

Havia câmeras no interior do veículo que teriam sido capazes de capturar a ação, mas, após a solicitação das imagens à empresa de ônibus, verificou-se que elas estavam com defeito, não havendo qualquer filmagem disponível. Portanto, deu-se prosseguimento à investigação exclusivamente a partir da oitiva dos passageiros, que

<sup>1</sup> Para fins de preservação da imagem e privacidade dos envolvidos, não serão mencionados nomes ou informações capazes de identificá-los pessoalmente. Todas as informações foram extraídas dos autos públicos da ação penal já transitada em julgado. No início do ano de 2021, foi ajuizada revisão criminal pela Defensoria Pública, apontando ilegalidades no reconhecimento de pessoas e em outros pontos da condenação.

<sup>2</sup> SIPEN é o Sistema de Identificação Penitenciária, no qual é possível obter diversas informações a respeito da pessoa presa, como movimentações no interior do sistema penitenciário, informações pessoais, fotos, dentre outras.

resultou em retratos falados dos três agentes, tendo sido um reconhecido por meio fotográfico por P.

Após quatro dias do fato, a mesma passageira, P, retornou à delegacia, a fim de retificar o reconhecimento feito anteriormente. Afirmou que não seria A um dos envolvidos no roubo, mas sim B.

Nos autos do inquérito, não consta absolutamente nenhuma página acerca de qualquer investigação feita contra B. Em busca por nome no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tampouco foi encontrada qualquer ação penal contra este a respeito deste fato.

Posteriormente, foram ouvidos outros passageiros, sem que fosse feito qualquer reconhecimento. Sem maiores explicações, surge nos autos da investigação outro indivíduo: L. A polícia se encaminha ao domicílio de L para interrogá-lo sobre os fatos do inquérito. Lá, L presta depoimento alegando não ter qualquer envolvimento com o caso, mas acaba sendo preso em flagrante por receptação, que nenhuma relação tem com os fatos investigados.

É juntada aos autos da investigação fotografia de L, que em nada se assemelha com qualquer dos retratos falados elaborados anteriormente, e nem mais uma linha é escrita sobre ele, nem para tentativa de reconhecimento.

Em seguida, já nove meses após o fato, nos autos do inquérito é juntada uma requisição de ingresso em unidade prisional, para oitiva como testemunha, de N, que havia recentemente sido preso por outro fato. Não há, na investigação, nenhuma peça justificando a razão desta medida ou como surgiu o nome de N na investigação, mas é colhido seu depoimento, a título de testemunha, no qual nega qualquer envolvimento com o fato investigado.

Já 11 meses após o fato, a passageira P (que havia reconhecido A como um dos autores do fato, na própria madrugada do fato, e, quatro dias depois, retificou o reconhecimento para apontar B como verdadeiro envolvido, apesar de não constar nenhuma outra investigação a partir deste reconhecimento) é chamada novamente, especificamente para realização de um reconhecimento. Desta vez, é apresentada a fotografia isolada de N.

A passageira reconhece N como autor do fato, no lugar de B, reconhecido anteriormente, e é elaborado o relatório final do inquérito pelo oferecimento de denúncia contra N, o que é feito mais de um ano após o fato.

Destaque-se que foi analisada a integralidade das peças do inquérito digitalizadas na ação penal e não foi documentada, em momento algum, qualquer diligência acerca do indivíduo reconhecido fotograficamente quatro dias após o fato (B), tampouco há qualquer menção sobre como N surgiu na investigação, nove meses após o fato, ou qualquer diligência a partir do novo reconhecimento fotográfico.

Foi oferecida e recebida a denúncia exclusivamente contra N, apesar do envolvimento de mais dois indivíduos na ação. Em audiência de instrução e julgamento, 1 ano e 11 meses após o fato, foi feito o reconhecimento presencial do acusado e foram ouvidas três pessoas: o motorista do ônibus, P e outro passageiro. Este último disse que não reconhecia o acusado. P disse que reconhecia o indivíduo “com certeza absoluta”. O motorista do ônibus, que também é marido de P, disse que provavelmente o acusado era um dos autores, sem, porém, dar certeza.

Com base nesta prova, a única produzida ao longo do inquérito e da instrução criminal, o acusado foi condenado a 37 anos e 27 dias pelo concurso material dos crimes do artigo 157, § 3º, parte final c/c artigo 157, § 2º, incisos I e II (várias vezes).

Interposta apelação, foi dado parcial provimento a fim de reconhecer a continuidade delitiva específica e reduzir a sanção penal para 29 anos e 2 meses de reclusão.

Alguns anos após o trânsito em julgado da condenação, foi ajuizada revisão criminal, em razão de ilegalidades apontadas no curso processual e na condenação, além da referente ao lastro probatório e ao reconhecimento de pessoas, mas que não foram aprofundadas por fugirem ao objeto do presente estudo. A referida ação está pendente de julgamento.

### **3. A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO, VARIÁVEIS DO SISTEMA E VARIÁVEIS DE ESTIMAÇÃO**

No caso em estudo, verifica-se uma primeira descrição de pessoas na própria madrugada do crime, ou seja, valendo-se de uma memória recente de todos os envolvidos. Todavia, mesmo nessa ocasião, apenas uma pessoa se sentiu apta a reconhecer um indivíduo (A), apesar de outros terem contribuído com descrições de suas características físicas.

Essa pessoa, porém, quatro dias depois, retorna à delegacia a fim de retificar o reconhecimento, apontando outro indivíduo como um dos agentes (B).

Após 11 meses, é chamada à delegacia para realizar o reconhecimento fotográfico de N, oportunidade em que revisa as duas declarações anteriores (bem mais recentes ao fato) e aponta N como agente, o que resulta em sua denúncia e condenação.

A psicologia fornece subsídios científicos para que, na aplicação e criação do direito, seja possível conhecer fatores que potencialmente interfiram no processo de reconhecimento de pessoas e, conseqüentemente, seja possível lidar e diminuir o impacto de alguns (que estejam dentro do controle humano) e ter consciência de outros inevitáveis, considerando seu impacto no momento da análise do conjunto probatório, especialmente para fins de condenação.

Muitas vezes, a memória é pensada como uma espécie de gravação, na qual, através do depoimento, retrocede-se no vídeo até alcançar o momento desejado na linha temporal de vida da pessoa. Esta análise não é adequada.

Na realidade, a lembrança é uma espécie de reconstrução do passado, na qual são incorporados diversos tipos de informações, inclusive eventos posteriores ou anteriores ao fato, pressões sociais, sugestionabilidade, dentre outros. Além de potenciais interferências no processo de reconstrução, há importantes questões a respeito do que efetivamente foi apreendido pela mente naquele momento específico que se deseja analisar. O nervosismo e elementos de distração, por exemplo, são fatores que dificultam a apreensão da totalidade e dos detalhes do evento que se desenrola. Contudo, há ainda outros fatores psicológicos de que, muitas vezes, não se tem consciência.



A psicologia do testemunho<sup>3</sup>, ramo da psicologia que analisa especificamente este fato, aponta que o reconhecimento de pessoas pode ser impactado pelas chamadas variáveis do sistema e as variáveis de estimação.

As variáveis do sistema se referem ao procedimento utilizado no sistema de justiça, capazes de suggestionar ou interferir, de alguma forma, na percepção da testemunha, aumentando as chances de um reconhecimento equivocado, como instruções, ambiente do reconhecimento, meio fotográfico, dentre outros.

As chamadas variáveis de estimação são fatores intrínsecos ao crime ou limitações da memória humana, circunstâncias que fogem ao controle do judiciário no curso do processo ou da investigação policial. Seus impactos no reconhecimento efetivo podem ser apenas estimados.

No caso em tela, alguns fatos quanto ao reconhecimento de pessoas chamam atenção especialmente no bojo da investigação policial, que forneceu a justa causa necessária para o recebimento da denúncia. P, a única responsável por todos os reconhecimentos de pessoas, apontou um indivíduo, A, como responsável, na madrugada do fato, retificou o reconhecimento para B quatro dias depois do evento e substituiu o acusado por N já 11 meses após o crime. Todos os reconhecimentos se deram por meio fotográfico.

Apesar da existência de uma condenação criminal transitada em julgado, é inegável que houve, no mínimo, dois reconhecimentos equivocados (A e B), assim reputados pela própria depoente, na medida em que ela própria o altera. Parece, no mínimo, um pouco improvável que, quase um ano do crime, ao ser chamada na delegacia para reconhecer uma fotografia, esta mesma depoente passe a ter certeza de que aquele indivíduo, não os outros dois anteriores (reconhecidos menos de uma semana do fato), era o verdadeiro agente.

Sobressaltam potenciais variáveis do sistema, como o meio fotográfico nos três momentos e a dinâmica do último reconhecimento (de N), em que é chamada à delegacia especificamente para a identificação de um indivíduo, talvez suggestionando a reconstrução da memória da depoente, e é apresentada uma única foto isolada, apenas de N, para identificação.

Possíveis variáveis de estimação também chamam atenção. O crime foi cometido de noite, por três indivíduos que se dividiram num ônibus, cujo próprio formato alongado não permite a observação simultânea de todos os acontecimentos. As luzes estavam apagadas. Um dos agentes portava uma arma. Há diversos elementos do próprio fato criminoso que, por si só, dificultam a percepção de detalhes dos envolvidos. Além disso, no que concerne ao reconhecimento de N, quase um ano após o crime, o dilatado lapso temporal e fatos posteriores, como interação entre testemunhas, torna a mente mais suscetível às chamadas “falsas memórias”.

<sup>3</sup> “Erros ocasionados pelo funcionamento normal da memória têm sido estudados pela Psicologia do Testemunho, área da ciência que visa compreender processos cognitivos de testemunhas, por exemplo, como um inocente pode ser reconhecido como sendo um criminoso (Charman & Wells, 2006; Erickson, Lampinen, & Moore, 2016; Loftus, 2013). Além de estudos de casos reais, a Psicologia do Testemunho tem se valido de experimentos científicos, como expor participantes a um crime encenado e solicitar que reconheçam o suspeito uma semana depois. A vantagem de experimentos é que pesquisadores podem controlar diferentes fatores (e.g., todos os participantes observam o criminoso pelo mesmo período de tempo), e manipular apenas a variável de interesse (e.g., apresentar uma foto do suspeito para um grupo, e apresentar o suspeito presencialmente para outro grupo)” (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 4).

Este artigo busca tecer uma breve análise a respeito das variáveis do sistema e de estimação no reconhecimento de pessoas, cuja existência excede ao controle do sistema de justiça, mas a consciência de sua existência é crucial para a análise das provas produzidas por este meio pelo sistema de justiça, reduzindo seus efeitos potencialmente devastadores.

#### 4. VARIÁVEIS DO SISTEMA: O PROCEDIMENTO

No caso de N, podem ser apontados alguns erros de procedimento que, possivelmente, tenham elevado as chances de variáveis do sistema.

O primeiro deles ocorre já nas primeiras oitivas após o fato, quando a passageira P, única responsável pela identificação que resultou na condenação, colabora para produção de um retrato falado.

Estudos conduzidos por Meissner e Brigham (2001) demonstram que as pessoas que descrevem detalhadamente as partes do rosto para produção de um retrato falado têm menos chances de identificar, ao final, o indivíduo correto quando comparadas com pessoas que não descreveram. Este efeito é chamado de eclipse verbal ou *verbal overshadowing effect*.

A mente humana apresenta uma forma holística de processamento de rostos, isto é, há uma facilidade maior de reconhecer um rosto completo do que partes dele. Os pesquisadores Tanaka e Farah (1993), em experimentos empíricos acerca do reconhecimento facial, verificaram que, quando era apresentado aos participantes, as mesmas partes do rosto de forma desordenada, fora do formato integral do rosto, as pessoas apresentavam significativa dificuldade de identificá-las, mesmo sendo exatamente a mesma boca, olhos e nariz vistos anteriormente.

Além disso, ao acessar suas memórias para verificação dos detalhes da fisionomia isoladamente (tamanho do nariz, formato dos olhos etc.), caso haja o sujeito, ao realizar a descrição, cometido algum engano, este se associa à memória original, alterando-a. Por exemplo, se, na tentativa de resgatar a lembrança, o sujeito pensa que o indivíduo descrito possuía nariz grande e, na realidade, não tinha, a memória original é permanentemente alterada para alguém de nariz grande.

Quanto ao reconhecimento especificamente de N, chama a atenção a convocação especificamente para este fim, bem como, já no procedimento em si, a realização por meio fotográfico e a partir exclusivamente de uma fotografia isolada.

Verifica-se que houve a convocação de P para a delegacia (e apenas dela, já que os demais passageiros já indicaram, logo após o fato, a incapacidade de reconhecer alguém, dadas as circunstâncias do evento, em especial a escuridão no interior do ônibus) exclusivamente para este fim, ou seja, foi exposto que o objetivo de sua convocação era o reconhecimento de alguém que, por algum motivo, era suspeito das autoridades policiais. Este fato, inegavelmente, é capaz de sugestionar o indivíduo e, por consequência, o reconhecimento.

Um estudo americano, promovido por Brewer e Wells, aponta que 90% de testemunhas, em múltiplos experimentos, acreditam que o verdadeiro autor do crime

esteja dentre aqueles apresentados pela polícia para identificação, ainda que tenham recebido orientação de que o responsável pode ou não estar ali<sup>4</sup>.

O reconhecimento fotográfico, por si só, já sofre duras críticas, pois configura imagens previamente selecionadas pela autoridade policial e captura um momento estático, não traduzindo possíveis trejeitos ou ângulos que facilitem a identificação ou o seu descarte<sup>5</sup>.

No caso em análise, além do meio inadequado, foi apresentada à depoente uma única fotografia isolada, exclusivamente de N, sem sequer a comparação com outras similares, de acordo com o material documentado no inquérito policial.

O reconhecimento a partir de apenas uma opção, chamado de *show-up*, é profundamente criticado, por seus resultados pouco confiáveis, por extensivas pesquisas, como bem demonstram Lilian Milnitsky Stein e William Weber Cecconello.

Um dos procedimentos utilizados para o reconhecimento é o *show-up*, que consiste em apresentar apenas um suspeito para a testemunha e pedir se este é ou não o criminoso (Stein & Ávila, 2015). O *show-up* equivale a um teste de verdadeiro ou falso, em que a testemunha deve comparar o rosto do suspeito com a representação mental do criminoso e responder se ambos são a mesma pessoa (Clark, 2012; Clark & Godfrey, 2009). Assim, o *show-up* é um procedimento indutivo pois dadas as limitações da memória humana descritas na seção de variáveis de estimação, o suspeito inocente pode ser reconhecido simplesmente por ser semelhante ao criminoso (e.g., ambos são carecas; Agrícola, 2009; Eisen, Smith, Olaguez & Skerritt-Perta, 2017; Dekle, 2006; Fitzgerald & Price, 2015; Yarmey, Yarmey & Yarmey, 1996). O *show-up* não é recomendado uma vez que é um procedimento inerentemente sugestivo e seus resultados pouco confiáveis (Clark, 2012; Clark & Godfrey, 2009). (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 9).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, que contou com a participação do *Innocence Project* Brasil<sup>6</sup>, a título de *Amicus Curiae*, reconheceu a ilegalidade do procedimento de reconhecimento fotográfico em fase policial em inobservância ao art. 226 do Código de Processo Penal, que estabelece o sistema de *line up* para o reconhecimento, exigindo que o indivíduo seja colocado ao lado de outros com

<sup>4</sup> “While we are not aware of any data that provide an unambiguous indication of witness beliefs on this issue, Memon, Gabbert & Hope (2004) reported that more than 90% of participant witnesses across multiple experiments indicated that they had assumed the perpetrator presence in the line - up, despite having received line - up instructions explicitly warning them that the perpetrator may not be present. These estimates involved retrospective reports from witnesses who had just seen a line - up and may not, therefore, reflect witnesses a priori expectations about the presence of the perpetrator. Unpublished data from our laboratory indicate that approximately 50% of university students (sampled when attending the laboratory to participate in other non - eyewitness studies) believe that more than 70% of real police line - ups are likely to contain the perpetrator. Around 75% believe that at least 50% of line - ups are likely to contain the perpetrator” (BREWER; WELLS, 2009, p. 208).

<sup>5</sup> A Defensoria Pública elaborou relatório acerca dos reconhecimentos fotográficos em sede policial não confirmados em juízo, que resultaram em absolvição. Em relatório fornecido pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, de junho de 2019 a março de 2020, foram identificados 58 erros de reconhecimento, sendo significativa a informação de que 80% deles eram de acusados negros. Em relatório do CONDEGE, contando com informações de 10 estados, de 2012 a 2020 foi possível identificar 90 prisões injustas oriundas de reconhecimento fotográfico, sendo 81% deles de acusados pretos ou pardos (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 20--).

<sup>6</sup> O *Innocence Project* foi fundado nos Estados Unidos com o intuito de reverter condenações injustas através de exames de DNA. A organização se expandiu no próprio território americano e internacionalmente, surgindo a *Innocence Network*. O *Innocence Project Brasil* foi fundado em 2016 e tem trabalhado pela anulação de condenações indevidas e atuação estratégica.

características físicas semelhantes. O STJ, na própria ementa do julgado, pontua que a formalidade constitui garantia mínima, não sendo mera recomendação.

Ao final, no bojo do HC 598.886-SC, o STJ expõe algumas conclusões:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo (STJ – HABEAS CORPUS n. 598.886/SC – Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Data de julgamento: 27/10/2020).

Este julgado representa significativo avanço pelo reconhecimento por parte do judiciário das variáveis do sistema, ou seja, questões que estão sob o controle do sistema de justiça. A consciência é a condição primária para que seja possível sanar as injustiças já cometidas e pensar e implementar um modelo capaz de reduzir os efeitos danosos das variáveis na psicologia do testemunho.

## 5. VARIÁVEIS DE ESTIMAÇÃO: DISPERSÃO DO FOCO DE ATENÇÃO

A partir de agora, o estudo se debruçará sobre as variáveis de estimação (CECCONELLO; STEIN, 2020), ou seja, fatores cuja influência pode ser apenas estimada e que se relacionam ao momento do crime e às experiências pessoais do observador, seja a vítima ou a testemunha. Apesar de inevitável a sua incidência, é necessária a consciência de sua existência para que a análise da prova produzida possa ser calibrada, tendo o acusado e o julgador pleno conhecimento de seu grau de confiabilidade.

A memória humana não promove um armazenamento integral de todos os eventos presenciados, como uma espécie de câmera de segurança, até porque nem tudo é codificado pela mente. Fatos no foco de atenção têm uma maior chance de serem percebidos e armazenados.

De forma simplificada, as informações originadas nos sentidos (visão, audição, tato, olfato e paladar) são armazenadas na memória de curto prazo por um período breve, passando, em seguida, por um processo de filtragem e só então esta parcela da informação selecionada é processada. Donald Broadbent (1996) compara o processo a um funil, fazendo uma analogia a um tubo em Y, no qual, no encontro das hastes, haveria um bloqueio, que permite a passagem da informação só de um lado.

Vale observar que, apesar de um primeiro armazenamento na memória de curto prazo, as informações vindas dos sentidos ainda não estão disponíveis para

a mente humana. Só após essa filtragem há o devido processamento e, a partir de então, é possível a compreensão pela mente do que foi apreendido.

Além disso, os estudos de Broadbent e de Colin Cherry<sup>7</sup> demonstram que, quando o indivíduo sabe antecipadamente a origem do fluxo de informação, sua atenção é voltada para aquele ponto específico e eventuais fluxos vindos de outras fontes nem sempre podem ser recuperados com precisão. O problema das múltiplas origens de informações é, inclusive, chamado de “problema do coquetel”, usando como exemplo uma festa com diversas conversas paralelas.

O processo de filtragem (a seleção da informação a ser processada) tem relação com características físicas, mas também com seu significado para o sujeito, de acordo com experiências de vida anteriores, expectativas e seus armazéns de memória.

Analisando estudos específicos sobre a dinâmica de um crime, a especialista em psicologia do testemunho Elizabeth Loftus já demonstrou, por estudos empíricos, que alguns fatos podem dividir a atenção e prejudicar a codificação pela vítima.

Se o agente porta uma arma, esta será alvo parcial do foco, reduzindo a percepção e armazenamento de outras informações presentes na cena. Na pesquisa, foi analisado, inclusive, o movimento ocular dos indivíduos, verificando que os participantes usavam parte do tempo observando a arma e esta divisão da atenção refletiu na capacidade de identificar adequadamente o sujeito (LOFTUS; MESSO, 1987).

Este experimento foi feito através de slides de imagens com estudantes da universidade de Washington, nos EUA, ou seja, fora de um contexto de iminente perigo contra a própria vida, na perspectiva de mero observador, ou seja, na perspectiva de uma testemunha. Portanto, a pesquisadora destaca que os resultados, na vida real, tendem a ser exponencialmente mais significativos, na medida em que o observador, especialmente quando na condição de vítima, estará em situação de estresse diante da iminente possibilidade do uso da arma, sendo possível que o desvio do foco de atenção seja ainda mais significativo que o observado no experimento.

O concurso de pessoas é outro elemento capaz de dividir a atenção do observador, fazendo com que as informações a respeito da fisionomia de cada indivíduo sejam partidas, não sendo processadas e armazenadas pelo cérebro de modo adequado, o que afetará, mais à frente, a reconstrução desta memória, consequentemente, um reconhecimento confiável de pessoas.

Além das questões referentes ao processamento das informações obtidas pelos sentidos, especialmente visão e audição, no contexto de um evento criminoso, faz parte das variáveis de estimação a própria qualidade da informação apreendida. Isto porque é notório que a baixa iluminação, a distância do observador e eventuais obstáculos entre este e seu objeto afetam a própria matéria-prima para a obtenção de uma memória capaz de identificar aspectos importantes do evento, como um reconhecimento pessoal eficiente e confiável.

No caso que gerou a condenação de N, o crime se deu num ônibus. O primeiro ponto a se destacar é o formato retangular do veículo, que, por si só, já dificulta

<sup>7</sup> Donald Broadbent e Colin Cherry são psicólogos especializados na teoria da atenção, dentro da psicologia cognitiva, tendo desenvolvido pesquisas acerca do processamento humano de informações. As informações gerais sobre seu trabalho foram extraídas da coletânea “O livro da psicologia”, publicado no Brasil pela Editora Globo, páginas 178 a 185.



a própria observação do que acontece nas diferentes partes simultaneamente. P, a única passageira responsável pelo reconhecimento, sentava-se em banco na parte dianteira do ônibus e, depois, por determinação de um dos agentes, foi para o meio do ônibus, mas, segundo ela, no seu depoimento em juízo, N teria, durante o assalto, ficado na parte traseira do veículo, onde estava escuro, com as luzes apagadas.

Estes dados, a partir das pesquisas científicas trazidas acima, evidenciam uma dificuldade na própria percepção pelos sentidos de dados adequados, pois o próprio grau e qualidade da observação é prejudicada em razão dos fatores ambientais. Havia três agentes, um armado, que permaneceu na parte dianteira do veículo, próximo ao motorista, outros dois mais atrás, sendo que o agente identificado como sendo N teria permanecido todo o tempo na parte traseira, onde, segundo relato da própria passageira, estava escuro.

A própria existência da arma e a iminência de seu uso evidencia-se como fator capaz de trazer o foco dos observadores, principalmente ante o nível de estresse. Ademais, a pluralidade de agentes gera outro fator de dispersão de foco, dificultando o processamento, pela mente, das informações apreendidas pelos sentidos.

Além disso, num primeiro momento, P estava sentada nos bancos da frente, tendo tido contato mais próximo, ainda que muito breve, com aquele que permaneceu próximo ao motorista, único armado, e que efetuou o disparo que causou a morte de outro passageiro. Depois, diante da ordem para que todos os passageiros fossem para o meio do ônibus, o agente responsável pelo “controle” dos passageiros também esteve mais próximo, por mais que possivelmente ainda houvesse outras variáveis que dificultassem uma observação efetiva, como obstáculos físicos à visão, por causa dos bancos e outros passageiros, além da falta de iluminação.

Contudo, o único agente a ter sido reconhecido é o que se encontrava fisicamente mais distante em todo o tempo e, portanto, com quem a depoente teve o menor tempo de contato visual.

## 6. VARIÁVEIS DE ESTIMAÇÃO: FALSAS MEMÓRIAS

No caso de N, foram ouvidas diversas testemunhas para elaboração de um retrato falado, tendo a passageira P, logo nas primeiras horas, identificado um indivíduo, A, por meio fotográfico como um dos agentes da ação. Após quatro dias, P retornou à delegacia para retificar o reconhecimento feito anteriormente, passando a reconhecer B como verdadeiro responsável. Passados 11 meses, diante da prisão de N por outro fato, a polícia chama P novamente à delegacia a fim de reconhecer N como o criminoso, o que é feito (também por meio fotográfico).

Como já mencionado anteriormente, a memória não é um vídeo que possa ser assistido e retrocedido quantas vezes e no momento que bem aprouver. As informações presenciadas pelo indivíduo são codificadas e armazenadas como uma representação mental.

Uma vez que a face do criminoso é codificada uma representação mental de seu rosto é armazenada na memória. Entretanto, o armazenamento de informações na memória não é estático e a testemunha pode esquecer parte das informações armazenadas já nas primeiras 24 horas (Payne, Toglia & Anastasi, 1994; Wetmore



et al., 2015). Quanto maior o intervalo decorrido desde o crime menos detalhada torna-se a representação mental do rosto do criminoso e consequentemente o reconhecimento do suspeito é prejudicado (Dysart & Lindsay, 2014). Além do esquecimento é preciso considerar que o armazenamento e recuperação da memória são um processo contínuo: quando a memória de um evento é recuperada ela passa a um estado transiente em que novas informações podem ser inseridas e armazenadas juntamente com a memória original (Loftus, 2005; Bernstein & Loftus, 2009) (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 6).

O processo de recuperação da memória enfrenta alguns obstáculos. O primeiro é o esquecimento, que pode se dar logo no dia seguinte e pode afetar aspectos importantes da dinâmica dos fatos, sendo impossível acessar novamente o registro inicial. O esquecimento é essencial para o funcionamento adequado da memória. A mente seleciona itens considerados de menor relevância para isso. Contudo, quando se fala de detalhes de um fato criminoso, especialmente no que tange à identificação de pessoas, qualquer detalhe pode apresentar grande impacto no resultado final.

Além disso, elementos importantes podem ser selecionados pela mente para o esquecimento equivocadamente. São os chamados pecados da memória de omissão ou de esquecimento<sup>8</sup>, que, segundo Daniel Schacter, seriam a transitoriedade, a distração e o bloqueio. Neste ponto, a transitoriedade merece atenção. Esta se refere à deterioração da memória pelo transcurso do tempo, especialmente da memória episódica. Isto porque, além de o registro ter sido feito há muito tempo, há uma leve alteração cada vez que é repetido o processo de recuperação de memória.

Outra dificuldade é a alteração da lembrança (que é absolutamente imperceptível e inconsciente ao sujeito) e pode surgir de eventos simples, como conversas com outras testemunhas ou até mesmo das perguntas feitas pela polícia durante o depoimento na delegacia.

A psicóloga americana Elizabeth Loftus se debruçou sobre o tema, aprofundando especificamente sobre o caso de testemunhas oculares (LOFTUS, 1979). Seus estudos indicam que a lembrança pode ser alterada por uma pergunta sugestiva ou uma informação falsa, por uma sugestão de alguém de confiança, por experiências posteriores ou até por emoções ou ideias correntes do sujeito, mas, em virtude da importância emocional, há uma verdadeira certeza de veracidade daqueles eventos.

Vale lembrar, ainda, que o motorista do ônibus era o marido da passageira P. É de se esperar que os fatos ocorridos naquele dia tenham sido objeto de reiteradas conversas não só entre eles em casa, como com familiares e vizinhos, diante da gravidade do evento. Nestas oportunidades, é muito provável que um tenha questionado o outro se tal detalhe aconteceu da forma x ou y, se o agente não tinha aquela ou outra característica, afinal, foi um evento importante na vida dos dois. Entretanto, é cientificamente comprovado que estes diálogos tendem a promover mudanças no registro da lembrança, especialmente após tanto tempo.

<sup>8</sup> As pesquisas de Daniel Schacter em sua obra *Os sete pecados da memória* apontam os sete pecados da memória, que refletem um erro na recuperação de lembranças, quais sejam: a transitoriedade, a distração, o bloqueio, a atribuição equivocada, a sugestibilidade, a distorção e a persistência. Os três primeiros relacionados ao esquecimento e, por isso, chamados de pecados de omissão e os quatro últimos denominados pecados de comissão ou de lembrança. As informações gerais foram extraídas da coletânea *O livro da psicologia*, publicado no Brasil pela Editora Globo, páginas 208 a 209.

Note-se que as falsas memórias são diferentes de mentiras. O registro original daquele episódio não existe mais, foi modificado, sendo associado de forma indelével à inverdade. Não é possível identificar sua ocorrência, resgatando o que de fato foi percebido e codificado pelo cérebro na primeira oportunidade, na medida em que não há consciência do sujeito, ao contrário da mentira, em que há o conhecimento, pelo sujeito, de que aquele trecho não corresponde ao fato real, figurando uma representação mental paralela à original.

Recentemente, foi aberto um espaço de discussão da matéria no STJ no bojo do Habeas Corpus 598.886. Neste precedente, um dos pacientes é absolvido em razão de falhas no procedimento de reconhecimento pessoal, sendo mencionada, na ementa do julgado, a questão das falsas memórias.

Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis (STJ – HABEAS CORPUS nº 598.886/SC – Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – Data de julgamento: 27/10/2020).

Parece essencial a utilização deste momento e da abertura de um precedente favorável, que toma consciência de ao menos uma das variáveis de estimação, no caso as falsas memórias, para que o tema seja levado, em sua integralidade, ao judiciário, para evitar novos erros. Entretanto, também é imperioso rever anteriores e sanar potenciais injustiças perpetradas, como no caso de N, em que a única e exclusiva prova utilizada para a condenação foi um reconhecimento pessoal, que, na investigação policial, foi feito por meio fotográfico 11 meses depois do fato e após dois outros terem sido feitos, na madrugada do crime e quatro dias depois.

## 7. VARIÁVEIS DE ESTIMAÇÃO: CROSS-RACE EFFECT OU OTHER RACE EFFECT

Outra variável de estimação de grande importância, mas pouco mencionada no universo jurídico é o viés étnico no reconhecimento facial. Apesar de não ter relação direta com o caso estudado, diante da importância da consciência do tema<sup>9</sup>, será abordado em linhas gerais neste artigo.

O *cross-race effect* (CRE), *other-race effect* (ORE) ou também *own-race bias* é basicamente uma tendência de o indivíduo ter mais facilidade em reconhecer alguém de sua própria etnia em relação a uma pessoa de outra. De forma simplificada, o cérebro humano, ao identificar a fisionomia de outro, busca características que o diferenciem da própria pessoa. Portanto, para reconhecer alguém da sua mesma etnia, o cérebro

<sup>9</sup> Nas pesquisas, foram encontrados poucos estudos jurídicos sobre esse fenômeno e, mesmo nos trabalhos vindos da psicologia, era apontada a escassez de literatura em língua portuguesa (MENDES, 2020; CECCONELLO; STEIN, 2020). Diante da importância do tema, seus potenciais efeitos catastróficos em condenações indevidas e possível falta de consciência sobre sua incidência, optou-se por tratar, ainda que de forma não aprofundada, o *other race effect* neste trabalho.

focará em aspectos mais detalhados de sua fisionomia. Para diferenciar-se de pessoas de outra etnia, porém, o cérebro não é tão minucioso, percebendo aspectos mais gerais, que, na realidade, não são capazes de individualizar aquele indivíduo, mas são característicos da etnia.

Note-se que isso não significa que uma pessoa seja incapaz de reconhecer alguém de outra origem étnica, mas há uma maior dificuldade e significativo grau de falibilidade da identificação. Este é um fenômeno comum a todas etnias e comum na literatura especializada em psicologia<sup>10</sup>.

Sendo uma característica inerente à condição humana, cabe aos operadores e pensadores do direito terem consciência disto e compreendê-la para que seja possível analisar seus potenciais efeitos num processo judicial, especialmente na seara penal. Apenas a partir do estudo do fenômeno é possível avaliar a confiabilidade da informação no processo penal e usar os institutos existentes (ou não) da forma mais adequada para obtenção de um resultado útil, que nunca será a condenação de um inocente.

Estudos promovidos demonstram que, no processo de reconhecimento, o rosto é armazenado na memória como um todo, não um conjunto de partes separadas (nariz, boca, olhos). Tanaka e Farah (1993) promoveram pesquisas comparando a efetividade do reconhecimento facial de rostos com sua disposição normal e faces embaralhadas ou invertidas. Quando apresentadas as mesmas partes do rosto de forma desordenada, fora do formato integral do rosto, as pessoas apresentavam significativa dificuldade de identificá-las, mesmo sendo exatamente a mesma boca, olhos e nariz vistos anteriormente.

Além do processo de codificação do rosto ser feito de forma holística, estudos do campo da psicologia identificaram outro elemento: em rostos não-familiares (aqueles a que o indivíduo foi exposto poucas vezes), a codificação é feita por atributos externos ou distintivos, como um rosto muito cheio ou um nariz muito largo. Quando o indivíduo a ser identificado é de outra etnia que o observador, os traços étnicos característicos (que não são capazes de individualizar a pessoa) podem ser percebidos pela mente como distintivos, gerando uma possibilidade significativamente maior de um reconhecimento equivocado.

O viés racial é comum a todas as etnias, surge na infância e se mantém até a velhice. Há diversas pesquisas que buscam entender as causas exatas do fenômeno (MENDES, 2020), investigando especialmente a falta de contato em razão de uma segregação racial informal, oriunda do racismo estrutural da sociedade, ou a qualidade do contato, a fim de que possam ser apreendidos maiores detalhes da fisionomia do outro, além, até, da análise das possibilidades de diminuição do viés em imigrantes em razão da maior exposição a pessoas de origem étnica diferente.

<sup>10</sup> “Segundo a meta-análise de Meissner e Brigham (2001), com base nos seus 39 estudos independentes, indica que os indivíduos têm 1,4 vezes mais probabilidade de identificar corretamente alguém da mesma raça (SR) e 1,56 vezes mais probabilidade de reconhecer falsamente alguém de outra raça. Este efeito é um dos fenômenos mais replicados na percepção de faces (Chance & Goldstein, 1996) generalizando vários paradigmas de pesquisa (Meissner & Brigham, 2001). Assim, é um viés bastante robusto estatisticamente (Havard et al., 2019), ocorre em todas as raças (Brigham et al., 2007), aparece na primeira infância (Kelly, et.al., 2007), foi observada em crianças pequenas (Pezdek et al., 2003), persiste até a velhice (Brigham & Williamson, 1979), pode ser encontrado utilizando diferentes tarefas experimentais e apresenta grandes implicações sociais como legais (Vitriol et al., 2018)” (MENDES, 2020, p. 8).

Contudo, o crime é um evento imprevisível, especialmente da perspectiva do observador, seja na condição de testemunha ou de vítima. Assim, não é possível manejar e calibrar elementos, no momento deste primeiro contato, para evitar o efeito, que produzirá seus resultados mais graves nos momentos seguintes de reconhecimento. Por este motivo e também pelo fato de esta profundidade de análise exceder o espaço deste artigo científico, partiremos desta constatação, amplamente comprovada, e seus efeitos no processo penal.

Numa análise do fenômeno ao longo de 30 anos, tendo por objeto de estudo o sistema de justiça americano, Meissner e Brigham apontaram que, apesar de, nas duas décadas anteriores, o efeito do viés de raça na discriminação geral ter apresentado reduções, foi identificado um aumento de sua influência nos chamados “alarmes falsos”, assim denominado pelo pesquisador casos em que há um reconhecimento equivocado de pessoas num processo penal. Chega-se a apontar que 85% dos casos em que houve anulação da condenação em razão de posterior exame de DNA envolvia um reconhecimento equivocado por testemunha ocular.

Although our analyses demonstrated that the overall magnitude of the effect on discrimination accuracy has decreased over the past 2 decades, it was also observed that the influence of false alarm responses on the ORB has actually increased during that same period. We believe this to be of great practical significance, as it is precisely the existence of false alarms, namely the erroneous identification of an individual who is not the perpetrator, with which attorneys, judges, and researchers have been most concerned. For example, a recent U.S. Department of Justice report focused on 28 cases in which felony convictions were overturned due to subsequent DNA analyses. In over 85% of those cases, erroneous eyewitness identifications (i.e., false alarms) were the primary evidence that led to the original conviction (Connors, Lundregan, Miller, & McEwan, 1996) (MEISSNER; BRIGHAM, 2001b, p. 23).

O *Innocence Project*, projeto americano que busca absolver pessoas equivocadamente condenadas através de exames de DNA, identificou que 70% dos 353 casos de anulação da condenação apresentavam reconhecimento do acusado por testemunha de outra raça<sup>11</sup>. Em 2017, a Corte de Apelação de Nova Iorque (New York State Court of Appeals) determinou que os jurados fossem informados da não confiabilidade dos reconhecimentos de pessoas por pessoas de outra etnia (SOUTHALL, 2017).

Em levantamento feito pelo jornal Folha de São Paulo acerca de prisões injustas em razão de reconhecimento equivocado de pessoas, verificou-se que 71% delas eram de pessoas negras (RODRIGUES; PAGNAN; VALENTE, 2021).

A existência do efeito *cross-race* é extensivamente estudada e cientificamente comprovada por pesquisas da psiquiatria e psicologia. Contudo, a falta de conhecimento e debate dentro do cenário jurídico, ignorando seus efeitos, especialmente no bojo do processo penal, em que assumem suas dimensões mais catastróficas, parece bastante problemática. A consciência do problema, especialmente quando este é inerente à condição humana, é o primeiro passo para pensar medidas para reduzir seus prejuízos.

<sup>11</sup> Na notícia publicada em 12/18/2017, é mencionado o relatório fornecido pelo *Innocence Project* à Corte de Apelação, no qual se aponta que 70% das 353 condenações equivocadas revertidas pelo exame de DNA foram produto de *cross-racial identification* (INNOCENCE PROJECT, 2017).

## 8. CONCLUSÃO

É preciso salientar que este tipo de análise não implica desacreditar a figura da vítima, promovendo um novo processo de vitimização sobre ela. Não há uma acusação genérica de má-fé contra o observador, vítima ou testemunha. Pretende-se, na verdade, trazer à tona questões inerentes à condição humana, de natureza psicológica, que são capazes de viciar o resultado final desejado num processo: a justiça.

Não se pretende esvaziar o lastro probatório de um processo penal. Muito pelo contrário! Apenas com a consciência dos processos mentais, das interferências psicológicas e seus efeitos, é possível calibrar tanto o procedimento de obtenção de prova quanto a sua análise pelo julgamento, a fim de que a decisão seja fundamentada em provas realmente confiáveis. Apontando a necessidade de uma dilação probatória mais extensa que um depoimento, fazendo uso do conhecimento forense para uma atividade investigativa mais eficiente.

A condenação de um inocente não interessa a ninguém. Não interessa à vítima uma resposta ilusória ao crime, declarando culpado um bode expiatório, mas sim que o verdadeiro agente receba a punição justa e adequada pelo fato cometido.

Tampouco interessa ao Estado a responsabilização de um inocente, pois sequer a (já duvidosa) vocação preventiva da pena é alcançada, seja no seu aspecto especial ou no geral. No que concerne ao indivíduo, não há neutralização do criminoso ou qualquer aspiração ressocializadora (muito pelo contrário, é fomentada a revolta diante da injustiça perpetrada). Quanto à população em geral, especialmente aquela com algum grau de proximidade ao sujeito injustiçado, não existe a intimidação pela efetiva aplicação da lei ante sua violação, ou que dirá uma confiança na validade das normas estatais (prevenção geral positiva). Há, na verdade, um abalo na própria legitimidade estatal e uma desconfiança geral das instituições.

No caso trazido a estudo neste artigo, N recebeu a condenação a 29 anos e 02 meses, por latrocínio, já transitada em julgado, fundamentada única e exclusivamente no reconhecimento pessoal, feito apenas por P. Este reconhecimento apresentou diversas variáveis do sistema: o alargado período de tempo para o reconhecimento (11 meses), a convocação da depoente à delegacia exclusivamente para este fim, o reconhecimento em delegacia exclusivamente por meio fotográfico e tendo sido apresentada uma única foto. Em juízo, foi feito o reconhecimento pessoalmente, mas este já possivelmente viciado pelo procedimento anterior pelo qual P havia passado.

Os detalhes da narrativa de P indicam fortes indícios de variáveis de estimação. O próprio espaço físico do ônibus já dificulta a possibilidade de observação, na medida em que todos os agentes não se encontram no mesmo campo de visão, sendo necessária a interrupção do contato visual com um para observar o outro. A distância e a escuridão no interior do veículo, principalmente na parte traseira, onde estaria o acusado, segundo o depoimento, demonstram mais uma dificuldade para a percepção da informação visual.

A multiplicidade de agentes e o porte de arma por um deles são itens significativos para a dispersão da atenção, atuando na filtragem das informações



obtidas pelos olhos, selecionando de forma insuficiente os detalhes armazenados pelo cérebro na memória.

Além disso, verifica-se que, na madrugada do fato, P reconheceu um indivíduo, A, como um dos autores do fato e, quatro dias depois, retornou à delegacia para retificar a identificação, apontando outro, B. Apenas 11 meses depois, reconheceu N por meio fotográfico. Somando aos fatores mencionados anteriormente, parece bastante crível que este reconhecimento tenha sido produto do fenômeno psicológico, inconsciente e involuntário de falsas memórias.

Não é possível admitir procedimentos investigativos que contem exclusivamente com o reconhecimento pessoal como prova (ainda que este fosse feito conforme procedimento que afastasse todas as variáveis do sistema – aquelas passíveis de controle pelo sistema de justiça). Tal medida desonera as autoridades competentes para tanto e imputa excessiva responsabilidade à vítima ou à testemunha, que podem inconscientemente cometer um erro na identificação por razões psicológicas alheias à sua vontade e seu controle.

## REFERÊNCIAS

BREWER, N.; WELLS, G. L. Obtaining and interpreting eyewitness recognition test evidence: the influence of police-witness interactions. In: WILLIAMSON, T.; BULL, R.; VALENTINE, T. (ed.). **Handbook of psychology of investigative interviewing**: current developments and future directions. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009. Disponível em: [https://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=psychology\\_pubs](https://lib.dr.iastate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=psychology_pubs). Acesso em: 14 ago. 2021.

BROADBENT, D. **Perception and communication**. 2. ed. Polônia: Pergamon Press, 1966.

CECCONELLO, W. W.; STEIN, L. M. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. **Avances en Psicología Latinoamericana**, Bogotá, v. 38, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/799/79963266012/html/index.html#ref9>. Acesso em: 12 ago. 2021.

COLIN, C. et al. **O livro da psicologia**. Tradução: Clara M. Hermeto, Ana Luisa Martins. 2 ed. São Paulo: Globo Livros. 2016.

CONNELLY, L. Cross-racial identifications: solutions to the “they all look alike” effect. **Michigan Journal of Race & Law**, [S.l.], v. 21, n. 1, p. 125-145, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.36643/mjrl.21.1.cross-racial>. Acesso em: 11 ago. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório sobre prisões injustas no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: DPGE, [20--]. Disponível em: [https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatório\\_DPE-RJ.pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relatório_DPE-RJ.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**. Rio de Janeiro: DPGE, [20--]. Disponível em: [https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61aea79/Relatório\\_CONDEGE-DPERJ\\_reconhecimento\\_fotografico.pdf](https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61aea79/Relatório_CONDEGE-DPERJ_reconhecimento_fotografico.pdf). Acesso em: 10 ago. 2021.

LOFTUS, E. F. **Eyewitness testimony**. Cambridge: Harvard University Press, 1979.

LOFTUS, E. F.; LOFTUS, G.; MESSO, J. Some facts about “weapon focus.” **Law and Human Behavior**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 55-62, 1987. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/263938255\\_Some\\_facts\\_about\\_weapon\\_focus](https://www.researchgate.net/publication/263938255_Some_facts_about_weapon_focus). Acesso em: 12 ago. 2021.

LOFTUS, E. F.; PICKRELL, J. E. The formation of false memories. **Psychiatric Annals**, [S.l.], v. 25, n. 12, p. 720-725, 1995. Disponível em: [https://blogs.brown.edu/recoveredmemory/files/2015/05/Loftus\\_Pickrell\\_PA\\_95.pdf](https://blogs.brown.edu/recoveredmemory/files/2015/05/Loftus_Pickrell_PA_95.pdf). Acesso em: 13 ago. 2021.

MAGALHÃES, M. T. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao in dubio pro reo. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1699-1731, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MEISSNER, C. A.; BRIGHAM, John C. A meta-analysis of the verbal overshadowing effect in face identification. **Applied Cognitive Psychology**, [S.l.], v. 15, n. 6, p. 603-616, Nov. 2001a. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/227509679\\_A\\_Meta-analysis\\_of\\_the\\_Verbal\\_Overshadowing\\_Effect\\_in\\_Face\\_Identification](https://www.researchgate.net/publication/227509679_A_Meta-analysis_of_the_Verbal_Overshadowing_Effect_in_Face_Identification). Acesso em: 16 ago. 2021.

MEISSNER, C. A.; BRIGHAM, J. C. Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: a meta-analytic review. **Psychology, Public Policy, and Law**, Washington, DC, v. 7, n. 1, p. 3-35. 2001b. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/232572386\\_Thirty\\_Years\\_of\\_Investigating\\_the\\_Own-Race\\_Bias\\_in\\_Memory\\_for\\_Faces\\_A\\_Meta-Analytic\\_Review](https://www.researchgate.net/publication/232572386_Thirty_Years_of_Investigating_the_Own-Race_Bias_in_Memory_for_Faces_A_Meta-Analytic_Review). Acesso em: 13 ago. 2021.

MENDES, K. G. **Factores que Influenciam a Identificação de Pessoas de Outras Raças em Contexto de Lineup**. 2020. Dissertação (Mestrado integrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020.

NEW York’s Highest Court rules that juries should be briefed on problems with cross-racial identification. **Innocence project**, New York, Dec. 2017. Disponível em: <https://innocenceproject.org/ny-juries-must-be-briefed-on-problems-with-cross-racial-identification/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

RODRIGUES, A.; PAGNAN, R.; VALENTE, R. Falhas em reconhecimento alimentam máquina de prisões injustas de negros e pobres no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 maio 2021. Disponível em: <https://temas.folha.uol.com.br/inocentes/erros-de-reconhecimento/falhas-em-reconhecimento-alimentam-maquina-de-prisoas-injustas-de-negros-e-pobres-no-brasil.shtml>. Acesso em: 13 ago. 2021.

SOUTHALL, A. To curb bad verdicts court adds lesson on racial bias for juries. **The New York Times**, New York, 15 Dec. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/12/15/nyregion/to-curb-bad-verdicts-court-adds-lesson-on-racial-bias-for-juries.html>. Acesso em: 13 ago. 2021.

TANAKA, J. W.; FARAH, M. J. Parts and wholes in face recognition. **The Quarterly Journal of Experimental Psychology: Comparative and Physiological Psychology**, [S.l.], v. 46, n. 2, p. 336-245, 1993. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/14881937\\_Parts\\_and\\_Wholes\\_in\\_Face\\_Recognition](https://www.researchgate.net/publication/14881937_Parts_and_Wholes_in_Face_Recognition). Acesso em: 10 ago. de 2021.

# ***JURISPRUDÊNCIA COMENTADA***

[Voltar ao sumário](#)

## COMENTÁRIOS CRÍTICOS AO JULGAMENTO DA ADI 6.448/RJ, VERSANDO SOBRE A LEI ESTADUAL 8.864/2020 (REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DAS MENSALIDADES NA REDE PRIVADA DE ENSINO DURANTE A PANDEMIA)

**Eduardo Chow De Martino Tostes**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Mestre e Doutorando pela Universidade Federal Fluminense  
Professor da pós-graduação lato sensu da PUC-Rio e UFF  
Diretor Acadêmico da Fundação Escola da Defensoria Pública do RJ

**Ementa:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.864/2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA DAS MENSALIDADES NA REDE PRIVADA DE ENSINO DURANTE O PLANO DE CONTINGÊNCIA DO NOVO CORONAVÍRUS. FEDERALISMO. REGRAS DE COMPETÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL. ART. 22, I, DA CF. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. PREJUDICADO EXAME DO PEDIDO CAUTELAR.

I – Como a presente ação direta encontra-se devidamente instruída e tendo em vista a economia e a eficiência processual, fica convertida a análise da medida cautelar em julgamento definitivo de mérito.

II – É característica do Estado Federal a repartição de competências entre os entes políticos que o compõem, de modo a preservar a diversidade sem prejuízo da unidade da associação.

III – O ato normativo questionado, ao impor a redução das mensalidades na rede privada de ensino durante o Plano de Contingência do novo Coronavírus, adentrou na competência privativa da União, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, para legislar sobre direito civil.

IV – O Plenário consolidou o mesmo entendimento por ocasião dos recentes julgamentos das ADIs 6.423/CE, 6.435/MA e 6.445/PA.

IV – Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei 8.864/2020 do Estado do Rio de Janeiro.

(ADI 6448, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2021)

### 1. O CASO

O caso ora comentado relaciona-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.448/RJ, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), em face da Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.864/2020, que estabeleceu a redução das mensalidades na rede

privada de ensino durante o Plano de Contingência do novo Coronavírus e o dever de renegociação entre estudantes-consumidores e instituições de ensino.

O pedido formulado se pautou em vícios de inconstitucionalidade de natureza formal e material. Formalmente, alegou-se a afronta ao art. 21, I da Constituição da República, sustentando, no ato, a usurpação da competência privativa da União para legislar sobre o Direito Civil e o Direito do Trabalho. Materialmente, sustentou-se a violação à livre iniciativa e ao ato jurídico perfeito, destacando-se os impactos negativos da regulação de preços no setor privado, bem como a violação aos princípios da proporcionalidade e da autonomia universitária.

Na Suprema Corte, houve o julgamento anterior de outras ações abstratas, de controle de constitucionalidade acerca de lei estaduais do Ceará, Maranhão e Pará, relatadas, respectivamente, aos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio (ADIs 6.423/CE, 6.435/MA e 6.445/PA).

O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade integral da lei fluminense, em virtude de sua invasão sobre as competências da União, dispostas no inciso I do art. 21 da Constituição da República.

## 2. AS RAZÕES DE DECIDIR

Esta pesquisa tem o objetivo de comentar a acima mencionada decisão judicial a partir da questão-problema dos motivos pelos quais o Estado do Rio de Janeiro não poderia legislar sobre a redução do preço das mensalidades escolares durante a presente pandemia. A hipótese do trabalho se pauta no tratamento isonômico que o Estado Brasileiro, através da União Federal, deveria ter dado à revisão e obrigatoriedade de renegociação dos contratos de consumo, especialmente em relação ao preço da mensalidade escolar, para além desta situação excepcional e transitória de crise sanitária que todo o mundo atravessa. O presente caso envolve uma discussão relevante acerca dos temas do federalismo, o *pacta sunt servanda* e o estado de exceção decorrente da pandemia do coronavírus. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, utilizando-se as ferramentas da análise de casos judiciais e pesquisa bibliográfica, a partir de uma abordagem jurídico-sociológica.

Em que pese Giorgio Agambem criticar (2020a, 2020b) a atual pandemia como uma referência pertinente às suas lições de estado de exceção (2015), seus ensinamentos servem de embasamento para o desenvolvimento crítico desta pesquisa em face de uma possível zona de anomia acerca do dever de renegociação, com a produção normativa estatal, de um ente federativo específico, para atender às necessidades socioeconômicas dos consumidores-estudantes neste momento excepcional.

A pandemia da Covid-19, para além das mais de 600 mil mortes causadas no Brasil e das quase cinco milhões de mortes causadas no mundo, contabilizadas pela Organização Mundial da Saúde<sup>1</sup>, causou significativos impactos financeiros na vida das pessoas e na economia mundial (BERNARDES *et al.*, 2020; SILVA, MAURO SANTOS, 2020).

<sup>1</sup> Disponível em: [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroup=survey={adgroup\\_survey}&gclid=Cj0KCQjwtrSLBhCLARisACh6Rmi22qTX-ye9eesp0K0K6oxPVXfAn4h\\_WhKjoBtjX9aKJD\\_L8kHdbgH0aAsYfEALw\\_wcB](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroup=survey={adgroup_survey}&gclid=Cj0KCQjwtrSLBhCLARisACh6Rmi22qTX-ye9eesp0K0K6oxPVXfAn4h_WhKjoBtjX9aKJD_L8kHdbgH0aAsYfEALw_wcB). Acesso em: 18 out. 2021.

A União Federal, através do Congresso Nacional, decretou o estado de calamidade pública decorrente desta pandemia, através do Decreto Legislativo n. 6 de 2020; inovou na legislação federal em inúmeros aspectos conceituais a partir deste estado de exceção, como se verificou na edição de normas como a Lei n. 14.216, de 7 de outubro de 2021 (proibição de despejos nas locações ou desocupações durante a pandemia), além de disciplinas temporárias realizadas por agências reguladoras federais, como se observou da Resolução Normativa 928/2021, da Aneel (proibição de corte de energia elétrica aos consumidores enquadrados na tarifa social durante a pandemia). O Ministério da Educação e Cultura (MEC), no contexto de isolamento social, editou a Portaria n. 343, de 2020, autorizando o ensino à distância durante este período determinado pela crise sanitária<sup>2</sup>.

No Brasil, à época da publicação da lei estadual, não se encontrava<sup>3</sup> positivado o dever de renegociação dos fornecedores em relação aos consumidores, na relação jurídica estabelecida, quando muito é extraído este sentido a partir da boa-fé objetiva, como obrigação de meio (MACHADO, 2020, p. 40) prevista no art. 422 do Código Civil<sup>4</sup> (SCHREIBER, 2017, p. 294-296). Para além do *pacta sunt servanda* e da teoria da imprevisão, este estudo busca ressaltar a relevância do desenvolvimento teórico e do direito oficial acerca do reconhecimento do dever de renegociação nas relações de consumo.

A positivação da redução do preço da mensalidade e do dever de negociação na relação escolar pela Lei do Estado do Rio de Janeiro 8.864/2020 foi uma resposta do legislativo fluminense às demandas dos estudantes, ante os impactos financeiros causados pela pandemia na economia doméstica, além da negativa das instituições de ensino em permitir um diálogo e uma possibilidade de negociação das mensalidades escolares durante este período crítico<sup>5</sup>, como bem se observa das audiências públicas realizadas pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro<sup>6</sup>. No Congresso Nacional houve iniciativas legislativas no mesmo sentido, contudo, não foram transformadas em Lei federal<sup>7</sup>.

O federalismo surgiu nos Estados Unidos e a repartição de competências é o mecanismo de eficácia da ação estatal, como forma de evitar conflitos e desperdício de esforços e recursos, utilizado no Estado Federal para regular como mais de uma ordem jurídica incidirá sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas (MENDES, 2018, p. 879-881).

<sup>2</sup> Situação que também ocorreu em diversas partes do mundo, como bem analisou Gemelli e Cerdeira (2020).

<sup>3</sup> Ressaltamos a atual positivação, em matéria exclusiva de superendividamento e de contratos de transporte aéreo, do dever de negociação nas relações de consumo, previstos, respectivamente, nos arts. 104-A a 104-C do CDC (redação dada pela Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021) e art. 3º, §§ 3º e 7º da Lei n. 14.034, de 5 de agosto de 2020 (nova redação dada pela Lei n. 14.174, de 17 de junho de 2021).

<sup>4</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>5</sup> Ressalta-se que a questão em tela foi objeto de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, sendo realizada a renegociação coletiva das mensalidades das Instituições de Ensino demandadas, através de mediação judicial, e firmado, ao final, Termo de Ajustamento de Conduta, homologado em juízo, à luz da aplicação do dever de negociação nas relações de consumo extraído da boa-fé objetiva e dos direitos fundamentais nas relações horizontais (MARTINS et al., 2021).

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48560?AspxAutoDetectCookieSupport=1%20e%20http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/48711&AspxAutoDetectCookieSupport=1>. Acesso em: 19 out 2021.

<sup>7</sup> Vide projetos de lei no Senado Federal n.º 1.163/2020, e na Câmara de Deputado números 1.849, 1.108, 1.119, 1.183, 1.724, 1.496, 1.356, 1.923, 1.516, 1.486, 1.287, 2.382, 2.259 e 1.501 todos de 2020.



O caso em tela possui vicissitudes que permitiriam uma análise mais aprofundada da questão, na ótica deste autor. A Lei estadual combatida possui dois objetos: a redução de mensalidades escolares (art. 1º, § 1º, incisos II e III) e a positivação do dever de renegociação (art. 2º).

Em matéria de distribuição de competências constitucionais, a Constituição elegeu como competência da União Federal o Direito Civil (art. 21, I), e como competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, o Direito do Consumidor (art. 24, V e VIII).

A matéria relativa à redução de mensalidades escolares, com os descontos positivados em lei estadual, após precedentes recentes do STF em questões similares<sup>8</sup>, teve sua análise acerca da competência para legislar pacificada como uma disciplina estritamente de direito civil, portanto, de competência da União para legislar. Sua violação enseja um vício de inconstitucionalidade formal, nomodinâmica, orgânica (BARROSO, 2004, p. 25-26).

No entanto, ao tratar a Lei Estadual da questão relativa à mesa de negociação, positivando o direito de renegociação no âmbito estadual, a norma fluminense regulou matéria de competência concorrente da União e dos Estados, relativa ao direito do consumidor, a partir do dever anexo à boa-fé objetiva que pauta as relações de consumo e não se verifica normatizado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Raul Machado Horta explica que a repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal. A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais (HORTA, 1995, p. 366).

Dessa forma, importante trazer as lições de Alexandre de Moraes, ao lembrar que, dentro da competência legislativa concorrente, a inércia da União em regulamentar as matérias constantes no art. 24 da Constituição Federal não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional (competência supletiva), ressaltando que, em virtude da ausência de Lei Federal, o Estado-membro ou o Distrito Federal adquirirão competência plena para a edição tanto de normas de caráter geral, quanto específico, na forma do art. 24, § 3º, da Carta Política (MORAES, 2021, p. 385-387).

A legislação estadual do presente caso, ao positivar o direito de renegociação, atua no sentido de ampliar a proteção estabelecida no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o qual, apesar de apresentar amplo repertório de direitos conferidos ao consumidor e extenso rol de obrigações dos fornecedores de produtos e serviços, não possui o condão de esgotar toda a matéria concernente à regulamentação do mercado de consumo, sendo possível aos municípios o estabelecimento de disciplina normativa específica, preenchendo os vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, como decidido outrora pela Corte Constitucional brasileira<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Vide ADIs 6.423/CE, 6.435/MA, 6575 / DF e 6.445/PA. Ressaltamos a posição originária deste autor pela constitucionalidade da normatização estadual acerca de desconto em mensalidades escolares, por entender se tratar de matéria de competência concorrente de direito do consumidor. Registrando a posição, hoje superada, deste autor.

<sup>9</sup> ADI 2.396, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJ de 1º/8/2003.

Embora estejamos diante de uma inconstitucionalidade formal de parte do objeto da lei fluminense<sup>10</sup>, entendemos que o STF, em contradição à prática estabelecida naquela Corte e à predição legitimamente esperada da prática judicial (HOLMES, 1997), omitiu-se na apreciação expressa da matéria relativa ao dever de renegociação, previsto na mesma norma impugnada, abarcada pelo fundamento formal de incompatibilidade com a Lei Maior; considerando que, através da arquitetura jurídica do quadro positivo-jurídico, verificando-se sem apreciações pautadas em valores, somente com a validade das normas postas (KELSEN, 1998, p. 11), estaríamos diante da constitucionalidade da parte da Lei fluminense que disciplina o direito de renegociação, que avança em disciplina relativa ao direito do consumidor, sem tratamento positivado pela União Federal de forma ampla e geral<sup>11</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

Em razão de tal cenário e em vista da fundamentação constante da ADI 6.448/RJ, o Supremo Tribunal Federal, ao cancelar a competência privativa da União Federal em regular a matéria de direito civil disciplinada pelo Estado do Rio de Janeiro, prestigiou o princípio da colegialidade (WADA *et al.*, 2020, p. 28) e a deliberação não competitiva (SILVA, 2013, p. 578). Por outro lado, entendemos que a Corte Constitucional se equivocou ao não apreciar a matéria de direito do consumidor de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal, disciplinada na lei estadual em tela, revelando também uma omissão da União Federal em não positivar expressamente o dever de renegociação no ordenamento jurídico brasileiro para todas as relações de consumo.

### REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer, II, I. São Paulo: Boitempo, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. L'invenzione di un'epidemia. *In*: UNA VOCE di Giorgio Agamben. **Quodlibet**, Macerata, 2020a. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia>. Acesso em: 9 set. 2021.

AGAMBEN, Giorgio. Stato di eccezione e stato di emergenza. *In*: UNA VOCE di Giorgio Agamben. **Quodlibet**, Macerata, 2020b. Disponível em: <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-stato-di-eccezione-stato-di-emergenza>. Acesso em: 9 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliana Reis; SILVA, Bárbara Letícia de Sousa; LIMA, Thais Cristina Ferreira. Os impactos financeiros da Covid-19 nos negócios. **Revista da FAESF**, v. 4, 2020.

<sup>10</sup> Ante a decisão final do STF, a última palavra "provisória" (MENDES, 2008) no Direito brasileiro foi exarada, portanto, definidora da elucidação acerca da inconstitucionalidade da elaboração de lei estadual em matéria de preço de mensalidades, por se tratar de competência exclusiva da União Federal, nas lições de nossa Corte Constitucional.

<sup>11</sup> Seja a partir do positivismo jurídico, seja através do realismo jurídico, na compatibilidade das diferentes teorias reveladas por Leiter (2001, p. 280).

GEMELLI, Catia Eli; CERDEIRA, Luísa. Covid-19: impactos e desafios para a educação superior brasileira e portuguesa. In: GUIMARÃES, L. V. M.; CARRETEIRO, T. C.; NASCIUTTI, J. R. **Janelas da pandemia**. Belo Horizonte: Editora Instituto DH, 2020.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITER, Brian. Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered. **Ethics**, v. 111, n. 2, p. 278-301, 2001.

MACHADO, André Roberto de Souza. A Aplicação do Dever de Renegociar. In: ISMAEL, Luciana; VITALE, Olivar (coord.). **Impactos da Covid-19 no direito imobiliário**. Porto Alegre: Paixão: Ibradim, 2020. p. 39-46.

MARTINS, Guilherme Magalhães; NEVES, Edson Alvisi; TOSTES, Eduardo Chow De Martino. Educação Superior em tempos de pandemia: uma perspectiva teórica da análise de caso relevante em uma situação de estado de calamidade pública de saúde no Brasil – O equilíbrio na relação entre Instituição de Ensino e seus alunos – o preço da mensalidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 136, 2021.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar F. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Grupo GEN, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Mauro Santos. **Política econômica emergencial orientada para a redução dos impactos da pandemia da Covid-19 no Brasil**: medidas fiscais, de provisão de liquidez e de liberação de capital. Rio de Janeiro: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2020. (Texto para discussão, n. 2576).

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557–584, 2013.

WADA, Ricardo Morishita; TELES, Carlos André Coutinho; TOSTES, Eduardo Chow De Martino. As decisões monocráticas do Supremo Tribunal Federal em tempos de

pandemia: a necessária deliberação suficiente. **Revista de Direito Público**, v. 17, n. 94, p. 75–99, 2020

# ***PEÇAS PROCESSUAIS***

[Voltar ao sumário](#)

# **HABEAS CORPUS COLETIVO QUE OBTVEU A SUSPENSÃO DO RETORNO ÀS UNIDADES PRISIONAIS DOS APENADOS EM GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA**

**Daniel Diamantaras de Figueiredo**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Coordenador do Núcleo do Sistema Penitenciário – NUSPEN

**Emanuel Queiroz Rangel**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Coordenador de Defesa Criminal

**Ricardo André de Souza**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Subcoordenador de Defesa Criminal

**João Gustavo Fernandes Dias**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Subcoordenador/NUSPEN

**Leonardo Rosa Melo da Cunha**

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro  
Subcoordenador/NUSPEN

**Resumo:** Trata-se de habeas corpus coletivo impetrado pelo Núcleo do Sistema Penitenciário e pela Coordenação de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, visando à suspensão do retorno às unidades prisionais das pessoas em cumprimento do regime semiaberto em gozo de visita periódica ao lar, além das pessoas internadas para cumprimento de medida de segurança de internação com direito a saídas terapêuticas, permanecendo em prisão domiciliar em caráter temporário. Tal pedido se baseou no período pandêmico vivido pela sociedade e na ausência de um plano adequado de retorno dessas pessoas ao ambiente carcerário. Houve a concessão deste remédio constitucional pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, com esta medida adotada pela Defensoria Pública, através do Núcleo do Sistema Penitenciário e da Coordenação de Defesa Criminal, houve uma redução da população carcerária em aproximadamente 10.000 pessoas, o que, inclusive, gerou uma melhoria na gestão e economia do sistema prisional.

**Palavras-chave:** Habeas Corpus coletivo. Defensoria Pública. Pandemia. Visita periódica ao lar. Redução da população carcerária. Sistema prisional. Superlotação.



## **EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR 2º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Referência:** Pedido de Providências n. 5092166-18.2020.8.19.0500/Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, por intermédio de sua Coordenação de Defesa Criminal e por seu Núcleo do Sistema Penitenciário, neste ato representados pelos Defensores Públicos abaixo assinados, vem impetrar a presente ordem de

### **HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR**

Em favor de TODAS AS PESSOAS EM GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA NA MODALIDADE DE VISITA TEMPORÁRIA AO LAR/FREQUÊNCIA A CURSO, por força de ilegalidade cometida pelo **JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com fulcro no inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição da República e nos artigos 647 e 648 e incisos do Código de Processo Penal, requerendo seja a presente ação distribuída a uma das Colendas Câmaras Criminais deste Egrégio Tribunal de Justiça, pelos fatos e fundamentos a seguir:

#### **I – DOS FATOS**

Em março de 2020, a Vara de Execuções Penais, em razão da pandemia de Covid-19 que, infelizmente, ainda assola nosso país e o estado do Rio de Janeiro, determinou que os apenados cumprindo pena em regime aberto, bem como aqueles em regime semiaberto, mas em gozo de trabalho extramuros e visita periódica ao lar/frequência a curso, além das pessoas internadas para cumprimento de medida de segurança de internação com direito a saídas terapêuticas, não retornassem às suas unidades prisionais de origem, permanecendo em prisão domiciliar em caráter temporário.

O motivo para tal decisão se deu por caráter exclusivamente sanitário: o risco que o retorno dessas pessoas ao parque prisional poderia acarretar, considerando a intensa circulação do coronavírus entre a população em geral, de modo a evitar a sua propagação dentre as pessoas privadas de liberdade.

Após sucessivas prorrogações, em 06 de julho de 2020, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) solicitou à Vara de Execuções Penais nova prorrogação da data de retorno dos apenados em questão, até o dia 12 de agosto de 2020, dando início ao procedimento especial originário da presente ordem de habeas corpus.

Segundo a SEAP, à ocasião, o retorno dos apenados representaria grande risco de contaminação intramuros. Argumentou tratar-se de aproximadamente 3 mil apenados com os aludidos benefícios, distribuídos por 17 unidades prisionais, inexistindo, por

parte da Secretaria, a disponibilidade de locais para o devido isolamento social dos apenados.

Em decisão de 13/07/2020, a Vara de Execuções Penais acolheu o pleito da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária e prorrogou o retorno dos apenados nas situações mencionadas para o dia 12 de agosto de 2020. Determinou, ainda, que a SEAP apresentasse um planejamento de retorno, no qual incluísse “a relação das unidades, o isolamento sanitário, o teste clínico sempre e quando possível, a visitação nas unidades, bem como a logística a ser empregada aos presos que obtiveram benefícios durante esse período”.

Apresentado um planejamento pela SEAP, em 31/07/2020, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro questionou o referido documento, entendendo que seria vago e impreciso, não indicando critérios de controle epidemiológico, adoção de medidas mínimas de prevenção e afins, de modo que o retorno dos apenados, naquele momento, apresentar-se-ia prematuro e desaconselhável. Assim, solicitou nova prorrogação do retorno dos aludidos apenados.

Em decisão de 11/08/2020, a Vara de Execuções Penais determinou que os apenados em regime aberto, bem como aqueles em gozo de trabalho extramuros, permaneceriam com o regresso suspenso, até ulterior deliberação.

Todavia, os apenados que estavam em gozo de visita periódica ao lar/frequência a curso e os pacientes em medida de segurança com saídas terapêuticas deveriam retornar às unidades de origem até o dia 14 de setembro, devendo a SEAP apresentar plano detalhado acerca desse retorno.

Em 21/08/2020, a SEAP apresentou, no procedimento originário da presente ordem, um plano de retorno de apenados, o qual nada tem de novo em relação ao outrora apresentado, apenas com as datas previstas para retorno dos apenados em cada uma das unidades.

Diante desse documento, e em razão da defasagem referente à relação nominal de apenados que deveriam retornar, a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos requereu a intimação da SEAP para que fornecesse aos autos listagem nominal dos apenados com saída temporária.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio dos signatários da presente ação de habeas corpus, requereu nova prorrogação do prazo de retorno dos apenados em questão, ante a existência de indiscutíveis lacunas no planejamento da SEAP quanto ao retorno dos apenados, o que coloca em grave risco a saúde das pessoas privadas de liberdade e aquelas que estão prestes a retornar.

Além disso, também nesta última manifestação, a Defensoria Pública postulou ao juízo da execução penal a manutenção em prisão domiciliar das pessoas privadas de liberdade do **Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho** (IPPSC) e do **Instituto Penal Vicente Piragibe** (IPVP), ambos estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento de pena em regime semiaberto e que receberiam o maior quantitativo de detentos já a partir do dia 10.09.20.

Como é notoriamente sabido, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), desde o mês de julho de 2016, encontra-se sob a **jurisdição interventiva do sistema interamericano de direitos humanos**: Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – medidas cautelares – e Corte Interamericana de Direitos Humanos

(Corte IDH) – medidas provisórias – expediram cogentes determinações ao Estado do Brasil em prol das pessoas privadas de liberdade no referido estabelecimento, dentre as quais a obrigatoriedade de redução da população carcerária.

Na Resolução de 31 de agosto de 2017, a **Corte IDH**, assentando que o “Estado não demonstrou a adoção de medidas concretas para reduzir a superlotação e melhorar as condições de detenção nesse centro” e que, “passados seis meses da adoção dessas medidas provisórias, as omissões do Estado denotam uma clara negligência em relação a suas obrigações internacionais” (§ 26), determinou o seguinte:

Nesse sentido, e tendo presente a solicitação expressa na resolução de 13 de fevereiro de 2017, além das condições verificadas pela delegação da Corte, o Tribunal considera necessário que, nos próximos três meses, o Estado elabore um Diagnóstico Técnico e, com base nos resultados desse diagnóstico, elabore um **Plano de Contingência** para a reforma estrutural e de **redução da superpopulação e da superlotação no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho**. Esse plano deve prever a remodelação de todos os pavilhões, celas e espaços comuns. O plano deverá também contemplar a redução substancial do número de internos.

**A capacidade máxima de internos deve ser determinada atendendo aos indicadores concretos estabelecidos no artigo 85 da resolução No. 09/2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).** Uma vez formulado o Plano, deve ser implementado em caráter prioritário, cabendo ao Comitê Colegiado encarregar-se do respectivo monitoramento de sua execução. Em resumo, o Estado deve avançar de maneira mais célere para reduzir a superlotação e a superpopulação existentes no Instituto. Em concordância com sua jurisprudência constante, esta Corte salienta que o Estado não pode alegar dificuldades financeiras para justificar o descumprimento de suas obrigações internacionais. Concretamente, os alegados obstáculos orçamentários do Estado do Rio de Janeiro não podem ser usados como desculpa para o descumprimento dessas medidas provisórias.

Já na Resolução de 22 de novembro de 2018, a Corte IDH, atuando de forma incisiva e contundente, estipulou obrigações mais concretas no que toca à superlotação carcerária do IPPSC. Basicamente, duas medidas foram impostas ao Estado brasileiro, a saber: aplicação da Súmula Vinculante n. 56, do Supremo Tribunal Federal, com a proibição de ingresso de novos detentos no IPPSC bem como a proibição de transferências de pessoas privadas de liberdade para outras unidades prisionais, salvo por ordem judicial; a título de medida compensatória, o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprida no IPPSC para todos os detentos; para os condenados por crimes contra vida, integridade física e delitos de natureza sexual, a contagem em dobro deve ser precedida de prognóstico de conduta a ser elaborado por equipe criminológica.

Estas determinações, emitidas pela Corte IDH, nunca foram totalmente adimplidas pelo Estado do Brasil em relação ao IPPSC, fato que pode gerar a responsabilização internacional do país por violação dos direitos humanos titularizados pelas pessoas privadas de liberdade. No que toca ao IPPSC, a Corte IDH estipulou que a **capacidade ocupacional máxima da unidade prisional deve ater-se à Resolução n. 09/11, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, que, quanto aos estabelecimentos destinados ao regime semiaberto, fixa um **quantitativo inultrapassável de 1.000 pessoas privadas de liberdade**.

Assim, pela primeira vez, ainda que de forma tangencial, o **IPPSC**, conforme dados de 31.08.20, **ostenta número de pessoas privadas de liberdade que obedece às medidas provisórias da Corte IDH.**

Por seu turno, a capacidade de **ocupação do Instituto Penal Vicente Piragibe** (IPVP) é objeto do **Processo n. 0358308- 65.2011.8.19.0001** (6ª Vara de Fazenda Pública) e, na forma da decisão proferida no **Recurso de Agravo n. 0010566-13.2017.8.19.0000** (Sexta Câmara Cível), está judicialmente determinada em 1.444 pessoas privadas de liberdade:

Com base em todo o exposto, VOTO PELO PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar a decisão agravada e retornar a tutela antecipada aos termos anteriormente fixados, para **determinar a proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, a partir da intimação desta, a fim de que seja alcançada, conforme a liberação paulatina dos que encerrarem seu tempo de cumprimento de pena, atinja-se a lotação de 1444 (um mil quatrocentos e quarenta e quatro) detentos**, informada na inicial.

A toda evidência, a decisão judicial proferida no bojo da ação civil pública e, nomeadamente, no recurso de agravo ostenta efeitos vinculantes e obrigatórios, inclusive em relação a esse juízo da execução penal.

Em consulta ao SIPEN da SEAP/RJ, na data de hoje, verifica-se que o Instituto Penal Vicente Piragibe está com 2923 pessoas privadas de liberdade, isto é, **com mais do que o dobro da capacidade ocupacional máxima fixada pela Sexta Câmara Cível.**

A manutenção do regime de recolhimento domiciliar, vigente desde o mês de março de 2020, a par de despontar como medida de proteção às pessoas privadas de liberdade, aos servidores e a todas as pessoas que gravitam em torno do sistema penitenciário, viabiliza a manutenção dos atuais patamares de encarceramento – ao menos em níveis semelhantes a 15.03.16 – e, embora não solucione o gravíssimo problema do inchaço populacional do parque prisional, representa relevante amenização do quadro de superlotação carcerária e, por arrasto, (i) atende às medidas provisórias da Corte IDH quanto ao IPPSC e (ii) contribui para adimplemento da decisão judicial proferida no Recurso de Agravo n. 0010566- 13.2017.8.19.0000, em relação ao IPVP.

É importante destacar que todas as pessoas privadas de liberdade que atualmente encontram-se em regime de recolhimento domiciliar já mantinham (pelo menos a maioria esmagadora), antes das decisões judiciais da VEP/RJ, frequentes contatos com o mundo externo. Assim, em menor ou maior extensão, já compartilhavam a convivência com a sociedade, seja no exercício do direito à visita à família, seja na consecução do trabalho externo (também incidente ao regime aberto por força do art. 115, inciso II, da LEP) ou ainda em razão de frequência a cursos.

Desde o início da vigência das medidas adotadas pela VEP/RJ inexistem notícias que evidenciem flutuações – significativas ou não – nos índices de criminalidade do estado do Rio de Janeiro que decorram diretamente do recolhimento domiciliar das pessoas privadas de liberdade abrangidas pelas decisões da VEP/RJ. Esta preocupação, que, por óbvio, não se deve desprezar, revela-se impertinente, entretanto, no atual

panorama, e demonstra que, ao contrário do que comumente se imagina (ou se quer imaginar), não se pode presumir, de forma absoluta e inflexível, que todas as pessoas privadas de liberdade – ou a maioria – envolver-se-ão novamente em intercorrências criminais.

Tal petição ainda não foi sequer apreciada pela Vara de Execuções Penais.

## II – DOS FUNDAMENTOS

### a) Da Ausência de Requisitos Sanitários Mínimos do Plano Apresentado

Como relatado, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro (SEAP/RJ), através do Of. SEAP/SEAPGABINETE SEI N. 393, apresentou a esse juízo da execução penal “NOTA TÉCNICA” contendo as diretrizes do “PLANO DE RETORNO DOS INTERNOS COM BENEFÍCIO DE VISITA PERIÓDICA AO LAR” (seq. 76.2). Ainda segundo informa a alta administração penitenciária, serão “observadas as orientações de protocolos de segurança sanitária da Subsecretaria de Tratamento Penitenciário disponível na seq. 47.2”.

A Defensoria Pública teceu observações acerca do documento denominado “PROTOCOLO SANITÁRIO DE RECEPÇÃO E EVENTUAL ISOLAMENTO EM QUARENTENA DE APENADOS REGRESSANDO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS”, o qual, por seu turno, veicula “AS MEDIDAS PROFILÁTICAS A SEREM ADOTADAS NO ÂMBITO DESTA SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA”.

Ainda no início do procedimento originário da presente ação (06.07.20), **a SEAP/RJ alertou que não havia “a possibilidade (...) [de] disponibilizar locais para o devido isolamento social de retorno”**. Àquela época, a quantidade de pessoas privadas de liberdade em regime de recolhimento domiciliar era numericamente inferior ao quadro atual, já que, recentemente (Dia dos Pais), houve a saída de significativo contingente populacional em visita à família.

Ao que se sabe, não houve, no lapso temporal de 02 meses, o aumento do número de vagas físicas no parque prisional fluminense, de modo que as unidades receptoras permanecem com a mesmíssima capacidade ocupacional de então.

Sobre este específico aspecto, a Defensoria Pública já havia sinalizado que a SEAP/RJ não indicara os locais em que as pessoas privadas de liberdade que reingressarão permanecerão em regime de isolamento em cada um dos estabelecimentos prisionais. Trata-se de fundamental informação para que se realize uma avaliação minimamente segura acerca do planejamento de retorno, nomeadamente quanto àquelas unidades que recepcionarão expressivo quantitativo de pessoas. Porém, até o presente momento, a administração penitenciária não se manifestou sobre o tema.

Por outro lado, de acordo com o planejamento recentemente ofertado, **a SEAP/RJ não indica** – tal como também já percebido pelo Ministério Público – **a quantidade de pessoas privadas de liberdade** que retornarão a cada um dos estabelecimentos. Assim, por exemplo, a administração penitenciária reservou duas datas para o SEAPPC (12 e 13 de setembro), mas não se sabe quantos detentos serão recepcionados em cada um destes dias – e muito menos onde serão alojados na ambiência prisional, como já ressaltado –, o que impede escrutinar se a quantidade diária de reingresso é

compatível com as medidas de distanciamento social recomendadas pelas autoridades sanitárias.

Portanto, ao sentir da Defensoria Pública, a SEAP/RJ não se desincumbiu da tarefa de apresentar um planejamento detalhado que englobe todas as questões que envolvem o retorno de milhares de pessoas privadas de liberdade no contexto de uma pandemia mundial instalada pelo novo coronavírus.

Consigna a Defensoria Pública que o número de pessoas infectadas privadas de liberdade continua aumentando no sistema penitenciário. De acordo com o “Boletim SEAP – 22 a 28 de Agosto de 2020”, 413 detentos já testaram positivo para a moléstia, ao passo que no boletim imediatamente precedente o número era de 395 pessoas contaminadas. Evidenciam os números que o novo coronavírus ainda circula entre a população carcerária numa escala ascendente – e não descendente.

Nesta quadra, a SEAP/RJ, em seu planejamento de retorno, também **não indicou o mapa de contágio das unidades prisionais**, isto é, deixou de apontar, com a devida precisão, em que estabelecimentos se encontram as pessoas privadas de liberdade infectadas pelo novo coronavírus. Desnecessário afirmar que tal informação é também de suma relevância em um contexto de retorno de milhares de pessoas privadas de liberdade ao sistema penitenciário no curso do período pandêmico.

#### **b) Da persistência das razões sanitárias para a prorrogação das medidas**

Continuando, além de o plano apresentado pela SEAP não atender aos requisitos mínimos para possibilitar um retorno seguro dos apenados às unidades prisionais de origem, parece evidente que o momento atual ainda não se verifica propício para o retorno dessas pessoas ao parque prisional.

Não desconhecem esses signatários que a curva de contaminação no estado do Rio de Janeiro encontra-se em um cenário descendente, bem como que o retorno de diversas atividades já é uma realidade.

No entanto, quando estamos tratando de pessoas privadas de liberdade, temos sempre que ter em mente as especificidades de um cenário de superlotação, ausência de serviços de saúde básicos, condições de aeração péssimas e a impossibilidade de manutenção de um isolamento social adequado.

Diante disso, qualquer medida que possa colocar ainda mais em risco a saúde dessas pessoas e das pessoas que trabalham no sistema penitenciário deve ser tomada com toda cautela possível.

A título de exemplificação, sequer o retorno das visitas nas unidades prisionais ocorreu, estando previsto para essa semana. Isso significa que não há qualquer noção do impacto que o retorno do fluxo de pessoas nas unidades prisionais pode acarretar em relação a uma maior disseminação da doença.

Há ainda outros fatores que devem ser sopesados, mas que foram totalmente olvidados pela administração penitenciária: o local de moradia das pessoas privadas de liberdade e os seus meios de locomoção.

É inútil consignar que a maioria esmagadora das pessoas privadas de liberdade encarceradas no sistema penitenciário são oriundas das classes sociais mais débeis:



trata-se de um fato irrefutável. Desta forma, habitam, naturalmente, os locais menos favorecidos, desprovidos de condições sanitárias básicas e em que a prática do distanciamento social é absolutamente impossível.

As comunidades (ou, na linguagem popular, as favelas) constituem os espaços sociais de onde provêm, seletivamente, os hóspedes do sistema penitenciário e, portanto, a quase totalidade das pessoas privadas de liberdade retornará ao cárcere precisamente dos lugares mais suscetíveis ao coronavírus.

Esta peculiar circunstância – repita-se, ignorada solenemente no plano de retorno – representa um fator de risco de disseminação da moléstia no parque prisional fluminense, conforme atesta “Parecer Técnico” da FIOCRUZ, de 22.07.20:

Levantamento realizado pelo Observatório das Favelas da Fiocruz (<https://portal.fiocruz.br/documento/boletimsocioepidemiologico-da-covid-19-nas-favelas-ed-1>) mostrou importante circulação do SARS-Cov2 nas áreas de favelas, com altas taxas de letalidade quando comparada a outras regiões da cidade do RJ, demonstrando que, embora, de maneira geral, esteja ocorrendo uma redução na transmissão no RJ, ela ainda se mantém sustentada nas comunidades/favelas.

Prossegue o “Parecer Técnico”:

Entretanto, levantamento sorológico realizado pela Prefeitura do Rio de Janeiro dentro do Programa Rio de Novo, em sua 1ª etapa de junho de 2020, indicou uma prevalência pelo menos duas vezes maior em áreas de grande concentração de favelas, como Maré (19%), Rio das Pedras (25%), Rocinha (23%) e Cidade de Deus (28%), o que parece indicar uma maior difusão da doença em comunidades com grande adensamento social e baixa capacidade de implementação de medidas de distanciamento físico e higiene. Segundo o documento, há ainda nestas áreas grande número de casos assintomáticos ou com poucos sintomas, facilitando ainda mais a transmissão.

Com base nestes dados, o “Parecer Técnico” da FIOCRUZ emite um relevante alerta:

Como a maioria das pessoas presas são oriundas dessas áreas, ao retornarem às prisões neste momento epidemiológico, podem funcionar como vetores e introduzir o novo coronavírus em unidades prisionais onde a situação epidemiológica parece, de acordo com informações oficiais sobre a COVID-19 no Sistema Penitenciário do RJ (<http://depen.gov.br/DEPEN/covid-19-painelde-monitoramentodos-sistemas-prisionais>), estar sob controle, e contribuir assim para a amplificação da disseminação da COVID-19 no Sistema Penitenciário.

Além do aspecto topográfico de residência, o “Parecer Técnico” também analisa a questão da mobilidade social das pessoas privadas de liberdade:

Com relação ao transporte coletivo, principal veículo de mobilidade urbana para esta população, há estudos descrevendo o papel dos transportes na difusão da Covid-19. Dados de um relatório do Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (Coppe), da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sobre a mobilidade urbana no MRJ antes e durante as medidas de distanciamento físico implementadas no estado indicam um grande incremento das aglomerações nos transportes coletivos da cidade em retomada pouco planejadas

das atividades na cidade por conta do grande incremento dos fluxos nos transportes coletivos e retomada da difusão da Covid-19 por esta via ([https://coronavirus.ufrj.br/wpcontent/uploads/sites/5/2020/06/NotaTe%CC%81cnica\\_Coppe-Mobilidade-e-Covid19-paraa Setrans\\_RJ\\_VF.pdf](https://coronavirus.ufrj.br/wpcontent/uploads/sites/5/2020/06/NotaTe%CC%81cnica_Coppe-Mobilidade-e-Covid19-paraa Setrans_RJ_VF.pdf)). Cabe lembrar que a doença chegou ao país pelo transporte aéreo, se disseminou para o interior da Amazônia pelo transporte fluvial e se interiorizou no Brasil provavelmente pelo transporte terrestre, sendo a mobilidade fator importante de monitoramento da difusão da Covid-19. Neste sentido, estudo recente do LabCidade, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP, indicou que as pessoas mais atingidas pela pandemia em São Paulo foram aquelas que realizaram percursos longos de transporte coletivo, reforçando o papel da mobilidade na difusão do SARS-CoV2 (<https://raquelrolnik.blogosfera.uol.com.br/2020/06/30/circulacao-para-trabalho-explica-concentracao-de-casos-de-covid-19/>).

Ora, nenhum destes fatores foi alvo de consideração mínima pela SEAP/RJ em seu plano de retorno.

### III – DO PEDIDO LIMINAR

Outrossim, presentes estão os pressupostos necessários ao deferimento de pedido liminar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

O *fumus boni iuris* consiste na evidente ausência de planejamento mínimo por parte da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária quanto ao retorno dos apenados em comento, bem como da manutenção das condições sanitárias a justificar a manutenção dessas pessoas longe do parque prisional.

O *periculum in mora* também se mostra claro, posto que **a primeira data indicada pela SEAP para o retorno dos apenados é já no dia 10/09/2020**, o que indica a brevidade dessa medida. Vale ressaltar que, uma vez retornados, o problema já se verifica, de modo que pessoas contaminadas já servem de vetores para a disseminação da doença.

Não se deve olvidar, também, as peculiaridades do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e do Instituto Penal Vicente Piragibe, tal como algures relatado. A Defensoria Pública, quanto a estes estabelecimentos prisionais, formulou **pedidos próprios e específicos**, amparados em decisões de órgãos judiciais – Corte IDH e Sexta Câmara Cível –, que até o presente momento não foram analisados pelo juízo da execução penal.

### IV – DO PEDIDO

Ante todo o exposto, requer a Vossas Excelências:

**a)** O deferimento do pedido liminar, determinando-se a suspensão do retorno dos apenados em gozo de saída temporária na modalidade de visita temporária à família/frequência a curso e pacientes cumprindo medida de segurança em gozo de saídas terapêuticas às unidades de origem;

**b)** No mérito, concessão da ordem de habeas corpus, consolidando-se o pedido liminar antes deferido, até a elaboração de plano adequado pela SEAP e até que as condições sanitárias assim permitam.

Rio de Janeiro, 8 de setembro de 2020.

**DANIEL DIAMANTARAS DE FIGUEIREDO**

Defensor Público  
Coordenador/NUSPEN

**EMANUEL QUEIROZ RANGEL**

Defensor Público  
Coordenador de Defesa Criminal

**RICARDO ANDRÉ DE SOUZA**

Defensor Público  
Subcoordenador de Defesa Criminal

**JOÃO GUSTAVO FERNANDES DIAS**

Defensor Público  
Subcoordenador/NUSPEN

**LEONARDO ROSA MELO DA CUNHA**

Defensor Público  
Subcoordenador/NUSPEN



**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

Pacientes: Todas as pessoas em gozo de saída temporária, na modalidade visita temporária ao lar/frequência a curso

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Autoridade coatora: Vara de Execuções Penais

Ação originária: 5092166-18.2020.8.19.0500

Amicus Curiae: Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos - IDDD

Relatora: Des. Maria Sandra Kayat Direito

EMENTA: **HABEAS CORPUS COLETIVO** – EXECUÇÃO PENAL – **PACIENTES: TODAS AS PESSOAS EM GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA, NA MODALIDADE VISITA TEMPORÁRIA AO LAR/FREQUÊNCIA A CURSO** – AÇÃO CONSTITUCIONAL IMPETRADA PELA **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** OBJETIVANDO A SUSPENSÃO DA DECISÃO DA VEP QUE DETERMINOU O RETORNO DOS PACIENTES ÀS UNIDADES PRISIONAIS DE ORIGEM, ALEGANDO QUE O PLANO DE RETORNO APRESENTADO PELA SEAP É VAGO E IMPRECISO, SEM CRITÉRIOS DE CONTROLE EPIDEMIOLÓGICO E SEM ADOÇÃO DE MEDIDAS MÍNIMAS DE PREVENÇÃO – **LIMINAR CONCEDIDA**, PARA SUSPENDER O RETORNO DOS PACIENTES, ATÉ O JULGAMENTO DO MÉRITO DESTA WRIT – **PRELIMINARES** ARGUIDAS PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA DE NÃO CABIMENTO DO **HABEAS CORPUS COLETIVO** E DE ILEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA IMPETRAÇÃO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL DE FORMA COLETIVA – **REJEIÇÃO** - NO PRESENTE CASO, A AÇÃO CONSTITUCIONAL FOI IMPETRADA DE FORMA COLETIVA, REUNINDO TODOS OS APENADOS (REFERIDOS NAS ALÍNEAS “C” E “D” – DECISÃO DO ITEM 1-ANEXO1 OU FLS. 6-DOC. 1-ANEXO1) QUE DEVERIAM RETORNAR ÀS UNIDADES PRISIONAIS DE ORIGEM, INDICANDO A VARA DE EXECUÇÕES PENAS COMO AUTORIDADE COATORA. O **HABEAS CORPUS** É UTILIZADO QUANDO ALGUÉM SOFRE, OU SE ACHA NA IMINÊNCIA DE SOFRER, UM CONSTRANGIMENTO ILEGAL, EM SUA LIBERDADE DE IR E

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 1 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***

VIR, NÃO ADMITINDO EXAME MAIS APROFUNDADO DA PROVA. A REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL É GRATUITA E PODE SER IMPETRADA POR QUALQUER PESSOA, NÃO NECESSITANDO HABILITAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO DE ADVOGADO. QUANTO AO *HABEAS CORPUS* COLETIVO, A LEGITIMIDADE ATIVA ESTÁ DELINEADA NO ARTIGO 12 DA LEI 13.300/2016, POR ANALOGIA AO DISPOSTO EM RELAÇÃO AO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. APÓS O JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 143.641/SP, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A AÇÃO CONSTITUCIONAL PARA TUTELAR O INTERESSE COLETIVO EM SENTIDO ESTRITO, PASSOU A SER ADMITIDO. ASSIM SENDO, CONSIDERANDO QUE A DEFENSORIA PÚBLICA ESTÁ INSERIDA NO ROL ACIMA, BEM COMO A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STF, CONHECE-SE DA PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL - QUANTO AOS PEDIDOS FORMULADOS EM FAVOR DE DIEGO ABELHA PASSOS (DOC. 36) E CRISTIANO FURTADO DE OLIVEIRA (DOC. 48), ESTE *WRIT* NÃO É A VIA ADEQUADA PARA A ANÁLISE INDIVIDUAL DE CADA CASO, DEVENDO A PARTE INTERESSADA PLEITEAR A BENESSE NO PROCESSO DA EXECUÇÃO, JUNTO À VEP, QUE JÁ TEM CONHECIMENTO DA DECISÃO LIMINAR, TENDO TOMADO TODAS AS PROVIDÊNCIAS PARA SEU CUMPRIMENTO. ADUZA-SE QUE, EM CONSULTA REALIZADA NO *SITE* DO TJRJ (SEEU), O JUÍZO DA VEP, EM 29/09/2020, DETERMINOU QUE A SEAP PROVIDENCIE A LIBERAÇÃO DO APENADO DIEGO ABELHA PASSOS, PARA CONTINUAR A USUFRUIR DE VISITA PERIÓDICA AO LAR, UMA VEZ QUE BENEFICIADO PELA LIMINAR EXARADA NO PRESENTE HC. (VER SEQ. 67.1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO Nº 0065148-91.2016.8.19.0001) - O MESMO OCORREU EM RELAÇÃO AO APENADO CRISTIANO FURTADO OLIVEIRA, EM 06/10/2020. ASSIM, PELOS MOTIVOS JÁ MENCIONADOS E POR JÁ TER SIDO CONCEDIDA A EXTENSÃO PELA VEP, NÃO SE CONHECE DOS PEDIDOS FORMULADOS EM FAVOR DE DIEGO E CRISTIANO. **NO MÉRITO:** A QUESTÃO AQUI É AVALIAR SE O PLANO DE RETORNO APRESENTADO PELA SEAP

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 2 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

PREENCHE OS REQUISITOS MÍNIMOS DE SEGURANÇA, REDUZINDO AO MÁXIMO O RISCO DE DISSEMINAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS NAS UNIDADES PRISIONAIS. O MUNDO VIVE UMA PANDEMIA DE COVID-19 QUE JÁ MATOU SÓ NO BRASIL MAIS DE 150.000 PESSOAS EM SETE MESES, COM MAIS DE 5.000.000 DE CASOS NOTIFICADOS DE CONTAMINAÇÃO PELO CITADO VÍRUS, SENDO NECESSÁRIO QUE O ESTADO TOME DECISÕES NO SENTIDO DE REDUZIR OS DANOS À POPULAÇÃO. OS ENCACERADOS POSSUEM IMUNIDADE BAIXA EM RAZÃO DO PRÓPRIO AMBIENTE DAS PENITENCIÁRIAS, INCLUSIVE COM SUPERLOTAÇÃO, O QUE OS DEIXA MAIS SUSCETÍVEIS ÀS DOENÇAS RESPIRATÓRIAS E PULMONARES, COMO TUBERCULOSE E PNEUMONIA. NESTE SENTIDO, A FIM DE EVITAR DANOS MAIORES NOS SISTEMAS PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO, FOI EDITADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA A RECOMENDAÇÃO 62, QUE EM SEU ARTIGO 5º, RECOMENDOU AOS MAGISTRADOS COM COMPETÊNCIA SOBRE A EXECUÇÃO PENAL QUE ADOTASSEM MEDIDAS DE REDUÇÃO DOS RISCOS EPIDEMIOLÓGICOS E DE DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. NESTE VIÉS, OBSERVA-SE, ADEMAIS, QUE O JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS DESTE ESTADO, ATENDENDO REQUERIMENTO DA SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, CONSIDERANDO OS DECRETOS ESTADUAIS Nº 46.970/2020 E 46.973/2020, VEM TOMANDO MEDIDAS TEMPORÁRIAS DE PREVENÇÃO AO CONTÁGIO E PROPAGAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO, TANTO QUE EM MARÇO DE 2020, SEGUINDO AS RECOMENDAÇÕES DO CNJ, DETERMINOU QUE OS APENADOS CUMPRINDO PENA EM REGIME ABERTO, BEM COMO AQUELES EM REGIME SEMIABERTO MAS EM GOZO DE TRABALHO EXTRAMUROS E VISITA PERIÓDICA AO LAR/FREQUÊNCIA A CURSO, ALÉM DAS PESSOAS INTERNADAS PARA CUMPRIMENTO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO COM DIREITO A SAÍDAS TERAPÊUTICAS, NÃO RETORNASSEM

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 3 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***

ÀS SUAS UNIDADES PRISIONAIS DE ORIGEM, PERMANECENDO EM PRISÃO DOMICILIAR EM CARÁTER TEMPORÁRIO. A MEDIDA FOI PRORROGADA DIVERSAS VEZES, SENDO QUE, EM 13/07/2020, O JUÍZO DA VEP DECIDIU PRORROGAR “PELA ÚLTIMA VEZ OS EFEITOS DA DECISÃO ANTERIOR, TENDO EM VISTA A CONTINUIDADE DAS RAZÕES JÁ EXPOSTAS ANTERIORMENTE RELATIVAS A SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DO NOSSO ESTADO E A IMPRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO DA DOENÇA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DESTE ESTADO”, ATÉ O DIA 12/08/2020. NO ENTANTO, EM DECISÃO DE 11/08/2020, PRORROGOU MAIS UMA VEZ A MEDIDA, ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO, EM RELAÇÃO AOS APENADOS EM GOZO DO BENEFÍCIO DE SAÍDA EXTRAMUROS, NA MODALIDADE DE TRABALHO EXTERNO (TEM), E AOS APENADOS EM CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO NAS UNIDADES PRISIONAIS ESTADUAIS (PAD). NO QUE SE REFERE AOS APENADOS EM GOZO DE SAÍDAS EXTRAMUROS, NA MODALIDADE DE VISITA PERIÓDICA AO LAR (VPL) E AQUELES EM GOZO DE SAÍDAS TERAPÊUTICAS, DETERMINOU QUE RETORNASSEM ATÉ O DIA 14/09/2020. AO FINAL, DETERMINOU QUE A SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, NO PRAZO DE 10 DIAS, APRESENTASSE PLANEJAMENTO, CONSIDERANDO AS DATAS DE RETORNO CONSTANTES DA DECISÃO. OCORRE QUE O PLANO DE RETORNO DOS APENADOS APRESENTADO PELA SEAP SE MOSTRA INCOMPLETO, NECESSITANDO DE MAIORES ESCLARECIMENTOS, QUE FORAM REQUERIDOS E NÃO ATENDIDOS, COMO POR EXEMPLO, LISTAGEM COMPLETA DOS BENEFICIADOS, ESCLARECIMENTOS QUANTO AO ISOLAMENTO SANITÁRIO A SER CUMPRIDO, INFORMAÇÕES QUANTO AOS TESTES CLÍNICOS A SEREM REALIZADOS, PERSPECTIVAS DE VISITAÇÃO NAS UNIDADES E LOGÍSTICA EMPREGADA AOS PRESOS QUE OBTIVERAM BENEFÍCIOS AO LONGO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO. ALGUMAS SITUAÇÕES DEVEM SER

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 4 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

PREVISTAS NO PLANO DE RETORNO, INCLUINDO OS APENADOS QUE GOZAM DE SAÍDAS DIÁRIAS (TRABALHO EXTRAMUROS (TEM), COM ISOLAMENTO PERMANENTE, EVITANDO O CONTATO COM OUTROS PRESOS, JÁ QUE NESSE CASO A QUARENTENA POR 14 DIAS FICA IMPRATICÁVEL, CONFORME PARECER TÉCNICO DA FIOCRUZ/ENSP, DE 22/07/2020. O ESPECIALISTA CONCLUIU QUE OS PRESOS QUE ENTRAREM E SAÍREM DIARIAMENTE, EXPOSTOS FORA DA PRISÃO AO RISCO DE CONTAMINAÇÃO DURANTE AS ATIVIDADES LABORATIVAS OU DURANTE O TRANSPORTE COLETIVO, REPRESENTARÃO UM RISCO CONSIDERÁVEL DE INTRODUÇÃO DA COVID-19 NAS UNIDADES PRISIONAIS, SUPERLOTADAS E MAL VENTILADAS, ABRIGANDO ALGUMAS DELAS MAIS DE 2.500 PESSOAS PRESAS, SITUAÇÃO QUE FAVORECE A DISSEMINAÇÃO DA DOENÇA INTRAMUROS. NO MESMO PARECER TÉCNICO CONSTOU QUE OS PORTADORES ASSINTOMÁTICOS E PESSOAS EM PERÍODO DE INCUBAÇÃO, ASSIM COMO OLIGO SINTOMÁTICOS, SUSCEPTÍVEIS DE TRANSMITIREM A COVID-19, NÃO PODEM SER DETECTADOS PELAS MEDIDAS SIMPLES USUALMENTE UTILIZADAS, COMO AFERIÇÃO DE TEMPERATURA OU QUESTIONÁRIO SOBRE SINTOMAS. HÁ TAMBÉM A SITUAÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO, QUE DEVE SER MELHOR AVALIADA NO PRESENTE CONTEXTO, JÁ QUE DIFICULTA, EM MUITO, O ISOLAMENTO SOCIAL RECOMENDADO PELA OMS. DE ACORDO COM O DEMONSTRATIVO APRESENTADO PELA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO SISTEMA PRISIONAL E DIREITOS HUMANOS, AS TAXAS DE OCUPAÇÃO EM 28/07/2020 JÁ SE MOSTRAVAM ELEVADAS. EVIDENCIADA A SUPERLOTAÇÃO EM ALGUMAS UNIDADES PRISIONAIS, COM O RETORNO DOS APENADOS, A CONDIÇÃO DE ISOLAMENTO SOCIAL SE TORNA MAIS COMPLEXA, CHAMANDO A ATENÇÃO PARA O PRESÍDIO CARLOS TINOCO DA FONSECA – SEAPCF QUE TERÁ OCUPAÇÃO PREVISTA PARA 233%; PRESÍDIO LEMOS DE BRITO – SEAPLB PARA 193%; PRESÍDIO DIOMEDES VINHOSA MUNIZ

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 5 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

– SEAPVM PARA 169%; PENITENCIÁRIA INDUSTRIAL ESMERALDINO BANDEIRA – SEAPEB PARA 177%; INSTITUTO PENAL VICENTE PIRAGIBE – SEAPVP PARA 173%; PRESÍDIO DALTON CRESPO DE CASTRO – SEAPDC PARA 154% E INSTITUTO PENAL PLÁCIDO SÁ CARVALHO PARA 125% DE SUAS RESPECTIVAS CAPACIDADES. NESSE CENÁRIO, PODEMOS CITAR O INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO (IPPSC), QUE DESDE JULHO DE 2016 ENCONTRA-SE SOB A JURISDIÇÃO INTERVENTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS, SENDO EDITADA RESOLUÇÃO EM 31/08/2017, PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH), ASSENTANDO QUE O ESTADO NÃO DEMONSTROU A ADOÇÃO DE MEDIDAS CONCRETAS PARA REDUZIR A SUPERLOTAÇÃO E MELHORAR AS CONDIÇÕES DE DETENÇÃO NAQUELE CENTRO. NA RESOLUÇÃO DE 22/11/2018, A MESMA CORTE ESTIPULOU OUTRAS OBRIGAÇÕES MAIS CONCRETAS NO TOCANTE À SUPERLOTAÇÃO. A OCUPAÇÃO DO INSTITUTO VICENTE PIRAGIBE É OBJETO DO PROCESSO Nº 0358308-65.2011.8.19.0001 (6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA) E, NA FORMA DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO DE AGRAVO Nº 0010566-13.2017.8.19.0000 (SEXTA CÂMARA CÍVEL). REGISTRE-SE QUE, EM 27/09/2017, A RELATORA DO AGRAVO ACIMA MENCIONADO, DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO, PROFERIU VOTO, FAZENDO CONSTAR O SEGUINTE: “AO CONTRÁRIO, DEMONSTRA O PETICIONÁRIO QUE A ALOCAÇÃO DOS PRESOS EM CONDIÇÕES DE SUPERLOTAÇÃO TEM SE AGRAVADO, SEM QUE OUTRAS MEDIDAS ALTERNATIVAS TENHAM SIDO IMPLEMENTADAS OU ESTUDADAS, DE FORMA QUE NESTE PROCESSO A ÚNICA COISA POSSÍVEL DE SE FAZER PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA, DENTRO DOS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO, QUANTO AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL EM QUESTÃO, É A LIMITAÇÃO NA FORMA POSTA NA LIMINAR ORIGINÁRIA.” PARA MELHOR ILUSTRAR O QUADRO DE PANDEMIA, O

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 6 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

BOLETIM SEMANAL SOBRE CONTÁGIOS E ÓBITOS NO SISTEMA PRISIONAL E SOCIOEDUCATIVO PUBLICADO PELO CNJ EM 23/09/2020 (ATUALIZADO ATÉ 21/09/2020), INFORMA QUE OS CASOS DE COVID-19 VÊM CRESCENDO DE FORMA IMPORTANTE ENTRE OS SERVIDORES E, ENTRE 15 DE JUNHO A 21 DE SETEMBRO, OS REGISTROS SUBIRAM 359%, PASSANDO DE 678 PARA 3.110 OCORRÊNCIAS NO PERÍODO. JÁ NO SISTEMA PRISIONAL O AUMENTO DE CASOS ENTRE OS SERVIDORES FOI DE 201% (DE 3.149 PARA 9.493). DO TOTAL DE ÓBITOS DE PRESOS, 50% OCORRERAM NA REGIÃO SUDESTE DO PAÍS, ONDE TAMBÉM FORAM REGISTRADOS 43,4% DE ÓBITOS DE SERVIDORES DO SISTEMA PRISIONAL. DESTARTE, É INEGÁVEL QUE A SUPERLOTAÇÃO E AS CONDIÇÕES INSALUBRES DAS UNIDADES PRISIONAIS SÃO FATORES PREPONDERANTES PARA A DISSEMINAÇÃO DO NOVO CORONAVIRUS, MAS COMPETE ÀS AUTORIDADES IMPLEMENTAR MEDIDAS SANITÁRIAS E PREVENTIVAS PARA EVITAR OU DIMINUIR PREJUÍZOS À SAÚDE DOS DETENTOS E DOS SERVIDORES QUE TRABALHAM NAS UNIDADES PRISIONAIS. OBSERVE-SE, AINDA, QUE, CONFORME CONSTA DA DECISÃO DO ITEM1-ANEXO 1, O PROMOTOR DA 2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA (FINAL 4), FRISOU A INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PARA VERIFICAR A SEGURANÇA SANITÁRIA AOS APENADOS, AOS AGENTES E AOS DEMAIS PRESENTES NAS UNIDADES PRISIONAIS. POR OUTRO LADO, NÃO PODEMOS ADMITIR QUE A PANDEMIA DECORRENTE DO COVID-19 SEJA MANEJADA COM UM “CHEQUE EM BRANCO” PARA A LIBERTAÇÃO INDISCRIMINADA DE QUEM SE ENCONTRA DETIDO, DE FORMA CAUTELAR OU EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, SENDO NECESSÁRIA UMA PONDERAÇÃO ENTRE O INTERESSE PARTICULAR DO PRESO E O INTERESSE PÚBLICO, NA GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA, EM RESPEITO AO ART. 5º, *CAPUT*, DA CRFB/88. POR FIM, NÃO OBSTANTE A MANIFESTAÇÃO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO SISTEMA PRISIONAL E DIREITOS HUMANOS, NÃO HÁ

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 7 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

COMO IMPOR À VEP A OBRIGAÇÃO DE ANALISAR INDIVIDUALMENTE OS MAIS DE 3.000 PROCESSOS SEM A DEVIDA PROVOCAÇÃO DA PARTE. NO CASO, CABE AO INTERESSADO REQUERER JUNTO AO JUÍZO A QUO, NO PROCESSO DE EXECUÇÃO, O BENEFÍCIO QUE ENTENDER PERTINENTE. DE TODO O EXPOSTO, ACOLHE-SE PARCIALMENTE O PLEITO, PARA MANTER SUSPENSO O RETORNO DOS REFERIDOS APENADOS POR MAIS 90 DIAS, RECOMENDADO-SE AO JUÍZO DA VEP, SE ENTENDER CABÍVEL, QUE A SEAP APRESENTE NOVO PLANO DE RETORNO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO, DE FORMA MINUCIOSA, ESCLARECENDO, INCLUSIVE, AS DÚVIDAS SUSCITADAS ANTERIORMENTE. APRESENTADO O PLANO PELA SEAP/RJ E EXPIRADO O PRAZO DE 90 DIAS, CABERÁ À VEP, APÓS A MANIFESTAÇÃO DE TODOS OS INTERESSADOS, PROFERIR NOVA DECISÃO, OBSERVANDO A VIABILIDADE DE RETORNO DOS APENADOS, EM TERMOS OPERACIONAIS, ATENTANDO-SE PARA A PRESERVAÇÃO DA SAÚDE FÍSICA E MENTAL DOS PRESOS E SERVENTUÁRIOS, ALÉM DE OUTROS QUE SE FIZEREM PRESENTES NAS UNIDADES PRISIONAIS DESTE ESTADO. **PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM**

**ACÓRDÃO**

**Vistos**, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* **0061763-02.2020.8.19.0000**, em que figura como pacientes todas as pessoas em gozo de saída temporária, na modalidade de visita temporária ao lar/frequência a curso, tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais,

**ACORDAM** os Desembargadores que integram a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada nesta data, **por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e, no mérito, conceder parcialmente a ordem; em relação aos requerentes Diego Abelha Passos e Cristiano Furtado**

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 8 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



**Oliveira, não se conhece do presente writ**, nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

**RELATÓRIO**

A presente ordem de *habeas corpus* (coletivo) foi impetrada em favor de todas as pessoas em gozo de saída temporária, na modalidade de visita temporária ao lar/frequência a curso, alegando constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais, que teria determinado o retorno dos pacientes às unidades prisionais de origem.

A Impetrante argumenta que, em março de 2020, a Vara de Execuções Penais, em razão da pandemia causada pela COVID-19, determinou que os apenados cumprindo pena em regime aberto, bem como aqueles em regime semiaberto, mas em gozo de trabalho extramuros e visita periódica ao lar/frequência a curso, além das pessoas internadas para cumprimento de medida de segurança de internação, com direito a saídas terapêuticas, não retornassem às suas unidades prisionais de origem, permanecendo em prisão domiciliar em caráter temporário.

Após sucessivas prorrogações, em 06 de julho de 2020, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária solicitou a Vara de Execuções Penais nova prorrogação da data de retorno dos apenados em questão, até o dia 12 de agosto de 2020, dando início ao procedimento especial originário da presente ordem de *habeas corpus*.

De acordo com a SEAP, o retorno dos apenados representaria grande risco de contaminação intramuros, já que se tratava de aproximadamente 3.000 apenados com os aludidos benefícios, distribuídos por 17 unidades prisionais, inexistindo disponibilidade de locais para o devido isolamento social dos mesmos.

Em 13/julho/2020, a VEP acolheu os argumentos da SEAP e, conseqüentemente, prorrogou o retorno dos apenados nas situações mencionadas para o dia 12/agosto/2020, determinando, ainda, que a SEAP apresentasse um planejamento de retorno, no qual incluísse a relação das unidades, o isolamento sanitário, o teste clínico sempre e quando possível, a

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 9 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



visitação nas unidades, bem como a logística a ser empregada aos presos que obtiveram durante esse período.

A SEAP apresentou um planejamento em 31/07/2020, mas a Defensoria Pública questionou o referido documento, pois se apresentava vago e impreciso, não indicando critérios de controle epidemiológico, adoção de medidas mínimas de prevenção e afins, de modo que o retorno dos apenados, naquele momento, representar-se-ia prematuro e desaconselhado, tendo, então, solicitado nova prorrogação do retorno dos aludidos apenados, sendo endossada pelo Ministério Público, através da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e de Direitos Humanos, em parecer de 03/08/2020, bem como por diversos Promotores de Justiça em atuação junto à VEP.

Não obstante, em 11/08/2020, a VEP proferiu decisão determinando que os apenados que estavam em gozo de visita periódica ao lar/frequência a curso e os pacientes em medida de segurança com saídas terapêuticas, retornassem às unidades de origem até o dia 14 de setembro, devendo a SEAP apresentar plano detalhado acerca desse retorno, o que ocorreu em 21/08/2020.

Segundo a Impetrante, o novo plano de retorno de apenados nada tinha de novo em relação ao outrora apresentado, apenas com as datas previstas para retorno dos apenados em cada uma das unidades, motivo pelo qual a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos requereu a intimação da SEAP para que fornecesse aos autos listagem nominal dos apenados com saída temporária, enquanto que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio dos signatários da presente ação de habeas corpus, requereu nova prorrogação do prazo de retorno dos apenados em questão, ante a inexistência de indiscutíveis lacunas no planejamento da SEAP quanto ao retorno dos apenados, diante do grave risco à saúde de pessoas privadas de liberdade e aquelas que estariam prestes a retornar.

Na ocasião, a Defensoria Pública ainda postulou ao Juízo da Execução Penal a manutenção em prisão domiciliar das pessoas privadas de liberdade do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC) e do Instituto Penal Vicente Piragibe (IPVP), ambos estabelecimentos prisionais destinados

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 10 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



ao cumprimento de pena em regime semiaberto e que receberiam o maior quantitativo de detentos a partir 10 de setembro.

Ressaltou que a manutenção do regime de recolhimento domiciliar vigente desde março de 2020, a par de despontar como medida de proteção às pessoas privadas de liberdade, aos servidores e a todas as pessoas que gravitam em torno do sistema penitenciário, viabilizaria a manutenção dos atuais patamares de encarceramento – ao menos em níveis semelhantes a 15/03/2016 – e, embora não solucione o gravíssimo problema do inchaço populacional do parque prisional, representaria relevante amenização do quadro de superlotação carcerária e, por arrasto, atenderia às medidas provisórias da Corte IDH quando ao IPPSC e contribuiria para adimplemento da decisão judicial do Recurso de Agravo nº 0010566-13.2017.8.19.0000 em relação ao Instituto Penal Vicente Piragibe (IPVP).

A SEAP, por sua vez, em 06 de julho de 2020, no início do procedimento originário, chegou a alertar que não havia “a possibilidade...*(de) disponibilizar locais para o devido isolamento social de retorno*”, registrando os impetrantes que a quantidade de pessoas privadas de liberdade em regime de recolhimento domiciliar era numericamente inferior ao quadro atual.

Desse modo, requereu em liminar e no mérito, levando-se em conta o “*fumus boni iuris consiste na evidente ausência de planejamento mínimo por parte da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária quanto ao retorno dos apenados em comento, bem como da manutenção das condições sanitárias a justificar a manutenção dessas pessoas longe do parque prisional*” e o “*periculum in mora também se mostra claro, posto que a primeira data indicada pela SEAP para o retorno dos apenados é já no dia 10/09/2020, o que indica a brevidade dessa medida*”, além das periculosidades do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e do Instituto Penal Vicente Piragibe, a suspensão do retorno dos apenados em gozo de saída temporária na modalidade de visita temporária a família/frequência a curso e pacientes cumprindo medida de segurança em gozo de saídas terapêuticas às unidades, até a elaboração de plano adequado pela SEAP e até que as condições sanitárias assim permitam. (doc. 02)

A inicial veio instruída com os documentos do anexo 1.

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 11 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



No doc. 22, a Defensoria Pública informou que a decisão da VEP havia mantido o retorno das pessoas privadas de liberdade aos estabelecimentos prisionais nos precisos termos propostos pela SEAP, iniciando-se já no dia 10/setembro/2020, pelo Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, unidade que se encontra sob a batuta de medidas cautelares da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, reiterou o pedido de concessão da liminar.

O pedido liminar foi deferido no doc. 28, para suspender o retorno dos apenados citados nas alíneas “c” e “d”, da decisão ora combatida, que se encontra no item 1-anexo1 (ou fls. 6-doc. 1-anexo1), datada de 11/08/2020, até o julgamento do mérito da presente ação constitucional.

Outra petição da Defensoria Pública, foi informado que 284 pessoas privadas de liberdade ingressaram, indevidamente, no Instituto Penal Vicente Piragibe, já que foi deferida a liminar nestes autos. Desse modo, pediu a incidência da decisão liminar às referidas pessoas, autorizando que a SEAP/RJ as restitua ao *status quo ante* (recolhimento em regime de prisão domiciliar), mediante a saída da unidade prisional. (doc. 34)

No doc. 36, veio petição subscrita pelo doutor Roger Doyle, PAB/RJ 129.997, pleiteando a concessão do mesmo benefício ao apenado Diego Abelha Passos (em gozo de VPL), uma vez que retornou à unidade prisional de origem (Vicente Piragibe).

No doc. 48, em favor do apenado Cristiano Furtado de Oliveira, representado pela doutora Ana Paula de Oliveira, OAB/RJ, foi requerido o mesmo benefício.

No doc. 54, a DP informou que das 282 pessoas que reingressaram no Instituto Penal Vicente Piragibe no dia 10/setembro/2020, apenas 41 detentos foram postos imediatamente em liberdade. Assim, reiterou o pedido de fls. 34/35.

No doc. 65, proferi decisão determinando que a VEP cumprisse integralmente a decisão concessiva do pedido liminar. No dia 18/09/2020,

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 12 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



determinei que a Secretaria desta Câmara entrasse em contato com o Juízo da VEP, para obter informações sobre o cumprimento das decisões proferidas nos itens 28 e 65.

Para dirimir dúvida do Juízo da VEP, proferi decisão no doc. 176, tendo inclusive indeferido pedido formulado em favor de Diego Abelha Passos.

Doc. 179: pedido da Defensoria Pública para que a SEAP fosse diretamente comunicada ao imediato cumprimento da decisão liminar em relação às pessoas privadas de liberdade que reingressaram no IPVP no dia 10/09/2020, restituindo-as ao regime de prisão domiciliar.

No doc. 188 determinei o encaminhamento da decisão proferida no doc. 28 ao IPVP e à SEAP/RJ, para integral cumprimento. (ver itens 190/191)

Doc. 192: petição da Defensoria Pública apontando que nas informações prestadas às fls. 75, a Autoridade Coatora afirmou que *“as decisões não foram de convicção exclusiva do juízo, mas construída com a participação de todos, inclusive da Defensoria Pública que nas reuniões junto ao GMF não manifestou discordância.”*, além de aduzir que há, à disposição de V. Exa, gravações das mencionadas reuniões.” Esclareceu que a Defensoria Pública jamais deixou de manifestar o seu dissenso em relação ao conteúdo da decisão judicial que desafiara a impetração do presente, tampouco à porosidade do plano de retorno elaborado pela SEAP-RJ. Na mesma petição, a Impetrante trouxe informações de extrema importância, inclusive quadro demonstrativo em que revela o percentual de excedente nas unidades prisionais se houver o retorno de todos os detentos, concluindo que em todas as unidades prisionais com previsão de retorno haveria excesso de contingente populacional com relação ao número de vagas.

Contribuindo com o debate, a Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos apresentou manifestação no item 205, de prorrogação do prazo de afastamento dos apenados ora em saída temporária por 30 dias, devendo ser acompanhado de esforço concentrado de avaliação individual do cabimento de PAD ou outro benefício da execução penal, assim como definição de cronograma de retorno

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 13 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



correspondente. Vieram também documentos, alguns inéditos. (docs. 213/277)

PJTSP: Por oportuno, entendo necessário transcrever a conclusão da

- “i. Não são aferidos neste parecer pressupostos objetivos ou subjetivos inerentes à execução penal, matéria de atribuição exclusiva das Promotorias de Execução Penal, ainda que apreciadas sob a perspectiva concentrada de tutela de interesses individuais homogêneos.*
- ii. A indicação de retorno ao cárcere de 3.206 apenados em gozo de saída temporária é avaliada por esta PJTSP sob a perspectiva da viabilidade operacional das medidas de controle sanitário, frente aos impactos da epidemia do COVID-19 no sistema prisional fluminense.*
- iii. Entende esta PJTSP que sucessivas prorrogações de prazos de afastamento foram e podem ainda ser necessárias, porém acarretam a formação de um grande contingente de apenados com indefinição de retorno.*
- iv. O planejamento de recepção de apenados em retorno de saída temporária pressupõe a definição desse quantitativo e identificação do perfil prisional para fins de cumprimento de protocolos sanitários.*
- v. Quanto maior o número de apenados com projeção de retorno, menor será a possibilidade de recepção adequada desse contingente.*
- vi. Quanto menores as condições de recepção dos apenados em retorno, maiores serão os riscos e os impactos de proliferação da epidemia no ambiente prisional.*
- vii. A redução do quantitativo de apenados com perspectiva de retorno demanda inevitável avaliação judicial de pressupostos objetivos e subjetivos para concessão de benefícios da execução penal, o que deve se dar sob a perspectiva de individualização da pena nas cartas de execução.*

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 14 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

viii. *As condições históricas de operação das unidades prisionais são deficientes, em especial diante da insuficiência de servidores, superlotação, instalações inadequadas, desassistência material e falhas de assistência em saúde.*

ix. *O cenário epidemiológico demanda a consideração dos riscos sanitários e limites operacionais para a condução dos processos decisórios, sejam eles coletivos ou individuais.*

x. *A PJTSP não se opõe ao protocolo sanitário apresentado pela SEAP que, s.m.j., atende aos padrões mínimos exigíveis.*

xi. *Assevera que o sistema prisional fluminense apresenta reduzida capacidade de atendimento aos protocolos sanitários estabelecidos, isto diante das taxas de ocupação verificadas e o quantitativo de apenados com projeção de retorno.*

xii. *A PJTSP reafirma que o afastamento temporário de apenados em saída temporária se apresentou como medida fundamental e de significativo impacto na prevenção e controle sanitário no ambiente prisional, sem a qual os resultados apurados seriam insustentáveis.*

xiii. *Entende que novas prorrogações devem ser acompanhadas de esforço concentrado na avaliação de benefícios legais e situação individual de apenados, objetivando, pelos fundamentos acima, a dispensa de retorno sempre que possível.*

xiv. *Para tanto, a definição de cronograma de retorno de apenados em saída temporária merece ser antecedida de metas de avaliação dos respectivos processos individuais de execução.*

xv. *Superados os esforços de revisão individual, restará à SEAP comprovar todas as medidas efetivamente adotadas para ampliação da capacidade de recepção e justificar a viabilidade de retorno do efetivo remanescente."*

Informações da VEP nos itens: 74/118; 124/143; 151/173 e 286.

Pleito da Procuradoria de Justiça no sentido de realizar diligências, o que restou indeferido no item 304. (doc. 291)

A Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo parcial conhecimento do *writ*, somente em relação aos pacientes

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 15 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



necessitados/assistidos pela Defensoria Pública. No mérito, pela parcial concessão da ordem:

*“para que os pacientes retornem às unidades prisionais em prazo não superior a 30 (trinta) dias, de acordo com o Quadro de Fluxo de Retorno a ser estruturado pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, a qual deverá apresentar à autoridade coatora o cronograma de retorno, conforme cada unidade prisional, consolidando-se a medida liminar. 3. por razão de isonomia de tratamento, aos demais condenados beneficiados por saída temporária na modalidade Visita Periódica ao Lar/Frequência a curso e aos em gozo de medida de segurança com saídas terapêuticas, deferida a EXTENSÃO, haja vista que a parcial concessão da ordem não estará fundada em motivos de caráter exclusivamente pessoal, nos termos do art. 580 do CPP (decisão benéfica por não ter sido denegada a ordem).” (doc. 306, repetido nos itens 354, 402 e 450)*

No doc. 500, a Defensoria de Justiça requereu a extensão do benefício às pessoas que estavam com retorno à unidade prisional para o dia 18/10/2020. O pedido foi indeferido no doc. 506.

No doc. 517, foram deferidos pedidos de sustentação oral, formulados pela Defensoria Pública e pela Procuradoria de Justiça.

Entrementes, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD) apresentou petição, pleiteando sua admissão no feito como *Amicus Curiae*, requerendo também a concessão da ordem de habeas corpus coletivo, para garantir o direito à prisão domiciliar de todos aqueles apenados em gozo de saída temporária na modalidade de visita temporária a família e/ou frequência a curso, bem como cumprindo medida de segurança em gozo de saídas terapêuticas. Deseja ainda realizar sustentação oral. (docs. 520/653)

No doc. 662, a Procuradoria de Justiça se manifestou pelo deferimento do pedido, definindo como poder do *amicus curiae* a sustentação

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 16 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***



oral, apenas e tão-somente nos limites da impetração e suas peças de acréscimo (divisas dos pedidos), sendo que razões, argumentos e pedidos diversos contidos no requerimento de ingresso devem ser considerados alheios e afastados do presente *writ*.

No doc. 670 consta petição do IDDD, indicando o advogado que realizará a sustentação oral, qual seja, doutor Guilherme Ziliani Cernelós, OAB/SP 220.558.

No doc. 673 proferi decisão deferindo o pedido do IDDD.

É o sucinto relatório.

**VOTO**

No presente caso, a ação constitucional foi impetrada de forma coletiva, reunindo todos os apenados (referidos nas alíneas “c” e “d” – decisão do item 1-anexo1 ou fls. 6-doc. 1-anexo1) que deveriam retornar às unidades prisionais de origem, indicando a Vara de Execuções Penais como autoridade coatora.

Como é de conhecimento, o *habeas corpus* é utilizado quando alguém sofre, ou se acha na iminência de sofrer, um constrangimento ilegal, em sua liberdade de ir e vir, não admitindo exame mais aprofundado da prova.

A referida ação constitucional pode ser impetrada por qualquer pessoa, não necessitando habilitação ou representação de advogado, sendo gratuita.

Quanto ao *habeas corpus* coletivo a legitimidade ativa está delineada no artigo 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao disposto em relação ao mandado de injunção coletivo.

Segue a íntegra do citado dispositivo legal:

*“Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:*

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 17 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

*I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;*

*II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;*

*III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;*

*IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal."*

Devemos nos recordar que, após o julgamento do *habeas corpus* nº 143.641/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, a ação constitucional para tutelar o interesse coletivo em sentido estrito, passou a ser admitido.

Assim sendo, considerando que a Defensoria Pública está inserida no rol acima, bem como a atual jurisprudência do STF, conheço da ação constitucional.

Quanto aos pedidos formulados em favor de Diego Abelha Passos (doc. 36) e Cristiano Furtado de Oliveira (doc. 48), entendo que este *writ* não é a via adequada para a análise de cada caso, individualmente, devendo a parte interessada pleitear a benesse no processo da execução, junto à VEP, que já tem conhecimento da decisão liminar, tendo, a princípio, tomado todas as providências no sentido de dar cumprimento à mesma.

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 18 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***



Aduza-se que, em consulta realizada no site do TJRJ (SEEU), o Juízo da VEP, em 29/09/2020, já determinou que a SEAP tome as devidas providências no sentido de liberar o apenado Diego Abelha Passos, para continuar a usufruir de visita periódica ao lar, uma vez que beneficiado pela liminar exarada no presente HC. (ver Seq. 67.1 do processo de execução nº 0065148-91.2016.8.19.0001)

O mesmo ocorreu em relação ao apenado Cristiano Furtado Oliveira, em 06/10/2020.

Assim, pelos motivos já mencionados e por já ter sido concedida a extensão pela VEP, não conheço dos pedidos formulados em favor de Diego e Cristiano.

Antes de analisar o mérito, faço um breve relato do caso.

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 19 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***



Em março de 2020, a Vara de Execuções Penais, em razão da pandemia causada pelo COVID-19, determinou que os apenados cumprindo pena em regime aberto, bem como aqueles em regime semiaberto, mas em gozo de trabalho extramuros e visita periódica ao lar/frequência a curso, além das pessoas internadas para cumprimento de medida de segurança de internação, com direito a saídas terapêuticas, não retornassem às suas unidades prisionais de origem, permanecendo em prisão domiciliar em caráter temporário.

Em 06 de julho de 2020, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária solicitou a Vara de Execuções Penais nova prorrogação da data de retorno dos apenados em questão, até o dia 12 de agosto de 2020, dando início ao procedimento especial originário (5092166-18.2020.8.19.0500) da presente ordem de *habeas corpus*.

De acordo com a SEAP, o retorno dos apenados representaria grande risco de contaminação intramuros, já que se tratava de aproximadamente 3.000 apenados com os aludidos benefícios, distribuídos por 17 unidades prisionais, inexistindo disponibilidade de locais para o devido isolamento social dos mesmos.

Em 13/julho/2020, a VEP prorrogou o retorno dos apenados para o dia 12/agosto/2020, determinando, ainda, que a SEAP apresentasse um planejamento de retorno, no qual incluísse a relação das unidades, o isolamento sanitário, o teste clínico sempre e quando possível, a visita nas unidades, bem como a logística a ser empregada aos presos que obtiveram durante esse período.

A SEAP apresentou um planejamento em 31/07/2020, mas a Defensoria Pública questionou o referido documento, pois se apresentava vago e impreciso, não indicando critérios de controle epidemiológico, adoção de medidas mínimas de prevenção e afins, de modo que o retorno dos apenados, naquele momento, representar-se-ia prematuro e desaconselhado, tendo, então, solicitado nova prorrogação do retorno dos aludidos apenados, sendo endossada pelo Ministério Público, através da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e de Direitos Humanos, em parecer de 03/08/2020, bem como por diversos Promotores de Justiça em atuação junto à VEP.

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br  
- 20 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***



No dia 11/08/2020, a VEP proferiu decisão determinando que os apenados que estavam em gozo de visita periódica ao lar/frequência a curso e os pacientes em medida de segurança com saídas terapêuticas, retornassem às unidades de origem até o dia 14 de setembro, devendo a SEAP apresentar plano detalhado acerca desse retorno, o que ocorreu em 21/08/2020.

Insatisfeita, a Defensoria Pública impetrou o presente writ, a fim de suspender os efeitos da decisão, até o julgamento do writ.

O pedido liminar foi deferido, para suspender o retorno dos apenados em gozo de saída temporária na modalidade de visita temporária a família/frequência a curso e pacientes cumprindo medida de segurança em gozo de saídas terapêuticas às unidades, até o julgamento do mérito da presente ação constitucional.

Feito isso, passo à análise do mérito da presente ordem de *habeas corpus*, que se mostra extremamente complexo e urgente.

Como podemos observar, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não busca, através deste writ, a concessão de prisão albergue domiciliar para os quase 3.000 apenados, nem pretende tornar mais importante o “empirismo do hermeneuta” do que as “sugestões e planejamentos dos autores das Notas Técnicas constantes dos autos.”

A meu sentir, os argumentos da Defensoria Pública são plausíveis, tanto que a própria Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos opinou pela prorrogação por mais 30 dias e não afastou a necessidade de outras prorrogações.

Ademais, o Ministério Público, desde a decisão proferida pela VEP em março do corrente ano, não recorreu de qualquer prorrogação, sendo de acrescentar que o MP concordou com todas elas, tendo inclusive apresentado requerimento no sentido de a VEP estender autorização da





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



saída imediata a presos em regime semiaberto em gozo de VPF, por 30 dias (19/03/2020).

A questão aqui é avaliar se o plano de retorno apresentado pela SEAP preenche os requisitos mínimos de segurança, reduzindo ao máximo o risco de disseminação do coronavírus nas unidades prisionais.

Lamentavelmente, o mundo vive numa profunda pandemia causada pela COVID-19, que já matou só no Brasil mais de 150.000 pessoas, havendo mais de 5.000.000 de casos notificados de contaminação pelo vírus, sendo necessário que o Estado tome decisões no sentido de reduzir os danos à população.

Como é de sabença, os encarcerados possuem imunidade mais baixa em razão do ambiente das penitenciárias, inclusive com superlotação, o que os deixa mais suscetíveis às doenças como tuberculose e pneumonia.

Nesse sentido, a fim de evitar danos maiores nos sistemas prisional e socioeducativo, foi editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação 62, com as seguintes finalidades específicas:

*“Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.*

*Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:*

*I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com*

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 22 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



*especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;*

*II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e*

*III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.”*

Em seu artigo 5º, recomendou aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerassem as seguintes medidas:

*I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às:*

*a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco;*

*b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;*

*II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação*

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 23 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

*do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;*

*III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;*

*IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;*

*V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias;*

*Parágrafo único. Em caso de adiamento da concessão do benefício da saída temporária, o ato deverá ser comunicado com máxima antecedência a presos e seus familiares, sendo-lhes informado, assim que possível, a data reagendada para o usufruto, considerando as orientações das autoridades sanitárias relativas aos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do novo coronavírus.*

Neste viés, observa-se, ademais, que o Juízo da Vara de Execuções Penais deste Estado, atendendo requerimento da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária, considerando os Decretos estaduais nº 46.970/2020 e 46973/2020, vem tomando medidas temporárias de prevenção ao contágio e propagação do novo coronavírus (COVID-19) no sistema penitenciário, tanto é que em março de 2020, seguindo as recomendações do CNJ, determinou que os apenados cumprindo pena em regime aberto, bem como aqueles em regime semiaberto mas em gozo de trabalho extramuros e visita periódica ao lar/frequência a curso, além das

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 24 -







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

peçoas internadas para cumprimento de medida de segurança de internação com direito a saídas terapêuticas, não retornassem às suas unidades prisionais de origem, permanecendo em prisão domiciliar em caráter temporário.

A medida foi prorrogada diversas vezes, sendo que, em 13/07/2020, o Juízo da VEP decidiu prorrogar “pela última vez os efeitos da decisão anterior, tendo em vista a continuidade das razões já expostas anteriormente relativas a situação de emergência de saúde pública do nosso Estado e a imprescindibilidade de manutenção das medidas de prevenção da doença no sistema penitenciário deste Estado”, até o dia 12/08/2020.

No entanto, em decisão de 11/08/2020, prorrogou mais uma vez a medida, até ulterior deliberação, em relação aos apenados em gozo do benefício de saída extramuros, na modalidade de trabalho externo (TEM), bem como aos apenados em cumprimento de pena em regime aberto nas unidades prisionais estaduais (PAD).

No que se refere aos apenados em gozo de saídas extramuros, na modalidade de visita periódica ao lar (VPL) e aqueles em gozo de saídas terapêuticas, determinou que retornassem até o dia 14/09/2020.

Ao final, determinou que a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado, no prazo de 10 dias, apresentasse planejamento, considerando as datas de retorno constantes da decisão.

Ocorre que, a meu sentir, o plano de retorno dos apenados apresentado pela SEAP se mostra incompleto, necessitando de maiores esclarecimentos que foram requeridos e não atendidos, como por exemplo, listagem completa dos beneficiados, esclarecimentos quanto ao isolamento sanitário a ser cumprido, informações quanto aos testes clínicos a serem realizados, perspectivas de visitação nas unidades e logística empregada aos presos que obtiveram benefícios ao longo do período de afastamento.





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



Algumas situações devem ser previstas no plano de retorno, incluindo aquelas pessoas que gozam de saídas diárias (trabalho extramuros (TEM), para que o isolamento seja permanente e não haja contato com outros presos, já que nesse caso a quarentena por 14 dias fica impraticável, conforme Parecer Técnico da FIOCRUZ/ENSP, de 22/07/2020.

O Especialista concluiu que os presos que entrarem e saírem diariamente, expostos fora da prisão ao risco de contaminação durante as atividades laborativas ou durante o transporte coletivo, representarão um risco considerável de introdução da COVID-19 nas unidades prisionais, superlotadas e mal ventiladas, abrigando algumas delas mais de 2.500 pessoas presas, situação que favorece a disseminação da doença intramuros.

No mesmo parecer técnico constou que os portadores assintomáticos e pessoas em período de incubação, assim como oligo sintomáticos, susceptíveis de transmitirem a COVID-19, não podem ser detectados pelas medidas simples usualmente utilizadas, como aferição de temperatura ou questionário sobre sintomas.

Temos também a situação da superlotação, que deve ser melhor avaliada no presente contexto, já que dificulta em muito o isolamento social recomendado pela OMS.

De acordo com o demonstrativo apresentado pela Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos, as taxas de ocupação em 28/07/2020 já se mostravam elevadas:

SEAPCK	- 64%
SEAPBD	- 74%
SEAPPC	- 78%
SEAPNS	- 85%
SEAPEC	- 93%

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 26 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***

SEAPIS	- 93%
SEAPAM	- 97%
SEAPCM	- 110%
SEAPFS	- 140%
SEAPDC	- 142%
SEAPVP	- 143%
SEAPEB	- 150%
SEAPVM	- 153%
SEAPLB	- 178%
SEAPCF	- 219%

Já evidenciada a superlotação em algumas unidades prisionais, com o retorno dos apenados, a condição de isolamento social se torna mais complexa.

Vejamos:

Unidade	28/07/2020	Ocupação Prevista
SEAPCF	- 219%	- 233%
SEAPLB	- 178%	- 193%
SEAPVM	- 153%	- 169%
SEAPEB	- 150%	- 177%
SEAPVP	- 143%	- 173%

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 27 -





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**

SEAPDC	- 142%	- 154%
SEAPPC	- 78%	- 125%

É de fácil conclusão que houve acentuado aumento na ocupação das unidades prisionais, chamando a atenção para o Presídio Carlos Tinoco da Fonseca – SEAPCF que terá ocupação prevista para 233%; Presídio Lemos de Brito – SEAPLB para 193%; Presídio Diomedes Vinhosa Muniz – SEAPVM para 169%; Penitenciária Industrial Esmeraldino Bandeira – SEAPEB para 177%; Instituto Penal Vicente Piragibe – SEAPVP para 173%; Presídio Dalton Crespo de Castro – SEAPDC para 154% e Instituto Penal Plácido Sá Carvalho - SEAPPC para 125% de suas respectivas capacidades.

Nesse cenário, podemos citar o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), que desde julho de 2016 encontra-se sob a jurisdição interventiva do sistema interamericano de direitos humanos, sendo editada resolução em 31/08/2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), assentando que o Estado não demonstrou a adoção de medidas concretas para reduzir a superlotação e melhorar as condições de detenção nesse centro. Na Resolução de 22/11/2018, a mesma Corte estipulou outras obrigações mais concretas no tocante à superlotação.

A ocupação do Instituto Vicente Piragibe é objeto do processo nº 0358308-65.2011.8.19.0001 (6ª Vara de Fazenda Pública) e, na forma da decisão proferida no Recurso de Agravo nº 0010566-13.2017.8.19.0000 (Sexta Câmara Cível).

Deixo registrado que, em 27/09/2017, a Relatora do Agravo acima mencionado, Des. Inês da Trindade Chaves de Melo, proferiu voto, fazendo constar o seguinte: *“Ao contrário, demonstra o peticionário que a alocação dos presos em condições de superlotação tem se agravado, sem que outras medidas alternativas tenham sido implementadas ou estudadas, de forma que neste processo a única coisa possível de se*







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



*fazer para proteção dos direitos fundamentais da população carcerária, dentro dos limites do Poder Judiciário, quanto ao estabelecimento prisional em questão, é a limitação na forma posta na liminar originária.”*

Para melhor ilustrar o quadro de pandemia, trago ao bojo do feito informações obtidas através do boletim semanal sobre contágios e óbitos no sistema prisional e socioeducativo publicado pelo CNJ em 23/09/2020 (atualizado até 21/09/2020), no qual consta que os casos de Covid-19 vêm crescendo de forma importante entre os servidores e, entre 15 de junho a 21 de setembro, os registros subiram 359%, passando de 678 para 3.110 ocorrências no período. Já no sistema prisional o aumento de casos entre os servidores foi de 201% (de 3.149 para 9.493).

Do total de óbitos de presos, 50% ocorreram na região sudeste do país, onde também foram registrados 43,4% de óbitos de servidores do sistema prisional.

No último boletim, atualizado em 05/outubro/2020, foram constatados, entre presos, 29.600 casos confirmados e 115 óbitos registrados; entre servidores, foram 9.995 casos confirmados e 84 óbitos registrados. Assim, restaram totalizados 39.595 casos confirmados, com aumento de 28,9%, nos últimos 30 dias, e 199 óbitos, com aumento de 8,8%, no mesmo período.

Conforme constou do referido boletim, “a permanência de um crescimento mais elevado nos números da Covid-19 nas prisões pode revelar uma condição temerária e que é objeto de preocupação de muitos especialistas: a de que o contexto prisional, com entrada e saída constante de pessoas e baixas condições de prevenção, pode se converter em um local de difícil mitigação do vírus, que poderia se manter reproduzindo-se indefinidamente, a exemplo do que já ocorreu com outras doenças.”

A SEAP/RJ informou o óbito de 14 internos e 5 servidores com confirmação para COVID-19, originários de 15 unidades distintas, e 312 internos foram diagnosticados com o mesmo vírus. Foram informados 18







**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**

**Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000**



óbitos com causa indeterminada e 8 decorrentes de doença respiratórias, de 14/03/2020 a 20/07/2020.

Destarte, é inegável que a superlotação e as condições insalubres das unidades prisionais são fatores preponderantes para a disseminação do novo coronavírus, mas compete às autoridades implementar medidas sanitárias e preventivas para evitar ou diminuir prejuízos à saúde dos detentos, bem como dos servidores que convivem com aqueles diuturnamente, com exposição constante.

Assim, a manutenção de presos em situações precárias e com superlotação em meio a uma pandemia de uma doença inédita e grave, poderia configurar até mesmo violação a princípios constitucionais.

Vejo ainda que, conforme consta da decisão do item1-anexo 1, o Promotor da 2ª Promotoria de Justiça (final 4), frisou a inexistência de elementos para verificar a segurança sanitária aos apenados, aos agentes e aos demais presentes nas unidades prisionais.

Por outro lado, não podemos admitir que a pandemia decorrente da Covid-19 seja manejada com um “cheque em branco” para a libertação indiscriminada de quem se encontra detido, de forma cautelar ou em decorrência de sentença condenatória, sendo necessária uma ponderação entre o interesse particular do preso e o interesse público, na garantia da segurança pública, em respeito ao art. 5º, *caput*, da CRFB/88.

Por fim, não obstante manifestação da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e de Direitos Humanos, não vejo como impor à VEP a obrigação de analisar individualmente os mais de 3.000 processos sem a devida provocação da parte. No caso, cabe ao interesse requerer junto ao Juízo *a quo*, no processo de execução, o benefício que entender pertinente.

De todo o exposto, deve o pleito ser acolhido parcialmente, para se manter suspenso o retorno dos referidos apenados por mais 90 dias, a





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Primeira Câmara Criminal**



***Habeas corpus nº 0061763-02.2020.8.19.0000***

contar do julgamento deste *writ*, recomendando-se ao Juízo da VEP, se entender cabível, que a SEAP apresente novo plano de retorno ao Juízo da Execução, de forma minuciosa, esclarecendo, inclusive, as dúvidas suscitadas anteriormente. Apresentado o plano pela SEAP/RJ e expirado o prazo de 90 dias, caberá à VEP, após a manifestação de todos os interessados, proferir nova decisão, observando a viabilidade de retorno dos apenados, em termos operacionais, atentando-se para a preservação da saúde física e mental dos presos e serventuários, além de outros que se fizerem presentes nas unidades prisionais deste Estado

Destarte, rejeito a preliminar e no mérito, voto pela concessão parcial da ordem, nos termos da fundamentação retro.

Quanto aos pedidos de extensão do benefício a Diego Abelha Passos e Cristiano Furtado Oliveira, voto pelo não conhecimento como acima fundamentado.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2020

**DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO**  
**RELATORA**

Secretaria da Primeira Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 101 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5178 – E-mail: 01ccri@tjrj.jus.br

- 31 -



## **CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA PARA AFASTAR MULTA IMPOSTA AO CEJUR POR SUPOSTO ABANDONO DA DEFENSORIA EM PROCESSO DE JÚRI**

**José Augusto Garcia de Sousa**

Defensor público no estado do Rio de Janeiro  
Diretor-geral do Centro de Estudos Jurídicos

**Resumo:** Em virtude do não comparecimento da Defensoria a sessão do tribunal do júri na comarca de Magé, foi imposta ao CEJUR (que obviamente nada tinha a ver com a situação) multa equivalente a 30 (trinta) salários mínimos. Não tendo havido reconsideração da decisão, fez-se necessária a apresentação de correção parcial, na qual se listaram vários fundamentos para a cassação da medida sancionatória. A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à correção parcial, à unanimidade, para afastar a elevada – e injusta – multa. O diretor-geral do CEJUR elaborou a correção parcial e fez sustentação oral na sessão de julgamento, ocorrida em 01/07/21.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Tribunal do júri. Abandono processual. Sanção. Fundo orçamentário especial. Centro de Estudos Jurídicos. Correção parcial. Cassação da multa.

## **EXMO. SR. SEGUNDO VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Referência:** Proc. 0272243-23.2018.8.19.0001 (Vara Criminal de Magé)

**O CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** (doravante CEJUR), órgão da Defensoria Pública responsável pelo fundo orçamentário especial previsto pela Lei estadual n. 1.146/1987, vem, pelo seu Diretor-Geral, e-mail [jose.sousa@defensoria.rj.def.br](mailto:jose.sousa@defensoria.rj.def.br), apresentar

### **CORREIÇÃO PARCIAL**

em face de ato do r. Juízo de Direito da Vara Criminal de Magé eivado de erro de ofício e abuso de poder, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

Requer-se seja recebida e distribuída a presente reclamação, para que possa, ao final, receber o merecido acolhimento, com a cassação do ato impugnado, sem embargo da concessão de medida liminar (adiante declinada) que também se faz imperiosa.

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2021.

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA**  
Defensor Público – matr. 265.801-1

## OS FATOS E FUNDAMENTOS DESTA CORREIÇÃO PARCIAL

Egrégia Câmara:

### 1. OS FATOS

Na Vara Criminal de Magé, juízo reclamado, tramita processo criminal em face de HGS, acusado de homicídio (com a qualificadora do feminicídio) – Processo 0272243-23.2018.8.19.0001. A Defensoria Pública, desde o começo do processo, patrocina a defesa do réu, conforme cópias anexas de peças dos autos (eletrônicos).

Pronunciado o réu, ocorreu a designação de data para o julgamento pelo júri. Uma primeira data foi desmarcada, redesignando-se para 19/10/20 o julgamento, tendo sido cientificada da nova data a defensora pública em atuação junto ao juízo.

Ocorre que a defensora, em razão de ..., foi colocada em *home office* (conforme demonstrado por documentação anexada aos autos), não podendo, dessa forma, participar do júri do dia 19/10/20 ou de qualquer outro ato presencial.

Em virtude do seu impedimento, a defensora entrou em contato com a administração da Defensoria para que fosse providenciada(o) substituta(o). No tocante aos júrís do mês de outubro, enviou a defensora à administração a respectiva pauta (p. 339/340 dos autos do processo).

**Saliente-se que a pauta do júri do dia 19/10/20 (p. 339) não mencionou, por lapso, a participação da Defensoria Pública, consignando apenas a participação de dois advogados (que funcionam na assistência do Ministério Público). Isso sem dúvida induziu em erro o órgão movimentador da Defensoria, que deixou de nomear defensor ou defensora para o ato.**

Obviamente, não havia qualquer propósito de recusar assistência jurídica aos processos de júri de Magé, tanto assim que, no tocante ao júri de uma semana depois, 26/10/20 – consignado corretamente na pauta como processo em que a Defensoria Pública funcionava (p. 340) – foi designado defensor para o ato, conforme também se provou no processo.

Não comparecendo a Defensoria, sobreveio a decisão reclamada, *verbis*:

(...) Tendo em vista que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro abandonou o processo, deixando de designar Defensor Público para comparecer ao ato – e a despeito da intimação certificada no indexador 262 –, APLICO ao fundo mantido pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR-DPGE) a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, sanção ora fixada em 30 (trinta) salários mínimos – R\$ 31.350,00 (trinta e um mil trezentos e cinquenta reais) –, havendo sido o arbitramento empreendido à luz (i) do prejuízo causado pelo abandono, uma vez que a presente sessão plenária envolvia dezenas de pessoas (jurados, este magistrado, as testemunhas, a representante do Parquet, o advogado assistente de acusação e o réu), que compareceram às dependências do Fórum mesmo diante das dificuldades e das medidas sanitárias vigentes, as quais decorrem da pandemia em curso e (ii) da notória capacidade econômica do fundo mantido por aquela instituição. Preclusa a presente decisão, e não havendo recolhimento voluntário da multa no prazo de 15 (quinze) dias, certifique-se e expeça-se certidão de crédito ao DEGAR.



Assim, de maneira surpreendente, o ora reclamante, CEJUR, foi alvejado por multa em processo do qual, por óbvio, não participava.

Tendo chegado ao conhecimento do órgão a decisão, buscou-se a reconsideração, em petição alentada à qual foram anexados vários documentos (p. 313-344).

O processo seguiu então para o Ministério Público, que não se opôs à reconsideração (p. 352).

Conclusos os autos em 16/03/21, sobreveio decisão em 12/04/21, não reconsiderando a imposição de multa. Os motivos expostos foram os seguintes (p. 354):

Em que pese o pedido de reconsideração apresentado às fls. 313/326, mantenho a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal, arbitrada em desfavor do CEJUR, fixada em 30 (trinta) salários mínimos, R\$ 31.350,00 (trinta e um mil trezentos e cinquenta reais), pelas razões expostas no item 3 da decisão de fls. 293/294.

Cumpre ressaltar, ainda, que a defensora pública afastada do trabalho presencial por pertencer a grupo de risco, instruiu o e-mail direcionado à corregedoria da Defensoria Pública com cópia das pautas de audiências em que teria atuação, para eventual designação de defensor, em caso de impossibilidade de realização das audiências pelas defensoras tabelares, restando, portanto, evidente, a ciência do órgão quanto aos processos com as audiências marcadas, mantendo-se inerte por pura desídia.

Assim, intime-se o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - (CEJUR-DPGE) a fim de proceder ao recolhimento voluntário da multa no prazo de 15 (quinze) dias. Em caso de inércia, certifique-se e expeça-se certidão de crédito ao DEGAR.

Repare-se que a decisão acima não enfrentou minimamente a argumentação lançada na petição de reconsideração. **Sobretudo deixou de ser enfrentado o argumento, crucial, de que tudo teve origem em um lapso cartorário do próprio juízo.** Ora, em nenhum momento nega o ora reclamante que a defensora pública tenha procurado o órgão movimentador da Defensoria para a nomeação de substituto. Ela realmente o fez, anexando a pauta de audiências. Como não havia previsão de atuação da Defensoria no júri do dia 19/10/20, nenhum defensor foi nomeado. **Para o júri do dia 26/10/20, em que se consignava na pauta a atuação da Defensoria, houve designação.**

**Enfim, a Defensoria não teria motivo algum para deixar de designar defensor para o júri do dia 19/10/20!**

Não tendo havido reconsideração, foi expedido mandado de intimação ao CEJUR (por via eletrônica). O mandado foi acostado aos autos em **24/04/20**, nele se certificando a cientificação de servidora do CEJUR, que fez chegar a notícia ao defensor que subscreve a presente.

Eis aí, portanto, a resenha dos fatos processuais que interessam à presente reclamação.

## 2. O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

De acordo com o art. 210 do Regimento Interno desse egrégio TJ/RJ, são suscetíveis de correção, mediante reclamação da parte ou do órgão do Ministério Público, os despachos irrecorríveis que “resultem de erro de ofício ou abuso de poder”.

Trata-se, em primeiro lugar, de pronunciamento judicial para o qual não há nenhum recurso previsto, dizendo respeito aliás a um órgão que não participava do processo. O simples relato dos fatos, ademais, demonstra tratar-se de manifestação que resulta de erro de ofício e também de abuso de poder, tamanho é, *data venia*, o despropósito da imputação de multa ao CEJUR, conforme se verificará de modo mais aprofundado a seguir.

Outrossim, o CEJUR compareceu aos autos, de forma espontânea (ainda não tinha sido intimado de nada), e requereu a reconsideração da decisão reclamada, conforme exige o par. único do art. 211 do Regimento Interno.

Não tendo havido reconsideração, fez-se necessária esta reclamação, que é manifestada dentro do prazo estabelecido pelo caput do art. 211 do Regimento Interno, sequer se utilizando o prazo em dobro deferido aos defensores públicos em todas as suas manifestações processuais.

Diga-se, ainda, que anexas seguem cópias das principais peças do processo, incluídas as mencionadas no art. 212 do Regimento Interno. A única peça mencionada no art. 212 que não será incluída, por motivos óbvios, é o instrumento de mandato conferido ao advogado, uma vez que se trata de atuação da Defensoria Pública.

Dessa forma, estão presentes, sem qualquer sombra de dúvida, os requisitos de admissibilidade para o conhecimento da presente reclamação.

### 3. A NECESSIDADE DE CASSAÇÃO DO ATO RECLAMADO: UMA PLETORA DE MOTIVOS

A simples narração fática, reitere-se, já demonstra claramente o grande equívoco em que incidiu o juízo reclamado.

Jamais houve qualquer intenção de deixar o júri de Magé sem defensor, **tudo decorrendo de um lapso que teve origem em falha cartorária**, que elaborou a pauta de julgamentos sem consignar a presença da Defensoria no júri de 19/10/20.

Insista-se. Para vários outros júris na mesma comarca (conforme documentação anexa), inclusive para o júri realizado uma semana depois, a Defensoria nomeou defensores para suprir o impedimento eventual da defensora que funcionava junto ao juízo criminal de Magé. Até mesmo o então Coordenador Criminal da Defensoria Pública, Dr. Emanuel Queiroz, que oficia na cidade do Rio de Janeiro e tinha na função uma rotina de trabalho extremamente atribulada, foi designado para dois júris.

Só tais fatos já seriam suficientes para a cassação do ato reclamado, **por sinal um ato completamente desproporcional, tendo fixado multa muito acima do valor mínimo previsto pelo art. 265 do CPP**.

Mas se trata de ato tão gritantemente equivocado, *data venia*, que implicou uma série de violações ao ordenamento jurídico pátrio, numerosas e sortidas.

Vejamos:

- *abstraindo-se todo o resto, o art. 265 do CPP foi profundamente atingido, porque não se caracterizou abandono processual algum;*

- um órgão estranho ao processo, como o CEJUR, não poderia ter sido sancionado, ainda mais se a (pesada) condenação se deu à margem dos princípios do contraditório e da ampla defesa;

- o fundo especial orçamentário gerido pelo CEJUR é regido pelo princípio da legalidade estrita, que não admite qualquer comprometimento da sua receita sem previsão legal;

A seguir, de maneira concisa, dissertaremos sobre os itens acima, ao mesmo tempo em que citaremos precedentes do STJ e do próprio TJ/RJ favoráveis à argumentação expendida.

## 4. A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ABANDONO PROCESSUAL – VIOLAÇÃO CLAMOROSA DO ART. 265 DO CPP

### 4.1 A necessidade de observância do princípio da tipicidade

Ao requerente foi imposta uma **sanção** – de resto uma duríssima sanção, muito superior ao mínimo legal. Logo, devem aplicar-se ao caso os princípios e diretrizes interpretativas que se atrelam, sem qualquer controvérsia, ao direito sancionatório, independentemente de se tratar de sanção pecuniária ou não pecuniária.

Nesse sentido, vale observar a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SANÇÃO AO ADVOGADO QUE ABANDONA A CAUSA SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO (NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA). ART. 265 DO CPP. DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV DA CF/88). RECURSO PROVIDO.

1. Não é lícito ao Advogado abandonar sem justo motivo previamente comunicado ao Juízo, o patrocínio da causa, no momento da realização de ato processual ao qual, devidamente intimado, deve comparecer, por configurar, prima facie, menoscabo às atividades do Poder Judiciário, nas quais desempenha função essencial e insubstituível (art. 133 da Carta Magna).

2. Não se deve confundir a ausência a determinado ato processual com o abandono do processo, tal como previsto no art. 265 do CPP (redação da Lei 11.719/08), tanto que cumpre ao Juiz, em tal hipótese, se for o caso, nomear defensor substituto, como dispõe o art. 265, § 2º do CPP (redação da Lei 11.719/08), mas sem afastar a atuação do causídico em atos processuais futuros.

**3. A aplicação de qualquer sanção, ainda que de cunho administrativo, mas com reflexo patrimonial, se sujeita aos rígidos padrões de procedimento que integram o due process of law (justo processo jurídico), que não admite a noção de responsabilidade objetiva por ato infracional disciplinar, a exigir a devida apuração de sua prática e do correspondente contexto circunstancial em que ocorreu, haja vista o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.**

4. Cabe ao Juiz prover medidas de pronta eficácia para impedir delongas processuais, inclusive suscitando ao órgão de classe dos Advogados a adoção de sanções administrativas, mas deve abster-se de exercer diretamente essa atividade de controle disciplinar.

5. Recurso a que se dá provimento, para conceder a ordem de segurança.

(RMS 32.742/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011 - negritamos)

**Em especial, é de se observar o princípio da tipicidade.** Para que a sanção possa ser imposta, a conduta sancionada há de guardar perfeita tipicidade, enquadrando-se de maneira exata na *fattispecie* legal, abrangida no art. 265 do Código de Processo Penal, que tem o seguinte teor: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

Assim, não pode haver, à evidência, qualquer relativização da literalidade do comando legal. Se não tiver ocorrido um verdadeiro “abandono” do processo – que em nosso vernáculo tem o sentido de uma ação timbrada pela definitividade –, sanção alguma pode ser imposta.

Mais ainda. Esse vero abandono deve ter sido intencional para que a sanção possa ser imposta, aplicando-se, por analogia, a regra do parágrafo único do art. 18 do Código Penal: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Em outras palavras, não havendo no art. 365 do CPP previsão de conduta culposa ou ainda de responsabilização objetiva, inviabiliza-se por completo a punição a comportamentos não intencionais.

Não é só. À evidência, a tipicidade estrita deve ser levada em conta, também, na determinação de quem pode ser sancionado. Mais uma vez, nenhuma interpretação ampliativa se permite. Só pode ser punido aquele que está expressamente nominado na norma sancionadora. Caso isso não aconteça, a ilegitimidade passiva é manifesta.

#### 4.2 Inexistência concreta de “abandono”

Pois bem, o que houve, como já explicado, foi o não comparecimento a um ato processual, e nunca “abandono” do processo.

Até porque se mostra impossível à Defensoria Pública “abandonar” um processo.

De fato, o art. 265 do CPP reputa legítima a aplicação de sanção processual ao caso em que o defensor abandona o processo.

O referido dispositivo encontra-se previsto no capítulo III, do título VIII, dedicado à disciplina dos sujeitos processuais no processo penal, e procura reprimir que condutas negligentes da defesa possam prejudicar a tramitação do processo.

Interessante notar que o citado capítulo não se ocupa do regramento da Defensoria Pública, até porque à época da edição do CPP a instituição não existia.

Além disso, o CPP não comina sanção processual ao Ministério Público, pelo que se verifica da redação dos arts. 257 e 258. Essa omissão tem uma razão de ser. A natureza una e indivisível do Ministério Público e a indisponibilidade da ação penal o impedem de abandonar a condução da persecução penal, sendo certo que condutas negligentes de membros do *parquet* devem ser analisadas pela sua respectiva Corregedoria.

O mesmo raciocínio se aplica à Defensoria Pública. Em razão do mandamento constitucional de assistência jurídica (art. 134), convencional de garantia de defesa técnica obrigatória a ser fornecida pelo Estado (art. 8º da CADH), do caráter uno

e indivisível da instituição (art. 134, § 4º, da CRFB) e da impossibilidade de seus membros declinarem atuação no processo penal, a sanção processual do art. 265 não pode ser aplicada aos integrantes da Defensoria Pública, até porque a instituição não é mencionada no diploma processual penal.

É realmente elementar. Se a Defensoria Pública não pode abandonar processos, a ela não pode ser imposta a multa por abandono processual. Eventuais ausências, justificadas ou não, por parte de seus membros devem ser analisadas pela Corregedoria da própria instituição, a quem compete sugerir a aplicação de sanções administrativas.

**Aduza-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça censura a aplicação da multa do art. 265 do CPP em situações como a do presente processo. Confira-se:**

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA LITIGIOSA. SEÇÕES CRIMINAIS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFENSOR PÚBLICO. RECUSA PARA ATUAR EM ATO ESPECÍFICO DO PROCESSO. REGRAMENTO ADMINISTRATIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO.

1. Na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso [...] (in CC n. 29.481/SP, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/05/2001).

2. Considerando que a multa fixada com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal decorre necessariamente de relação jurídica litigiosa regida pelas normas de direito penal, a competência para o julgamento de eventuais controvérsias será das respectivas turmas criminais.

**3. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal.** [negritamos]

4. A impossibilidade material de atender a todos necessitados não permite transferir do órgão – Defensoria Pública – para o magistrado o critério eletivo.

5. Punição que pretende obrigar o defensor público a atender aos critérios do juiz, contrariando inclusive regramento próprio do órgão. Impossibilidade.

6. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada.

(RMS 54.112/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 24/09/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFENSOR CONSTITUÍDO. PERMANÊNCIA NO FEITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABANDONO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

**1. O abandono do advogado em atuar em ato específico do processo penal, por defensor do réu que permaneceu na causa, tendo, inclusive, atuado nos atos subsequentes, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal. Precedentes.** [negritamos]

2. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada.

(RMS 57.508/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS. FALTA DE JUSTO MOTIVO. MAIS DE UM PROCURADOR COM PODERES PARA ATUAR NA CAUSA. ABANDONO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADA NO PONTO. DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS. ENCARGO ATRIBUÍDO AO RÉU. POSSIBILIDADE.

1. Ao advogado que renuncia ao mandato incumbe notificar o mandante, devendo continuar a praticar todos os atos para os quais foi nomeado durante os dez dias subsequentes.



**2. A ausência injustificada do advogado a apenas um ato processual não pode configurar abandono do processo, sobretudo quando prossegue na defesa do acusado, sendo inaplicável a multa do art. 265, caput, do Código de Processo Penal.** [negritamos]

3. O não comparecimento do acusado à audiência de oitiva de testemunha não enseja, por si só, a nulidade do ato, sendo imprescindível a comprovação do efetivo prejuízo.

4. Não se tratando de réu pobre, inexistente ilegalidade em atribuir-lhe o encargo de pagamento dos honorários advocatícios do defensor dativo nomeado para o ato, nos termos do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

5. Recurso parcialmente provido para afastar a multa aplicada com base no art. 265, caput, do Código de Processo Penal.

(RMS 34.914/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014)

No mesmo sentido, o seguinte julgado gaúcho:

CORREIÇÃO PARCIAL - AUSÊNCIA DO DEFENSOR - MULTA - ART. 265 DO CPP - 1 - A multa prevista no art. 265 do CPP tem aplicação quando o Defensor abandonar, injustificadamente, o processo e não a inércia na prática de determinado e específico ato processual. Da ausência em uma audiência para oitiva da vítima, no Juízo deprecado, circunstância isolada no labor defensivo, não se pode inferir abandono do mister constitucional da Ampla Defesa. 2 - Há duas potencialidades a serem consideradas no art. 265 do CPP: abandono e processo. Abandonar, dentre outros significados, mas restritos ao interesse do caso, do francês *abandonner*, indica deixar para sempre ou por muito tempo pessoas ou coisas, descurar, desinteressar-se, deixar sem auxílio. Portanto, há uma potencialidade temporal importante. O processo se constitui em um procedimento em contraditório, composto por vários atos processuais, que formam, na dinâmica da movimentação e interação sujeitos-atividades-atos, no plano endoprocessual, várias situações processuais contextualizadas em cada caso concreto. Uma audiência, embora parte do todo - processo -, não representa a totalidade nem parte significativa - no Juízo deprecado - do processo, outra potencialidade circular, não meramente linear, de integrativos científicos, muito além do senso comum. 3 - Ademais, o dispositivo legal não determina ao Juiz a aplicação da sanção administrativa, existindo órgão de classe com atribuição específica para tal. Mais. Já vamos longe da época em que se aplicavam sanções criminais, civis ou administrativas, sem nenhuma possibilidade de defesa. Pedido deferido.

(TJRS - 6ª Câmara Criminal; CorPar nº 70032472839-Sapiranga-RS; Rel. Des. Nereu José Giacomolli; j. 29/10/2009; v.u.).

#### 4.3 Inexistência de intencionalidade

Como já demonstrado, não houve qualquer intencionalidade na ausência da Defensoria Pública ao júri do dia 19/10/20, **o que também descaracteriza, por completo, a tipicidade da conduta.**

Reitere-se, ainda, que a Defensoria, em uma situação de grande dificuldade para **todas** as instituições do sistema de justiça, tem se esforçado ao máximo para não deixar o júri de Magé sem defensor(a).

#### 4.4 A não aplicação da sanção pecuniária do art. 265 às sessões plenárias do júri

Não bastassem os argumentos já expendidos, é de ver que, à luz de uma leitura atenta e sistemática do CPP, o art. 265 não é aplicável às sessões plenárias do júri.

Com efeito, o art. 394, caput, do CPP define que o procedimento será comum ou especial. Enquanto seu § 1º elenca como procedimentos comuns o ordinário, sumário e sumaríssimo, o § 3º dispõe que o procedimento do júri é especial, disciplinado pelos arts. 406 a 497 do Código.

Portanto, em sendo procedimento especial, com disciplina específica, prioriza-se a aplicação de suas normas em detrimento das disposições gerais previstas no código. Neste caso, os arts. 455 e 456 regulam os procedimentos a serem observados em casos de ausência do Ministério Público e da defesa às sessões plenárias na segunda fase do procedimento.

No caso do *parquet*, a ausência à sessão plenária de julgamento importará adiamento do ato e redesignação para a primeira data desimpedida na reunião periódica (art. 455, caput). Em não havendo justificativa do membro do Ministério Público, o juiz comunicará o fato à chefia do órgão acusatório, a qual adotará as providências disciplinares que entender cabíveis. Percebe-se que nessa disciplina específica o Código não comina a aplicação de sanção processual ao Ministério Público, por entender que a ausência no ato processual não representa abandono.

Quando volta seu olhar para a defesa, o Código de Processo Penal disciplina o procedimento a ser observado quando o advogado do acusado deixa de comparecer à sessão plenária, nos termos do art. 456. Em se tratando de ausência sem motivo justificado (escusa ilegítima), o código de ritos determina a designação de nova data e a comunicação do fato ao presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, a quem compete determinar a adoção das providências disciplinares que entender cabíveis.

Nota-se que a única previsão da Defensoria Pública na hipótese se refere ao seu encargo de permanecer de sobreaviso, caso o advogado se ausente também na nova data designada para julgamento, de modo a que assuma o patrocínio da defesa, nos termos do § 2º do art. 456.

Dessa forma, pelo critério da especialidade, mostra-se completamente inviável a imposição de multa em virtude da ausência à sessão plenária do júri, notadamente se se tratar de ausência da Defensoria Pública.

#### 4.5 A total ilegitimidade passiva do CEJUR

Talvez esteja aqui, *data venia*, **a mais clamorosa afronta ao princípio da tipicidade. O art. 265 do CPP fala em “defensor”, nunca em Centro de Estudos Jurídicos ou em fundo orçamentário especial.**

À vista disso, só “defensor” é que poderia, em tese, receber a sanção, afigurando-se impossível, do ponto de vista jurídico, qualquer alargamento subjetivo, ainda mais um alargamento tão elástico.

#### 4.6 Conclusão quanto à questão da tipicidade

Por várias perspectivas, como se viu, a sanção foi imposta sem observância do princípio da tipicidade, motivo pelo qual não poderá deixar de ser cassada, sem prejuízo de vários outros motivos para tanto.

## 5. AS OFENSAS MANIFESTAS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – CONDENAÇÃO DE ÓRGÃO ESTRANHO AO PROCESSO E SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

### 5.1 A impossibilidade evidente de se aplicar sanção a quem sequer participava do processo

Os desacertos já comentados acima ficam ainda mais patentes na medida em que a multa imposta, **altíssima e bem acima do mínimo legal**, teve como destinatário quem nem era parte ou sujeito do processo.

E nem se diga que uma defensora pública atua no caso. Em primeiro lugar, porque ela tem a função de defender, no processo, o acusado, e não o fundo orçamentário especial do CEJUR. Outrossim, no ato processual em que se deu a condenação, ela não estava, por óbvio, presente.

Forte é a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça no sentido de que terceiro estranho ao processo não pode sofrer qualquer gravame, a bem dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Confira-se o REsp 1.657.795, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento unânime em 17/08/17:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PROJETO DE ATERRO SANITÁRIO. RECURSO DO IBAMA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM DESFAVOR DO GESTOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE QUANDO O AGENTE POLÍTICO NÃO FIGURAR NO POLO PASSIVO.

(...)

3. Observa-se que não se está negando vigência ao art. 11 da Lei 7.347/1985, porém determinar a cominação de astreintes aos gestores públicos sem lhes oferecer oportunidade para se manifestarem em juízo acabaria por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa (REsp 1.315.719/SE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/9/2013; AgRg no AREsp 196.946/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 16/5/2013).

(...)

Não se deixe de repisar que o CEJUR foi alvo de uma **sanção**. Eventualmente, admite-se que terceiro possa sofrer os efeitos reflexos de uma determinada decisão judicial. Mas sofrer uma sanção direta, de cunho pecuniário, é algo completamente diferente. Só por isso, trata-se de uma condenação teratológica e completamente indiferente aos fundamentos básicos do nosso regime constitucional, que tem na segurança jurídica um valor indisponível.

### 5.2 A inobservância das garantias do contraditório e da ampla defesa

Se se trata de sanção, a necessidade de atenção ao contraditório e à ampla defesa é ainda mais inafastável. Nesse sentido, reza o inciso LIV do art. 5º da Constituição: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em vários casos envolvendo a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez valer essas garantias elementares da ordem constitucional:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. IMPETRANTE QUE SE INSURGE EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA PELO IMPETRADO NA QUAL ESTE, EM RAZÃO DO NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO TABELAR A UMA AUDIÊNCIA DE RÉU PRESO, APLICOU-LHE A MULTA PREVISTA NO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ASSIM COMO CONDENOU A ORA IMPETRANTE AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO ADVOGADO DATIVO QUE EXERCEU A DEFESA DOS RÉUS. ALEGA, NESTE ASPECTO, ALÉM DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA EM QUESTÃO, TAMBÉM O FATO DE QUE A AUSÊNCIA TERIA SIDO JUSTIFICADA.

(...)

De outro norte, assiste razão à impetrante quando sustenta a inaplicabilidade da referida norma sancionadora no caso sub examine. Com efeito, em que pese válido e eficaz o dispositivo em comento, não se pode relegar ao oblívio o fato de que, justamente por se tratar de uma norma sancionadora, deve ser interpretada restritivamente, e não de forma ampliada como fora feito pela autoridade impetrada. Neste diapasão, no caso dos autos, em que pese a incontestável ausência do Defensor Público tabelar daquele Juízo na data aprazada para a realização da audiência em feito que continha 03 réus presos, não se pode deixar de reconhecer que isso, de per si, não pode ser configurado como ABANDONO da causa, e, por conseguinte, como fato ensejador da incidência da sanção prevista no art.265, do CPP.

Final, a ausência a um só ato do processo não é hábil a configurar abandono como também já decidido pela Superior Instância.

Ademais disso, no caso sub examine, o Defensor Público tabelar avisou, com antecedência, sua impossibilidade de comparecimento ao ato, assim como também fez prova, consoante se pode inferir da farta documentação adunada, de que sua ausência encontrava-se justificada pela sua atarefada agenda funcional.

Nesta linha de intelecção, com todas as vênias a douta autoridade impetrada, no caso dos autos, não resta configurado o abandono do processo hábil a configurar a hipótese de incidência da norma sancionadora prevista no art.265, do CPP.

Outrossim, não se pode deixar de reconhecer que eventual desídia ou falta funcional praticada pelo Defensor Público há de ser comunicada ao seu órgão correicional, e, na espécie, consoante se extrai do decisum vergastado, a douta autoridade impetrada assim já o fez, uma vez que determinou a expedição de ofício à Corregedoria da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para ciência e adoção de providências, se cabíveis.

**Destarte, como bem pontuado pelo douto parecerista, DR. Francisco Eduardo Marcondes Nabuco, a precipitada aplicação do artigo 265, da Lei Adjetiva Penal, sem possibilidade de justificação acerca de eventual desídia, redundando em violação de direito líquido e certo da Impetrante, remediável pela via eleita.**

SEGURANÇA CONCEDIDA.

(Mandado de Segurança n. 0003978-82.2020.8.19.0000, rel. Des. Maria Angélica Guerra Guedes, Sétima Câmara Criminal - negritamos)

MANDADO DE SEGURANÇA – ADVOGADO – MULTA POR ABANDONO DE CAUSA SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO – NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA – ARTIGO 265 DO CPP – DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – ARTIGO 5º, LIV E LV DA CF– SEGURANÇA CONCEDIDA. Não é lícito ao advogado abandonar sem justo motivo previamente comunicado ao Juízo, o patrocínio da causa, no momento da realização de ato processual ao qual, devidamente intimado, deve comparecer, por configurar, prima facie, menoscabo às atividades do Poder Judiciário, nas quais desempenha função essencial e insubstituível (art. 133 da Carta Magna). Contudo, não se deve confundir a ausência a determinado ato processual com o abandono do processo, tal como previsto no artigo 265 do CPP (redação da Lei 11.719/08), tanto que cumpre ao Juiz, em tal hipótese, se for o caso, nomear defensor substituto, como dispõe o artigo 265, § 2º do CPP (redação da Lei 11.719/08), mas sem afastar a atuação do causídico em atos processuais futuros. **Ressalte-se que a aplicação de qualquer sanção, ainda que de cunho administrativo, mas com reflexo patrimonial, se sujeita aos rígidos padrões de procedimento que integram o**

**devido processo legal, que não admite a noção de responsabilidade objetiva por ato infracional disciplinar a exigir a devida apuração de sua prática e do correspondente contexto circunstancial em que ocorreu, haja vista o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.** No caso ora em exame, o impetrante apenas não compareceu ao ato judicial por acreditar na advogada a qual substabelecera sem reservas de poderes, a pedido de seu cliente, além do fato de ter outra AIJ na Comarca de Niterói, tratando-se de fato isolado, não caracterizador de abandono, não merecendo ser condenado na forma que lhe foi imputado. Segurança concedida.  
(MS 0001349-48.2014.8.19.0000, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Marcos Henrique Pinto Basílio, Julg. 11.02.14 - negritamos)

**MANDADO DE SEGURANÇA.** Aplicação da multa do art. 265, do Código de Processo Penal. A ausência de prática de determinado ato processual não importa em abandono do processo e aplicação da multa do art. 265 do Código de Processo Penal. O abandono ocorre quando o advogado regularmente constituído deixa de promover os atos que lhe competem, de maneira reiterada e definitiva, expressa pela ausência absoluta nos autos. Ausência de intimação do causídico, que tomou conhecimento da multa através de sua colega advogada. **Violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.** ORDEM CONCEDIDA.  
(MS 0019732-74.2014.8.19.0000, 4ª Câmara Criminal, rel. Des. João Ziraldo Maia, Julg. 19.08.14 - negritamos)

E nem se diga que a previsão de reconsideração poderia, de alguma forma, suprir o déficit de contraditório e ampla defesa. Como se viu, a decisão de não reconsideração apresentou fundamentação extremamente deficiente, deixando de apreciar os relevantes pontos levantados pelo ora reclamante, em especial o argumento de que tudo se originou de um lapso do próprio juízo. Assim sendo, a referida decisão só agravou o déficit garantístico já existente.

## **6. O FUNDO ESPECIAL ORÇAMENTÁRIO GERIDO PELO CEJUR É REGIDO PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA, QUE NÃO ADMITE QUALQUER COMPROMETIMENTO DA SUA RECEITA SEM PREVISÃO LEGAL**

Não é possível esquecer, ainda, que o fundo do CEJUR, gravado pela decisão reclamada, é um fundo orçamentário especial, **regido por lei própria, bem como pelos princípios e normas do direito orçamentário nacional.**

Estamos falando da lei estadual n. 1.146/1987, que “**cria o Centro de Estudos Jurídicos da Assistência Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e institui o fundo orçamentário especial para atender a suas despesas**”.

Eis o que rezam os artigos iniciais da Lei n. 1.146/1987 (alterada recentemente pela Lei n. 9.019/2020):

**Art. 1º** É criado o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, diretamente subordinado ao(à) Defensor(a) Público(a) Geral do Estado, com as seguintes atribuições:

- I** - promover a capacitação, especialização e atualização técnico-profissional das pessoas que integram a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro;
- II** - editar e distribuir a “Revista de Direito da Defensoria Pública”, bem como outras publicações de interesse jurídico;
- III** - promover estudos de temas jurídicos do interesse da instituição;



**IV** - adquirir livros e revistas, bem como manter intercâmbio com entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras;

**V** - realizar cursos de pós-graduação, seminários, aulas, palestras e conferências de caráter jurídico;

**VI** - organizar os serviços de documentação e informação jurídicas, mantendo sempre atualizado, serviços de informação legislativa e jurisprudencial;

**VII** - promover pesquisas bibliográficas;

**VIII** - participar da organização do curso de preparação à carreira destinado a defensores(as) públicos(as) e servidores(as) em estágio probatório;

**IX** - divulgar toda matéria de natureza jurídica de interesse da Defensoria Pública;

**X** - promover concursos e premiações voltados ao aperfeiçoamento da atuação institucional e à difusão dos direitos humanos;

**XI** - promover atividades de ensino, capacitação, pesquisa e extensão, proporcionando a acadêmicos de cursos de nível superior e bacharéis em direito o conhecimento teórico e prático nas áreas de atuação da Defensoria Pública, sob supervisão da Coordenação Geral de Estágio Forense e Residência Jurídica e orientação acadêmica do Centro de Estudos Jurídicos;

**XII** - apoiar atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública que promovam a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

**Parágrafo único.** O Centro de Estudos Jurídicos poderá desenvolver outras atividades que lhe forem conferidas, desde que conexas com as atribuições mencionadas nos incisos deste artigo.

**Art. 2º** Fica instituído Fundo Orçamentário Especial destinado a atender às despesas efetuadas pelo Centro de Estudos Jurídicos no desempenho das atribuições previstas no art. 1º, podendo ser utilizado também em prol do aparelhamento material da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

**Art. 3º** Constituirão receita do Fundo:

**I** - os honorários que caibam à Defensoria Pública em qualquer processo judicial, bem como em atuações extrajudiciais;

**II** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**III** - auxílios, subvenções e contribuições de entidades públicas e privadas, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas;

**IV** - doações e legados.

**V** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**VI** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**VII** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**Parágrafo único.** A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pelos seus órgãos de atuação, postulará e executará as verbas mencionadas no inciso I deste artigo, observadas as isenções previstas no art. 91, caput, e no § 1º do art. 1.007 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. (...)

Por aí se vê que a multa aplicada ao CEJUR não tem qualquer relação com as finalidades do órgão e do fundo orçamentário especial destinado a custear as duas despesas, o que consiste em mais um aspecto teratológico do ato reclamado.

Evidentemente, a atuação e o regime jurídico do CEJUR e do fundo orçamentário correspondente são guiados pelo princípio da legalidade estrita. Sem amparo legal, a receita do fundo não pode ser comprometida.

Incide ao caso, em primeiro lugar, o art. 37 da Constituição, segundo o qual a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios há de seguir o princípio da legalidade, significando isso que os órgãos públicos só podem fazer o que estiver expressamente previsto em lei (ao contrário do que acontece com os particulares, que podem fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei).

Em se tratando de um fundo orçamentário especial, as amarras da legalidade estrita são ainda mais rígidas. Não havendo previsão legal da despesa, não há também, naturalmente, qualquer previsão orçamentária para se efetuar o pagamento, outro fator impeditivo intransponível.

Veja-se, com efeito, o que reza o art. 71 da Lei n. 4.320/1964 (uma das mais importantes legislações pátrias sobre direito financeiro): “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”, ou seja, é imperativa a vinculação das receitas do fundo do CEJUR à realização dos seus objetivos, não podendo tais receitas ser desfalcadas por gravames completamente alheios ao funcionamento do órgão.

Imagine-se, aliás, que decisões semelhantes, completamente despidas de amparo legal e alheias ao devido processo legal, pudessem multiplicar-se em nosso Estado. Isso esgotaria o fundo orçamentário especial da Defensoria Pública – que só na imaginação do juízo reclamado, *data venia*, é dotado de “notória capacidade econômica” – e comprometeria a realização das relevantes atividades ditadas pela Lei n. 1.146/1987.

Cite-se, a propósito, o julgamento, por esse egrégio Tribunal, da Correição Parcial 0017492-39.2019.8.19.0000 (rel. Des. Carlos Eduardo Roboredo, Terceira Câmara Criminal, julgamento unânime em 07/05/19). O caso era distinto (utilização do fundo especial da Defensoria para o pagamento de advogado dativo em função do atraso de defensor público a uma audiência), mas não deixou de ser assinalada a impossibilidade de se onerar um fundo especial com despesas completamente alheias às suas finalidades. Confira-se:

Correição parcial. Insurgência contra decisão que, diante do atrasado no comparecimento do defensor público para a realização de AIJ, nomeou advogado dativo e impôs à Defensoria Pública a obrigação de ter de suportar honorários advocatícios arbitrados. Pleito que busca desconstituir a decisão contestada. Mérito que se resolve parcialmente em favor do Reclamante. Correição Parcial que se traduz em instrumento genérico e subsidiário de impugnação recursal, previsto no art. 219 do CODJERJ, destinado a hostilizar erro de ofício ou abuso de poder praticado por juiz de direito e capaz de gerar inversão da ordem legal do processo. (...) Higidez no arbitramento dos honorários advocatícios, haja vista que “o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado” (STJ). **Deteção, todavia, de equívoco judicial quanto à imposição do pagamento da verba honorária à própria instituição da Defensoria Pública, ciente de que, apesar de ser órgão integrante do Estado, com ele juridicamente não se confunde, inexistindo previsão legal ou vinculação orçamentária específica para que seu Fundo Especial, que ostenta finalidade específica, seja onerado com o ônus do aludido pagamento. Correição a que se dá parcial provimento apenas para cassar a imposição do pagamento da verba honorária arbitrada ao Fundo Especial da Defensoria Pública.** [grifamos]

Em sentido complementar, vale citar o seguinte julgado do STJ, que não se refere especificamente à incolumidade dos fundos da Defensoria Pública, mas sim à própria impossibilidade de a instituição ser onerada por decisões judiciais:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCESSO. VERBAS SUCUMBENCIAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

2. O art. 4º, XXI, da Lei Complementar n. 80/1994 prevê, como função institucional da Defensoria Pública, a execução das verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, as quais são destinadas ao fundo de aparelhamento e capacitação profissional dos seus membros e servidores.

3. A capacidade processual atribuída à referida Instituição, no que tange à execução dos honorários afetados ao FADEP - Fundo de Aparelhamento da Defensoria Pública, não a torna parte na relação processual para responder por eventual excesso de execução, mas sim o ente público ao qual pertence.

4. Embora possua autonomia financeira, funcional e administrativa reconhecida constitucionalmente (artigo 134, 2º, CF), a Defensoria Pública não detém personalidade jurídica para ser condenada pelo pagamento de honorários sucumbenciais, em face de excesso de execução.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1505295/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 16/09/2020).

## 7. A NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

De acordo com o art. 214 do Regimento Interno do TJ/RJ, “O relator da reclamação, quando indispensável para a salvaguarda dos direitos do reclamante, poderá ordenar que seja suspensa, por 30 (trinta) dias improrrogáveis, a execução do despacho reclamado”.

Tal medida é necessária no presente caso, tendo-se em vista que a decisão determinou o pagamento da multa imposta ao CEJUR no prazo de 15 dias, sob pena de expedição de certidão de crédito e encaminhamento ao DEGAR (Departamento de Gestão de Arrecadação), para as providências cabíveis.

Tendo-se em vista o *fumus boni iuris* que acompanha a presente reclamação, requer-se seja suspenso qualquer procedimento de cobrança, sobretudo expedição de certidão de crédito e encaminhamento ao DEGAR, ligado à multa ora questionada.

## 8. FINAL

Ao longo desta petição, foi demonstrado, de maneira farta, que o ato reclamado está realmente eivado de erro de ofício e abuso de poder, revelando-se, por variados ângulos, refratário à legalidade e a normas constitucionais básicas.

Requer-se então:

**a)** liminarmente, seja suspenso qualquer procedimento de cobrança – sobretudo expedição de certidão de crédito e encaminhamento ao DEGAR – ligado à multa ora questionada, oficiando-se, nesse sentido, ao r. juízo reclamado;

**b)** após solicitadas as informações ao r. juízo reclamado e ouvido o Ministério Público, seja acolhida integralmente a presente reclamação, cassando-se o ato impugnado.

Seguem anexas, em cumprimento ao art. 212 do Regimento Interno do TJ/RJ, cópias das principais peças do processo, incluídas naturalmente as mencionadas no art. 212 (com exceção do instrumento de mandato conferido ao advogado, uma vez que se trata de atuação da Defensoria Pública).

Rio de Janeiro, 26 de abril de 2021.

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA**  
Defensor Público



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Quarta Câmara Criminal

Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000

FLS.1

Reclamante: Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR)

Reclamado: Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé

Ação Originária: 0272243-23.2018.8.19.0001

Réu: Hellinson Guimarães da Silva

Relatora: Des. Marcia Perrini Bodart

**EMENTA**

**RECLAMAÇÃO (CORREIÇÃO PARCIAL).** Decisão que, em sessão plenária do Tribunal do Júri, aplicou multa no valor de R\$ 31.350,00 (trinta e um mil, trezentos e cinquenta reais) ao fundo mantido pela Defensoria Pública (CEJUR), com base no art. 265 do Código de Processo Penal. O Reclamante busca a cassação dessa decisão. **Pretensão que se acolhe. Abandono do processo não configurado.** Defensora Pública em exercício na comarca integrante do grupo de risco da COVID-19, por estar grávida. Trabalho em sistema de *Home Office*. Situação comunicada à administração da Defensoria Pública, a fim de que providenciasse substituto para as sessões do Júri agendadas para o mês de outubro de 2020, com remessa da pauta elaborada pelo cartório. Ocorre que para a sessão do dia 19/10/2020 não houve designação de Defensor Substituto, porque, por equívoco cartorário, a pauta do Júri não mencionou a participação da Defensoria Pública, consignando apenas a participação dos dois advogados que funcionam como assistentes de acusação. Tal erro da pauta fez com que a Defensoria deixasse de nomear defensor para o ato. Inexistem elementos nos autos que demonstrem a intenção da Defensora de abandonar o processo, sendo descabida a sanção pecuniária aplicada ao CEJUR. Ademais, a ausência de defensor em um único ato, por si só, não configura abandono do processo. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. **CORREIÇÃO PARCIAL PROVIDA**, para cassar a decisão vergastada. Oficie-se ao Juízo de origem.

Secretaria da Quarta Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 104 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5664 – E-mail: 04ccri@tjrj.jus.br



MARCIA PERRINI BODART:9644

Assinado em 02/07/2021 12:54:07  
Local: GAB. DES(A). MARCIA PERRINI BODART





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Quarta Câmara Criminal**

**Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000**

**FLS.2**

**ACÓRDÃO**

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000, em que é reclamante o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR), e reclamado o Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **POR UNANIMIDADE**, em **DAR PROVIMENTO À CORREIÇÃO PARCIAL**, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

Sessão de julgamento do dia 01 de julho de 2021.

Desembargadora **Marcia Perrini Bodart**  
Relatora

**RELATÓRIO**

Cuida-se de Reclamação ajuizada pelo Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR) contra a decisão do Juízo Reclamado que, em sessão plenária do Tribunal do Júri, aplicou multa no valor de R\$31.350,00 (trinta e um mil, trezentos e cinquenta reais) ao fundo mantido pela Defensoria Pública, com base no art. 265 do Código de Processo Penal (anexo 1, indexador nº 01).

Segundo entendimento do Juízo da Vara Criminal da Comarca de Magé, a Defensoria Pública teria abandonado o processo por deixar de designar Defensor Público para comparecer ao ato.

O CEJUR requereu a reconsideração da decisão (anexo 1, indexador nº 36, fls. 01/14, sendo esta mantida pelo Magistrado (anexo 1, indexador nº 70, fls. 01/02).

---

Secretaria da Quarta Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 104 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5664 – E-mail: 04ccri@tjrj.jus.br





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Quarta Câmara Criminal**

**Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000**

**FLS.3**

O pedido liminar foi deferido por esta Relatora, para suspender o procedimento de cobrança da citada multa imposta à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na Ação Originária nº 0272243-23.2018.8.19.0001, bem como a expedição de certidão de crédito ao DEGAR, até o julgamento final desta Correição Parcial (indexador nº 28).

As informações prestadas pelo Juízo reclamado acham-se no indexador nº 36.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Ribeiro Martins, em seu parecer opinou no sentido do conhecimento e acolhimento da presente Correição Parcial, para que seja cassada a decisão vergastada (indexador nº 42).

É o relatório.

**VOTO**

Trata-se de Reclamação/Correição Parcial ajuizada pelo Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR) contra a decisão do Juízo da Vara Criminal da Comarca de Magé que, em sessão plenária do Tribunal do Júri, aplicou multa no valor de R\$ 31.350,00 (trinta e um mil, trezentos e cinquenta reais) ao fundo mantido pela Defensoria Pública, com base no art. 265 do Código de Processo Penal.

Segundo entendimento do Magistrado, a Defensoria Pública teria abandonado o processo por deixar de designar Defensor Público para comparecer ao ato.

O Reclamante busca a cassação dessa decisão.

No caso, o réu Hellinson Guimarães da Silva foi denunciado pela suposta prática do crime descrito no artigo 121, §2º, I, III, IV e VI c/c §2º-A, II, todos do Código Penal.

---

Secretaria da Quarta Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 104 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5664 – E-mail: 04ccri@tjrj.jus.br





**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Quarta Câmara Criminal**

**Correção Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000**

**FLS.4**

Desde o início da ação penal, o acusado foi assistido pela Defensora Pública em exercício naquela comarca, a qual, por estar grávida, passou a trabalhar em sistema de *Home Office*, em razão da Pandemia da COVID-19. Essa situação foi comunicada à administração da Defensoria Pública, a fim de que providenciasse substituto para as sessões do Júri agendadas para o mês de outubro de 2020, remetendo, para tanto, a pauta elaborada pelo cartório.

Ocorre que para a sessão do dia 19/10/2020 não houve designação de Defensor Substituto e, por isso, o Juiz Presidente do Tribunal do Júri entendeu que teria ocorrido abandono do processo, e aplicou a multa acima mencionada.

Informa o Reclamante que, por equívoco cartorário, a pauta do Júri do dia 19/10/2020 não mencionou a participação da Defensoria Pública, consignando apenas a participação dos dois advogados que funcionam como assistentes de acusação. Tal erro da pauta fez com que a Defensoria deixasse de nomear defensor para o ato.

Sustenta, em síntese, que inexistem elementos nos autos que configurem “abandono do processo”, e que não se aplica a sanção pecuniária do art. 265 do Código de Processo Penal às sessões plenárias do Júri, por se tratar procedimento especial, não regido por tal dispositivo e sim pelo art. 455, caput, do CPP. Aduz, também, que o CEJUR é regido pelo princípio da legalidade estrita, não sendo possível comprometer sua receita sem previsão legal.

Com efeito, a multa aplicada pela autoridade reclamada não se justifica.

O réu foi devidamente assistido pela Defensora Pública em atuação junto ao Juízo de origem e a não designação de Defensor Substituto para a sessão plenária do dia 19 de outubro de 2020 deve-se a um equívoco



**Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro**  
**Quarta Câmara Criminal**

**Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000**

**FLS.5**

cartorário na elaboração da pauta de julgamento, e não a um suposto abandono do feito.

Note-se que para outras sessões de julgamento pautadas na mesma Comarca a administração da Defensoria Pública designou defensor substituto, suprimindo o afastamento da Defensora integrante do grupo de risco para COVID-19 (anexo 1, indexador nº 64).

Parece claro, portanto, que a nomeação para o processo em epígrafe somente não ocorreu por falta de informação correta da pauta, acerca da atuação da Defensoria Pública.

Além disso, infere-se das pautas juntadas aos autos que, de fato, no processo em questão a pauta não cita a participação da Defensoria Pública, ao passo que em comparação a outro processo consta “Defensoria Pública” logo abaixo do nome do réu (anexo 1, indexador nº 62).

Diante desse quadro, conclui-se que não houve qualquer intenção da Defensora de abandonar o processo, sendo descabida a sanção pecuniária aplicada ao CEJUR.

Por fim, importante registrar entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ausência de defensor em um único ato, por si só, não configura abandono do processo, como se vê do julgado abaixo colacionado:

*“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA LITIGIOSA. SEÇÕES CRIMINAIS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFENSOR PÚBLICO. RECUSA PARA ATUAR EM ATO ESPECÍFICO DO PROCESSO. REGRAMENTO ADMINISTRATIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. 1. Na definição da competência das Seções deste Superior*

---

Secretaria da Quarta Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 104 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5664 – E-mail: 04ccri@tjrj.jus.br





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Quarta Câmara Criminal

Correição Parcial nº 0028794-94.2021.8.19.0000

FLS.6

*Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso [...] (in CC n. 29.481/SP, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/05/2001). 2. Considerando que a multa fixada com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal decorre necessariamente de relação jurídica litigiosa regida pelas normas de direito penal, a competência para o julgamento de eventuais controvérsias será das respectivas turmas criminais. 3. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal. 4. A impossibilidade material de atender a todos necessitados não permite transferir do órgão - Defensoria Pública - para o magistrado o critério eletivo. 5. Punição que pretende obrigar o defensor público a atender aos critérios do juiz, contrariando inclusive regramento próprio do órgão. Impossibilidade. 6. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa Aplicada". Grifo nosso. (STJ - Ministro Nefi Cordeiro - Sexta Turma - Data do Julgamento 11/09/2018 - Data da Publicação/Fonte DJe 24/09/2018 - RSTJ vol. 252 p. 1238).*

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** à presente Correição Parcial, para cassar a decisão vergastada.

Oficie-se ao Juízo de origem.

Sessão de julgamento do dia 01 de julho de 2021.

Desembargadora **Marcia Perrini Bodart**

Relatora

---

Secretaria da Quarta Câmara Criminal  
Beco da Música, 175, 1º andar – Sala 104 – Lâmina IV  
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010  
Tel.: + 55 21 3133-5664 – E-mail: 04ccri@tjrj.jus.br





## **MANDADO DE SEGURANÇA QUE OBTEVE O AFASTAMENTO DE MULTA IMPOSTA AO CEJUR PELO ADIAMENTO DE JÚRI, EM DECORRÊNCIA DE RECOMENDAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA, NO PERÍODO MAIS CRÍTICO DA PANDEMIA**

**José Augusto Garcia de Sousa**

Defensor público no estado do Rio de Janeiro  
Diretor-geral do Centro de Estudos Jurídicos

**Resumo:** Em abril de 2021, a pandemia do coronavírus experimentava o seu ápice no Brasil, alcançando a marca de mais de 4.000 mortes diárias. Em virtude da gravidade da situação, o Defensor Público-Geral e a Corregedora-Geral da Defensoria Pública baixaram recomendação no sentido de que defensoras e defensores requeressem o adiamento ou a realização virtual das audiências (com exceção das audiências de custódia) designadas para o período de 07 a 16 de abril de 2021. Por conta disso, foi adiado um júri na comarca de Araruama. Inconformado com o adiamento, o magistrado do feito impôs multa de 50 salários mínimos ao CEJUR (que obviamente nada tinha a ver com a situação), dando ensejo à impetração de mandado de segurança. A Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu a ordem, à unanimidade, para afastar a elevada – e injusta – multa. O diretor-geral do CEJUR elaborou o mandado de segurança e fez sustentação oral na sessão de julgamento, ocorrida em 15/02/22.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Coronavírus. Recomendação interna. Tribunal do júri. Adiamento da sessão de julgamento. Multa imposta. Centro de Estudos Jurídicos. Fundo orçamentário especial. Mandado de segurança. Cassação da multa.

## EXMO. SR. SEGUNDO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Prevenção da Sexta Câmara Criminal em razão dos seguintes feitos: RSE 0005295-56.2020.8.19.0052 e HC 0025130-55.2021.8.19.0000

**A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pelo Diretor-Geral do seu Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), vem, com fulcro no art. 4º, IX, da Lei Complementar 80/1994 c/c art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, art. 1º, caput, da Lei 12.016/2009 e arts. 124 e seguintes do Regimento Interno desse Tribunal, impetrar

### MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar

em face de atos ilegais e com abuso de poder praticados, no Proc. 0001172-83.2018.8.19.0052, pela autoridade aqui apontada como coatora, o juízo da Vara Criminal de Araruama, situado na Av. Getúlio Vargas, n. 59, Araruama, CEP 28.970-000, assim o fazendo com base nos fundamentos a seguir expostos.

#### 1. A CONTEXTUALIZAÇÃO DA DEMANDA

A moldura fática (incontroversa) da presente impetração já foi levada ao conhecimento dessa egrégia Câmara por intermédio do Habeas Corpus n. 0025130-55.2021.8.19.0000, que teve liminar deferida e parecer ministerial favorável à concessão da ordem, esperando agora designação de pauta para julgamento.

Tratando-se agora de nova impetração, convém reprisar a narrativa.

Na raiz de ambas as impetrações está o agravamento da terrível pandemia do coronavírus no Brasil e no estado do Rio de Janeiro – o estado com o segundo maior número de mortes no país (47.699 mortes na data em que se redige esta peça). Algo, sublinhe-se, sem qualquer precedente na história do país, superando largamente a destruição causada pela gripe espanhola no começo do século XX, que vitimou cerca de 35 mil pessoas em todo o território nacional.

Em 06 de abril de 2021, o Brasil alcançou a absurda marca de mais de 4.000 mortes **diárias**, “apenas 14 dias após o registro de 3.000 mortos em 24 horas e 27 dias depois da marca de 2.000 óbitos no mesmo intervalo”<sup>1</sup>. **Nesse mesmo dia fatídico**, o Defensor Público-Geral e a Corregedora-Geral da Defensoria Pública, atentos à impressionante escalada da pandemia, baixaram recomendação no sentido de que defensores e defensoras requeressem o adiamento ou a realização virtual das audiências (com exceção das audiências de custódia) designadas para o período de

<sup>1</sup> Conforme matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2021/04/brasil-ultrapassa-4000-mortos-por-covid-em-um-so-dia-numero-dobrou-em-menos-de-um-mes.shtml>. Acesso em: 14 maio 2021.

07 a 16 de abril, “de modo a preservar e zelar pela manutenção da vida e da saúde das pessoas, evitando a exposição da população ao vírus de natureza letal e, em seguida, comunicando à Corregedoria-Geral da Defensoria Pública”.

Entre os *consideranda* da recomendação, foram assinalados “a piora latente do cenário epidemiológico”, “o recrudescimento da disseminação da Covid-19 no Estado do Rio de Janeiro” e o fato de que este se encontrava, conforme estudos técnicos, “na faixa de cor roxa, equivalente ao nível de risco muito alto”.

Enquanto isso, no juízo impetrado, Vara Criminal de Araruama, estava designado para 15/04/21 o júri da acusada Jessica de Lima Silva, assistida pela Defensoria Pública. Vale registrar a existência de um corrêu, Dione da Silva Brito, cujo julgamento não fora marcado, em virtude de ter ele, também pela Defensoria, apresentado recurso em sentido estrito – ainda pendente – em face da decisão de pronúncia.

**Parêntesis: Araruama é uma cidade bastante castigada pelo coronavírus. Apresenta índices alarmantes: 237,54 mortes por 100.000 habitantes e taxa de letalidade (número de óbitos em relação ao total de infectados) de 6,33%, quase o triplo da média nacional, que é de 2,41%. Em 27/03/21, poucos dias antes da recomendação da Defensoria Pública, foram registradas 29 mortes, um número altíssimo para a cidade<sup>2</sup>.**

Retomando a narrativa, diga-se que o juízo impetrado, cientificado da recomendação mencionada, determinou “se comunique com a movimentação e a Administração Superior da DPGE a fim de que promovam a designação de Defensor para atuar na sessão plenária em questão, sob pena de multa de 50 salários mínimos por abandono de causa, conforme art. 265 do CPP”, tendo, no mesmo ato, designado advogado dativo para a eventualidade de não haver nomeação de defensor ou defensora para o ato.

Observando a recomendação baixada dias antes, a defensora pública titular da DP junto à Vara Criminal de Araruama, Dra. Juliana Fiani Pertence, pleiteou a reconsideração da decisão, com a remarcação do júri. Nessa petição, chamou a atenção para a gravidade do quadro epidemiológico, bem como para o perigo de contágio representado por um júri, que reúne grande número de pessoas em espaços fechados e por vezes diminutos. Disse, ainda, que a remarcação poderia ser positiva para o processo, permitindo o julgamento simultâneo dos dois réus, dando-se tempo para o desenlace do recurso em sentido estrito interposto pelo acusado Dione.

No entanto, o júri foi mantido, assim como a nomeação de advogado dativo.

A defensora voltou a peticionar logo em seguida, insistindo na redesignação do júri e juntando declaração da acusada de que não desejava ser defendida por advogado dativo, e sim pela Defensoria. Aparentemente duvidando da declaração juntada pela defensora pública titular da Vara Criminal de Araruama, a autoridade coatora determinou a intimação da acusada no presídio para confirmação da declaração.

<sup>2</sup> Os dados declinados estão disponíveis em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/coronavirus/2021/mapa-cidades-brasil-mortes-covid/rj/araruama>. Acesso em: 15 maio 2021.

Diante do proceder da autoridade coatora, a Dra. Juliana Pertence impetrou habeas corpus, distribuído à Sexta Câmara Criminal, que obteve liminar para suspender a sessão plenária designada para o dia seguinte.

Demonstrando inconformismo com a liminar obtida pela Defensoria, a autoridade coatora observou, ao retirar o feito de pauta, em 14/04/21, que “Infelizmente, com todas as vênias, a decisão veio a premiar a atuação da Defensoria Pública neste feito”. Pior: no mesmo ato, o juízo impetrado, em que pese a decisão superior, aplicou à Defensoria multa no valor de 50 salários mínimos, revertendo em favor do Estado, determinando o pagamento em 15 dias, sob pena de penhora on-line dos ativos da instituição, em especial as contas do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública (CEJUR). No mesmo ato, houve a redesignação do júri para 09/09/21 e a ordem, aparentemente inexplicável, de que se providenciasse comunicação ao Superior Tribunal de Justiça “acerca do que decidido e de todos os esforços expendidos por este Juízo para que o ato se realizasse”.

**Certificada a intimação da Defensoria, a autoridade coatora determinou a penhora on-line do valor de 50 salários mínimos na conta do CEJUR, a qual foi efetivamente realizada, tendo sido bloqueada a importância total de R\$ 118.569,93. Desse inaudito ato de força, o Primeiro Subdefensor Público-Geral foi intimado em 11/05/21, ficando assinalado no mandado respectivo que, não havendo reação em 5 (cinco) dias, os valores seriam transferidos para uma das contas da Receita Estadual. Considerado o final de semana, o prazo expirará em 17/05/21, segunda-feira.**

Acrescente-se que a cassação da multa já foi pleiteada no âmbito do mencionado Habeas Corpus 0025130-55.2021.8.19.0000, perante a egrégia Sexta Câmara Criminal. Nesse processo, o Ministério Público já se manifestou favoravelmente à concessão da ordem, mas sem incluir a questão da multa, já que se trataria de matéria a ser veiculada por outra via.

Não obstante a íntima conexão entre a matéria de fundo do Habeas Corpus acima citado e a questão da multa, entendemos mais conveniente, após o teratológico sequestro de contas do CEJUR/Defensoria, buscar a via mandamental, uma vez que ocorreu a intensificação das ilegalidades praticadas, *data venia*, pela autoridade coatora, a merecer realmente uma via exclusiva para a respectiva impugnação. Dessa forma, apresentou-se petição no Habeas Corpus desistindo expressamente do pedido de cassação da multa, transferindo-se a discussão da matéria para o *mandamus* que ora se apresenta.

Por último, em termos de narrativa dos fatos processuais, saliente-se que o Exmo. Relator do Recurso em Sentido Estrito n. 0005295-56.2020.8.19.0052 determinou a inclusão desse recurso em pauta de julgamento. A autoridade coatora chegou a oficiar à Sexta Câmara Criminal solicitando, na medida do possível, o julgamento do recurso em tempo hábil para que o júri designado para 09/09/21 possa reunir os dois réus do processo criminal que tramita em Araruama. **E parece que isso acontecerá, beneficiando o processo e mostrando que a redesignação do júri que aconteceria em 15/04/21 era, sem dúvida, a medida mais acertada a ser tomada, à vista não só do gravíssimo quadro epidemiológico, mas também da própria dinâmica do processo.**

Enfim, é o presente mandado de segurança para impugnar a decisão que aplicou absurda multa por abandono processual à Defensoria Pública, bem como para combater a respectiva execução, que transcorre completamente ao arrepio do ordenamento jurídico.

## 2. A PRESENÇA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE EXIGÍVEIS

Expostos os fatos processuais atinentes à impetração, demonstre-se que estão presentes os requisitos de admissibilidade exigíveis, a começar pela legitimidade ativa.

O perfil constitucional da Defensoria Pública tem sido alterado desde a redação originária da Constituição Federal de 1988, sendo oportuno ressaltar o fortalecimento da autonomia conferida à instituição, desde 2004, com a Emenda Constitucional 45, quando se previu a autonomia às Defensorias Públicas dos estados, chegando a 2009 e a 2013, quando, respectivamente, as Emendas Constitucionais 69 e 74 estenderam a autonomia (funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária) às Defensorias Públicas do Distrito Federal e da União. Importante registrar, também, o advento da Emenda Constitucional 80/2014, que consolidou a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e com incumbências das mais relevantes, sempre na defesa do cidadão vulnerável.

Tal como as demais instituições autônomas, a Defensoria também possui a denominada personalidade judiciária, que lhe confere capacidades processual e postulatória para, em nome próprio, defender-se em juízo contra atos que violem as suas funções institucionais ou as prerrogativas dos seus membros. Nesse sentido, entende o Supremo Tribunal Federal, como expresso no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 866/ES, que a “Defensoria Pública tem a garantia de estar em juízo para defesa de suas prerrogativas e funções institucionais, não se mostrando necessário, nessa hipótese, que sua representação judicial fique a cargo da Advocacia-Geral da União”<sup>3</sup>.

Assim, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (LONDP) cuidou de estabelecer como função institucional a apresentação de qualquer medida judicial para preservar a integridade da instituição e o livre exercício da prerrogativa dos defensores públicos (art. 4º, IX, LC 80/1994).

Verifica-se, portanto, a existência de legitimidade autônoma da Defensoria para impetrar mandado de segurança em defesa de suas prerrogativas institucionais e contra atos que violem a dignidade da instituição.

Nenhuma dúvida pode haver, igualmente, quanto à tempestividade do presente mandado de segurança. O prazo decadencial de 120 dias está muito longe de se esgotar, cabendo frisar que o Subdefensor Público-Geral foi intimado da decisão de sequestro dos recursos do CEJUR/Defensoria em 11 de maio de 2020.

Diga-se, ainda, que os fundamentos para a concessão da ordem pretendida são puramente jurídicos, não dependendo do revolvimento de qualquer aspecto fático. Por sinal, não há qualquer controvérsia em relação ao material empírico. Trata-

<sup>3</sup> Ementa do Ag. Reg. na SS n. 866/ES, Rel. Min Dias Toffoli, j. em 13/09/2019.



se puramente de fatos processuais que podem ser conferidos na documentação acostada à presente inicial.

Por fim, combatem-se atos ilegais e até mesmo insólitos, *data venia*, para os quais o ordenamento processual penal não prevê recurso.

Não há, pois, como não se conhecer do presente mandado de segurança.

### **3. UM PRIMEIRO ASPECTO A SER FRISADO: MULTA QUE VIOLA A DIGNIDADE INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E AINDA POR CIMA DESRESPEITA, REFLEXAMENTE, DECISÃO DE INSTÂNCIA SUPERIOR**

Começam agora os argumentos de mérito desta impetração.

Antes de mais nada, louve-se o zelo da autoridade coatora no tocante ao cumprimento de suas pautas e à duração razoável da prestação jurisdicional.

Sem embargo, não é incomum – e parece ter sucedido no caso concreto – que o excesso de zelo venha acompanhado, involuntariamente até, de condutas pouco proporcionais e, mais grave ainda, que desconsideram o necessário respeito que deve haver em relação a legítimas manifestações de outras autoridades e poderes.

Tome-se a surpreendente virulência com que a autoridade coatora se voltou contra a Defensoria, não só na imposição de multa elevadíssima – muito acima do valor mínimo estipulado pelo art. 265 do CPP –, mas também na elaboração de um procedimento executivo instantâneo e sumário, sem qualquer amparo legal.

O que contrariou tanto o zeloso magistrado? Uma recomendação da Administração Superior da instituição que pode ser de alguma forma questionada – como qualquer ato do poder público –, mas é indiscutivelmente razoável, atentando para o quadro sanitário gravíssimo que envolve o país. Nas próximas semanas, chegaremos a 500.000 mortes. Não é preciso usar qualquer recurso retórico para sublinhar a absoluta excepcionalidade deste período da nossa história. O número de vidas perdidas fala por si, ou melhor, urra.

Acrescente-se que, tornando ainda mais inevitável a recomendação mencionada, baixada em um momento de pico da pandemia e para vigorar apenas em determinado período, temos cerca de 120 defensores afastados do trabalho presencial – o caso da defensora titular da Vara Criminal de Araruama –, por integrarem grupo de risco da Covid-19. Ou seja, o quadro de defensores, que já é deficitário, está especialmente desfalcado para atividades presenciais.

Dessa forma, a autonomia constitucional da Defensoria Pública, instituição essencial à Justiça encarecida pela ordem jurídica brasileira, foi exercida de modo responsável, com razoabilidade plena. Ainda assim, foi objeto de atos de força que violaram profundamente a dignidade institucional, ao mesmo tempo em que ofenderam o imperativo constitucional da harmonia de poderes.

Não bastasse, é inegável que a autoridade coatora desrespeitou, ainda que reflexamente, a decisão liminar emitida por instância superior no habeas corpus impetrado pela defensora Juliana Pertence. Lembre-se aliás dos comentários contrafeitos do magistrado, quando recebeu a liminar, de que a instância superior estava “premiando” a atuação da Defensoria Pública. Lembre-se também da determinação, na mesma oportunidade, de que se expedisse comunicação ao Superior Tribunal de

Justiça – não se sabe bem o motivo – “acerca do que decidido e de todos os esforços expendidos por este Juízo para que o ato se realizasse”.

Mas nem é preciso recordar essas manifestações claras de inconformismo do juízo impetrado. A simples imposição de multa à Defensoria no momento do recebimento da liminar é mais categórica do que qualquer outro fato. Se o Exmo. Relator do Habeas Corpus 0025130-55.2021.8.19.0000 entendeu por bem suspender o julgamento do júri marcado para 15/04/21, uma sanção à Defensoria Pública em razão dessa mesma suspensão só pode ser vista, *data venia*, como descabida e temerária. No mínimo, deixou de haver qualquer cautela no sentido de não se esvaziar a autoridade da decisão superior. Além disso, a decretação da multa soou, inevitavelmente, como uma espécie de punição à Defensoria pela conquista da liminar.

Só pelos motivos expostos nesta seção, o presente mandado de segurança já poderia ter procedência. Mas há muito mais, como se verificará nos próximos itens.

#### 4. A COMPLETA ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA POR ABANDONO PROCESSUAL, ATINGINDO AINDA POR CIMA QUEM NÃO FIGURA NO RESPECTIVO TIPO SANCIONATÓRIO

##### 4.1 A necessária observância dos princípios do direito sancionatório

Inicialmente, é de se notar que a multa por abandono processual ostenta natureza evidentemente **sancionatória**. Nesse sentido, devem se aplicar ao caso os princípios e diretrizes interpretativas que se atrelam, sem qualquer controvérsia, ao direito sancionatório, independentemente de se tratar de sanção pecuniária ou não pecuniária.

A propósito, vale observar a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SANÇÃO AO ADVOGADO QUE ABANDONA A CAUSA SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO (NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA). ART. 265 DO CPP. DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º., LIV E LV DA CF/88). RECURSO PROVIDO.

1. Não é lícito ao Advogado abandonar sem justo motivo previamente comunicado ao Juízo, o patrocínio da causa, no momento da realização de ato processual ao qual, devidamente intimado, deve comparecer, por configurar, *prima facie*, menoscabo às atividades do Poder Judiciário, nas quais desempenha função essencial e insubstituível (art. 133 da Carta Magna).

2. Não se deve confundir a ausência a determinado ato processual com o abandono do processo, tal como previsto no art. 265 do CPP (redação da Lei 11.719/08), tanto que cumpre ao Juiz, em tal hipótese, se for o caso, nomear defensor substituto, como dispõe o art. 265, § 2º do CPP (redação da Lei 11.719/08), mas sem afastar a atuação do causídico em atos processuais futuros.

**3. A aplicação de qualquer sanção, ainda que de cunho administrativo, mas com reflexo patrimonial, se sujeita aos rígidos padrões de procedimento que integram o *due process of law* (justo processo jurídico), que não admite a noção de responsabilidade objetiva por ato infracional disciplinar, a exigir a devida apuração de sua prática e do correspondente contexto circunstancial em que ocorreu, haja vista o disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.**

4. Cabe ao Juiz prover medidas de pronta eficácia para impedir delongas processuais, inclusive suscitando ao órgão de classe dos Advogados a adoção de

sanções administrativas, mas deve abster-se de exercer diretamente essa atividade de controle disciplinar.

5. Recurso a que se dá provimento, para conceder a ordem de segurança. (RMS 32.742/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011 – negritamos).

Em especial, é de se observar o **princípio da tipicidade**. Para que a sanção possa ser imposta, a conduta sancionada há de guardar perfeita tipicidade, enquadrando-se de maneira exata na *fattispecie* legal, abrigada no art. 265 do Código de Processo Penal, que tem o seguinte teor: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente ao juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

## 4.2 A não caracterização objetiva do tipo do abandono processual

À vista da imperiosa necessidade de se observarem os princípios do direito sancionatório, sobretudo o princípio da tipicidade, não pode haver, à evidência, qualquer relativização da literalidade do comando legal. Se não tiver ocorrido um verdadeiro “abandono” do processo – que em nosso vernáculo tem o sentido de uma ação timbrada pela definitividade –, sanção alguma pode ser imposta.

Assentadas tais premissas, é muito evidente que não houve abandono algum no caso concreto. O significado do termo “abandono” corresponde à ação de soltar, largar, sair sem a intenção de voltar. No caso, diga-se com máxima veemência, tudo o que não houve foi abandono, muito pelo contrário. *Data venia*, se se quiser dar um exemplo de aplicação equivocada de multa por abandono processual, caso melhor do que este não haverá.

Com efeito, a noção de abandono é de todo incompatível com a impetração de laborioso habeas corpus, tal qual realizado pela defensora pública Juliana Pertence, para evitar que o júri, em desconformidade com o desejo expresso da ré, fosse realizado com o patrocínio de advogado dativo. A defesa, que, segundo a autoridade coatora, teria abandonado a causa, foi diligente a ponto de buscar, após a notícia da nomeação de dativo, a declaração de vontade da defendida para evidenciar que violava seus interesses tal medida.

Em outras palavras, se o juízo impetrado desejava punir a Defensoria Pública, é certo que escolheu, para tanto, o caminho jurídico mais inadequado possível.

Aduza-se que o caso nem precisaria ser tão infenso à configuração do abandono. De uma forma geral, a ausência a um ato processual não pode ser caracterizada como abandono. Confirmam-se, ilustrativamente, os seguintes julgados do STJ:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 265 DO CPP. ABANDONO DE JÚRI PELO DEFENSOR PÚBLICO. PERMANÊNCIA NO FEITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABANDONO DO PROCESSO.

**1. Não constitui a hipótese do art. 265 do Código de Processo Penal o abandono de ato processual pelo defensor do réu se este permaneceu na causa, tendo, inclusive, atuado nos atos subsequentes.**

2. Precedente: RMS n. 32.742, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 9/3/2011.

3. Recurso em mandado de segurança provido para desconstituir a decisão de primeiro grau que aplicou ao recorrente a multa prevista no art. 265 do Código de Processo Penal e determinou a sua inscrição na dívida ativa.

(RMS 51.511/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017 – negritamos).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFENSOR CONSTITUÍDO. PERMANÊNCIA NO FEITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABANDONO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. O abandono do advogado em atuar em ato específico do processo penal, por defensor do réu que permaneceu na causa, tendo, inclusive, atuado nos atos subsequentes, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada.

(RMS 57.508/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018).

### 4.3 A impossibilidade jurídica de a Defensoria Pública abandonar um processo

A bem da verdade, mostra-se impossível à Defensoria Pública, do ponto de vista jurídico, abandonar um processo.

Com efeito, o art. 265 do CPP prevê a aplicação de sanção processual ao caso em que o defensor abandona o processo.

O referido dispositivo encontra-se encartado no capítulo III, do título VIII, dedicado à disciplina dos sujeitos processuais no processo penal, e procura reprimir condutas negligentes da defesa que possam prejudicar a tramitação do processo.

Note-se, porém, que o CPP não comina sanção processual ao Ministério Público, como se verifica da redação dos arts. 257 e 258. Essa omissão, aparentemente afrontosa à isonomia processual, tem uma razão de ser. A natureza una e indivisível do Ministério Público e a indisponibilidade da ação penal o impedem de abandonar a condução da persecução penal, sendo certo que condutas negligentes de membros do *parquet* devem ser analisadas pela sua respectiva Corregedoria.

**O mesmo raciocínio se aplica à Defensoria Pública.** Em razão do mandamento constitucional de assistência jurídica (art. 134), do ditame convencional de garantia de defesa técnica obrigatória a ser fornecida pelo Estado (art. 8º da CADH), do caráter uno e indivisível da instituição (art. 134, § 4º, da CRFB) e da impossibilidade de seus membros declinarem da atuação no processo penal, a sanção processual do art. 265 não pode ser aplicada aos integrantes da Defensoria Pública, até porque a instituição não é mencionada no diploma processual penal.

**Torne-se ao caso concreto. O que houve foi o não comparecimento plenamente justificado a um ato processual. A Defensoria continuará no processo. Aliás, é tudo que se quer, tanto assim que houve a impetração de habeas corpus.**

Em consequência, se a Defensoria Pública não pode abandonar processos, a ela não pode ser imposta, por óbvio, multa por abandono processual.

Enfim, o processo criminal não é, certamente, o campo adequado para o julgamento de atos da Administração da Defensoria ou para o exercício de atividade

correicional dos defensores, afigurando-se indesejável a confusão dos institutos. Não pode o juízo, *data venia*, no intuito de punir ato lastreado na legítima autonomia constitucional da Defensoria, aplicar a figura do abandono processual, sem tipicidade para tanto. Além da afronta ao tipo sancionatório, o que já seria grave, agride-se ainda a separação dos poderes, pilar fundamental do nosso Estado Democrático de Direito.

#### 4.4 A existência de justificativa idônea para o não comparecimento ao ato processual

Ainda que se pudesse cogitar da figura objetiva do abandono no caso concreto – o que se viu acima não ser possível –, a justificativa declinada pela defensora pública titular para não comparecer ao júri de 15/04/21, amparada em recomendação da sua Administração Superior, é inquestionavelmente idônea.

Nesse sentido, vale reproduzir o seguinte trecho da manifestação ministerial (favorável à concessão da ordem) no citado Habeas Corpus 0025130-55.2021.8.19.0000 (p. 154), versando sobre a mesma situação: “No caso, a justificativa apresentada pelo Defensor [sic] é razoável e corroborada, não só pela Recomendação da Instituição que representa, como também diante do agravamento do contágio, denominado segunda onda, conforme amplamente noticiado pela imprensa”.

Por mais esse ângulo, não se pode falar em “abandono” processual pela Defensoria. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA LITIGIOSA. SEÇÕES CRIMINAIS. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFENSOR PÚBLICO. RECUSA PARA ATUAR EM ATO ESPECÍFICO DO PROCESSO. REGRAMENTO ADMINISTRATIVO DA DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO.

1. Na definição da competência das Seções deste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a natureza da relação jurídica litigiosa. Pouco importa o instrumento processual utilizado ou a espécie da lei que fundamentou a decisão recorrida ou que foi invocada no recurso [...] (in CC n. 29.481/SP, Corte Especial, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 28/05/2001).

2. Considerando que a multa fixada com fundamento no art. 265 do Código de Processo Penal decorre necessariamente de relação jurídica litigiosa regida pelas normas de direito penal, a competência para o julgamento de eventuais controvérsias será das respectivas turmas criminais.

**3. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal.**

4. A impossibilidade material de atender a todos necessitados não permite transferir do órgão – Defensoria Pública – para o magistrado o critério eletivo.

**5. Punição que pretende obrigar o defensor público a atender aos critérios do juiz, contrariando inclusive regramento próprio do órgão. Impossibilidade.**

6. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada.

(RMS 54.112/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 24/09/2018 - negritamos).



#### 4.5 A total impossibilidade de a multa atingir entidade que não é sequer mencionada no tipo do art. 265 do CPP

Além do aspecto objetivo, a tipicidade estrita deve ser levada em conta também, por óbvio, na determinação de quem pode ser sancionado. Mais uma vez, nenhuma interpretação ampliativa se permite. Só pode ser punido aquele que está expressamente nominado na norma sancionadora. Caso isso não aconteça, a ilegitimidade passiva é manifesta.

De acordo com a decisão atacada, o CEJUR é o destinatário final da sanção. Ocorre que o art. 265 do CPP fala em “defensor”, nunca em Centro de Estudos Jurídicos ou em fundo orçamentário especial. À vista disso, só “defensor” é que poderia, em tese, receber a sanção, afigurando-se impossível, do ponto de vista jurídico, qualquer alargamento subjetivo, ainda mais um alargamento tão elástico.

Por mais essa perspectiva, a decisão vergastada ofende pesadamente o princípio da tipicidade, mais um motivo pelo qual merece ser cassada.

#### 5. A INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – CONDENAÇÃO DE ÓRGÃO ESTRANHO AO PROCESSO, SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, SENDO FIXADA MULTA MUITO ACIMA DO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA

A decisão objeto do presente *mandamus* consegue também violar garantias processuais fundamentais, previstas no art. 5º, LIV e LV e no art. 93, IX, da Constituição.

Inicialmente, diga-se que a jurisprudência do Superior Tribunal Justiça é firme no sentido de que terceiro estranho ao processo não pode sofrer qualquer gravame, a bem dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Confira-se o REsp 1.657.795, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento unânime em 17/08/17:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE PROJETO DE ATERRO SANITÁRIO. RECURSO DO IBAMA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM DESFAVOR DO GESTOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE QUANDO O AGENTE POLÍTICO NÃO FIGURAR NO POLO PASSIVO. (...)

3. Observa-se que não se está negando vigência ao art. 11 da Lei 7.347/1985, porém determinar a cominação de astreintes aos gestores públicos sem lhes oferecer oportunidade para se manifestarem em juízo acabaria por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa (REsp 1.315.719/SE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/9/2013; AgRg no AREsp 196.946/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 16/5/2013).

Não se deixe de repisar que o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR) foi alvo de uma **sanção**. Eventualmente, admite-se que terceiro possa sofrer os efeitos reflexos de uma determinada decisão judicial. Mas sofrer uma sanção direta, de cunho pecuniário, em um processo do qual não participou nem teve oportunidade de se defender, é completamente inconstitucional.

Quando se trata de sanção, a necessidade de atenção ao contraditório e à ampla defesa é ainda mais inafastável. Nesse sentido, reza o inciso LIV do art. 5º da

Constituição: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mas nada disso houve no caso concreto.

Em vários casos envolvendo a Defensoria Pública, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fez valer essas garantias da ordem constitucional. A título de exemplificação, veja-se o seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. IMPETRANTE QUE SE INSURGE EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA PELO IMPETRADO NA QUAL ESTE, EM RAZÃO DO NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO TABELAR A UMA AUDIÊNCIA DE RÉU PRESO, APLICOU-LHE A MULTA PREVISTA NO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ASSIM COMO CONDENOU A ORA IMPETRANTE AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO ADVOGADO DATIVO QUE EXERCEU A DEFESA DOS RÉUS. ALEGA, NESTE ASPECTO, ALÉM DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA EM QUESTÃO, TAMBÉM O FATO DE QUE A AUSÊNCIA TERIA SIDO JUSTIFICADA.

(...)

De outro norte, assiste razão à impetrante quando sustenta a inaplicabilidade da referida norma sancionadora no caso sub examine. Com efeito, em que pese válido e eficaz o dispositivo em comento, não se pode relegar ao oblívio o fato de que, justamente por se tratar de uma norma sancionadora, deve ser interpretada restritivamente, e não de forma ampliada como fora feito pela autoridade impetrada. Neste diapasão, no caso dos autos, em que pese a incontestável ausência do Defensor Público tabelar daquele Juízo na data aprazada para a realização da audiência em feito que continha 03 réus presos, não se pode deixar de reconhecer que isso, de per si, não pode ser configurado como ABANDONO da causa, e, por conseguinte, como fato ensejador da incidência da sanção prevista no art. 265, do CPP.

**Afinal, a ausência a um só ato do processo não é hábil a configurar abandono como também já decidido pela Superior Instância.**

Ademais disso, no caso sub examine, o Defensor Público tabelar avisou, com antecedência, sua impossibilidade de comparecimento ao ato, assim como também fez prova, consoante se pode inferir da farta documentação adunada, de que sua ausência encontrava-se justificada pela sua atarefada agenda funcional.

Nesta linha de inteligência, com todas as vênias a douta autoridade impetrada, no caso dos autos, não resta configurado o abandono do processo hábil a configurar a hipótese de incidência da norma sancionadora prevista no art. 265, do CPP.

Outrossim, não se pode deixar de reconhecer que eventual desídia ou falta funcional praticada pelo Defensor Público há de ser comunicada ao seu órgão correcional, e, na espécie, consoante se extrai do decisorio vergastado, a douta autoridade impetrada assim já o fez, uma vez que determinou a expedição de ofício à Corregedoria da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para ciência e adoção de providências, se cabíveis.

Destarte, como bem pontuado pelo douto parecerista, DR. Francisco Eduardo Marcondes Nabuco, a precipitada aplicação do artigo 265, da Lei Adjetiva Penal, sem possibilidade de justificação acerca de eventual desídia, redundaria em violação de direito líquido e certo da Impetrante, remediável pela via eleita.

SEGURANÇA CONCEDIDA.

(Mandado de Segurança n. 0003978-82.2020.8.19.0000, rel. Des. Maria Angélica Guerra Guedes, Sétima Câmara Criminal – negritamos).

Além do mais, a multa imposta à Defensoria – 50 salários mínimos –, afligindo especificamente o seu Centro de Estudos Jurídicos, foi altíssima, muito acima do mínimo legal (10 salários mínimos). Em nenhum momento, todavia, o juízo impetrado preocupou-se em justificar adequadamente a imposição de sanção tão gravosa. Dessa forma, também o comando constitucional do art. 93, IX, restou violado, mais uma razão, em meio a tantas outras, que justifica o êxito desta ação mandamental.

## 6. MAIS UMA AFRONTA À LEGALIDADE – IMPOSIÇÃO DE MULTA A SER PAGA POR FUNDO ESPECIAL ORÇAMENTÁRIO GERIDO PELO CEJUR, QUE NÃO ADMITE QUALQUER COMPROMETIMENTO DA SUA RECEITA SEM PREVISÃO LEGAL

Conforme já narrado, os atos de força da autoridade coatora incidiram sobre o fundo do CEJUR, **que tem natureza de fundo orçamentário especial, regido por lei própria e pelas normas do direito orçamentário nacional.**

A Lei estadual n. 1.146/1987 “cria o Centro de Estudos Jurídicos da Assistência Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e institui o fundo orçamentário especial para atender a suas despesas”.

Considerando que a administração pública se submete ao princípio da estrita legalidade, principalmente em matéria orçamentária, certo é que somente é possível utilizar a verba do fundo nas hipóteses elencadas na Lei n. 1.146/1987 (alterada recentemente pela Lei n. 9.019/2020):

Eis o que rezam os artigos iniciais da Lei n. 1.146/1987:

**Art. 1º** É criado o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, diretamente subordinado ao(à) Defensor(a) Público(a) Geral do Estado, com as seguintes atribuições:

**I** - promover a capacitação, especialização e atualização técnico-profissional das pessoas que integram a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro;

**II** - editar e distribuir a “Revista de Direito da Defensoria Pública”, bem como outras publicações de interesse jurídico;

**III** - promover estudos de temas jurídicos do interesse da instituição;

**IV** - adquirir livros e revistas, bem como manter intercâmbio com entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras;

**V** - realizar cursos de pós-graduação, seminários, aulas, palestras e conferências de caráter jurídico;

**VI** - organizar os serviços de documentação e informação jurídicas, mantendo sempre atualizado, serviços de informação legislativa e jurisprudencial;

**VII** - promover pesquisas bibliográficas;

**VIII** - participar da organização do curso de preparação à carreira destinado a defensores(as) públicos(as) e servidores(as) em estágio probatório;

**IX** - divulgar toda matéria de natureza jurídica de interesse da Defensoria Pública;

**X** - promover concursos e premiações voltados ao aperfeiçoamento da atuação institucional e à difusão dos direitos humanos;

**XI** - promover atividades de ensino, capacitação, pesquisa e extensão, proporcionando a acadêmicos de cursos de nível superior e bacharéis em direito o conhecimento teórico e prático nas áreas de atuação da Defensoria Pública, sob supervisão da Coordenação Geral de Estágio Forense e Residência Jurídica e orientação acadêmica do Centro de Estudos Jurídicos;

**XII** - apoiar atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública que promovam a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

**Parágrafo único.** O Centro de Estudos Jurídicos poderá desenvolver outras atividades que lhe forem conferidas, desde que conexas com as atribuições mencionadas nos incisos deste artigo.

**Art. 2º** Fica instituído Fundo Orçamentário Especial **destinado a atender às despesas efetuadas pelo Centro de Estudos Jurídicos no desempenho das atribuições previstas no art. 1º**, podendo ser utilizado também em prol do aparelhamento material da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro” (*negritamos*).

**Art. 3º** Constituirão receita do Fundo:

**I** - os honorários que caibam à Defensoria Pública em qualquer processo judicial, bem como em atuações extrajudiciais;

**II** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**III** - auxílios, subvenções e contribuições de entidades públicas e privadas, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas;

**IV** - doações e legados.

**V** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**VI** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**VII** - [Revogado pela Lei 9.019/2020]

**Parágrafo único.** A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, pelos seus órgãos de atuação, postulará e executará as verbas mencionadas no inciso I deste artigo, observadas as isenções previstas no art. 91, caput, e no § 1º do art. 1.007 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. (...)

Vê-se claramente, assim, que a multa aplicada ao CEJUR não tem relação com as finalidades do órgão e do fundo orçamentário especial destinado a custear as suas despesas, razão pela qual a autoridade coatora, além de tudo mais, afrontou comandos orçamentários e o princípio da legalidade estrita no âmbito do direito público.

Evidentemente, a atuação e o regime jurídico do CEJUR e do fundo orçamentário correspondente são guiados pelo princípio da legalidade estrita. Sem amparo legal, a receita do fundo não pode ser comprometida.

Incide ao caso, fora de qualquer dúvida, o art. 37 da CRFB/88, segundo o qual a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios há de seguir o princípio da legalidade, significando isso que os órgãos públicos só podem fazer o que estiver expressamente previsto em lei (ao contrário do que acontece com os particulares, que podem fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei).

Em se tratando de um fundo orçamentário especial, as amarras da legalidade estrita são ainda mais rígidas. Não havendo previsão legal da despesa, não há também, naturalmente, qualquer previsão orçamentária para se efetuar o pagamento, outro fator impeditivo intransponível.

Nesse sentido, impõe-se a observância do princípio da especificação, programação ou discriminação orçamentária, segundo o qual se faz necessária a descrição detalhada das despesas previstas para o correspondente exercício financeiro. Referido princípio visa permitir que os demais poderes e a sociedade possam realizar um exame pormenorizado da destinação dos recursos, garantindo a necessária transparência do orçamento público.

De acordo com o princípio da programação, as despesas devem ser classificadas de acordo com os fins ou objetivos e os respectivos meios, do que decorre a classificação funcional e programática, permitindo uma visão organizada das despesas.

**Nesse sentido, não é possível que a Administração Pública realize gastos não previstos no orçamento e, pior, sequer previstos em lei.**

Veja-se, com efeito, o que reza o art. 71 da Lei n. 4.320/1964 (uma das mais importantes legislações pátrias sobre direito financeiro): “Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se **vinculam** à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação” [negritamos].

**Portanto, é imperativa a vinculação das receitas do fundo do CEJUR à realização dos seus objetivos, não podendo tais receitas serem desfalcadas por gravames completamente alheios ao funcionamento do órgão.**

Imagine-se, aliás, que decisões semelhantes pudessem multiplicar-se em nosso Estado. Isso esgotaria o fundo orçamentário especial da Defensoria Pública e comprometeria a realização das relevantes atividades ditadas pela Lei n. 1.146/1987.

Por sinal, essa não é uma hipótese longínqua e abstrata, tendo-se em vista que a autoridade coatora já impôs multa à Defensoria Pública, por suposto abandono, em outro feito (Proc. 0025177-60.2020.8.19.0001).

Referendando as nossas afirmações, cite-se o julgamento, por esse egrégio Tribunal, da Correição Parcial 0017492-39.2019.8.19.0000 (rel. Des. Carlos Eduardo Roboredo, Terceira Câmara Criminal, julgamento unânime em 07/05/19). O caso era distinto (utilização do fundo especial da Defensoria para o pagamento de advogado dativo em função do atraso de defensor público a uma audiência), **mas não deixou de ser assinalada a impossibilidade de se onerar um fundo especial com despesas alheias às suas finalidades**. Confira-se:

Correição parcial. Insurgência contra decisão que, diante do atraso no comparecimento do defensor público para a realização de AIJ, nomeou advogado dativo e impôs à Defensoria Pública a obrigação de ter de suportar honorários advocatícios arbitrados. Pleito que busca desconstituir a decisão contestada. Mérito que se resolve parcialmente em favor do Reclamante. Correição Parcial que se traduz em instrumento genérico e subsidiário de impugnação recursal, previsto no art. 219 do CODJERJ, destinado a hostilizar erro de ofício ou abuso de poder praticado por juiz de direito e capaz de gerar inversão da ordem legal do processo. (...) Higidez no arbitramento dos honorários advocatícios, haja vista que “o advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado” (STJ). **Deteção, todavia, de equívoco judicial quanto à imposição do pagamento da verba honorária à própria instituição da Defensoria Pública**, ciente de que, apesar de ser órgão integrante do Estado, com ele juridicamente não se confunde, inexistindo previsão legal ou vinculação orçamentária específica para que seu Fundo Especial, que ostenta finalidade específica, seja onerado com o ônus do aludido pagamento. **Correição a que se dá parcial provimento apenas para cassar a imposição do pagamento da verba honorária arbitrada ao Fundo Especial da Defensoria Pública** [negritamos].

Em sentido complementar, vale invocar o seguinte julgado do STJ, que não se refere especificamente à incolumidade dos fundos da Defensoria Pública, **mas sim à própria impossibilidade de a instituição ser onerada por decisões judiciais**:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXCESSO. VERBAS SUCUMBENCIAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

2. O art. 4º, XXI, da Lei Complementar n. 80/1994 prevê, como função institucional da Defensoria Pública, a execução das verbas sucumbenciais decorrentes de



sua atuação, as quais são destinadas ao fundo de aparelhamento e capacitação profissional dos seus membros e servidores.

3. A capacidade processual atribuída à referida Instituição, no que tange à execução dos honorários afetados ao FADEP – Fundo de Aparelhamento de Defensoria Pública, não a torna parte na relação processual para responder por eventual excesso de execução, mas sim o ente público ao qual pertence.

4. Embora possua autonomia financeira, funcional e administrativa reconhecida constitucionalmente (artigo 134, 2º, CF), a Defensoria Pública não detém personalidade jurídica para ser condenada pelo pagamento de honorários sucumbenciais, em face de excesso de execução.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1505295/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 16/09/2020).

Mostra-se impossível, dessa forma, o comprometimento dos recursos do CEJUR por força de multa imposta em processo do qual o órgão não participava. Em mais esse ponto, a decisão impetrada colide com normas básicas do ordenamento pátrio.

## **7. EXECUÇÃO INSTANTÂNEA E SUMÁRIA DA DECISÃO, SEM QUALQUER PREVISÃO LEGAL – INADMISSÍVEL SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS**

Não bastassem todas as ilegalidades já demonstradas, a autoridade coatora deixou de observar o procedimento legal para execução de multa em face de instituição pública.

Mais uma vez estão em jogo valores relevantes da nossa ordem jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, o representante de uma instituição pública não pode ser surpreendido por decisão autoexecutória de outra, sem respeito ao devido processo legal e sequer previsão legal.

Ainda que fosse possível a aplicação de multa amparada no art. 265 do Código de Processo Penal, desconsiderando-se a plethora de argumentos agitados aqui no sentido da inaplicabilidade do dispositivo ao caso em tela, não poderia a mesma autoridade coatora, além de aplicar a multa, promover sua execução imediata, promovendo a penhora em fundo de destinação orçamentária especial.

No caso, de fato, ocorreu inadmissível sequestro de verba pública, materializando execução instantânea e sumária de multa completamente à margem do nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Como não poderia ser diferente, as execuções de obrigações pecuniárias em face do poder público têm um regime constitucional especial. Afinal, os recursos públicos são indisponíveis e estão destinados a fins de interesse social.

De acordo com o art. 100 e §§ da Constituição, os pagamentos devidos pelo poder público em virtude de decisão judicial transitada em julgado “far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos”, excetuando-se apenas as obrigações definidas em lei como de pequeno valor (o que não é o caso aqui, tal o vulto da multa aplicada), hipótese em que o pagamento se dá por meio de requisição de pequeno valor.

Como se sabe, a regulamentação de pagamento por meio do precatório visa garantir o planejamento orçamentário, autonomia administrativa e financeira de cada instituição, bem como a separação entre os poderes, ao impedir que uma decisão

judicial tenha o poder de atingir de forma imediata o orçamento de outro ente ou instituição.

É preciso, sem dúvida, proteger o orçamento das entidades públicas de interferências inesperadas externas que possam comprometer o funcionamento dessas entidades. É a própria prestação regular dos serviços públicos que está em jogo. Nesse sentido, veja-se o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, recentemente, na ADPF 437:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. REFERENDO. EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO DO CEARÁ (EMATERCE). **ENTIDADE ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO**, EM CARÁTER EXCLUSIVO E SEM INTUITO DE LUCRO. ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL. INSTRUMENTOS DA POLÍTICA AGRÍCOLA. ART. 187, IV, DA CF. ATIVIDADES ESTATAIS TÍPICAS. EXECUÇÃO. **REGIME DE PRECATÓRIOS**. ARTS. 2º, 84, II, 167, VI E X, E 100 DA CF. CONVERSÃO DO REFERENDO À LIMINAR EM JULGAMENTO DE MÉRITO. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA.

1. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que somente as empresas públicas que exploram atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, nos moldes do art. 173, § 1º, II, da Lei Maior. Precedentes.

2. As atividades de assistência técnica e extensão rural, positivadas no art. 187, IV, da Constituição da República como instrumentos de realização da política agrícola do Estado, traduzem atividades estatais típicas.

3. Embora constituída sob a forma de empresa pública, a EMATERCE desempenha atividade de Estado, em regime de exclusividade e sem finalidade de lucro, sendo inteiramente dependente do repasse de recursos públicos. Por não explorar atividade econômica em sentido estrito, sujeita-se, a cobrança dos débitos por ela devidos em virtude de condenação judicial, ao regime de precatórios (art. 100 da Constituição da República).

**4. A expropriação de numerário em contas do Estado do Ceará para satisfazer execuções de débitos trabalhistas da EMATERCE traduz indevida interferência do Poder Judiciário na administração do orçamento e na definição das prioridades na execução de políticas públicas, em afronta aos arts. 2º e 84, II, 167, VI e X, da CF. Precedentes.**

5. Conversão do referendo à liminar em julgamento definitivo de mérito.

6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.

(ADPF 437, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 02-10-2020 PUBLIC 05-10-2020 - negritamos).

Assim, se para empresas públicas, prestadoras de serviço público, impõe-se a observância do pagamento de valores fixados em decisão judicial por meio de precatório, com muito mais razão aqueles fixados em desfavor da Defensoria Pública, que tem orçamento próprio e presta serviço essencial.

**Além da necessidade da utilização do regime dos precatórios, é absurdo, do ponto de vista jurídico, lançar mão de sequestro sobre as contas da Defensoria Pública. Qualquer execução de verbas públicas exige, de forma inafastável, procedimento formal previsto em lei, o qual somente em circunstâncias excepcionalíssimas comporta uma medida de tamanha força como o sequestro.**

Com efeito, em apenas duas hipóteses o texto constitucional admite o sequestro de verba pública (§ 6º do art. 100): quando houver a preterição do direito

de precedência do credor ou quando não se alocar o valor necessário à satisfação do débito, cabendo a decisão ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda.

Inúmeras são as decisões das nossas cortes superiores que reafirmam a excepcionalidade do sequestro de verbas públicas. A título ilustrativo, confira-se a seguinte decisão do Tribunal Pleno do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO FINANCEIRO. PRECATÓRIOS. NATUREZA ALIMENTAR. PREVALÊNCIA ABSOLUTA. ART. 78 DO ADCT. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRETERIÇÃO. ORDEM CRONOLÓGICA. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 521 da sistemática da repercussão geral: “É legítima a expedição de ordem de sequestro de verbas públicas, por conta da ordem cronológica de pagamento de precatórios, na hipótese de crédito de natureza alimentar mais antigo ser preterido em favor de parcela de precatório de natureza não alimentar mais moderno, mesmo quando este integrar o regime do art. 78 do ADCT.” 2. O artigo 100 da Constituição da República traduz-se em um dos mais expressivos postulados realizadores do princípio da igualdade, pois busca conferir, na concreção do seu alcance, efetividade à exigência constitucional de tratamento isonômico dos credores do Estado. Precedente: ADI-MC 584, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 22.05.1992. 3. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento iterativo no sentido de que a ordem cronológica é o critério constitucional para a satisfação dos débitos do Poder Público reconhecidos em juízo. 4. Concebe-se o relacionamento entre o regime de pagamento especial de débitos judiciais da Fazenda Pública, de acordo com a natureza do crédito, alimentar ou não, com prevalência absoluta do primeiro em relação ao último. Precedente: ADI 47, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, DJe 13.06.1997. Súmula 655 do STF. **5. O único caso de autorização do sequestro de verbas públicas, previsto no art. 100 da Constituição da República e aplicável aos precatórios de caráter alimentar, consiste na hipótese de burla ao direito de precedência do credor. Precedente: ADI 1.662, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, DJ 19.09.2003.** 6. O pagamento parcelado de débitos antigos, nos termos do art. 78 do ADCT, não infirma a prevalência dos créditos de natureza alimentar sobre os demais, desde que respeitada a ordem cronológica. A regra permanece hígida, mesmo diante da excepcionalidade conjectural pressuposta pelo dispositivo precitado. Precedente: RE 132.031, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 19.04.1996. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 612707, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-222 DIVULG 04-09-2020 PUBLIC 08-09-2020 - negritamos)

É evidente que não se pode aplicar analogicamente essa possibilidade excepcional de sequestro de verbas públicas, a ser interpretada sempre restritivamente. Apenas em casos dramáticos do ponto de vista humanitário é que tem sido admitido sequestro de verbas públicas, consoante demonstra a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. BLOQUEIO OU SEQUESTRO DE VERBAS DO ESTADO EM CARÁTER EXCEPCIONAL. SOBRESTAMENTO PELA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. NÃO CABIMENTO.

I - O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsps 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente).

II - Orientação desta Corte no sentido de caber ao magistrado adotar medidas eficazes à efetivação de decisões que determinam o fornecimento de medicamentos,

inclusive o bloqueio ou sequestro de verbas do Estado, **com a ressalva de que a medida deve ser concedida apenas em caráter excepcional, quando houver comprovação do não cumprimento da obrigação e de que a demora no recebimento do medicamento acarretará risco** à saúde e à vida do demandante.

III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no RMS 47.336/GO, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015 - negritamos).

Sem qualquer dificuldade, portanto, constata-se que foi absolutamente irregular o modelo insólito de execução instantânea e sumária construído pela autoridade coatora.

Para roborar o alegado, veja-se o que prevê o CPC, aplicável subsidiariamente ao processo penal (art. 3º do CPP), acerca das multas decorrentes do descumprimento de deveres processuais.

Segundo o § 3º do art. 77 do CPC, “Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, **a multa prevista no § 2º** será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal” (negrito nosso), sendo certo que a possibilidade de multa não se aplica aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, conforme prevê expressamente o § 6º do mesmo dispositivo: “§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará”.

Ou seja, ainda que pudesse ser referendada, no aspecto meritório, a multa imposta pela autoridade coatora, o procedimento de cobrança respectivo se mostrou completamente ilegal, ou melhor, inconstitucional. O valor da multa deveria ser inscrito em dívida ativa, para posterior execução fiscal. Ou então, entendendo-se não ser o caso de inscrição em dívida ativa, seria indispensável a cobrança por meio de processo executivo (não fiscal) do estado do Rio de Janeiro.

**Mas nunca, insista-se, uma cobrança por meio de sequestro em contas públicas, o que na verdade pode ser visto como verdadeiro confisco de verba pública, sem qualquer base jurídica.**

Por fim, assinale-se que, no Proc. 0025177-60.2020.8.19.0001, citado mais acima, também da Comarca de Araruama, o mesmo juízo apontado como autoridade coatora no presente mandado de segurança impôs multa à Defensoria Pública e também a um advogado particular. Assim dispôs o magistrado (p. 962 dos autos do processo, que são eletrônicos):

(...) Ademais, na forma da jurisprudência do STJ, aplico multa de 10 salários mínimos à DPGE, a qual, na esteira do mesmo entendimento, poderá exercer direito de regresso em face do defensor, na forma do art. 265 do CPP. Não havendo manifestação da DPGE quanto ao pagamento da multa em 5 dias, proceda-se à penhora do valor da multa nas contas do CEJUR. A nomeação de advogados dativos se deu em observância ao disposto no art. 265, § 2º do CPP. **Quanto à multa aplicada em desfavor do advogado, caso não seja apresentada justificativa**

**em 5 dias, oficie-se para secretaria Estadual de Fazenda para inscrição do débito em dívida ativa e posterior cobrança. [negritamos]**

Ora, qual a razão pela qual a multa ao advogado deve ser inscrita em dívida ativa e a multa à Defensoria, diversamente, deve ser executada de imediato, instantaneamente? Em se tratando de entidade pública, a execução de qualquer valor da Defensoria deve merecer cuidados e rigores ainda maiores. É a própria autoridade coatora, dessa forma, que denuncia involuntariamente **a erronia do seu proceder**.

Por mais esse motivo, portanto, merece ser deferida a presente ordem.

## **8. A NECESSÁRIA CONCESSÃO DE LIMINAR**

Como já ressaltado, a autoridade coatora condenou a Defensoria Pública ao pagamento de multa por abandono processual no valor de 50 salários mínimos, incidindo o gravame sobre o fundo orçamentário especial gerido pelo CEJUR. A condenação viola inúmeros comandos constitucionais e legais, conforme acima destacado, de modo a evidenciar a relevância do fundamento da presente ação mandamental.

**Outrossim, haja vista a ameaça de transferência dos valores bloqueados das contas do CEJUR/Defensoria Pública para contas do estado do Rio de Janeiro, nos próximos dias, é certo que resta configurado o perigo de dano iminente, de modo a autorizar a concessão da liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009.**

Outrossim, pelo disposto no artigo 311, IV do CPC, aplicável analogicamente, deve ser a liminar deferida para suspender a penhora on-line realizada, com base na tutela da evidência, uma vez que todos os fatos ora alegados são documentalmente comprovados e a matéria de direito torna certa a concessão final da ordem.

## **9. O PEDIDO**

Ante o exposto, requer-se o conhecimento e o provimento deste mandado de segurança para que:

- a)** LIMINARMENTE, sejam restituídos aos cofres do CEJUR/Defensoria Pública os valores sequestrados ou, no mínimo, seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de transferir esses valores para contas do estado do Rio de Janeiro enquanto não julgado o mérito do presente *writ*;
- b)** caso, porventura, a liminar já encontre os valores transferidos para contas do estado do Rio de Janeiro, requer-se seja determinada a devolução dos valores para a Defensoria ou, no mínimo, para uma conta judicial, onde ficarão acautelados;
- c)** seja notificada a ilustre autoridade coatora para que preste informações no prazo legal;
- d)** seja ouvido o digno representante do Ministério Público com atribuição para o processo;



- e) NO MÉRITO, seja concedida a ordem para cassar por completo a multa por abandono processual aplicada à Defensoria Pública/CEJUR e reconhecer a invalidade total do procedimento executivo sumário e instantâneo instaurado pela autoridade coatora, tornando definitiva a medida liminar, com o retorno dos valores sequestrados para os cofres da impetrante;
- f) *ad argumentandum tantum*, o que só se faz por desencargo de consciência, requer-se, na pior das hipóteses, seja reduzida ao mínimo legal (10 salários mínimos), à míngua de fundamentação idônea para a fixação de qualquer valor superior, a multa imposta à Defensoria/CEJUR.

Seguem anexos os documentos e peças processuais que confirmam a narrativa da presente inicial, que se cinge o tempo todo a argumentos de ordem jurídica.

Dá-se à causa o valor de R\$ 55.000,00.

Rio de Janeiro, 15 de maio de 2021.

**JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA**  
Defensor Público – Diretor do CEJUR



**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0033984-38.2021.8.19.0000**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: Juízo da Vara Criminal de Araruama**

**RELATOR: DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**

MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA CRIMINAL. PLEITO DE CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL QUE APLICOU À DEFENSORIA PÚBLICA MULTA DE 50 SALÁRIOS MÍNIMOS POR ABANDONO DA CAUSA, ESTABELECEANDO 15 DIAS PARA PAGAMENTO SOB PENA DE PENHORA ON LINE SOBRE OS ATIVOS DA INSTITUIÇÃO, EM ESPECIAL AS CONTAS DO CEJUR – CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA DEFENSORIA PÚBLICA ADIAMENTO DA SESSÃO PLENÁRIA DO JURI, POR IMPOSSIBILIDADE DE COMPARECIMENTO DA DEFENSORA PÚBLICA EM ATUAÇÃO, QUE AO REQUERER A REDESIGNAÇÃO DO ATO, APRESENTOU JUSTIFICATIVA REFERENTE À RECOMENDAÇÃO DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO TENDO EM VISTA A PIORA DO CENÁRIO EPIDEMIOLÓGICO RELATIVO À PANDEMIA DE COVID-19, CONHECIDA COMO ‘SEGUNDA ONDA’ EM QUE PESE O INTUITO DO MAGISTRADO EM IMPRIMIR CELERIDADE AO JULGAMENTO DOS PROCESSOS QUE TRAMITAM NA COMARCA, A POSTURA DA DEFENSORA NÃO SE COMPARA ÀQUELA DO PATRONO DISPLICENTE E DESIDIOSO, PARA O QUAL A LEI PREVÊ MULTA. PELA CONCESSÃO DA SEGURANÇA.



## ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos pelos Desembargadores que integram a **SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** estes autos de *Mandado de Segurança* de nº 0033984-38.2021.8.19.0000, em Julgamento nesta data: À unanimidade foi concedida a segurança, confirmando a liminar. Usou da palavra dr José Augusto Garcia.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2022.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado pela Defensoria Pública Estadual, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal de Araruama/RJ.

Extrai-se dos autos que, no processo de nº 0001172-83.2018.8.19.0052, que tramita no juízo supracitado, o ora impetrante patrocina a Defesa de Jessica de Lima Silva, que figura como ré, porquanto lhe é imputada a prática de crime doloso contra a vida (art. 121 §2º, I e IV c/c art.29 todos do CP), cuja sessão plenária teria sido designada para 15/04/2021.

A impetrante alega que a Defensora Pública, responsável pela causa, Juliana Fiani Pertence, percebeu que não poderia estar presente no dia agendado, haja vista o agravamento da Pandemia de Covid-19, que gerou recomendação para que os Defensores Públicos não comparecessem aos atos presenciais, na hipótese de inviabilidade de sua realização na forma virtual, como é o caso do Plenário do Júri. Por tal razão, formulou requerimento pleiteando a redesignação do ato instrutório, esclarecendo que a Coordenadoria de Movimentação da Defensoria Pública não enviaria Defensor Público Auxiliar.

Continua, relatando que ao apreciar o requerimento apresentado pela defesa, o Magistrado indeferiu o pleito de redesignação, determinando a comunicação à Administração da DPGE para designação de Defensor para atuação na sessão de julgamento e no ato designou advogado dativo para a eventualidade de não haver nomeação de defensor. Esclarece que foi juntada declaração da ré, em que manifestava o desejo de ser

defendida pela Defensoria e não por advogado dativo, e impetrado Habeas Corpus, que teve liminar deferida por este relator, a fim de assegurar o direito da acusada quanto a escolha do profissional que irá assisti-la bem como o adiamento da sessão plenária.

Aduz que, ao retirar o feito de pauta, e redesignar o ato para 09/09/21, o juízo impetrado aplicou à defensoria multa no valor de 50 salários mínimos, revertidos em favor do Estado, determinando ainda o pagamento em 15 dias, sob pena de penhora on line sobre os ativos da Instituição, em especial as contas do CEJUR – Centro de Estudos jurídicos da Defensoria Pública. Continua informando que, certificada a intimação da Defensoria, a autoridade coatora determinou a penhora on line do valor de 50 salários mínimos na conta do CEJUR, a qual foi efetivamente realizada, tendo sido bloqueada a importância total de R\$ 118.569,93. Que do ato, o Primeiro Subdefensor Público-Geral foi intimado em 11/05/21, ficando assinalado no mandado respectivo que, não havendo reação em 5 (cinco) dias, os valores seriam transferidos para uma das contas da Receita Estadual.

Por discordar do referido indeferimento, entendendo que o réu tem o direito de ser assistido em plenário do Juri pela defesa técnica que vinha lhe acompanhando e considerando que a impossibilidade de comparecimento da Defensoria Pública no ato instrutório adveio um motivo justo, foi impetrado p presente *mandamus* com a pretensão de obter a concessão da ordem para restituição aos cofres do CEJUR/Defensoria Pública os valores sequestrados ou sua transferência para uma conta judicial, onde ficarão acautelados, ou no mínimo seja determinado à autoridade coatora que se abstenha de transferir esses valores para contas do Estado do Rio de Janeiro até o julgamento do mérito do presente writ, e no mérito, a cassação por completo da referida multa ou sua redução ao mínimo legal de 10 salários mínimos.



Conclusos os autos a esta Relatoria, mediante decisão monocrática, foi deferida a liminar – e-doc.0037.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora no e-doc 000045.

A Procuradoria de Justiça, através do Dr. LEILA DE LIMA BRAN MOREIRA emitiu parecer no sentido da concessão da segurança (e-doc. 0103)

É o sucinto relatório.

### VOTO

Como cediço, o presente remédio constitucional representa uma ação autônoma de impugnação, que serve como via alternativa para impugnar ato administrativo ou judicial, o qual, ao contrariar o ordenamento jurídico, ofenda direito e líquido e certo, isto é, aquele que se apresenta de plano, documentalmente, com a possibilidade de ser aferido sem necessidade de dilação probatória. Funciona, ainda, como via de proteção, a ser utilizada nos casos em que não se mostre cabível habeas corpus ou habeas data, ou até mesmo algum recurso previsto em lei, possibilitando, dessa forma, atacar uma decisão judicial, ainda que não exista um remédio expresso em lei para combater o ato revestido de ilegalidade

Na lição de Nestor Távora

***[...] O mandado de segurança, sob outra vertente, é ação subsidiária em relação ao habeas corpus e ao habeas data, isto é, terá cabimento toda vez que contra o ato não for admitido recurso, habeas corpus (pois este se dirige contra violação à liberdade de locomoção) e habeas data (já***

*que este se destina à obtenção de informações de caráter pessoal ou à retificação dessas informações em bancos de dados.* (Curso de Direito Processual Penal, 10ª ed. Editora Juspodivm)

Trata-se, portanto, de ação de natureza civil e mandamental a ser manejada “sempre que, legalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (Lei 12016/09, art. 1º; cf. tb. CF, art. 5º, LXIX).

No caso em exame, o presente Mandado de Segurança tem por objetivo lograr a cassação da decisão judicial que arbitrou a multa no valor de 50 (cinquenta) salários mínimos referente ao suposto abandono de causa, tendo em vista a informação de que a Defensora não compareceria na sessão de julgamento pelo Tribunal Popular, sem justificativa.

Com as devidas vênias ao magistrado de primeiro grau, a situação em apreço não revela abandono capaz de ensejar a multa aplicada. A Defensora Pública em atuação na causa peticionou, justificando o motivo que não poderia comparecer à sessão de julgamento e requereu a remarcação do júri. No caso, como bem pontuou a procuradoria, a justificativa apresentada foi razoável e corroborada não só pela Recomendação da Instituição que representa, como também diante do notório agravamento da pandemia gerada pelo coronavírus, conforme amplamente noticiado pela imprensa na época denominado segunda onda, e que gerou, inclusive, criação e antecipação de feriados no âmbito estadual. Não se trata portanto de falta de zelo ou desprestígio para com o processo de origem, mas de impossibilidade de comparecimento advinda de uma situação de todo excepcional.

Pontue-se que a Defensora Pública, que já estava em trabalho remoto, ao tomar conhecimento da data em que ocorreria a sessão

plenária, informou que não poderia se fazer presente no ato instrutório designado, justamente por conta da recomendação proveniente de sua Instituição, requerendo sua redesignação, e insistindo no pleito, mesmo diante da nomeação de advogado dativo, por entender que o réu tem o direito de ser assistido em plenário do Juri pela defesa técnica que vinha lhe acompanhando. Tal postura não pode ser, em nenhuma hipótese, comparada com a do patrono desidiioso e displicente, para o qual estabelece a possibilidade de multa.

Não se desconsidera a atenção e zelo do Magistrado para com os prazos e processos que tramitam em sua Comarca, o que deve ser reconhecido, porém o fato é que a atitude da defensora atuante não se encaixa como legítimo abandono de causa, ainda que o magistrado possa entender que o motivo apresentado poderia ser relevado.

Por tudo isso, tenho que a tese do impetrante merece ser acolhida.

Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA**, no sentido de cassar a decisão judicial que estabeleceu a multa, devendo ser restituídos aos cofres do CEJUR/Defensoria Pública os valores sequestrados.

Ciência à Douta Procuradoria de Justiça.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 2022.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**  
Relator

## REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EXITOSA EM FACE DE LEI AUTORIZATIVA DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA MUNICIPAL

**Rodrigo Baptista Pacheco**

Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro

**Patrícia Cardoso Maciel Tavares**

Coordenadora Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

**Beatriz Carvalho de Araujo Cunha**

Subcoordenadora Cível da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

**Resumo:** Trata-se de petição de representação de inconstitucionalidade movida pelo Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.287/2019 do Município de Araruama. O ato normativo autorizava o Poder Executivo Municipal a disponibilizar assistência jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama. Defendeu-se que a referida lei possuía vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que violava (i) a competência legislativa concorrente entre a União e os estados para tratar de assistência jurídica gratuita; (ii) a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre atribuições do Executivo; (iii) a obrigação de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Ademais, sob o aspecto material, argumentou-se que o ato normativo impugnado (i) alterava o modelo constitucional de assistência jurídica pública integral e gratuita; (ii) feria o princípio da igualdade e não discriminação, por instituir privilégio aos guardas municipais de Araruama, sem que houvesse justificativa razoável para tanto. Por fim, requereu-se, em sede liminar, a suspensão dos efeitos da lei e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade. Em virtude de tal representação, e após frutífero diálogo com as autoridades locais, a Câmara Municipal de Araruama revogou o diploma impugnado. O Presidente da Câmara Municipal, vereador Júlio Cesar dos Santos Coutinho, assim fundamentou a proposta de revogação: “Justifica-se a presente proposição pelas razões jurídicas invocadas pelo Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro nos autos da Representação de Inconstitucionalidade n. 0038096-50.2021.8.19.0000”.

**Palavras-chave:** Defensoria Pública. Controle de constitucionalidade. Direito constitucional. Competência legislativa. Assistência jurídica. Igualdade.

## **AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

O **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 125, § 2.º, da Constituição da República (CRFB), no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (CERJ) e nos arts. 104 a 109 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), propor

### **REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE com pedido de medida cautelar**

da Lei n. 2.287, de 2 de janeiro de 2019, do Município de Araruama, pelos fundamentos jurídicos a seguir expostos.

#### **1. A NORMA IMPUGNADA: LEI MUNICIPAL N. 2.287/2019**

Nesta representação, pretende-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 2.287, de 2 de janeiro de 2019, do Município de Araruama, que, em breve síntese, autoriza o Poder Executivo Municipal a disponibilizar assistência jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama.

Confira-se o seu inteiro teor:

Lei n. 2.287, de 02 de janeiro de 2019, do Município de Araruama.

Ementa: Dispõe sobre assistência jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama que, no exercício de suas funções ou em razão delas, se envolvem ou sejam aplicados [sic] em casos que demandem tutela jurídica.

A Câmara Municipal de Araruama aprova e a Exma. Sra. Prefeita sanciona a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a disponibilizar assistência jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama que, no exercício de suas funções ou em razão delas, se envolvem ou sejam aplicados [sic] em casos que demandem tutela jurídica.

Parágrafo Único – Fica autorizada a celebração de convênios

Art. 2º - Fica a critério do interessado aceitar ou não a assistência jurídica indicada pelo Município.

Art. 3º - As despesas decorrentes dessa Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Gabinete da Prefeita, 02 de janeiro de 2019.

LÍVIA BELLO

PREFEITA



Entretanto, ainda que motivada pelo nobre propósito de proteger valores relevantes, a lei municipal em tela possui vício de inconstitucionalidade formal, uma vez que viola (i) a competência legislativa concorrente entre a União e os estados para tratar de assistência jurídica gratuita; (ii) a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre atribuições do Executivo; (iii) a obrigação de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro (art. 113 do ADCT, incluído pela EC n. 95/2016).

Ademais, sob o aspecto material, o ato normativo impugnado (i) altera o modelo constitucional de assistência jurídica pública integral e gratuita; (ii) fere o princípio da igualdade e não discriminação, por instituir privilégio aos guardas municipais de Araruama, sem que haja justificativa razoável para tanto.

Impõe-se, pois, a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 2.287/2019 do Município de Araruama, como se passa a demonstrar.

## **2. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE ASSISTÊNCIA JURÍDICA**

A Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, autoriza que seja prestada assistência jurídica integral e gratuita pelo Poder Executivo Municipal aos guardas civis:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a disponibilizar assistência jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama que, no exercício de suas funções ou em razão delas, se envolvem ou sejam aplicados [sic] em casos que demandem tutela jurídica.

Parágrafo Único. Fica autorizada a celebração de convênios com a Defensoria Pública, instituição responsável pela defesa das pessoas em estado de vulnerabilidade, e outros órgãos públicos ou privados.

Ocorre que, sob o pretexto de assegurar importante direito fundamental aos guardas municipais, o legislador municipal violou a competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a prestação de serviço de assistência jurídica, nos termos do art. 24, inciso XIII, §§ 1º e 2º, da CRFB e art. 74, XIII, §§ 1º e 2º, da CERJ:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)

XIII - assistência jurídica e Defensoria Pública; (...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: (...)

XIII - assistência jurídica e defensoria pública; (...)

§ 1º - O Estado, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União.

§ 2º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, o Estado exercerá a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades.

Dessa forma, não é dado ao Município inovar no ordenamento jurídico acerca de assistência jurídica pública, já que, nesse ponto, cabe à União editar normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal, normas suplementares.

Trata-se de conclusão que é corroborada, ainda, pelo fato de que o art. 30 da CRFB, ao listar as competências dos Municípios, não faz menção ao serviço de assistência jurídica gratuita municipal.

Nem se argumente que o Poder Legislativo Municipal estaria autorizado a legislar sobre o tema com base no art. 30, II, da CRFB, segundo o qual compete aos Municípios “suplementar a legislação federal e estadual no que couber”.

Afinal, no que diz respeito à assistência jurídica pública, (i) inexistente qualquer necessidade de suplementação da legislação federal e estadual; (ii) não há que se falar em interesse local.

Ora, se a própria Constituição prevê que o exercício da competência pelos Municípios em matéria de assistência jurídica só se dá a título suplementar, é imprescindível que haja necessidade de se complementar as normas federais e estaduais editadas sobre o tema.

Entretanto, há farta produção legislativa nos planos federal e estadual em matéria de assistência jurídica, valendo-se citar a Lei Complementar federal n. 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prevê normas gerais para a sua organização nos Estados; bem como, em âmbito regional, a Lei Complementar estadual n. 06/1977, que organiza a Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro. Desse modo, não há qualquer espaço de atuação para exercício de competência legislativa municipal em relação à assistência jurídica gratuita.

Além disso, note-se que, na situação ora analisada, a Lei n. 2.287/2019 do Município de Araruama contraria a LC n. 80/1994 – que é o diploma federal incumbido da previsão de normas gerais já em vigor –, segundo o qual a República Federativa do Brasil adotou o modelo público de assistência jurídica por meio da instituição da Defensoria Pública: “Art. 4º, § 5.º, da LC n. 80/94. A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública”.

Ainda que assim não fosse, mesmo que houvesse espaço para edição de normas suplementares sobre assistência jurídica gratuita, certo é que não existe, na situação ora analisada, qualquer interesse local que justifique a promulgação de lei municipal.

Nesse ponto, convém lembrar que o exercício da competência legislativa municipal sempre deve se dar à luz do princípio da predominância do interesse, de modo que cabe aos Municípios editarem normas que versem sobre seus respectivos interesses locais. Trata-se de entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência, tendo sido, inclusive, lembrado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF n. 672 MC-Ref / DF:

(...) 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente

descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990) (STF, ADPF 672 MC-Ref / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, j. 13/10/2020).

Não à toa, em outro precedente, o STF declarou a constitucionalidade de norma federal que dispunha sobre a atividade de vigilância sanitária, por ter entendido que, muito embora se trate de matéria inserida no âmbito da competência concorrente para legislar sobre saúde, inexistia qualquer interesse local apto a justificar a atividade legislativa pelos Municípios. Assim, a Corte constitucional decidiu que cabia o exercício da competência legislativa federal:

(...) 2. O interesse na normatização e, igualmente, na fiscalização do comércio farmacêutico extrapola o âmbito eminentemente local, ensejando uma padronização e uma atuação com alcance nacional. Os arts. 198 e 200 da Lei Fundamental, longe de terem sido afrontados, dão suporte ao exercício da atividade de vigilância sanitária desempenhada pela União, uma vez que o controle do comércio farmacêutico não é de interesse meramente local, de modo a dispensar toda e qualquer atividade fiscalizatória por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

3. A atividade de vigilância sanitária desempenhada pela ANVISA não se confunde materialmente com aquela desempenhada pelos municípios ou pelos estados, nem impede que esses dirijam sua atuação fiscalizatória para os estabelecimentos de comércio farmacêutico. Não há, ademais, duplicidade de tributação recaindo sobre o mesmo fato gerador, porque as órbitas materiais de incidência das taxas cobradas pelos diversos órgãos de vigilância sanitária são diversas.

4. Ação direta julgada improcedente (STF, ADI 2658, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 5/3/2020).

No mesmo sentido, é a jurisprudência desse e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), segundo a qual, mesmo em matéria de competência legislativa concorrente, não há que se falar em competência do ente municipal na ausência de interesse local, a teor do art. 358, I e II, da CERJ:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.095, DE 19 DE OUTUBRO DE 2016, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, QUE “CRIA O SELO DE QUALIDADE DE ALIMENTOS E DE ATENDIMENTO NA COMERCIALIZAÇÃO DA COMIDA DE RUA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 7º; 74, XII e 145, VI, “a”, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LEI MUNICIPAL QUE TRATA DA PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE, MATÉRIA DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO E DA UNIÃO. A COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL SE RESTRINGE ÀS MATÉRIAS QUE NÃO TENHAM SIDO ATRIBUÍDAS PRIVATIVAMENTE À UNIÃO E AO ESTADO, OU QUE DIGAM RESPEITO AO INTERESSE LOCAL, O QUE NÃO OCORRE. (...) (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade n.º 0019862-54.2020.8.19.0000, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, Julgamento: 09/11/2020, Órgão Especial).

Com efeito, a mesma razão há de ser aplicada à situação em tela: ainda que se esteja diante de matéria situada no âmbito da competência concorrente, não há qualquer interesse local que justifique a edição de normas pelo Parlamento municipal. Afinal, inexistia qualquer peculiaridade do Município de Araruama e, especificamente, dos seus guardas municipais que faça com que haja necessidade de suplementar a legislação federal e estadual já existente sobre a assistência jurídica gratuita.

Vale dizer: não há qualquer fator que diferencie os guardas municipais de Araruama do restante de todas as outras pessoas às quais a lei federal e estadual já assegura a assistência jurídica gratuita por meio da LC n. 80/1994 e LC Estadual n. 06/1977. Inexiste, tampouco, qualquer justificativa razoável para implementação de uma política pública específica nessa localidade e para esses servidores públicos, até porque, inclusive, há 06 (seis) órgãos da Defensoria Pública prestando assistência jurídica na Comarca em favor de todas as pessoas, inclusive dos guardas civis.

Logo, a Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, viola a competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre assistência jurídica (art. 24, XIII, da CRFB; art. 74, XIII, da CERJ), razão pela qual incorre em vício de inconstitucionalidade formal.

### **3. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: VIOLAÇÃO À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Ademais, à medida que autoriza o Poder Executivo a disponibilizar assistência jurídica integral e gratuita aos guardas civis, a Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, ostenta vício de iniciativa, por ter sido proposta pelo Vereador Rone Rossy da Silveira Abreu, e não pelo Chefe do Poder Executivo municipal.

A uma, porque se trata de lei meramente autorizativa, isto é, apenas autoriza o Poder Executivo a fazer algo que, em princípio, já lhe competiria, o que torna a norma inócua. Haja vista que ela não produz qualquer inovação no ordenamento jurídico e não cria um dever jurídico, a lei meramente autorizativa sequer permite que o Poder Legislativo exija o seu cumprimento e execução.

Não é à toa, portanto, que a jurisprudência reconhece a inconstitucionalidade de normas dessa natureza. Confira-se o entendimento deste TJERJ:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 2º DA LEI MUNICIPAL Nº 5.956/2015, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE AUTORIZA O PODER EXECUTIVO, ATRAVÉS DE SEUS ÓRGÃOS, A PROMOVER CAMPANHAS PERMANENTES DE DIVULGAÇÃO DAS CONDIÇÕES ADEQUADAS PARA A PRÁTICA DA PESCA EM PEDRA, SINALIZANDO OS LOCAIS COM PLACAS INDICATIVAS. INTERFERÊNCIA DO LEGISLATIVO NA ORGANIZAÇÃO E NO FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO EM AFRONTA AO ARTIGO 145, INCISO VI, “a”, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. LEI MERAMENTE AUTORIZATIVA. DESPICIENDA A AUTORIZAÇÃO DO LEGISLATIVO PARA A PRÁTICA PELO PODER EXECUTIVO DE ATOS TIPICAMENTE ADMINISTRATIVOS. INGERÊNCIA INDEVIDA NA ESFERA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO, TAMBÉM, AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (TJRJ, RI 0065933-56.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, Julgamento: 23/10/2017, Órgão Especial).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.867/2012 do Município de Volta Redonda. Lei local que autorizou em seu artigo 1º o ente municipal a isentar de ISS - Imposto Sobre Serviços, os recém-formados, para estruturação e organização do seu local de trabalho e exercício de sua profissão. Preliminar de inépcia da petição inicial afastada. Artigo 1º da referida Lei municipal nº 4.867/2012, que criou lei autorizativa, sem lastro em prática de ato que ultrapassasse o poder de atuação municipal, cuja inconstitucionalidade já foi reconhecida pelo E. Supremo Tribunal

Federal e por este E. Órgão Especial. Ingerência indevida do Poder Legislativo Municipal na Administração local, com a quebra dos princípios da harmonia e independência dos poderes, em vulneração aos artigos 2º, 61, §1º, II, item b da Constituição Federal e 7º; 145, XII e 209, §6º da CERJ, a consubstanciar, assim, vício de inconstitucionalidade formal e material insanáveis. Ação Direta acolhida, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 4.867/2012, com a atribuição de efeitos ex tunc. Voto vencido (TJRJ, RI 0027272-47.2012.8.19.0000, Rel. Des(a). Maria Inês da Penha Gaspar, Julgamento: 10/06/2013, Órgão Especial).

A duas, porque a autorização para prestar serviço de assistência jurídica pelo Município evidencia interferência nas atribuições da Administração Pública e, ainda, geração de despesa, o que, aliás, resta evidente a partir da leitura do próprio art. 3.º, ao prever que “As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário”.

Com efeito, o diploma avança em providências materialmente administrativas que se inserem no rol de atribuições do Poder Executivo. Assim, por interferir na gestão e organização da Administração Pública, o Poder Legislativo municipal usurpou a competência do Chefe do Poder Executivo (art. 84, VI, a, da CRFB e art. 145, VI, da CERJ); e a sua iniciativa privativa para propor projetos de lei que versem sobre atribuição dos órgãos da Administração Pública e os serviços a serem prestados (art. 61, § 1º, II, “e”, da CRFB; e o art. 112, §1º, II, “d”, da CERJ).

Assim, conforme exposto no artigo 145, VI, “a”, da CERJ, aplicado por simetria aos Municípios, compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo municipal interferir na organização administrativa de órgãos municipais e entes vinculados à administração pública.

Portanto, há usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, razão pela qual a lei ofende o artigo 2º da CRFB e o artigo 7º da CERJ, que consagram o Princípio da Separação dos Poderes, visto que a iniciativa de matérias reservadas ao Poder Executivo não pode ser suprida por membro do Poder Legislativo, tampouco a sanção convalida o vício de iniciativa.

Diante disso, em relação especificamente à edição de leis que instituem política pública de assistência jurídica gratuita, o STF já reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Rio Grande do Norte que previa a prestação desse serviço por universidade estadual a presos em flagrante delito. Dentre os fundamentos utilizados, decidiu-se que havia vício de iniciativa, por ter sido a proposição de autoria de parlamentar:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 8.865/06 do Estado do Rio Grande do Norte. Obrigação de a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte prestar serviço de assistência judiciária, durante os finais de semana aos necessitados presos em flagrante delito. Violação da autonomia universitária. Vício formal. Ação julgada procedente. Modulação. Efeitos ex nunc. (...) 4. Os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.865/06, resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar, contêm, ainda, vício formal de iniciativa (art. 61, § 1º, II, c, CF/88), pois criam atribuições para a Secretaria de Estado da Educação, Cultura e dos Desportos (art. 2), para a Secretaria de Estado de Defesa Social e Segurança Pública (art. 2º) e para a Polícia Civil (art. 3º), sem observância da regra de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo estadual. 5. Ação julgada procedente para se declarar, com efeitos ex nunc, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.865/06 do Estado do Rio Grande do Norte (STF, Pleno, ADI 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22/09/2016).



No mesmo sentido, de forma geral, o Egrégio STF já sedimentou a sua jurisprudência no sentido de que a criação de atribuição para Secretaria de Estado não pode ser realizada por lei de iniciativa parlamentar:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) CRIAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA ÓRGÃO PÚBLICO INTEGRANTE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. ARTIGO 61, § 1º, II, “E” C.C ART. 84, III E VI, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO RECONHECIDO. (...) 6. A lei paranaense exigiu para órgão público integrante do Poder Executivo estadual, a Procuradoria do Estado, função que deveria ser inaugurada por nomeação do Executivo estadual, ao qual compete propor originariamente projetos de lei que visem criação, estruturação e atribuições de Secretarias e órgãos da administração pública (artigo 61, § 1º, II, “e” c.c art. 84, II e VI, da CF). 7. O Ilustre Procurador-Geral da República, em seu parecer de fls. 102/106, defende com propriedade este posicionamento, verbis: “14. A questão pode ser vista, ainda, sob outro ângulo, de modo a corroborar a existência de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. É que o diploma legal paranaense, ao determinar que a ação regressiva deverá ser ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná em determinado prazo, confere atribuição a órgão público, o que, segundo a Constituição Nacional, também é matéria de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 15. Sob essa perspectiva, tem-se, no caso, ingerência da Assembléia Legislativa do Estado do Paraná em prerrogativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo estadual para a iniciativa de lei que disponha sobre atribuições dos órgãos da Administração Pública, que se extrai, pelo princípio da simetria, do art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’, da Constituição da República. 16. Com efeito, as atribuições dos órgãos da Administração pública, embora não mais constem expressamente da redação do art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘e’, da Lei Maior, em virtude da alteração promovida pela EC 32/2001, devem ser tratadas em lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 17. Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual se considera indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgãos pertencentes à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação (ADI 3.254, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 2/12/2005)”. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 109/05, do Estado do Paraná (STF, ADI 3564 / PR, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento: 13/08/2014, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-174 DIVULG 08-09- 2014 PUBLIC 09-09-2014).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGOANA N. 6.153, DE 11 DE MAIO DE 2000, QUE CRIA O PROGRAMA DE LEITURA DE JORNAIS E PERIÓDICOS EM SALA DE AULA, A SER CUMPRIDO PELAS ESCOLAS DA REDE OFICIAL E PARTICULAR DO ESTADO DE ALAGOAS. 1. Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual para legislar sobre organização administrativa no âmbito do Estado. 2. Lei de iniciativa parlamentar que afronta o art. 61, § 1º, inc. II, alínea e, da Constituição da República, ao alterar a atribuição da Secretaria de Educação do Estado de Alagoas. Princípio da simetria federativa de competências. 3. Iniciativa louvável do legislador alagoano que não retira o vício formal de iniciativa legislativa. Precedentes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF, ADI 2329 / AL, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Julgamento: 14/04/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-116 DIVULG 24-06-2010, PUBLIC 25-06-2010).

Lado outro, a geração de despesas para a Administração Pública reclama fonte de custeio específica e previamente programada. Para aquilo que importa aumento de despesa, a iniciativa legislativa cabe, privativamente, ao Chefe do Poder Executivo, a teor do disposto no art. 165, I, II e III, da CRFB.

Nesse sentido, essa **Corte Estadual** possui firme jurisprudência no sentido de que é inconstitucional lei de iniciativa parlamentar que cria atribuições e onera o erário público municipal, conforme se vê nos precedentes a seguir:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 5.789/2014 QUE OBRIGA OS PRÉDIOS PÚBLICOS E COMERCIAIS A REALIZAREM ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DOS SISTEMAS DE AR CONDICIONADO EM SEUS EDIFÍCIOS, IMPONDO AO PODER EXECUTIVO A FIXAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS TÉCNICAS CONCERNENTES AO ÂMBITO MUNICIPAL, ASSIM COMO AS MULTAS A SEREM APLICADAS E DEMAIS QUESTÕES QUE GARANTIRÃO O SEU CUMPRIMENTO. INTERFERÊNCIA DO LEGISLATIVO NA ORGANIZAÇÃO E NO FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO, CRIANDO OBRIGAÇÕES QUE NÃO EXISTIAM E VIOLANDO A INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ARTIGO 145, INCISO VI, “a”, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. O DESEMPENHO DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA NECESSITA DE AGENTES E EQUIPAMENTOS CAPAZES DE VIABILIZAR TAL PRÁTICA, MEDIDA QUE IMPLICA, NECESSARIAMENTE, NA CRIAÇÃO DE GASTOS PELA ADMINISTRAÇÃO. CABE, PRIVATIVAMENTE, AO CHEFE DO EXECUTIVO A INICIATIVA DE PROJETO DE LEI QUE CRIE ATRIBUIÇÕES OU QUE AUMENTE DESPESAS DE SEUS RESPECTIVOS ÓRGÃOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, INSCRITO NO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE LOCAL QUE JUSTIFIQUE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI IMPUGNADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade nº 0020711-65.2016.8.19.0000, Rel. Des(a). Cláudio de Mello Tavares, Julgamento: 03/07/2017, Órgão Especial).

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE BARRA MANSA. LEI MUNICIPAL Nº 4.265/2014 QUE INSTITUI A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAMES DE ACUIDADE VISUAL E AUDITIVA EM ALUNOS DAS ESCOLAS PÚBLICAS MUNICIPAIS ORIGINÁRIA DO PODER LEGISLATIVO. MATÉRIA RELACIONADA AO FUNCIONAMENTO E ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM REPERCUSSÃO DIRETA NO ERÁRIO MUNICIPAL. INICIATIVA DE LEI QUE É RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CONCESSÃO DA LIMINAR (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade nº 068246-58.2014.8.19.0000, Rel. Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, Julgamento: 07/12/2015, Órgão Especial).

Destarte, por abarcar norma meramente autorizativa, que adentra em atribuições da Administração Pública municipal e, ainda, gera despesa, a Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, incorre em manifesto vício de iniciativa, razão pela qual ostenta inconstitucionalidade formal.

#### **4. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO**

Ainda no âmbito formal, a Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, também padece de inconstitucionalidade, em razão do fato de criar ou, ao menos, alterar despesa sem que tenha sido acompanhada de estimativa de impacto orçamentário e financeiro.

Isso porque, recentemente, a Emenda do Teto de Gastos (EC 95/2016) incluiu o artigo 113 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que impõe a apresentação dessa estimativa sempre que eventual proposição legislativa pretenda criar ou alterar despesa obrigatória: “Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere

despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro” (Incluído pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016).

Na situação ora analisada, essa norma constitucional deveria ter sido observada, uma vez que a instituição de política pública de assistência jurídica gratuita em favor de guardas municipais gera criação ou, ao menos, alteração de despesa. Inclusive, isso é confessado pela própria lei municipal em questão, ao prever no art. 3.º que “As despesas decorrentes desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário”.

Dessa forma, fazia-se fundamental a apresentação de um instrumento que proporcionasse a análise quantificada dos seus efeitos fiscais, a fim de viabilizar a respectiva avaliação durante o processo legislativo. Trata-se de uma decorrência da exigibilidade de sustentabilidade financeira, sendo necessário verificar se as receitas são sustentáveis e não comprometerão as despesas que deverão ser realizadas a médio e longo prazo.

Nesse sentido, tem-se os comentários trazidos por Celso de Barros Correia Neto:

(...) A estimativa de “impacto orçamentário e financeiro” nada mais é do que a demonstração do quanto custam as despesas obrigatórias e as renúncias de receita que se estão a propor. A medida é salutar, uma vez que permite incorporar ao debate legislativo a análise do custo-benefício, que muitas vezes é relegada a segundo plano do debate político, especialmente em matéria de benefícios fiscais. (...) Ao elevar a exigência de estimativa do impacto orçamentário e financeiro ao nível da Constituição Federal, no Novo Regime Fiscal, o que antes era tomado como apenas uma causa de arquivamento, passível de superação pelo voto de maioria legislativa eventual, tornou-se um vício de inconstitucionalidade e, como tal, insuscetível de convalidação. Será, portanto, inconstitucional a aprovação de lei que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita, sem que seu processo de deliberação tenha sido devidamente acompanhado de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro (CORREIA NETO, Celso de Barros. Arts. 106 a 114 – ADCT. In: GOMES CANOTILHO, J. J. et. al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2389; 2390).

Tamanha é a indispensabilidade desse documento que, recentemente, o STF declarou a inconstitucionalidade de uma lei de Roraima, em razão da inobservância do art. 113 do ADCT e da ausência de estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Inclusive, na ocasião, o STF destacou que esse dispositivo é aplicável a todos os entes federativos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. LEI Nº 1.293, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018, DO ESTADO DE RORAIMA. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA) PARA PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 150, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ADCT. O ARTIGO 113 DO ADCT DIRIGE-SE A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. RENÚNCIA DE RECEITA SEM ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI IMPUGNADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 150, II, DA CARTA MAGNA: CARÁTER EXTRAFISCAL DA ISENÇÃO COMO

CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. 1. A Lei nº 1.293/2018 do Estado de Roraima gera renúncia de receita de forma a acarretar impacto orçamentário. A ausência de prévia instrução da proposta legislativa com a estimativa do impacto financeiro e orçamentário, nos termos do art. 113 do ADCT, aplicável a todos os entes federativos, implica inconstitucionalidade formal. (...) 4. Ação direta conhecida e julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.293, de 29 de novembro de 2018, do Estado de Roraima, com efeitos ex nunc a contar da data da publicação da ata do julgamento (STF, ADI 6074-RR, Rel. Rosa Weber, j. 21/12/2020).

No mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE DE IGREJAS E TEMPLOS DE QUALQUER CRENÇA. ICMS. TRIBUTAÇÃO INDIRETA. GUERRA FISCAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL E ANÁLISE DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO. ART. 113 DO ADCT (REDAÇÃO DA EC 95/2016). EXTENSÃO A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. INCONSTITUCIONALIDADE. (...) 3. A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 113 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esses que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, dirige-se a todos os níveis federativos. 4. Medida cautelar confirmada e Ação Direta julgada procedente (STF, ADI 5816, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 25-11-2019 PUBLIC 26-11- 2019).

Logo, diante da ausência de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro, a Lei n. 2.287/2019 do Município de Araruama é inconstitucional sob o ponto de vista formal, por violação ao art. 113 do ADCT.

## **5. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: VIOLAÇÃO AO MODELO PÚBLICO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA ADOTADO PELA CRFB DE 1988**

Sob o ponto de vista material, a Lei n. 2.287/2019 do Município de Araruama é inconstitucional por três razões: (i) a prestação pública da assistência jurídica por parte do Poder Executivo, e não por meio da Defensoria Pública; (ii) a instituição de uma assistência jurídica pública em âmbito municipal; (iii) a previsão de possibilidade de celebração de convênio com outras entidades para prestação desse serviço.

Inicialmente, a lei em pauta viola o modelo de assistência jurídica estatal gratuita instituído pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 134:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas

e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013).

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.

Com efeito, o Constituinte originário adotou expressamente o *salaried staff model*, isto é, um modelo de assistência jurídica gratuita prestado por um organismo estatal destinado à prestação direta dos serviços jurídico-assistenciais, com profissionais concursados, titulares de cargos públicos efetivos e remunerados de maneira fixa pelo Estado, sob o regime de dedicação exclusiva.

Nesse sentido, a Lei Complementar n. 80/1994, que regulamenta esse art. 134 da CRFB, prevê que o serviço jurídico-assistencial gratuito mantido pelo Poder Público deve ser exercido com exclusividade pela Defensoria Pública: “Art. 4.º, § 5º A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública” (Incluído pela Lei Complementar n. 132, de 2009).

Dessa forma, é vedada qualquer outra forma de custeio ou fornecimento de assistência jurídica estatal.

Isso, por si só, já evidencia a inconstitucionalidade da lei municipal ora analisada: à medida que institui uma política pública de assistência jurídica municipal em favor de guardas civis, o diploma possibilita que outro órgão – no caso, o Poder Executivo municipal ou outra entidade conveniada – preste esse serviço, contrariando o modelo adotado pela CRFB/1988.

Nesse tema, merece destaque que, na ADI n. 4.163/SP, o STF adotou como razão de decidir o fato de que a Defensoria Pública foi eleita pela Constituição da República como o único órgão estatal predestinado a oferecer assistência jurídica gratuita, *in verbis*:

É dever constitucional do Estado oferecer assistência jurídica gratuita aos que não disponham de meios para contratação de advogado, tendo sido a Defensoria Pública eleita, pela Carta Magna, como o único órgão estatal predestinado ao exercício ordinário dessa competência. Daí, qualquer política pública que desvie pessoas ou verbas para outra entidade, com o mesmo objetivo, em prejuízo da Defensoria, insulta a Constituição da República (STF, ADI 4163, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 29/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013) (inteiro teor).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o STF reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que previa a obrigação de uma universidade estadual prestar serviço de assistência judiciária aos necessitados presos em flagrante delito. Dentre os fundamentos utilizados, a Corte destacou que, ao prever o pagamento de remuneração para o estudante que prestasse assistência judiciária durante o plantão, houve violação das diretrizes traçadas pela CRFB no que tange à destinação de recursos à Defensoria



Pública como instituição responsável pela prestação da assistência jurídica estatal gratuita. De acordo com o voto proferido pelo relator, ministro Dias Toffoli, *in verbis*:

O escopo da legislação [LE/RS nº 8.865/2006] é o suprimento parcial da deficiência do poder público em assegurar aos hipossuficientes o direito à assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF/88) e o amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF/88). Desse modo, ao invés de o Poder Público desempenhar esse dever fundamental por intermédio da Defensoria Pública, a teor do art. 134 da Constituição Federal, procurando, ao máximo, mitigar as deficiências dessa instituição permanente e essencial à Justiça, o legislador potiguar, em substituição, impôs, nos casos de ausência de defensor público constituído, que essa atividade fosse desempenhada por estudantes da universidade estadual, a qual, frise-se, tem por objetivo precípua as atividades de ensino superior, mas que, aos finais de semana e feriados, passaria a desempenhar, obrigatoriamente, por intermédio de seu corpo de alunos e professores, funções de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes financeiramente. Note-se, inclusive, que essa atividade, conforme dispõe o art. 2º, § 2º, da lei estadual, deve ensejar o pagamento, pelo Poder Executivo, de ‘remuneração ao estudante/plantonista (STF, Pleno, ADI 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 22/09/2016)

Dessa forma, considerando que a Constituição da República incumbiu a uma **instituição extrapoder** a função de assistência jurídica integral e gratuita, não é possível que lei infraconstitucional estabeleça a outro órgão essa mesma função.

Ademais, na situação ora analisada, outro ponto merece destaque: a lei municipal de Araruama institui política de assistência jurídica prestada pelo próprio Poder Executivo em favor dos guardas municipais. A toda evidência, a prestação desse serviço por parte do ente federativo, cujos quadros o(a) servidor(a) público(a) integra, pode ocasionar conflito de interesses, em prejuízo a uma atuação independente e que assegure, de forma efetiva, o direito fundamental ao acesso à justiça do destinatário (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Foi justamente isso que a CRFB de 1988 pretendeu evitar, ao assegurar que a assistência jurídica integral e gratuita seria prestada por uma instituição com autonomia funcional, administrativa e com a iniciativa de sua proposta orçamentária – desvinculada, portanto, dos demais poderes contra os quais ela poderia vir a litigar e protegida de eventuais ataques políticos.

A esse respeito, a doutrina ressalta que o *salaried staff model* torna o exercício da função independente de todos os demais Poderes do Estado, não podendo nenhum de seus membros exercentes receber instruções vinculantes de qualquer autoridade pública<sup>1</sup>. Assim, a prestação desse serviço por órgão intrapoder geraria inafastável conflito de interesses e seria um obstáculo ao exercício livre da função, inviabilizando a independência funcional.

Trata-se, aliás, de princípio institucional da Defensoria Pública (art. 134, § 4º, da CRFB; art. 179, § 2º, da CERJ; art. 3º da LC n. 80/1994), pelo qual se assegura “a necessária autonomia de convicção no exercício de suas funções institucionais,

<sup>1</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

evitando que interferências políticas ou fatores exógenos estranhos ao mérito da causa interfiram na adequada defesa”<sup>2</sup>.

Nesses termos, o STF reconheceu a Defensoria Pública como instituição que, em razão de sua estrutura, garante a independência técnica dos seus membros, *in verbis*:

2. Estratégico ponto de convergência entre o constitucionalismo liberal e social, a Defensoria Pública é estruturada em cargos de carreira, providos por concurso público de provas e títulos. Estruturação que opera como garantia da independência técnica dos seus agentes e condição da própria eficiência do seu mister de assistência a pessoas naturais “necessitadas” (STF, ADI 4246, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 EMENT VOL-02576-01 PP-00095).

No mesmo sentido, o STF já afirmou a impossibilidade de vinculação das Defensorias Públicas estaduais a qualquer outra estrutura do Estado, no julgamento da ADI 3.569/PE, nos seguintes termos:

(...) a vinculação da Defensoria Pública a qualquer outra estrutura do Estado se revela inconstitucional, na medida em que impede o pleno exercício de suas funções institucionais, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público (STF, Pleno, ADI nº 3.569/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 02-04-2007).

Logo, para além da independência dos membros, essa ausência de vinculação da Defensoria Pública garante a autonomia funcional do órgão, assegurando a liberdade de atuação institucional, de modo a evitar toda e qualquer ingerência externa nos assuntos *interna corporis*.

Por outro lado, já se viu que a CRFB e a CERJ só autorizam à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica. Mas, para além disso, há que se atentar para o fato de que ambas as Constituições só fazem referência a Defensorias Públicas dos Estados, da União, do Distrito Federal e Territórios. Não há, pois, qualquer alusão à possibilidade de implementação da instituição em âmbito municipal.

Cuida-se, a toda evidência, de verdadeiro silêncio eloquente. Afinal, por questão de similitude com o Poder Judiciário e com o Ministério Público, a Defensoria Pública deve ser organizada somente no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Não foi à toa, inclusive, que a Emenda Constitucional n. 80/2014 alterou o § 4º do art. 134 da CRFB para passar a prever a aplicação dos princípios referentes ao Poder Judiciário à Defensoria Pública, especificamente os arts. 93, e 96, II, da CRFB, os quais, por sua vez, também são aplicáveis ao Ministério Público.

Confira-se a redação do art. 134, § 4º, da CRFB: “Art. 134, § 4º, da CRFB. São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal”.

<sup>2</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Salta aos olhos, pois, a inconstitucionalidade da lei em comento, na medida em que pretendeu institucionalizar, por via transversa, a prestação de uma assistência jurídica em âmbito municipal, contrariando o modelo federativo estabelecido pelas Constituições.

Nesse sentido, já se posicionou o egrégio TJERJ, ao julgar a Representação de Inconstitucionalidade n. 28/1991, que suspendeu liminarmente os efeitos da Portaria n. 118/1989, que havia institucionalizado a Defensoria Pública municipal em Campos dos Goytacazes:

Suspendo os efeitos da Portaria municipal n. 118/1989, do Sr. Prefeito Municipal de Campos dos Goytacazes, que dispôs sobre a atividade típica da Defensoria Pública, na assistência judiciária devida aos necessitados pelo Estado. O sistema federativo fica alcançado e o ato normativo impugnado, além de criar ônus para o próprio Município, interfere em atribuições constitucionais específicas da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que há anos mantém defensores públicos em cada órgão do Poder Judiciário, além de núcleo de atendimento em Campos. Há prejuízo até em termos de reputação profissional da operosa classe dos defensores públicos, a justificar o deferimento da liminar, sem olvidar a fumaça do bom direito, diante dos textos da Constituição do Estado havidos como violados na representação (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade 28/1991, Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves, Órgão Especial, j. 04/09/1991).

Por fim, é possível evidenciar a inconstitucionalidade da lei municipal em comento no ponto em que permite que o Poder Executivo celebre convênios com outras entidades para prestação do serviço de assistência jurídica gratuita.

Trata-se de norma que contraria o referido modelo público de assistência jurídica previsto pelas Constituições, que elegeu uma instituição estatal destinada à prestação direta dos serviços jurídico-assistenciais, com profissionais concursados, titulares de cargos públicos efetivos e remunerados de maneira fixa pelo Estado, sob o regime de dedicação exclusiva. Assim, eventual norma municipal que preveja a possibilidade de delegação a outras entidades, inclusive privadas, contraria o modelo eleito pelo Constituinte originário.

Para além de assegurar o exercício do serviço com maior autonomia, esse modelo público de assistência jurídica é o mais econômico para os cofres públicos, proporcionando melhor aproveitamento das receitas e, conseqüentemente, melhor custo-benefício.

Nessa ótica, analisando os gastos gerados pelo sistema *judicare* e pelo *salaried staff model*, quando paralelamente vigentes no estado de São Paulo, o professor Virgílio Afonso da Silva concluiu:

Ao contrário do que ocorre com os defensores públicos, que têm remuneração mensal fixa, os advogados que prestam serviço por meio do convênio com a OAB recebem por processo ou audiência. Em razão dessa disparidade, dentre outras, são gastos hoje no Estado de São Paulo quase 4 vezes mais com o convênio com a OAB (R\$ 272 milhões) do que com toda a infraestrutura (e não apenas os salários) da Defensoria Pública (R\$ 75 milhões)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Parecer sobre o convênio entre a Defensoria Pública do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, n. 02, 2011, p. 171.

Desse modo, a instituição de outro modelo de assistência jurídica pela lei municipal em análise é economicamente injustificável. Isso, ainda, é agravado pelo fato de que já existem 06 (seis) órgãos da Defensoria Pública que prestam o mesmo serviço no Município em favor de todos os cidadãos, inclusive os guardas civis.

Verifica-se, portanto, que a Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, também é inconstitucional sob a ótica material, na medida em que institui política pública de assistência jurídica gratuita diversa daquela instituída pela CRFB, CERJ, LC n. 80/1994 e LC n. 06/1977, ocasionando violação à exclusividade da Defensoria Pública e, ainda, desperdício de recursos públicos.

## **6. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRIVILÉGIO CONCEDIDO AOS GUARDAS MUNICIPAIS DE ARARUAMA SEM JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL**

Por fim, sob outro ponto de vista, também salta aos olhos a inconstitucionalidade da Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, em razão de ter instituído uma política de assistência jurídica gratuita destinada aos guardas civis com exclusividade.

Com efeito, apesar dos seus nobres propósitos, o legislador municipal elegeu uma classe de servidores públicos para lhe conceder o direito a uma assistência jurídica especial, evidenciando mácula ao princípio da isonomia, sem que haja qualquer justificativa razoável para essa diferenciação.

Trata-se de princípio estampado no art. 5º, caput, da CRFB, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, segundo ele, são vedados tratamentos diferenciados em relação a pessoas que se encontrem na mesma situação.

Sabe-se que, em razão desse mesmo princípio da isonomia, admite-se esse tratamento diferenciado para alcançar a igualdade material. Nesses casos, tem-se uma situação em que há indivíduos formalmente iguais, mas há necessidade de intervenção para estabelecer uma situação de igualdade material entre eles. Dá-se, pois, cumprimento ao dever de compensação de desigualdades sociais, econômicas e/ou culturais, a fim de consolidar uma igualdade social ou de fato<sup>4</sup>.

Entretanto, na situação ora analisada, não se verifica qualquer situação de desigualdade social ou econômica ou cultural sofrida pela classe dos guardas municipais, a saber, o *discrímen* capaz de legitimar uma intervenção em prol da igualdade material.

Vale dizer: antes da promulgação da lei em análise, os guardas municipais recebiam um tratamento jurídico igual aos demais servidores e à população em geral quanto à assistência jurídica gratuita, fazendo jus ao serviço prestado pela Defensoria Pública. Com efeito, nesse tema, não havia qualquer situação desigual que justificasse a implementação de uma política pública em favor dos guardas municipais.

Assim, no que diz respeito à lei ora analisada, a instituição de política pública de assistência jurídica especial para os guardas civis configura um tratamento diferenciado

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 620.

injustificável, uma vez que não existe qualquer situação específica de desvantagem em relação aos guardas municipais no que toca ao exercício do direito ao acesso à justiça, tampouco estão em xeque quaisquer valores que merecem especial proteção do Estado.

Por conseguinte, a lei municipal em análise estabelece um privilégio em favor de determinada classe de servidores públicos, o que não se compatibiliza com os valores republicanos e com a ideia de que o aparelho estatal deve ser dedicado a atender aos interesses do povo, e não dos seus representantes.

Há, portanto, uma restrição injustificável em desfavor de todos os outros cidadãos e, sobretudo, dos demais servidores públicos municipais que exercem outras funções ou que pertencem aos quadros de municipalidade diversa de Araruama.

Assim, ao estabelecer tratamento diferenciado entre os servidores municipais, por oferecer um privilégio exclusivamente aos ocupantes do cargo de guarda civil, a lei viola o artigo 9º, § 1º, da CERJ, *in verbis*:

Art. 9º, § 1º - Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição.

Nessa linha, o STF já declarou a inconstitucionalidade de lei distrital que estabeleceu vantagem tão somente para estudantes de escolas públicas do Distrito Federal, *in verbis*:

É inconstitucional a lei distrital que preveja que 40% das vagas das universidades e faculdades públicas do Distrito Federal serão reservadas para alunos que estudaram em escolas públicas do Distrito Federal. Essa lei, ao restringir a cota apenas aos alunos que estudaram no Distrito Federal, viola o art. 3º, IV e o art. 19, III, da CF/88, tendo em vista que faz uma restrição injustificável entre brasileiros. Vale ressaltar que a inconstitucionalidade não está no fato de ter sido estipulada a cota em favor de alunos de escolas públicas, mas sim em razão de a lei ter restringido as vagas para alunos do Distrito Federal, em detrimento dos estudantes de outros Estados da Federação (STF. Plenário. ADI 4868, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27/03/2020).

Igualmente, o e. TJERJ possui farta jurisprudência no sentido de rejeitar a criação de regras especiais para determinado grupo de servidores, em detrimento dos demais, sem justificativa razoável, por representar ofensa ao princípio da isonomia:

(...) Representação por Inconstitucionalidade da Lei nº 5969/2015 do Município do Rio de Janeiro, de iniciativa parlamentar, que garante a matrícula dos filhos e netos e/ou dependentes legais dos servidores da educação na rede pública municipal. Patente violação à reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo em matéria de leis que disponham sobre servidores públicos e atribuições de órgãos do Poder Executivo. Concessão de privilégio que configura violação ao princípio da isonomia. Ofensa aos artigos 7º, 9º, § 1º, 112, § 1º, II, 'b' e 'd', 145, VI, e 307, I da Constituição Estadual. Procedência da Representação (grifado) (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade nº 0068155-31.2015.8.19.0000, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Julgamento: 28/11/2016, Órgão Especial).



(...) 1. O princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios. 2. O parágrafo único, do art. 824, da Lei Complementar nº 32/2002, do Município de São Pedro da Aldeia, estabelece tratamento desigual aos contribuintes, privilegiando os servidores municipais com a isenção do IPTU em detrimento dos demais munícipes, proprietários de único imóvel para uso próprio. 3. O exercício de cargo público municipal não pode ser paradigma de uma discrepância no exame da capacidade contributiva dos cidadãos, pois o tratamento tributário diferenciado fundar-se-ia em situação fática que, por si só, não tem como fundamento a hipossuficiência tributária.

PROCEDÊNCIA DO PLEITO DECLARATÓRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM MODULAÇÃO DE EFEITOS (grifado) (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade nº 0032853-09.2013.8.19.0000, Rel. Des. José Carlos Maldonado de Carvalho, Julgamento: 09/06/2014, Órgão Especial).

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. GRATUIDADE DE TRANSPORTE PÚBLICO PARA POLICIAIS E BOMBEIROS. INOBSERVÂNCIA DA ISONOMIA MATERIAL, DO INTERESSE PÚBLICO. JULGAMENTOS ANTERIORES DO ÓRGÃO ESPECIAL NO MESMO SENTIDO.

Arguição relativa à Lei 4292/2007, do Município de Volta Redonda, que alterou o artigo 1º da Lei 4185/2006 para conceder gratuidade de justiça no transporte coletivo municipal aos policiais civis, militares e bombeiros em atividade, fardados ou não, sem a correlata previsão de fonte de custeio para a concessão do benefício. (...) A lei municipal discutida pode ser classificada como franca inobservância dos princípios da isonomia e da razoabilidade previstos no artigo 9º, § 1º, da Constituição Estadual, tendo em vista a criação de um privilégio em favor de uma pequena parcela dos jurisdicionados, sem qualquer motivo minimamente plausível, com a conseqüente discriminação reflexa dos demais usuários que não ostentam a mesma posição. Acolhimento da arguição com declaração da inconstitucionalidade do diploma legal (grifado) (TJRJ, Representação de Inconstitucionalidade nº 0011564-26.2007.8.19.0066, Rel. Des. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, Julgamento: 12/11/2012, Órgão Especial).

Assim, a lei impugnada padece de vício de inconstitucionalidade material ao estabelecer tratamento diferenciado entre os cidadãos em geral e, notadamente, entre os servidores municipais, eis que oferece um privilégio exclusivamente aos ocupantes do cargo de guarda civil de Araruama, em afronta ao artigo 9º, § 1º, da CERJ.

Por todo o exposto, conclui-se que a integralidade da Lei n. 2.287/2019, do Município de Araruama, é incompatível com a ordem constitucional, pelos argumentos acima expostos.

## 7. A MEDIDA CAUTELAR

À luz do já exposto, há necessidade de concessão de medida cautelar, com fundamento no art. 105, § 3º, do Regimento Interno do TJRJ, uma vez que estão presentes os requisitos para tanto.

A plausibilidade jurídica do pedido decorre do que foi argumentado acima, notadamente do fato de que, ainda que motivada pelo nobre propósito de estabelecer assistência jurídica integral gratuita, a lei municipal em tela apresenta clara inconstitucionalidade formal quanto à violação à competência legislativa concorrente entre União e Estados para legislar sobre assistência jurídica; mácula à

iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; e ausência de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro. Lado outro, no plano material, há afronta ao modelo público de assistência jurídica gratuita e ao princípio da isonomia.

A sua simples análise, portanto, evidencia que ela está em desconformidade com a CRFB, a CERJ e com a jurisprudência do STF e do TJRJ, como demonstrado. Isso, por si só, evidencia a necessidade de deferimento da medida cautelar, a fim de preservar o Princípio da Supremacia da Constituição.

Por outro lado, o perigo da demora decorre do risco de implementação da própria política pública de assistência jurídica por parte do Município de Araruama. Como visto, além de instituir tratamento desigual entre cidadãos iguais, o modelo é injustificável sob o ponto de vista econômico, onerando os cofres públicos desnecessariamente, mormente porque já existem 06 (seis) órgãos da Defensoria Pública prestando a assistência jurídica no Município.

Além disso, o fornecimento da assistência jurídica nos moldes previstos na lei gera risco de (i) conflito de interesses entre o prestador do serviço (Município) e o seu usuário (guarda municipal), impedindo ou, ao menos, obstaculizando o pleno acesso à justiça; (ii) utilização do aparato estatal para fins políticos, por favorecer somente um grupo seleto de servidores públicos, o que é incompatível com a impessoalidade que deve revestir a gestão da coisa pública em um sistema republicano.

Logo, impõe-se que este Poder Judiciário exerça o seu papel contramajoritário<sup>5</sup>, suspendendo, desde logo, a eficácia da lei municipal impugnada.

## 8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a V. Ex.<sup>a</sup>:

- (i) seja deferida medida cautelar, na forma do art. 105, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, para suspender a eficácia da Lei n. 2.287, de 02 de janeiro de 2019, do Município de Araruama;
- (ii) seja determinada a citação/intimação da Câmara Municipal de Araruama para prestar informações, bem como, em seguida, da Procuradoria-Geral do Município de Araruama, da Procuradoria-Geral do Estado e da Procuradoria-Geral de Justiça para manifestações;
- (iii) ao final, seja julgado procedente o pedido para declarar, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei n. 2.287, de 2 de janeiro de 2019, do Município de Araruama.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 108.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais).

Nesses termos,  
pede deferimento.

Rio de Janeiro, 20 de maio de 2021.

**Rodrigo Baptista Pacheco**  
Defensor Público-Geral do Estado

**Patrícia Cardoso Maciel Tavares**  
Coordenadora Cível

**Beatriz Carvalho de Araujo Cunha**  
Subcoordenadora Cível



**Estado do Rio de Janeiro**  
**Município de Araruama**  
**Poder Executivo**

**LEI Nº 2.509 DE 22 DE JULHO DE 2021.**

**EMENTA: REVOGA A LEI Nº 2.287 DE 02 DE JANEIRO DE 2019.**

(Projeto de Lei nº 40 de autoria do Vereador Julio César dos Santos Coutinho).

**FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE ARARUAMA APROVA E A EXMA. SENHORA PREFEITA SANCIONA A SEGUINTE LEI:**

**Art. 1º.** Fica revogada a Lei nº 2.287 de 02 de janeiro de 2019, que dispõe sobre a Assistência Jurídica integral e gratuita aos integrantes da Guarda Civil de Araruama que, no exercício de suas funções ou em razão delas, se envolvem ou sejam aplicados em casos que demandem tutela jurídica.

**Art. 2º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Gabinete da Prefeita, 22 de julho de 2021.

**Livia Bello**  
**"Livia de Chiquinho"**  
**Prefeita**

# ***A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM BUSCA DA EQUIDADE RACIAL***

[Voltar ao sumário](#)



# 1º CENSO ÉTNICO-RACIAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: QUAL É A COR DOS INTEGRANTES DA INSTITUIÇÃO E O QUE PENSAM SOBRE RELAÇÕES RACIAIS?

**Carolina Dzimidas Haber**

Diretora de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro  
Graduada, mestre e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**Daniele da Silva de Magalhães**

Mulher preta  
Defensora Pública do Rio de Janeiro  
Coordenadora do Núcleo de Combate ao Racismo e à Discriminação Étnico-Racial (Nucora)  
Especialista em Processo Penal pela Universidade de Coimbra  
Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC/UFF – Universidade Federal Fluminense

**Lívia Casseres**

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Coordenadora de Promoção de Equidade Racial (Coopera)  
Mestre em ciências jurídicas pela PUC-Rio

**Resumo:** Com a publicação da Resolução DPGE-RJ n. 1.055/2020, que criou a Coordenação de Promoção da Equidade Racial da DPRJ, tornou-se necessário o levantamento de dados a respeito das relações raciais na instituição. Antes de definir quais seriam as políticas antirracistas a serem desenvolvidas pela nova coordenação, era preciso conhecer quem são os integrantes da instituição e quais são as dinâmicas raciais que se constituem no ambiente de trabalho. Nesse contexto, foi aplicado um questionário, disponibilizado a defensores e defensoras públicas, servidores e servidoras, residentes, estagiários e estagiárias, que serviu para identificar as principais questões relacionadas ao tema e elaborar um relatório com a análise quantitativa das respostas coletadas.

**Palavras-chave:** Censo étnico-racial. Relações raciais institucionais. Defensoria Pública. Percepção das relações raciais na sociedade. Levantamento de dados quantitativos.

## 1. INTRODUÇÃO

A Resolução DPGE-RJ n. 1.055/2020 criou a Coordenação de Promoção da Equidade Racial (COOPERA) da DPRJ e, com ela, a necessidade de obter um diagnóstico sobre quem são as pessoas que integram a instituição, como interagem do ponto de vista das dinâmicas raciais e o que pensam sobre questões como o racismo e as desigualdades que dele decorrem.

Para alcançar esse objetivo, foram colocadas em prática duas medidas, uma relacionada à atualização/preenchimento do registro funcional na área de acesso restrito da página da instituição na internet, no que diz respeito ao dado raça/cor, e, outra, ao levantamento de dados que buscasse identificar a forma como os membros da instituição compreendem as relações raciais na Defensoria Pública.

Além de funcionar como um instrumento para a formulação de políticas públicas de combate ao racismo institucional, a realização da pesquisa buscou também provocar conscientização e reflexão sobre o tema na instituição.

O questionário foi aplicado por meio de formulário eletrônico, tendo sido disponibilizado a defensores e defensoras públicas, servidores e servidoras, residentes, estagiários e estagiárias, entre 18 de março e 20 de junho de 2021, e amplamente divulgado nas redes de comunicação da instituição.

No total, 1.157 pessoas responderam ao questionário (191 em março, 200 em abril, 546 em maio e 220 em junho), com perguntas divididas em quatro partes: i) informações pessoais; ii) perfil social e familiar; iii) percepção das relações raciais na Defensoria Pública e iv) percepção das relações raciais na sociedade brasileira, cujas respostas foram analisadas no presente relatório.

Além disso, havia um espaço para envio de sugestões no formulário, todas foram analisadas e encaminhadas para a COOPERA, porém não serão apresentadas neste relatório, na medida em que não seria possível sua sistematização de forma a tornar o dado mais objetivo.

Quanto à atualização do registro funcional na área de acesso restrito, em 19 de agosto de 2021, 3.913 pessoas haviam respondido, o que corresponde a 79,8% do total de membros. Os dados sobre essa atualização serão apresentados separadamente no próximo item.

## 2. ATUALIZAÇÃO DO REGISTRO FUNCIONAL

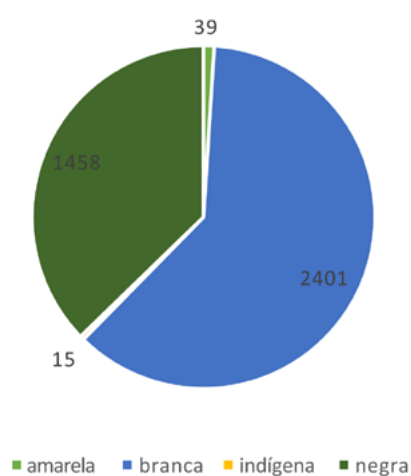
O quadro 1 indica o total de respostas sobre o dado cor/raça por vínculo com a Defensoria Pública, enquanto a figura 1, a cor/raça do total de respostas (3.913), demonstrando que a maioria é branca (61,4%), seguida de negra (37,3%), amarela (1%) e indígena (0,4%).

Quadro 1 – Vínculo identificado no registro funcional

	TOTAL	RESPONDIDO	% EM RELAÇÃO AO TOTAL
defensor/a	732	727	99,3%
estagiário/a	1.981	1.361	67,3%
residente	420	343	81,7%
servidor/a cedido	137	114	83,2%
servidor/a extraquadro	541	503	93,0%
servidor/a do quadro	733	725	98,9%
terceirizado/a	199	33	16,6%
voluntário/a	162	107	66,0%
<b>TOTAL</b>	<b>4.905</b>	<b>3.913</b>	<b>79,8%</b>

Figura 1 – Cor/raça identificada no registro funcional

Autodeclaração de raça/cor



Quadro 2 – Pessoas negras identificadas no registro funcional

COR/RAÇA	TOTAL	% EM RELAÇÃO AO TOTAL DE PESSOAS NEGRAS
parda	951	65,2%
preta	507	34,8%

Quadro 3 – Raça/cor/etnia por vínculo funcional

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
<b>defensor/a</b>	11	608	9	99
<b>estagiário/a</b>	12	784	1	564
<b>residente</b>	0	202	1	140
<b>servidor/a (quadro/ extraquadro/cedido)</b>	14	733	4	591
<b>terceirizado/a</b>	0	16	0	17
<b>voluntário/a</b>	2	58	0	47

Quadro 4 – % raça/cor/etnia por vínculo funcional

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
<b>defensor/a</b>	1,5%	83,6%	1,2%	13,6%
<b>estagiário/a</b>	0,9%	57,6%	0,1%	41,4%
<b>residente</b>	0,0%	58,9%	0,3%	40,8%
<b>servidor/a (quadro/ extraquadro/cedido)</b>	1,0%	54,6%	0,3%	44,0%
<b>terceirizado/a</b>	0,0%	48,5%	0,0%	51,5%
<b>voluntário/a</b>	1,9%	54,2%	0,0%	43,9%

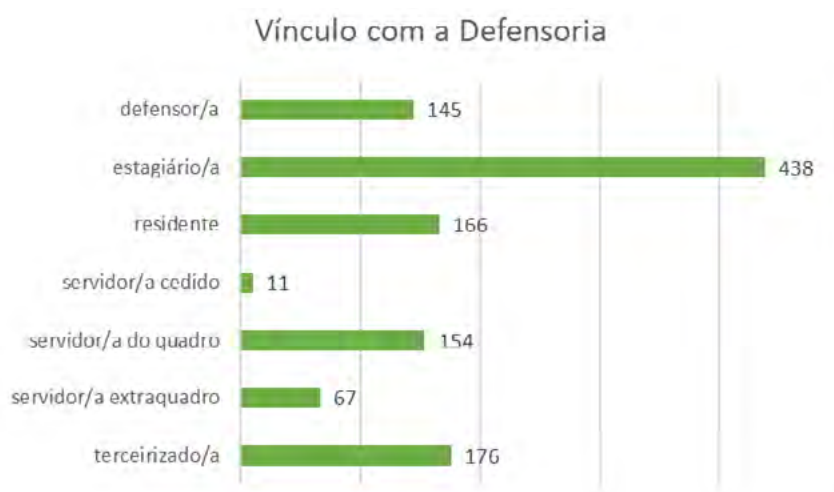
### 3. DADOS PESSOAIS

A seguir serão apresentados os dados coletados por meio de formulário de pesquisa, disponibilizado a todos os membros da instituição nos canais institucionais de comunicação.

Quanto ao cargo exercido, a maioria das pessoas que responderam são estagiários/as (37,9%). Os/as servidores/as correspondem a 20,1%, sendo a maioria do quadro (13,3%); os/as terceirizados/as correspondem a 15,2% do total e os/as residentes a 14,3%. Por fim, os/as defensores/as públicos correspondem a 12,5% das pessoas que responderam à pesquisa.

Para facilitar a compreensão, os dados sobre o vínculo com a Defensoria serão apresentados ao longo do relatório agrupando-se os/as servidores/as do quadro, extraquadro e cedidos/as.

Figura 2



Quanto ao ano de nascimento, considerando os casos com informação (1.152), 49,7% das pessoas que responderam nasceram entre 1991 e 2000; 22,2% entre 1981 e 1990; 14,7% entre 1971 e 1980 e 7,5% entre 1961 e 1970.

Os casos apontados como “não identificado” correspondem a anos muito recentes (por exemplo, 2020 ou 2021) ou muito antigos (como 1870), provavelmente por erro de digitação.

O quadro 5 identifica o ano de nascimento por vínculo com a Defensoria e o quadro 6, a média de idade por vínculo, considerando, como referência para o cálculo da idade, o ano de 2020, na medida em que retorna a idade independentemente do mês de nascimento, uma vez que a maioria das pessoas respondeu ao questionário no primeiro semestre de 2021.

Figura 3





Quadro 5 – Ano de nascimento por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
<b>1941-1950</b>	4	0	0	0	1
<b>1951-1960</b>	13	0	0	6	5
<b>1961-1970</b>	29	4	4	12	37
<b>1971-1980</b>	68	8	9	48	36
<b>1981-1990</b>	25	40	39	108	44
<b>1991-2000</b>	6	347	114	57	49
<b>2001-2005</b>	0	37	0	0	2
<b>não identificado</b>	0	2	0	1	2

Quadro 6 – Média de idade por vínculo com a Defensoria

<b>defensor/a</b>	46
<b>estagiário/a</b>	24
<b>residente</b>	30
<b>servidor/a</b>	36
<b>terceirizado/a</b>	39
<b>todos os vínculos</b>	32

Com relação ao ano de ingresso, considerando os casos com informação (1.149), 48,1% ingressaram entre 2016 e 2020, 26% em 2021 e 11,5% entre 2011 e 2015. Algumas pessoas informaram dois anos diferentes, um de um ingresso anterior (por exemplo, como estagiário/a) e outro posterior (como residente ou servidor/a), porém foram considerados os anos de ingresso do vínculo informado no momento da resposta (o mais recente).

Os casos apontados como “não identificado” dizem respeito a pessoas que indicaram vários anos, sem especificar o vínculo de cada um, ou números com erro de digitação.

Figura 4



Quadro 7 – Ano de ingresso por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
<b>1973</b>	2	0	0	0	0
<b>1981-1985</b>	10	0	0	0	0
<b>1986-1990</b>	5	0	0	0	0
<b>1991-1995</b>	18	0	0	3	0
<b>1996-2000</b>	25	0	0	5	1
<b>2001-2005</b>	38	0	0	4	2
<b>2006-2010</b>	25	0	0	18	9
<b>2011-2015</b>	9	0	1	76	46
<b>2016-2020</b>	11	252	96	102	92
<b>2021</b>	2	186	69	23	19
<b>não identificado</b>	0	0	0	1	7

Quadro 8 – % ano de ingresso por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
<b>1973</b>	1,4%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
<b>1981-1985</b>	6,9%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
<b>1986-1990</b>	3,4%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
<b>1991-1995</b>	12,4%	0,0%	0,0%	1,3%	0,0%
<b>1996-2000</b>	17,2%	0,0%	0,0%	2,2%	0,6%
<b>2001-2005</b>	26,2%	0,0%	0,0%	1,7%	1,2%
<b>2006-2010</b>	17,2%	0,0%	0,0%	7,8%	5,3%
<b>2011-2015</b>	6,2%	0,0%	0,6%	32,9%	27,2%
<b>2016-2020</b>	7,6%	57,5%	57,8%	44,2%	54,4%
<b>2021</b>	1,4%	42,5%	41,6%	10,0%	11,2%

A maioria das pessoas que respondeu ao questionário se identificou como mulher (71%). Na figura 6, é possível visualizar esses dados por vínculo, indicando que o gênero feminino é maioria em todos eles.

Figura 5

#### Identidade de gênero

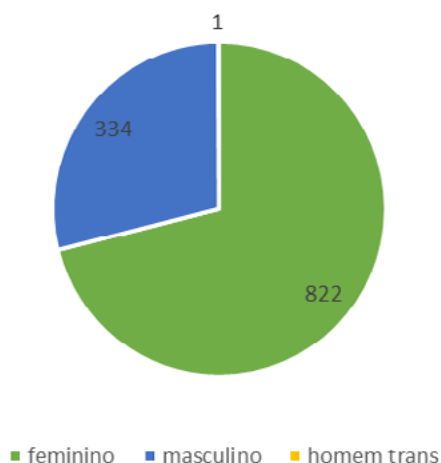
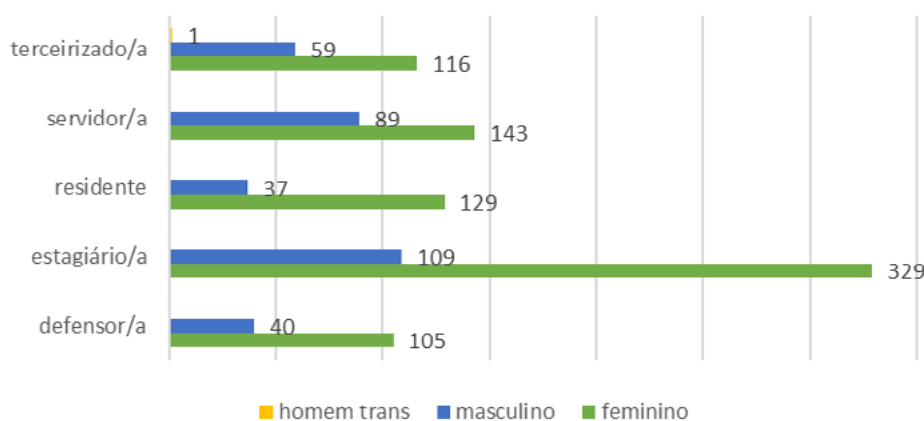


Figura 6

#### Identidade de gênero por vínculo com a Defensoria



Sobre a raça/cor/etnia, a maioria é branca (55,1%), seguida de negra (43,8%), amarela (0,9%) e indígena (0,3%). Conforme indica quadro 11, a proporção de pessoas brancas é maior entre defensores/as (86,2%) e residentes (65,1%), já entre estagiários/as e servidores/as é mais equilibrada a proporção entre pessoas brancas e negras, porém ainda prevalecem as brancas (50,9% no primeiro caso e 53,4% no segundo) em relação às negras (47,9% no primeiro caso e 45,7% no segundo). Quando se considera os/as terceirizados/as, as negras são a maioria (64,8%).

Lembrando que os dados dos registros funcionais indicam 61,4% de pessoas brancas, 37,3% de negras, 1% de amarelas e 0,4% de indígenas, o que significa

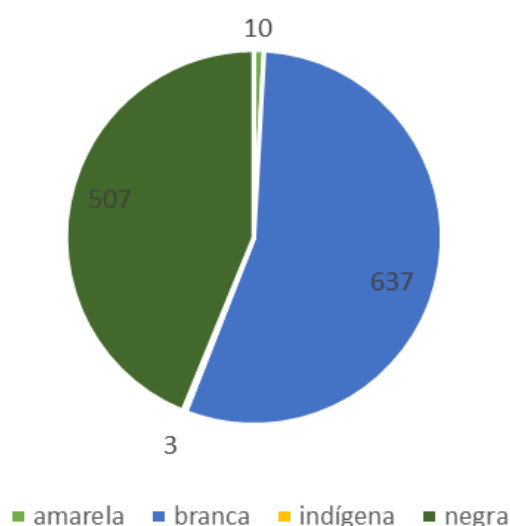
que mais pessoas negras responderam ao questionário e provoca reflexão sobre uma maior mobilização do tema em grupos específicos.

As opções de resposta do questionário para a pergunta sobre a raça/cor/etnia foram elaboradas de acordo com a classificação do IBGE (amarela, branca, indígena, parda, preta), porém, tendo em vista a importância da identificação da cor negra como uma categoria única, os dados a seguir serão apresentados considerando a soma de pretos/as e pardos/as.

Importante dizer que entre as pessoas negras, 52,1% se identificam como pardas e 47,9% como pretas. É maior, portanto, a quantidade de pessoas que se autoidentificaram como pretas ao responderem o questionário do que as que constam nos registros funcionais.

Figura 7

### Autodeclaração de raça/cor/etnia



Quadro 9 – Raça/cor/etnia negra

COR/RAÇA	TOTAL	% EM RELAÇÃO AO TOTAL DE NEGRAS
parda	264	52,1%
preta	243	47,9%

Quadro 10 – Raça/cor/etnia por vínculo com a Defensoria

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
defensor/a	0	125	0	20
estagiário/a	4	223	1	210
residente	1	108	0	57
servidor/a	2	124	0	106
terceirizado/a	3	57	2	114

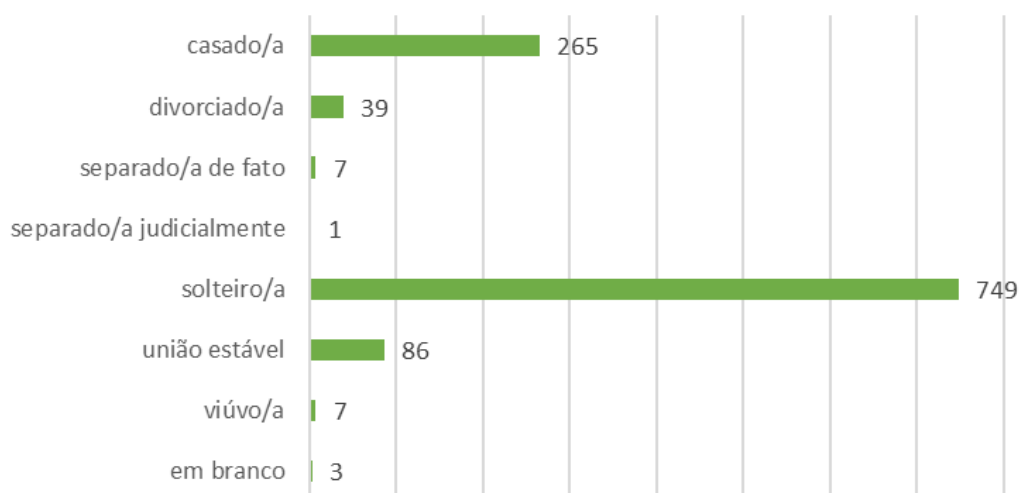
Quadro 11 – % raça/cor/etnia por vínculo com a Defensoria

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
<b>defensor/a</b>	0,0%	86,2%	0,0%	13,8%
<b>estagiário/a</b>	0,9%	50,9%	0,2%	47,9%
<b>residente</b>	0,6%	65,1%	0,0%	34,3%
<b>servidor/a</b>	0,9%	53,4%	0,0%	45,7%
<b>terceirizado/a</b>	1,7%	32,4%	1,1%	64,8%

Quanto ao estado civil, 64,9% das pessoas que responderam a essa pergunta do questionário (1.154) são solteiras e 23% são casadas. Conforme indica o quadro 12, é maior a quantidade de pessoas solteiras entre todos os vínculos, exceto quanto aos defensores/as, com maioria de casados/as.

Figura 8

## Estado civil



Quadro 12 – Estado civil por vínculo com a Defensoria

	CASADO /A	DIVORCIADO /A	SEPARADO/A DE FATO	SEPARADO/A JUDICIALMENTE	SOLTEIRO /A	UNIÃO ESTÁVEL	VIÚVO /A	NÃO RESPONDEU
<b>defensor/a</b>	82	13	1	1	24	22	2	0
<b>estagiário/a</b>	23	9	0	0	399	7	0	0
<b>residente</b>	28	1	0	0	118	19	0	0
<b>servidor/a</b>	75	4	3	0	118	29	2	1
<b>terceirizado/a</b>	57	12	3	0	90	9	3	2



Quadro 13 – % Estado civil por vínculo com a Defensoria

	CASADO /A	DIVORCIADO /A	SEPARADO/A DE FATO	SEPARADO/A JUDICIALMENTE	SOLTEIRO /A	UNIÃO ESTÁVEL	VIÚVO /A
<b>defensor/a</b>	56,6%	9,0%	0,7%	0,7%	16,6%	15,2%	1,4%
<b>estagiário/a</b>	5,3%	2,1%	0,0%	0,0%	91,1%	1,6%	0,0%
<b>residente</b>	16,9%	0,6%	0,0%	0,0%	71,1%	11,4%	0,0%
<b>servidor/a</b>	32,5%	1,7%	1,3%	0,0%	51,1%	12,6%	0,9%
<b>terceirizado/a</b>	32,8%	6,9%	1,7%	0,0%	51,7%	5,2%	1,7%

Quanto ao estado onde nasceu, a maioria das pessoas que responderam (1.148) é do Rio de Janeiro (90,1%), seguido de Minas Gerais (2,8%) e São Paulo (1,6%); duas pessoas indicaram ter nascido no exterior e sete não informaram onde nasceram. No estado do Rio de Janeiro, a maioria é da cidade do Rio de Janeiro (48,2%), seguida de Niterói (8,2%), Duque de Caxias (3,6%), Nova Iguaçu (3,4%) e Campos dos Goytacazes (3,2%).

Quadro 14 – UF

UF DE NASCIMENTO	QUANTIDADE
AC	1
BA	8
CE	6
DF	6
ES	10
GO	1
MA	2
MG	32
MT	1
PA	7
PB	3
PE	6
PR	4
RJ	1.034
RN	2
RR	1
RS	3
SC	2
SP	18
TO	1
Não respondeu/outro	9

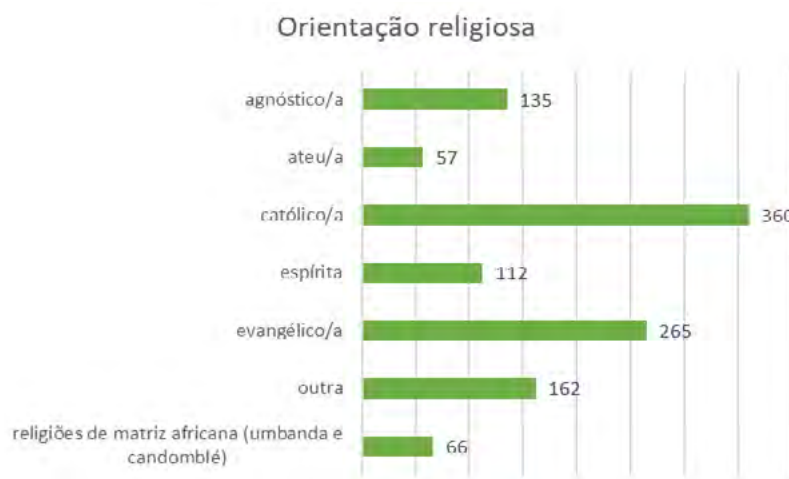
## Quadro 15 – Municípios

MUNICÍPIO DE NASCIMENTO NO RIO DE JANEIRO			
Angra dos Reis	5	Miguel Pereira	4
Araruama	6	Miracema	8
Arraial do Cabo	1	Nilópolis	8
Barra do Piraí	7	Niterói	85
Barra Mansa	11	Nova Friburgo	22
Belford Roxo	14	Nova Iguaçu	35
Bom Jardim	2	Olaria	1
Bom Jesus do Itabapoana	2	Paracambi	6
Cabo Frio	5	Paraíba do Sul	3
Cachoeiras de Macacu	2	Paraty	1
Cambuci	2	Paty do Alferes	1
Campo Grande	1	Petrópolis	34
Campos dos Goytacazes	33	Piraí	1
Cantagalo	5	Porciúncula	3
Carmo	1	Queimados	5
Casimiro de Abreu	2	Resende	5
Conceição de Macabu	3	Rio Bonito	7
Cordeiro	1	Rio de Janeiro	498
Duque de Caxias	37	Santa Maria Madalena	2
Engenheiro Paulo de Frontin	2	Santo Antônio de Pádua	2
Guapimirim	1	São Fidélis	4
Itaboraí	9	São Gonçalo	34
Italva	3	São João da Barra	1
Itaocara	2	São João do Meriti	24
Itaperuna	6	São Pedro da Aldeia	1
Itatiaia	1	São Sebastião do Alto	1
Japeri	2	Teresópolis	11
Macaé	13	Trajano de Moraes	1
Madureira	1	Três Rios	6
Magé	6	Valença	8
Mangaratiba	2	Vassouras	5
Maricá	2	Volta Redonda	11
Mendes	4	Não respondeu	1
Mesquita	1		

Por fim, em relação à orientação religiosa, a maioria é católica (31,1%), seguida de evangélica (22,9%), outra (14%), agnóstica (11,7%), espírita (9,7%), religiões de matriz africana (5,7%) e ateu/a (4,9%).

De acordo com o quadro 17, a proporção de católicos é maior entre todos os tipos de vínculo com a Defensoria Pública, exceto quanto aos terceirizados/as (48,3% de evangélicos/as). O quadro 18 ilustra o recorte por raça/cor/etnia, indicando que os/as católicos/as são maioria, exceto com relação a negros/as, que têm maioria de evangélicos/as (32,7%). Quanto aos indígenas, a proporção entre agnósticos/as, católicos/as e evangélicos/as é a mesma.

Figura 9



Quadro 16 – Orientação religiosa por vínculo com a Defensoria

	AGNÓSTICO/A	ATEU/A	CATÓLICO/A	ESPÍRITA	EVANGÉLICO/A	OUTRA	RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA
<b>defensor/a</b>	18	10	79	17	5	11	5
<b>estagiário/a</b>	66	22	109	43	100	74	24
<b>residente</b>	20	6	49	11	36	34	10
<b>servidor/a</b>	29	19	73	32	39	22	18
<b>terceirizado/a</b>	2	0	50	9	85	21	9

Quadro 17 – % orientação religiosa por vínculo com a Defensoria

	AGNÓSTICO/A	ATEU/A	CATÓLICO/A	ESPÍRITA	EVANGÉLICO/A	OUTRA	RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA
<b>defensor/a</b>	12,4%	6,9%	54,5%	11,7%	3,4%	7,6%	3,4%
<b>estagiário/a</b>	15,1%	5,0%	24,9%	9,8%	22,8%	16,9%	5,5%
<b>residente</b>	12,0%	3,6%	29,5%	6,6%	21,7%	20,5%	6,0%
<b>servidor/a</b>	12,5%	8,2%	31,5%	13,8%	16,8%	9,5%	7,8%
<b>terceirizado/a</b>	1,1%	0,0%	28,4%	5,1%	48,3%	11,9%	5,1%

Quadro 18 – Orientação religiosa por raça/cor/etnia

	AGNÓSTICO/A	ATEU/A	CATÓLICO/A	ESPÍRITA	EVANGÉLICO/A	OUTRA	RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA
amarela	2	0	3	2	1	1	1
branca	81	39	233	80	97	82	25
indígena	1	0	1	0	1	0	0
negra	51	18	123	30	166	79	40

Quadro 19 – % orientação religiosa por raça/cor/etnia

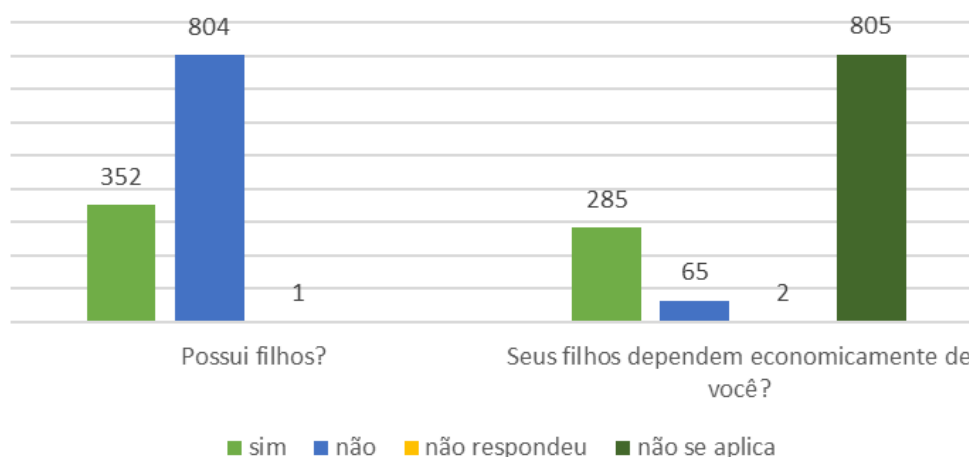
	AGNÓSTICO/A	ATEU/A	CATÓLICO/A	ESPÍRITA	EVANGÉLICO/A	OUTRA	RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA
amarela	20,0%	0,0%	30,0%	20,0%	10,0%	10,0%	10,0%
branca	12,7%	6,1%	36,6%	12,6%	15,2%	12,9%	3,9%
indígena	33,3%	0,0%	33,3%	0,0%	33,3%	0,0%	0,0%
negra	10,1%	3,6%	24,3%	5,9%	32,7%	15,6%	7,9%

#### 4. PERFIL SOCIAL E FAMILIAR

Quanto ao perfil social e familiar, a maioria das pessoas que respondeu a essa pergunta (1.156) disse que não possui filhos (69,6% dos casos com informação) e, das que possuem, 81% disseram que seus filhos dependem delas economicamente. Do total de pessoas que disseram possuir filhos, 50% indicaram um/a filho/a e 36,4% dois.

Figura 10

#### Filhos(as)



Quadro 20 – Filhos

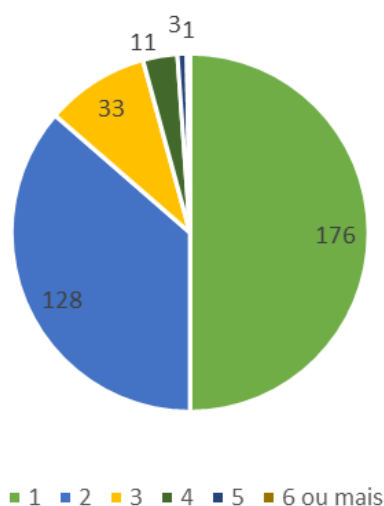
POSSUI FILHOS?	SIM	NÃO	NÃO RESPONDEU
defensor/a	108	37	0
estagiário/a	49	389	0
residente	21	145	0
servidor/a	62	169	1
terceirizado/a	112	64	0

Quadro 21 – % Filhos

POSSUI FILHOS?	SIM	NÃO
defensor/a	74,5%	25,5%
estagiário/a	11,2%	88,8%
residente	12,7%	87,3%
servidor/a	26,8%	73,2%
terceirizado/a	63,6%	36,4%

Figura 11

Quanto filhos você tem?



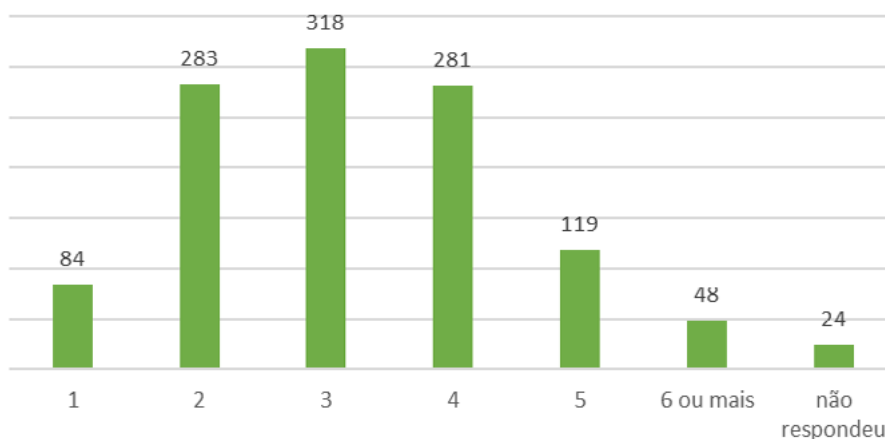
Considerando apenas os casos com informação (1.133), 28,1% disseram que seu núcleo familiar é composto por três pessoas, 25% por duas pessoas, 24,8% por quatro pessoas, 10,5% por cinco, 7,4% por uma e 4,2% por seis ou mais.

Do total, 80 pessoas afirmaram ter algum/a filho/a com deficiência ou ser responsável por cuidar de outra pessoa na família (pessoa com deficiência ou doença crônica), ou seja, 6,9% do total de respostas, bem como 600 pessoas disseram contribuir economicamente com algum membro da família próxima (mãe, pai, irmãos), o que representa 51,8% do total.



Figura 12

Quantas pessoas compõe o seu núcleo familiar?



Quadro 22 – Contribuição econômica na família

CONTRIBUI ECONOMICAMENTE COM ALGUM MEMBRO DA FAMÍLIA?	SIM	NÃO	NÃO RESPONDEU
defensor/a	72	73	0
estagiário/a	223	213	2
residente	83	83	0
servidor/a	133	99	0
terceirizado/a	89	87	0
<b>TOTAL</b>	<b>600</b>	<b>555</b>	<b>2</b>

Quadro 23 – Contribuição econômica na família

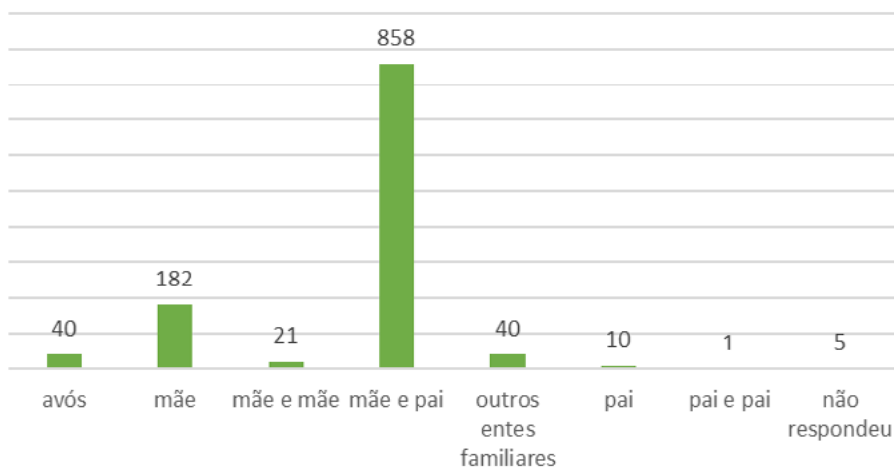
CONTRIBUI ECONOMICAMENTE COM ALGUM MEMBRO DA FAMÍLIA?	SIM	NÃO
defensor/a	49,7%	50,3%
estagiário/a	51,1%	48,9%
residente	50,0%	50,0%
servidor/a	57,3%	42,7%
terceirizado/a	50,6%	49,4%

A maioria das pessoas que respondeu à pergunta (1.152), indicou ter como composição familiar na infância, a combinação “mãe e pai” (74,5%), seguida de “mãe” (15,8%), “avós” e “outros entes familiares” (ambos correspondem a 3,5%).

O quadro 25 indica que a porcentagem de pessoas com composição familiar “mãe e pai” é maior em relação a todas as opções de cor/raça/etnia, porém é maior a proporção de pessoas brancas com composição familiar “mãe e pai” do que em relação às outras raças (79,8%), exceto quanto aos indígenas.

Figura 13

## Composição familiar na infância



Quadro 24 – Composição familiar na infância por cor/raça/etnia

	AVÓS	MÃE	MÃE E MÃE	MÃE E PAI	OUTROS ENTES FAMILIARES	PAI	PAI E PAI	NÃO RESPONDEU
amarela	0	3	0	7	0	0	0	0
branca	17	77	12	507	16	5	1	2
indígena	0	0	0	3	0	0	0	0
negra	23	102	9	341	24	5	0	3

Quadro 25 – % composição familiar na infância por cor/raça/etnia

	AVÓS	MÃE	MÃE E MÃE	MÃE E PAI	OUTROS ENTES FAMILIARES	PAI	PAI E PAI
amarela	0,0%	30,0%	0,0%	70,0%	0,0%	0,0%	0,0%
branca	2,7%	12,1%	1,9%	79,8%	2,5%	0,8%	0,2%
indígena	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%	0,0%	0,0%	0,0%
negra	4,6%	20,2%	1,8%	67,7%	4,8%	1,0%	0,0%

Quadro 26 – Composição familiar na infância por vínculo com a Defensoria

	AVÓS	MÃE	MÃE E MÃE	MÃE E PAI	OUTROS ENTES FAMILIARES	PAI	PAI E PAI	NÃO RESPONDEU
defensor/a	0	10	5	128	1	1	0	0
estagiário/a	14	77	7	317	16	4	0	3
residente	10	20	1	127	7	0	1	0
servidor/a	7	40	5	168	9	2	0	1
terceirizado/a	9	35	3	118	7	3	0	1

Quadro 27 – % Composição familiar na infância por vínculo com a Defensoria

	AVÓS	MÃE	MÃE E MÃE	MÃE E PAI	OUTROS ENTES FAMILIARES	PAI	PAI E PAI
<b>defensor/a</b>	0,0%	6,9%	3,4%	88,3%	0,7%	0,7%	0,0%
<b>estagiário/a</b>	3,2%	17,7%	1,6%	72,9%	3,7%	0,9%	0,0%
<b>residente</b>	6,0%	12,0%	0,6%	76,5%	4,2%	0,0%	0,6%
<b>servidor/a</b>	3,0%	17,3%	2,2%	72,7%	3,9%	0,9%	0,0%
<b>terceirizado/a</b>	5,1%	20,0%	1,7%	67,4%	4,0%	1,7%	0,0%

Quanto à escolaridade, considerando os casos com informação (1.155), a maioria tem ensino superior completo (45,7%), seguido de ensino superior incompleto (36,9%); 9,9% possuem o ensino médio completo e 1% incompleto; 2,3% indicaram o ensino fundamental incompleto e 0,4% completo; 2,9% têm mestrado e 0,9% doutorado.

Figura 14



Quadro 28 – Grau de escolaridade por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
<b>fundamental incompleto</b>	0	0	0	1	26
<b>fundamental completo</b>	0	0	0	0	5
<b>médio incompleto</b>	0	2	0	0	10
<b>médio completo</b>	0	29	0	11	74
<b>superior incompleto</b>	4	376	0	15	31
<b>superior completo</b>	114	29	165	191	29
<b>doutorado</b>	8	0	0	2	0
<b>mestrado</b>	19	1	1	12	0
<b>não respondeu</b>	0	1	0	0	1

Quadro 29 – % grau de escolaridade por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
<b>fundamental incompleto</b>	0,0%	0,0%	0,0%	0,4%	14,9%
<b>fundamental completo</b>	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%	2,9%
<b>médio incompleto</b>	0,0%	0,5%	0,0%	0,0%	5,7%
<b>médio completo</b>	0,0%	6,6%	0,0%	4,7%	42,3%
<b>superior incompleto</b>	2,8%	86,0%	0,0%	6,5%	17,7%
<b>superior completo</b>	78,6%	6,6%	99,4%	82,3%	16,6%
<b>doutorado</b>	5,5%	0,0%	0,0%	0,9%	0,0%
<b>mestrado</b>	13,1%	0,2%	0,6%	5,2%	0,0%

O quadro 31 indica que é equivalente a proporção entre mulheres e homens nos diferentes níveis de escolaridade, sendo um pouco maior a quantidade de homens com ensino médio completo e de mulheres com curso superior incompleto.

Quadro 30 – Grau de escolaridade por gênero

	FEMININO	MASCULINO	HOMEM TRANS
<b>fundamental completo</b>	4	1	0
<b>fundamental incompleto</b>	19	8	0
<b>médio completo</b>	71	43	0
<b>médio incompleto</b>	9	3	0
<b>superior completo</b>	377	151	0
<b>superior incompleto</b>	310	115	1
<b>mestrado</b>	24	9	0
<b>doutorado</b>	7	3	0
<b>não respondeu</b>	1	1	0

Quadro 31 – % grau de escolaridade por gênero

	FEMININO	MASCULINO	HOMEM TRANS
<b>fundamental completo</b>	0,5%	0,3%	0,0%
<b>fundamental incompleto</b>	2,3%	2,4%	0,0%
<b>médio completo</b>	8,6%	12,9%	0,0%
<b>médio incompleto</b>	1,1%	0,9%	0,0%
<b>superior completo</b>	45,9%	45,3%	0,0%
<b>superior incompleto</b>	37,8%	34,5%	100,0%
<b>mestrado</b>	2,9%	2,7%	0,0%
<b>doutorado</b>	0,9%	0,9%	0,0%

O quadro 33 indica que é maior a porcentagem de pessoas negras com ensino fundamental completo e incompleto (80% e 70,4%, respectivamente). Quando se trata de ensino médio, também é maior a proporção de negras (58,8% se completo e 91,7% se incompleto). Com relação ao ensino superior, incompleto ou completo, mestrado e doutorado, é maior a quantidade de pessoas brancas (64,2%, 49,3%, 69,7% e 100%, respectivamente).

Quadro 32 – Grau de escolaridade por cor/raça/etnia

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
<b>fundamental completo</b>	0	1	0	4
<b>fundamental incompleto</b>	0	8	0	19
<b>médio completo</b>	2	45	0	67
<b>médio incompleto</b>	0	1	0	11
<b>superior completo</b>	5	339	0	184
<b>superior incompleto</b>	3	210	3	210
<b>mestrado</b>	0	23	0	10
<b>doutorado</b>	0	10	0	0
<b>não respondeu</b>	0	0	0	2

Quadro 33 – % grau de escolaridade por cor/raça/etnia

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
<b>fundamental completo</b>	0,0%	20,0%	0,0%	80,0%
<b>fundamental incompleto</b>	0,0%	29,6%	0,0%	70,4%
<b>médio completo</b>	1,8%	39,5%	0,0%	58,8%
<b>médio incompleto</b>	0,0%	8,3%	0,0%	91,7%
<b>superior completo</b>	0,9%	64,2%	0,0%	34,8%
<b>superior incompleto</b>	0,7%	49,3%	0,7%	49,3%
<b>mestrado</b>	0,0%	69,7%	0,0%	30,3%
<b>doutorado</b>	0,0%	100,0%	0,0%	0,0%

Quanto à pergunta “Qual a natureza da escola em que você cursou o ensino médio?”, a maioria das pessoas que respondeu (1.150), indicou ter cursado escola particular (37,9%) e pública estadual (36,6%). Considerando as pessoas que indicaram ter cursado escola particular com bolsa (12,9%), sobe para 50,8% o total de pessoas que cursaram escola particular, bem como, somando-se instituto federal/escola técnica pública (11%), sobe para 47,6% o total de pessoas que frequentaram instituições públicas.

Importante observar que mesmo as pessoas que indicaram o ensino fundamental como grau de escolaridade responderam essa pergunta.

No quadro 35 é possível perceber que é mais alta a porcentagem de pessoas brancas que cursaram escola particular (75%) e particular com bolsa (64,9%). Com relação à escola gratuita vinculada a empresa, pública estadual, instituto federal/escola técnica pública e militar, as pessoas negras são maioria (66,7%, 63,4%, 56,3% e 53,3%, respectivamente).



Figura 15

### Natureza da escola em que cursou o ensino médio



Quadro 34 – Natureza da escola em que cursou o ensino médio por raça/cor/etnia

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
comunitária	0	0	0	1
gratuita vinculada a empresa	1	0	0	2
instituto federal/escola técnica pública	1	53	1	71
militar	0	7	0	8
particular	5	327	1	103
particular com bolsa	1	96	1	50
pública estadual	2	152	0	267
não respondeu	0	2	0	5

Quadro 35 – % natureza da escola em que cursou o ensino médio por raça/cor/etnia

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA
comunitária	0,0%	0,0%	0,0%	100,0%
gratuita vinculada a empresa	33,3%	0,0%	0,0%	66,7%
instituto federal/escola técnica pública	0,8%	42,1%	0,8%	56,3%
militar	0,0%	46,7%	0,0%	53,3%
particular	1,1%	75,0%	0,2%	23,6%
particular com bolsa	0,7%	64,9%	0,7%	33,8%
pública estadual	0,5%	36,1%	0,0%	63,4%

Quadro 36 – Natureza da escola em que cursou o ensino médio por vínculo com a Defensoria

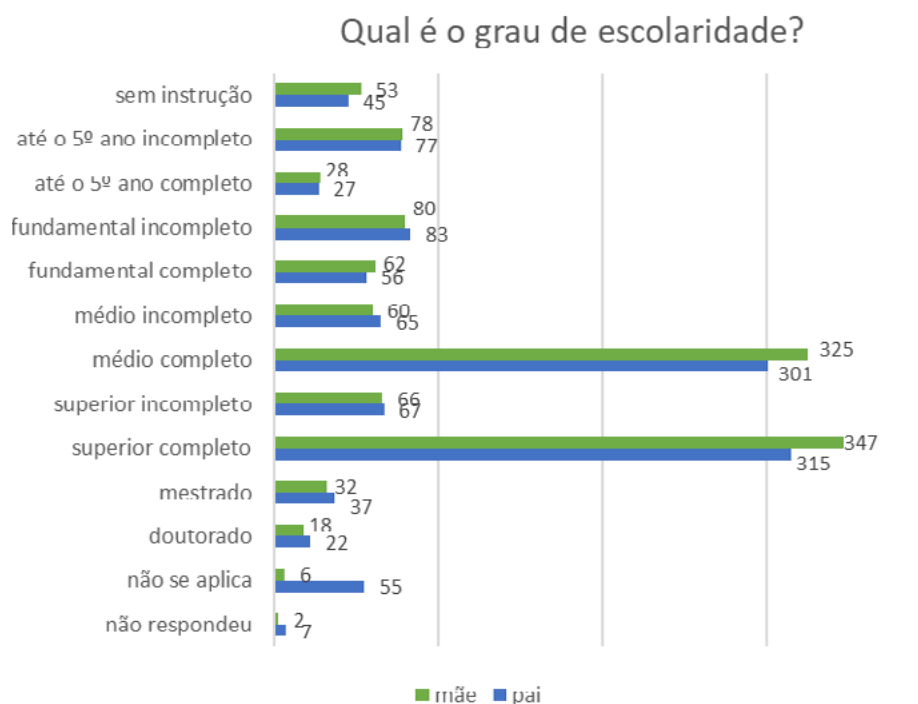
	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
comunitária	1	0	0	0	0
gratuita vinculada a empresa	0	0	0	1	2
instituto federal/escola técnica pública	18	64	18	22	4
militar	2	5	3	5	0
particular	95	148	72	95	26
particular com bolsa	9	71	31	30	7
pública estadual	20	150	42	79	130
não respondeu	0	0	0	0	7

Quadro 37 – % natureza da escola em que cursou o ensino médio por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A
comunitária	0,7%	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
gratuita vinculada a empresa	0,0%	0,0%	0,0%	0,4%	1,2%
instituto federal/escola técnica pública	12,4%	14,6%	10,8%	9,5%	2,4%
militar	1,4%	1,1%	1,8%	2,2%	0,0%
particular	65,5%	33,8%	43,4%	40,9%	15,4%
particular com bolsa	6,2%	16,2%	18,7%	12,9%	4,1%
pública estadual	13,8%	34,2%	25,3%	34,1%	76,9%

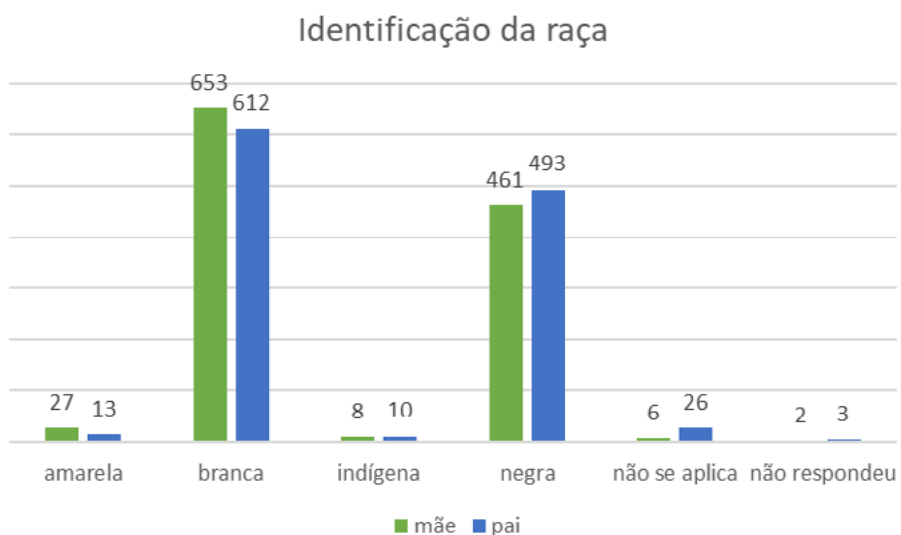
Quanto ao grau de escolaridade do pai e da mãe, considerando os casos com informação (1.149 e 1.095, respectivamente), a maioria possui ensino superior completo (30,2% no caso da mãe e 28,8% no caso do pai), seguido de ensino médio completo (28,3%, no caso da mãe e 27,5% no caso do pai).

Figura 16



Considerando os casos com informação (1.149 para mãe e 1.128 para pai), a maioria das pessoas identificaram a raça da mãe e do pai como branca (56,8% e 54,3%, respectivamente), seguida de negra (40,1% e 43,7%, respectivamente).

Figura 17



Quadro 38

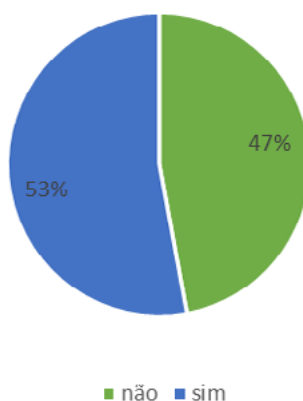
RAÇA/COR/ETNIA RESPONDENTE	RAÇA/COR/ETNIA ASCENDENTES	MÃE	PAI
amarela	amarela	5	4
	branca	3	3
	indígena	0	1
	negra	2	0
	não se aplica	0	2
branca	amarela	9	5
	branca	547	526
	indígena	1	5
	negra	78	91
	não se aplica	2	9
indígena	não respondeu	0	1
	amarela	1	0
	branca	1	0
	indígena	0	2
	negra	1	1
negra	amarela	12	4
	branca	102	83
	indígena	7	2
	negra	380	401
	não se aplica	4	15
	não respondeu	2	2

## 5. PERCEPÇÃO DAS RELAÇÕES RACIAIS NA DEFENSORIA PÚBLICA

A seguir, serão apresentadas as questões sobre a percepção das relações raciais na Defensoria Pública, considerando os casos em que houve resposta para indicar a porcentagem de “sim” e “não”, bem como identificando as respostas “sim” por raça/cor/etnia e vínculo com a Defensoria.

Figura 18

Você considera que existe desigualdade racial na Defensoria Pública do Rio de Janeiro?



Com relação à pergunta “Você considera que existe desigualdade racial na Defensoria Pública do Rio de Janeiro?”, 606 pessoas responderam sim, 539 não e 12 não responderam. Das pessoas que responderam sim, 54,6% são brancas e 44,2% são negras, além de cinco amarelas e duas indígenas.

Quanto à cor/raça/etnia, é maior a proporção de pessoas pretas (62,7%) do que pardas (45%) que consideram que existe desigualdade racial na Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Essa porcentagem é de 53,5% se considerarmos o conjunto de pessoas negras.

Quadro 39

VOCÊ CONSIDERA QUE EXISTE DESIGUALDADE RACIAL NA DPRJ?			
	sim	não	não respondeu
amarela	5	5	0
branca	331	300	6
indígena	2	1	0
negra	268	233	6

Quadro 40

VOCÊ CONSIDERA QUE EXISTE DESIGUALDADE RACIAL NA DPRJ?		
	sim	não
amarela	50,0%	50,0%
branca	52,2%	47,5%
indígena	66,7%	33,3%
negra	53,5%	46,5%

Quadro 41

VOCÊ CONSIDERA QUE EXISTE DESIGUALDADE RACIAL NA DPRJ?			
	sim	não	não respondeu
defensor/a	92	53	0
estagiário/a	222	211	5
residente	115	49	2
servidor/a	155	73	4
terceirizado/a	22	153	1

Quadro 42

VOCÊ CONSIDERA QUE EXISTE DESIGUALDADE RACIAL NA DPRJ?		
	sim	não
defensor/a	63,4%	36,6%
estagiário/a	51,3%	48,7%
residente	70,1%	29,9%
servidor/a	68,0%	32,0%
terceirizado/a	12,6%	87,4%



Quanto à pergunta “Você já presenciou cenas de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria Pública?”, 991 disseram não, 162 sim e quatro não responderam. A maioria das pessoas que responderam sim são negras (58%), seguida das brancas (41,4%).

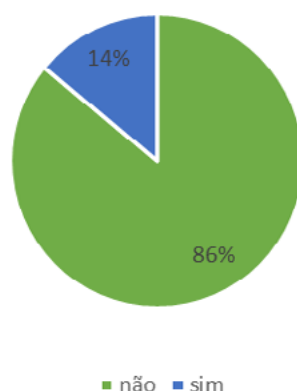
Do total de pessoas brancas, considerando os casos com informação, 10,6% disseram sim (67 de 634), enquanto, para as pessoas negras, esse percentual é de 18,6% (94 de 506).

Das pessoas que responderam sim, 37,7% são servidores/as, 21,6% são defensores/as, 19,8% são estagiários/as, 12,3% residentes e 8,6% terceirizados/as.

Foram indicadas, como pessoas envolvidas integrantes da Defensoria e usuários/as (39,3%), integrantes da Defensoria (31,3%), integrantes da Defensoria e terceiros dentro do ambiente da instituição (24%) e integrantes da Defensoria e de outras instituições (5,3%), sendo que 12 pessoas que disseram sim não indicaram ninguém.

Figura 19

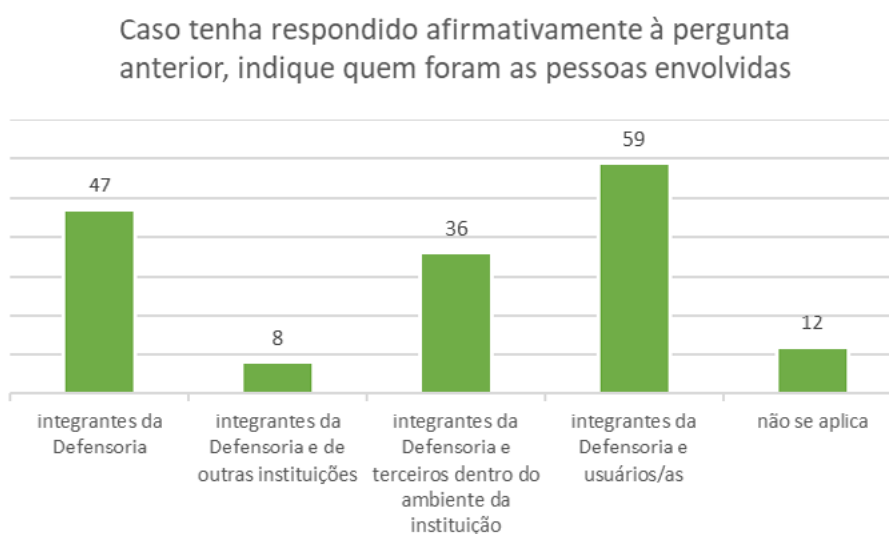
Você já presenciou cenas de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria Pública?



Quadro 43

RESPOSTAS SIM À PERGUNTA “VOCÊ JÁ PRESENCIOU CENAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL OU PRECONCEITO RACIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA?”				
	branca	indígena	negra	total
defensor/a	25	0	10	35
estagiário/a	5	0	27	32
residente	9	0	11	20
servidor/a	27	0	34	2
terceirizado/a	1	1	12	14
<b>TOTAL</b>	<b>67</b>	<b>1</b>	<b>94</b>	<b>162</b>

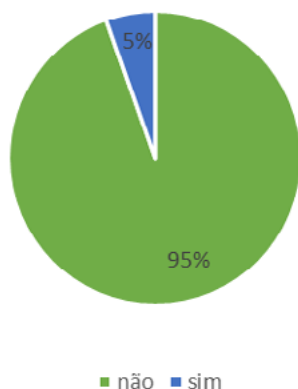
Figura 20



De acordo com o gráfico a seguir, 1.989 pessoas responderam que não foram vítimas de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria Pública e 63 disseram que sim; quatro não responderam.

Figura 21

Você já foi vítima de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria Pública?



Conforme indicado abaixo, 95,2% das pessoas que indicaram terem sido vítima de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria é negra. Desse grupo, 20% se autodeclararam pretos/as e 80% pardos/as.

Do total de pessoas brancas, considerando os casos com informação, 0,3% disseram ter sido vítima de discriminação racial ou preconceito racial na Defensoria (2 de 634), enquanto 11,9% das pessoas negras fez a mesma afirmação (60 de 505).

Quanto ao vínculo com a instituição, a maior parte é de servidores/as (41,3%), seguida de estagiários/as (23,8%) e terceirizados/as (17,5%).

Quadro 44

RESPOSTAS SIM À PERGUNTA "VOCÊ JÁ FOI VÍTIMA DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL OU PRECONCEITO RACIAL NA DEFENSORIA PÚBLICA?"					
	amarela	branca	indígena	negra	total
defensor/a	0	0	0	7	7
estagiário/a	0	0	0	15	15
residente	0	0	0	4	4
servidor/a	0	2	0	24	26
terceirizado/a	0	0	1	10	11
<b>TOTAL</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>60</b>	<b>63</b>

Com relação à pergunta "Caso tenha respondido afirmativamente à pergunta anterior, indique quem foram as pessoas envolvidas", 88 pessoas identificaram quem foi, apesar de apenas 63 terem respondido afirmativamente à pergunta anterior. A maioria indicou integrantes da Defensoria e usuários/as.

Quadro 45

QUEM FORAM AS PESSOAS ENVOLVIDAS?		
	total de respostas	apenas "sim" na pergunta anterior
integrantes da Defensoria	26	18
integrantes da Defensoria e de outras instituições	7	3
integrantes da Defensoria e terceiros dentro do ambiente da instituição	20	13
integrantes da Defensoria e usuários/as	35	25
não respondeu	0	4
<b>TOTAL</b>	<b>88</b>	<b>63</b>

Quanto à questão "Caso tenha respondido afirmativamente à pergunta anterior, especifique quem foi o/a autor/a da conduta discriminatória", 92 identificaram quem foi, apesar de apenas 63 terem respondido afirmativamente à pergunta anterior. A maioria identificou o/a usuário/a da Defensoria como autor/a.

Quadro 46

QUEM FOI O/A AUTOR/A DA CONDUTA DISCRIMINATÓRIA?		
	total de respostas	apenas "sim" na pergunta anterior
integrante da Defensoria	35	22
integrante de outras instituições	17	12
usuário/a	40	27
não respondeu	0	2
<b>TOTAL</b>	<b>92</b>	<b>63</b>

O mesmo ocorreu com relação à pergunta “Caso tenha respondido afirmativamente à pergunta anterior, indique se foram reportados os fatos a algum canal institucional”, 96 indicaram o canal, porém apenas 63 haviam respondido afirmativamente à pergunta sobre ter sofrido conduta discriminatória.

Quadro 47

OS FATOS FORAM REPORTADOS A ALGUM CANAL INSTITUCIONAL?		
	total de respostas	apenas “sim” na pergunta anterior
fato relatado à Comissão de Assédio, Discriminação e outras formas de Violência (CODAV)	2	1
fato relatado à Corregedoria da Defensoria Pública	1	0
fato relatado a outras autoridades	5	0
fato relatado ao superior hierárquico	15	11
optei por não comunicar os fatos a nenhum canal institucional	73	51
<b>TOTAL</b>	<b>96</b>	<b>63</b>

Por fim, quanto à pergunta “Como você avalia a resposta institucional recebida?”, 384 pessoas responderam, apesar de apenas 12 terem indicado o relato do fato a algum canal institucional.

Quadro 48

COMO VOCÊ AVALIA A RESPOSTA INSTITUCIONAL RECEBIDA?		
	total de respostas	apenas “sim” na pergunta anterior
satisfatória	354	9
insatisfatória	30	3
<b>TOTAL</b>	<b>384</b>	<b>12</b>

## 6. PERCEPÇÃO DAS RELAÇÕES RACIAIS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Com relação à pergunta “Você considera que existe racismo no Brasil”, 1.147 responderam sim, oito disseram não e duas não responderam. Das oito pessoas que disseram não, cinco são brancas (três defensores/as, um/a estagiário/a e um/a servidor/a) e três são negras (dois defensores/as e um/a terceirizado/a).

Figura 22

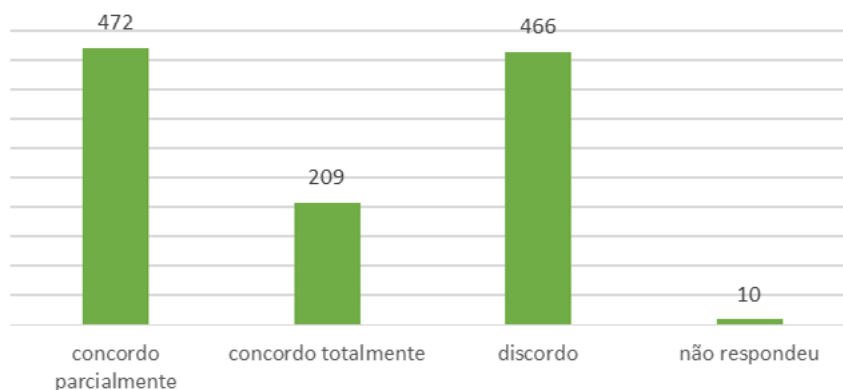
Você considera que existe racismo no Brasil?



Considerando apenas os casos com informação (1.147), 59,4% disseram que concordam totalmente ou parcialmente e 40,6% discordam da frase "O racismo é um problema individual de falta de bom senso, que pode ser combatido com punições/tratamento ou educação individuais". Conforme indica o quadro 50, é maior a discordância entre brancos/as do que entre negros/as, ainda que a maioria concorde total ou parcialmente em todas as categorias de raça/cor/etnia.

Figura 23

O racismo é um problema individual de falta de bom senso, que pode ser combatido com punições/tratamento ou educação individuais



Quadro 49

O RACISMO É UM PROBLEMA INDIVIDUAL DE FALTA DE BOM SENSO, QUE PODE SER COMBATIDO COM PUNIÇÕES/TRATAMENTO OU EDUCAÇÃO INDIVIDUAIS				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	6	3	1	0
branca	242	102	287	6
indígena	1	1	1	0
negra	223	103	177	4

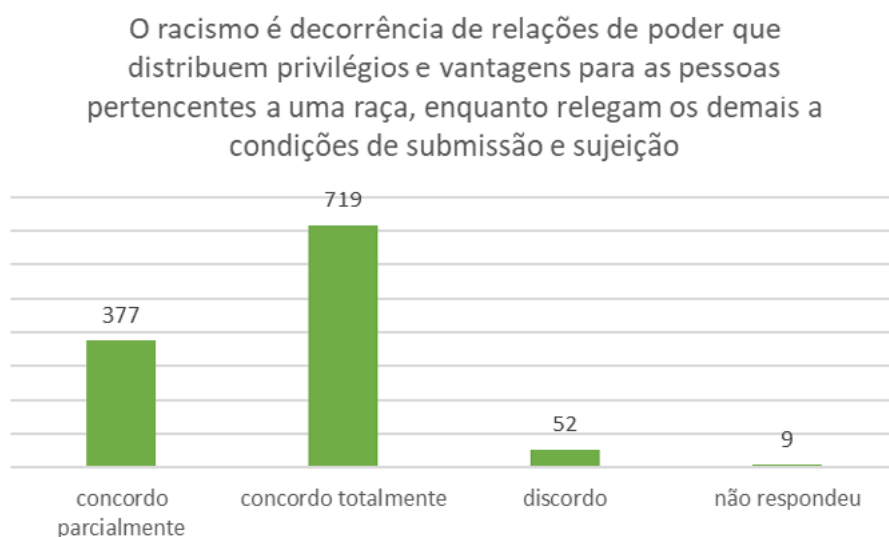


Quadro 50

O RACISMO É UM PROBLEMA INDIVIDUAL DE FALTA DE BOM SENSO, QUE PODE SER COMBATIDO COM PUNIÇÕES/TRATAMENTO OU EDUCAÇÃO INDIVIDUAIS			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
<b>amarela</b>	60,0%	30,0%	10,0%
<b>branca</b>	38,4%	16,2%	45,5%
<b>indígena</b>	33,3%	33,3%	33,3%

Quanto à frase “O racismo é decorrência de relações de poder que distribuem privilégios e vantagens para as pessoas pertencentes a uma raça, enquanto relegam os demais a condições de submissão e sujeição”, 95,5% dos casos com informação (1.148) concordaram total ou parcialmente, sendo que 62,6% concordaram totalmente.

Figura 24



Quadro 51

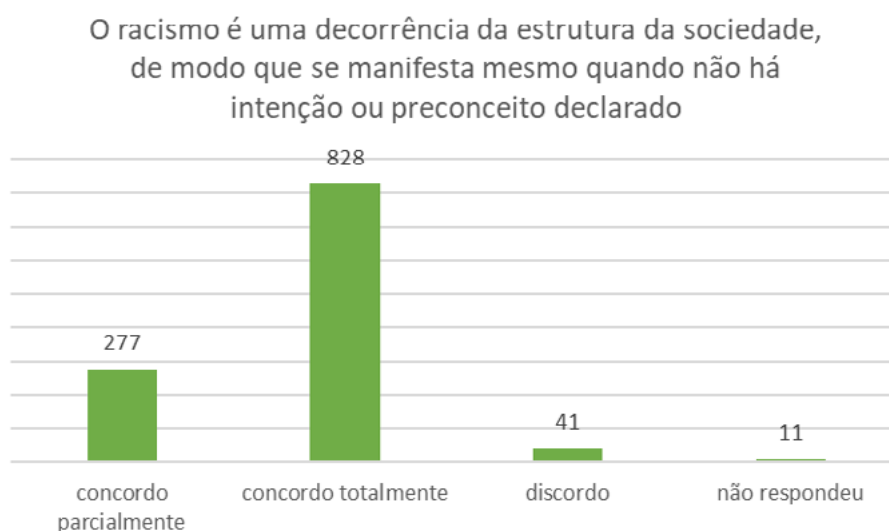
O RACISMO É DECORRÊNCIA DE RELAÇÕES DE PODER QUE DISTRIBUEM PRIVILÉGIOS E VANTAGENS PARA AS PESSOAS PERTENCENTES A UMA RAÇA, ENQUANTO RELEGAM OS DEMAIS A CONDIÇÕES DE SUBMISSÃO E SUJEIÇÃO				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
<b>amarela</b>	5	5	0	0
<b>branca</b>	207	390	35	5
<b>indígena</b>	1	2	0	0
<b>negra</b>	164	322	17	4

Quadro 52

O RACISMO É DECORRÊNCIA DE RELAÇÕES DE PODER QUE DISTRIBUEM PRIVILÉGIOS E VANTAGENS PARA AS PESSOAS PERTENCENTES A UMA RAÇA, ENQUANTO RELEGAM OS DEMAIS A CONDIÇÕES DE SUBMISSÃO E SUJEIÇÃO			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	50,0%	50,0%	0,0%
branca	32,8%	61,7%	5,5%
indígena	33,3%	66,7%	0,0%
negra	32,6%	64,0%	3,4%

Do total de casos com informação (1.146), 96,4% concordam total ou parcialmente com a frase “O racismo é uma decorrência da estrutura da sociedade, de modo que se manifesta mesmo quando não há intenção ou preconceito declarado”, sendo que a maioria concorda totalmente (72,3%).

Figura 25



Quadro 53

O RACISMO É UMA DECORRÊNCIA DA ESTRUTURA DA SOCIEDADE, DE MODO QUE SE MANIFESTA MESMO QUANDO NÃO HÁ INTENÇÃO OU PRECONCEITO DECLARADO				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	3	6	0	1
branca	144	462	24	7
indígena	1	2	0	0
negra	129	358	17	3

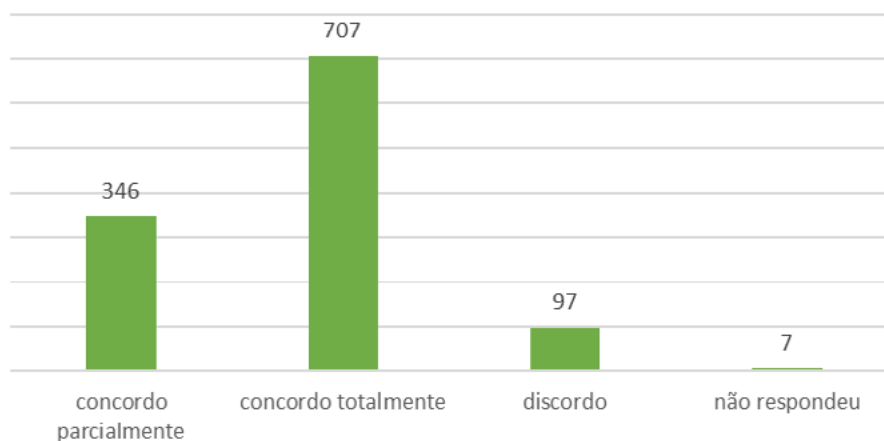
Quadro 54

O RACISMO É UMA DECORRÊNCIA DA ESTRUTURA DA SOCIEDADE, DE MODO QUE SE MANIFESTA MESMO QUANDO NÃO HÁ INTENÇÃO OU PRECONCEITO DECLARADO			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	33,3%	66,7%	0,0%
branca	22,9%	73,3%	3,8%
indígena	33,3%	66,7%	0,0%
negra	25,6%	71,0%	3,4%

Sobre a frase “Quem fica em silêncio diante do racismo se torna eticamente responsável por ele”, a maioria dos casos com informação (1.150) concordam total ou parcialmente com ela (91,6%), sendo que 61,5% concordam totalmente.

Figura 26

Quem fica em silêncio diante do racismo se torna eticamente responsável por ele



Quadro 55

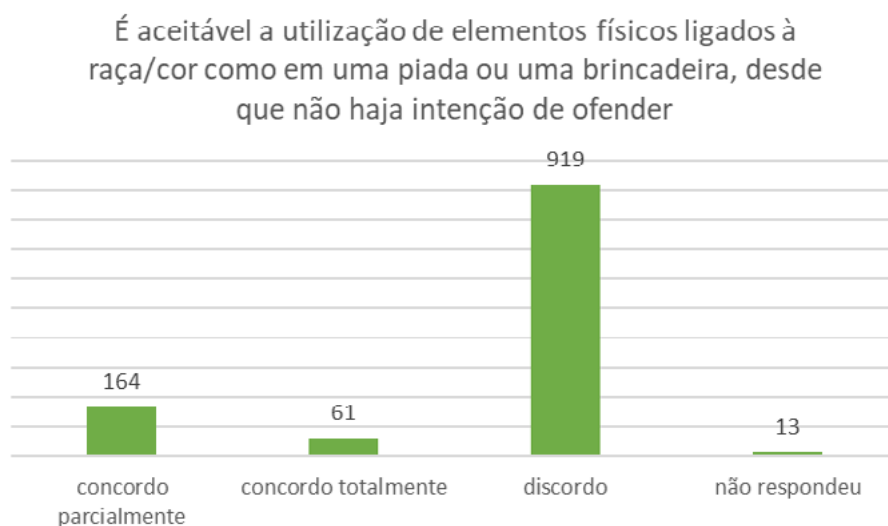
QUEM FICA EM SILÊNCIO DIANTE DO RACISMO SE TORNA ETICAMENTE RESPONSÁVEL POR ELE				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	6	3	1	0
branca	189	408	36	4
indígena	1	2	0	0
negra	150	294	60	3

Quadro 56

QUEM FICA EM SILÊNCIO DIANTE DO RACISMO SE TORNA ETICAMENTE RESPONSÁVEL POR ELE			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	60,0%	30,0%	10,0%
branca	29,9%	64,5%	5,7%
indígena	33,3%	66,7%	0,0%
negra	29,8%	58,3%	11,9%

Com relação à frase “É aceitável a utilização de elementos físicos ligados à raça/cor como em uma piada ou uma brincadeira, desde que não haja intenção de ofender”, 80,3% dos casos com informação (1.144), discordam dessa afirmação.

Figura 27



Quadro 57

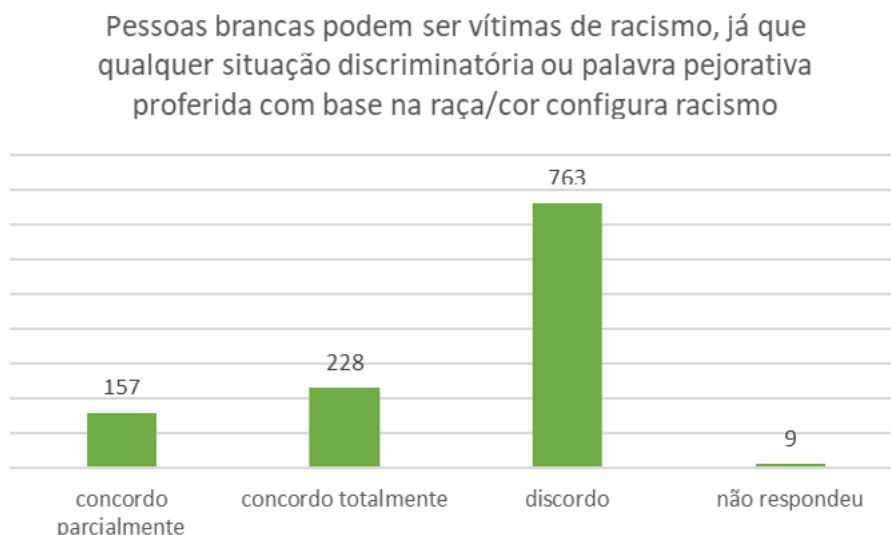
É ACEITÁVEL A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS FÍSICOS LIGADOS À RAÇA/COR COMO EM UMA PIADA OU UMA BRINCADEIRA, DESDE QUE NÃO HAJA INTENÇÃO DE OFENDER				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	1	2	7	0
branca	88	25	517	7
indígena	0	0	3	0
negra	75	34	392	6

Quadro 58

É ACEITÁVEL A UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS FÍSICOS LIGADOS À RAÇA/COR COMO EM UMA PIADA OU UMA BRINCADEIRA, DESDE QUE NÃO HAJA INTENÇÃO DE OFENDER			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	10,0%	20,0%	70,0%
branca	14,0%	4,0%	82,1%
indígena	0,0%	0,0%	100,0%
negra	15,0%	6,8%	78,2%

Sobre a frase “Pessoas brancas podem ser vítimas de racismo, já que qualquer situação discriminatória ou palavra pejorativa proferida com base na raça/cor configura racismo”, 66,5% dos casos com informação (1.148) discordam dessa afirmação.

Figura 28



Quadro 59

PESSOAS BRANCAS PODEM SER VÍTIMAS DE RACISMO, JÁ QUE QUALQUER SITUAÇÃO DISCRIMINATÓRIA OU PALAVRA PEJORATIVA PROFERIDA COM BASE NA RAÇA/COR CONFIGURA RACISMO				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	1	5	4	0
branca	97	109	425	6
indígena	0	1	2	0
negra	59	113	332	3

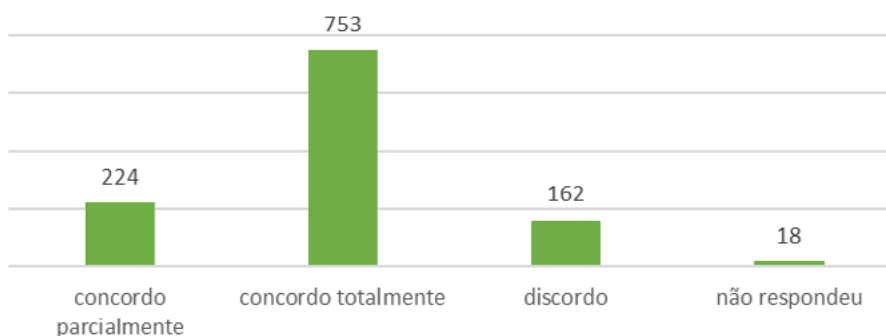
Quadro 60

PESSOAS BRANCAS PODEM SER VÍTIMAS DE RACISMO, JÁ QUE QUALQUER SITUAÇÃO DISCRIMINATÓRIA OU PALAVRA PEJORATIVA PROFERIDA COM BASE NA RAÇA/COR CONFIGURA RACISMO			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	10,0%	50,0%	40,0%
branca	15,4%	17,3%	67,4%
indígena	0,0%	33,3%	66,7%
negra	11,7%	22,4%	65,9%

Quanto à frase “Pessoas brancas estão situadas em posições de privilégio na hierarquia racial que estrutura a sociedade brasileira e, por esta razão, o conceito de ‘racismo reverso’ ou ‘racismo contra pessoas brancas’ carece de lógica e também de substrato na realidade social”, dos casos com informação (1.139), 85,8% concordam total ou parcialmente, sendo que a maioria concorda totalmente (66,1%).

Figura 29

Pessoas brancas estão situadas em posições de privilégio na hierarquia racial que estrutura a sociedade brasileira e, por esta razão, o conceito de “racismo reverso” ou “racismo contra pessoas brancas” carece de lógica e também de substrato na realidade



Quadro 61

PESSOAS BRANCAS ESTÃO SITUADAS EM POSIÇÕES DE PRIVILÉGIO NA HIERARQUIA RACIAL QUE ESTRUTURA A SOCIEDADE BRASILEIRA E, POR ESTA RAZÃO, O CONCEITO DE “RACISMO REVERSO” OU “RACISMO CONTRA PESSOAS BRANCAS” CARECE DE LÓGICA E TAMBÉM DE SUBSTRATO NA REALIDADE SOCIAL				
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo	não respondeu
amarela	2	6	2	
branca	124	422	84	7
indígena	1	2		
negra	97	323	76	11



Quadro 62

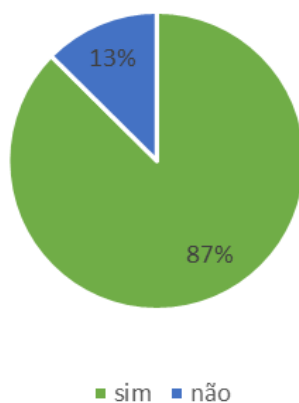
PESSOAS BRANCAS ESTÃO SITUADAS EM POSIÇÕES DE PRIVILÉGIO NA HIERARQUIA RACIAL QUE ESTRUTURA A SOCIEDADE BRASILEIRA E, POR ESTA RAZÃO, O CONCEITO DE "RACISMO REVERSO" OU "RACISMO CONTRA PESSOAS BRANCAS" CARECE DE LÓGICA E TAMBÉM DE SUBSTRATO NA REALIDADE SOCIAL			
	concordo parcialmente	concordo totalmente	discordo
amarela	20,0%	60,0%	20,0%
branca	19,7%	67,0%	13,3%
indígena	33,3%	66,7%	0,0%
negra	19,6%	65,1%	15,3%

Sobre ser favorável ao sistema de cotas para a população negra, 1.000 responderam sim, 144 não e 13 não responderam. Das pessoas que responderam não, uma se identificou como amarela, 94 brancas e 49 negras.

Do total de pessoas brancas, considerando os casos com informação, 88,9% são favoráveis ao sistema de cotas para a população negra (537 de 631). Essa porcentagem é de 90,2% para as pessoas negras (452 de 501).

Figura 30

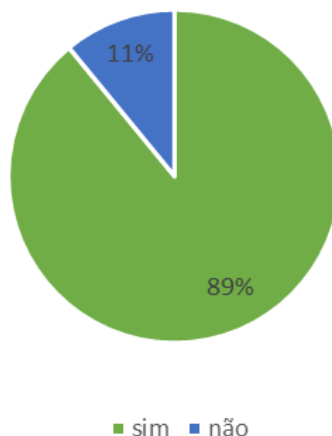
Você é favorável ao sistema de cotas para a população negra?



Quanto à pergunta sobre o sistema de cotas para a população indígena, 1.015 são favoráveis, 125 não e 17 não responderam. Das pessoas que não são favoráveis, duas são amarelas, 77 brancas e 46 negras.

Figura 31

Você é favorável às políticas de cotas para a população indígena?



Considerando os casos com informação, 76,5% afirmaram que não utilizaram o sistema de cotas. Das pessoas que indicaram ter utilizado (23,5%), a maioria o fez na faculdade (58,7%). Duas pessoas que indicaram ter utilizado o sistema de cotas, uma na Defensoria e outra em outra instituição, disseram não ser favoráveis ao sistema de cotas para a população indígena e uma que utilizou o sistema de cotas em outra instituição disse não ser favorável ao sistema de cotas para a população negra.

Figura 32

Você já utilizou o sistema de cotas?

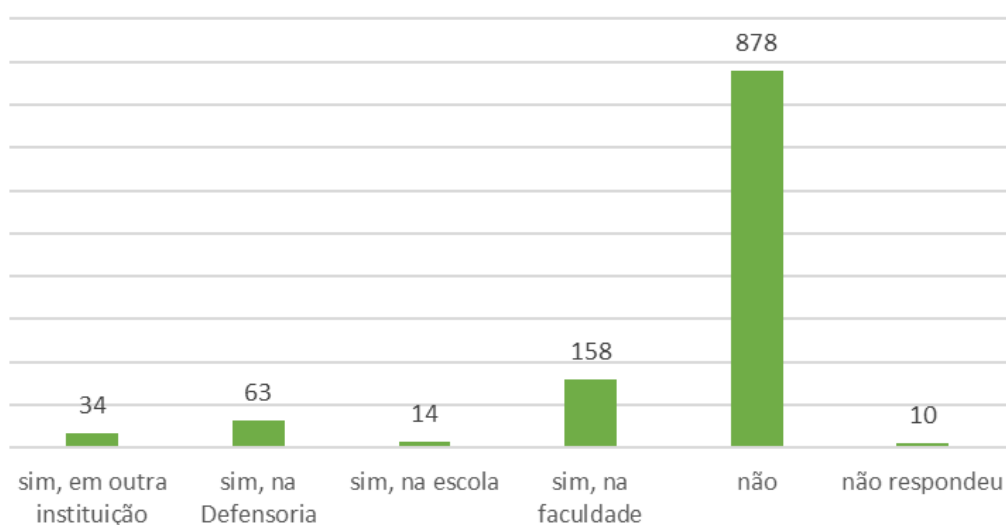
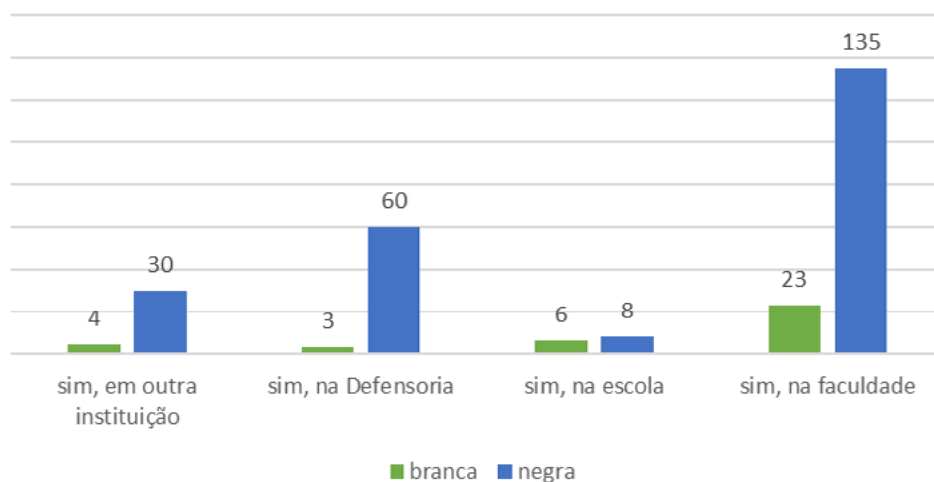


Figura 33

Você já utilizou o sistema de cotas?



Quadro 63

VOCÊ JÁ UTILIZOU O SISTEMA DE COTAS?					
	sim, em outra instituição	sim, na Defensoria	sim, na escola	sim, na faculdade	total
<b>defensor/a</b>	0	0	0	2	<b>2</b>
<b>estagiário/a</b>	17	3	7	107	<b>134</b>
<b>residente</b>	3	12	1	23	<b>39</b>
<b>servidor/a</b>	4	46	1	20	<b>71</b>
<b>terceirizado/a</b>	10	2	5	6	<b>23</b>

Do total de pessoas brancas que responderam a essa pergunta, 94,3% disseram que não utilizaram o sistema de cotas (597 de 633). Esse percentual é de 53,5% para as pessoas negras (268 de 501).

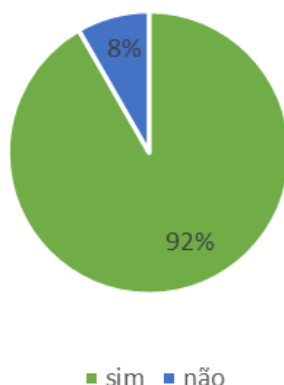
Quadro 64

VOCÊ JÁ UTILIZOU O SISTEMA DE COTAS?						
	sim, em outra instituição	sim, na Defensoria	sim, na escola	sim, na faculdade	não	não respondeu
<b>amarela</b>	0	0	0	0	10	0
<b>branca</b>	4	3	6	23	597	4
<b>indígena</b>	0	0	0	0	3	0
<b>negra</b>	30	60	8	135	268	6

Quanto à pergunta “Você considera que o racismo está presente em maior ou menor medida na subjetividade de todos os brasileiros e brasileiras, independentemente da sua raça/cor ou da sua conscientização sobre a questão racial?”, 1.038 responderam sim, 94 não e 25 não responderam. Das pessoas que disseram não, 47 são brancas e 47 são negras.

Figura 34

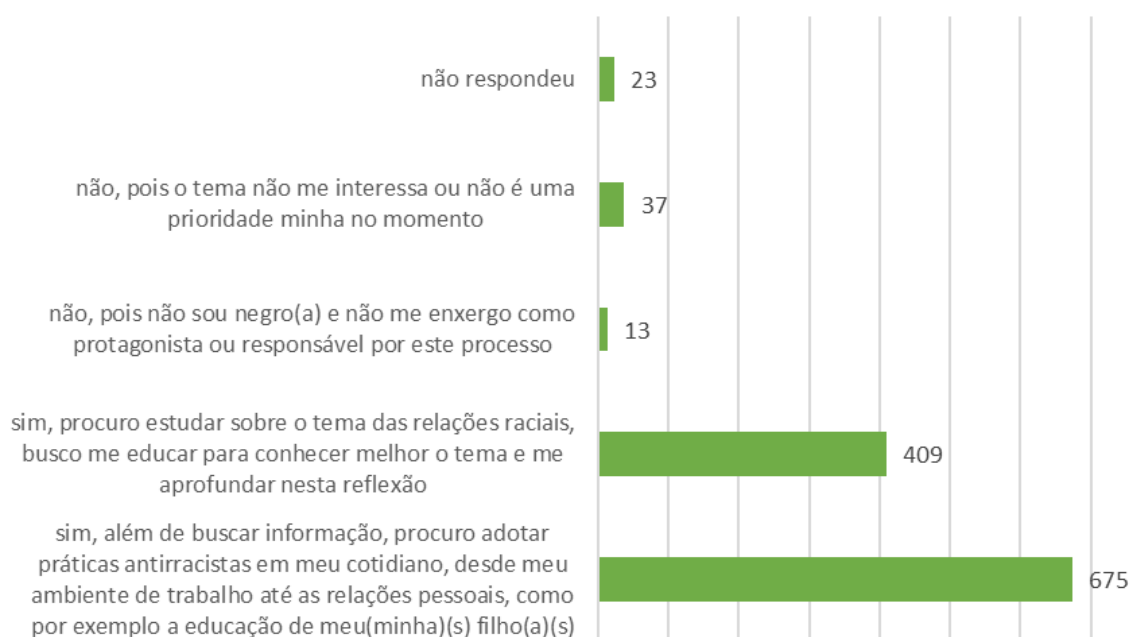
Você considera que o racismo está presente em maior ou menor medida na subjetividade de todos os brasileiros e brasileiras, independentemente da sua raça/cor ou da sua conscientização sobre a questão racial?



A maioria das pessoas afirmou que “sim, além de buscar informação, procuro adotar práticas antirracistas em meu cotidiano, desde meu ambiente de trabalho até as relações pessoais, como por exemplo a educação de meu(minha)(s) filho(a)(s)” (59,5%). Quando perguntada sobre se enxergar como uma pessoa empenhada no processo de desconstrução do racismo, seguida da afirmação “sim, procuro estudar sobre o tema das relações raciais, busco me educar para conhecer melhor o tema e me aprofundar nesta reflexão”, o índice foi de 36,1%.

Figura 35

Você se enxerga como uma pessoa empenhada no processo de desconstrução do racismo?



Quadro 65

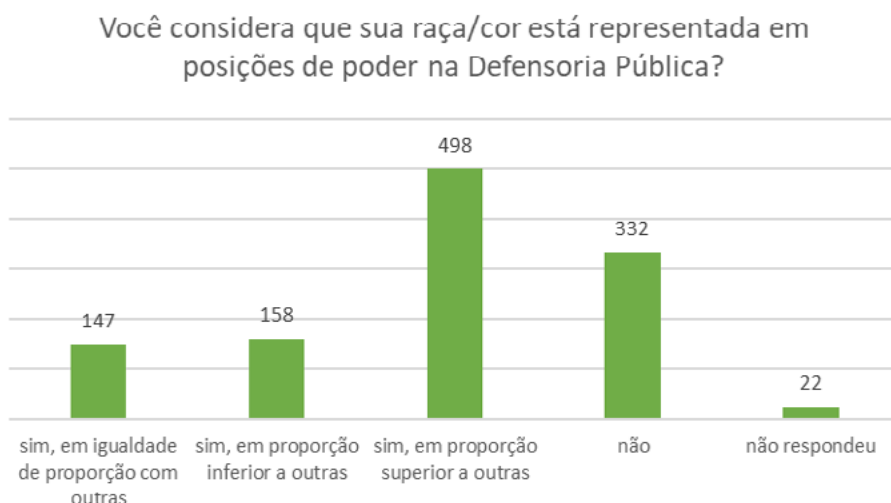
VOCÊ SE ENXERGA COMO UMA PESSOA EMPENHADA NO PROCESSO DE DESCONSTRUÇÃO DO RACISMO?					
	sim, além de buscar informação, procuro adotar práticas antirracistas em meu cotidiano, desde meu ambiente de trabalho até as relações pessoais, como por exemplo a educação de meu(minha)(s) filho(a)(s)	sim, procuro estudar sobre o tema das relações raciais, busco me educar para conhecer melhor o tema e me aprofundar nesta reflexão	não, pois não sou negro(a) e não me enxergo como protagonista ou responsável por este processo	não, pois o tema não me interessa ou não é uma prioridade minha no momento	não respondeu
amarela	5	5	0	0	0
branca	397	208	11	13	8
indígena	1	2	0	0	0
negra	272	194	2	24	15

Quadro 66

VOCÊ SE ENXERGA COMO UMA PESSOA EMPENHADA NO PROCESSO DE DESCONSTRUÇÃO DO RACISMO?				
	sim, além de buscar informação, procuro adotar práticas antirracistas em meu cotidiano, desde meu ambiente de trabalho até as relações pessoais, como por exemplo a educação de meu(minha)(s) filho(a)(s)	sim, procuro estudar sobre o tema das relações raciais, busco me educar para conhecer melhor o tema e me aprofundar nesta reflexão	não, pois não sou negro(a) e não me enxergo como protagonista ou responsável por este processo	não, pois o tema não me interessa ou não é uma prioridade minha no momento
amarela	50,0%	50,0%	0,0%	0,0%
branca	63,1%	33,1%	1,7%	2,1%
indígena	33,3%	66,7%	0,0%	0,0%
negra	55,3%	39,4%	0,4%	4,9%

Do total de casos com informação (1.135), 43,9% consideram que sua raça/cor está representada em proporção superior a outras em posições de poder na Defensoria Pública.

Figura 36



Quadro 67

VOCÊ CONSIDERA QUE SUA RAÇA/COR ESTÁ REPRESENTADA EM POSIÇÕES DE PODER NA DEFENSORIA PÚBLICA?					
	sim, em igualdade de proporção com outras	sim, em proporção inferior a outras	sim, em proporção superior a outras	não	não respondeu
<b>amarela</b>	2	1	3	4	0
<b>branca</b>	72	7	458	91	9
<b>indígena</b>	1	0	0	2	0
<b>negra</b>	72	150	37	235	13

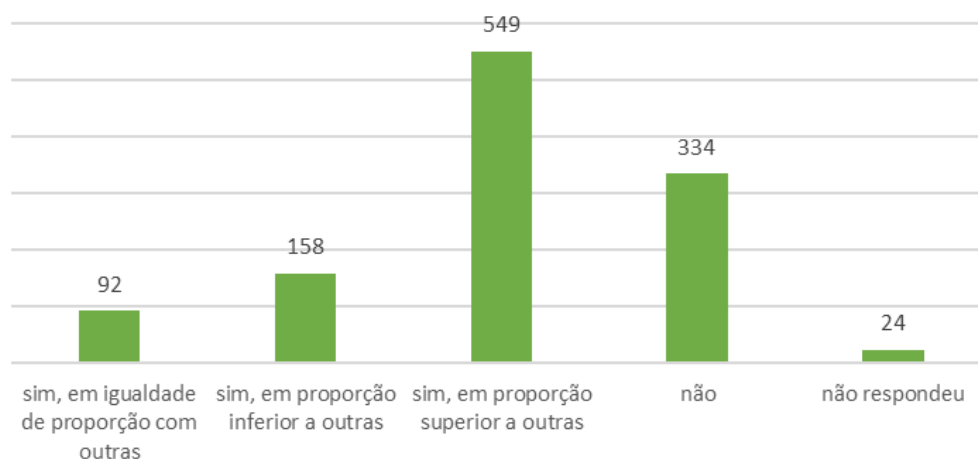
Quadro 68

VOCÊ CONSIDERA QUE SUA RAÇA/COR ESTÁ REPRESENTADA EM POSIÇÕES DE PODER NA DEFENSORIA PÚBLICA?				
	sim, em igualdade de proporção com outras	sim, em proporção inferior a outras	sim, em proporção superior a outras	não
<b>amarela</b>	20,0%	10,0%	30,0%	40,0%
<b>branca</b>	11,5%	1,1%	72,9%	14,5%
<b>indígena</b>	33,3%	0,0%	0,0%	66,7%
<b>negra</b>	14,6%	30,4%	7,5%	47,6%

Do total de casos com informação, 48,5% afirmaram considerar que sua raça/cor está representada em proporção superior a outras em posições de poder nas demais instituições do sistema de justiça.

Figura 37

Você considera que sua raça/cor está representada em posições de poder nas demais instituições do Sistema de Justiça?





Quadro 69

VOCÊ CONSIDERA QUE SUA RAÇA/COR ESTÁ REPRESENTADA EM POSIÇÕES DE PODER NAS DEMAIS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA?					
	sim, em igualdade de proporção com outras	sim, em proporção inferior a outras	sim, em proporção superior a outras	não	não respondeu
amarela	2	1	5	2	0
branca	37	8	516	68	8
indígena	1	1	0	1	0
negra	52	148	28	263	16

Quadro 70

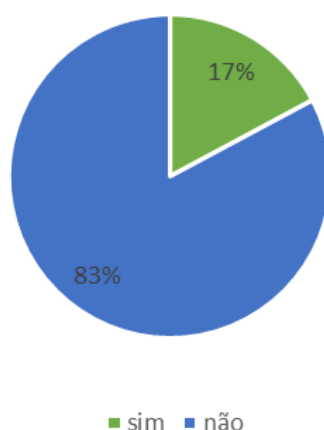
VOCÊ CONSIDERA QUE SUA RAÇA/COR ESTÁ REPRESENTADA EM POSIÇÕES DE PODER NAS DEMAIS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA?				
	sim, em igualdade de proporção com outras	sim, em proporção inferior a outras	sim, em proporção superior a outras	não
amarela	20,0%	10,0%	50,0%	20,0%
branca	5,9%	1,3%	82,0%	10,8%
indígena	33,3%	33,3%	0,0%	33,3%
negra	10,6%	30,1%	5,7%	53,6%

Quanto à pergunta “Você já foi considerado suspeito de alguma atitude imoral/ilegal por causa da sua raça/cor?”, 196 disseram sim, 943 não e 18 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 93,4% são negras e 5,6% brancas, além de uma indígena e uma amarela.

Do total de pessoas negras que responderam essa a pergunta, 36,6% disseram sim (183 de 500), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 1,8% (11 de 627).

Figura 38

Você já foi considerado suspeito de alguma atitude imoral/ilegal por causa da sua raça/cor?

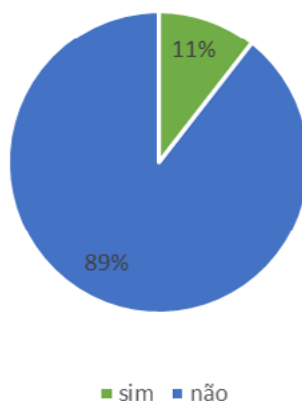


Com relação à pergunta “Você já deixou de entrar em algum ambiente por conta da sua raça/cor?”, 120 disseram sim, 1.014 não e 23 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 92,5% são negras e 0,7% brancas, além de uma indígena e uma amarela.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 22,3% disseram sim (111 de 498), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 1,1% (7 de 623).

Figura 39

Você já deixou de entrar em algum ambiente por conta da sua raça/cor?

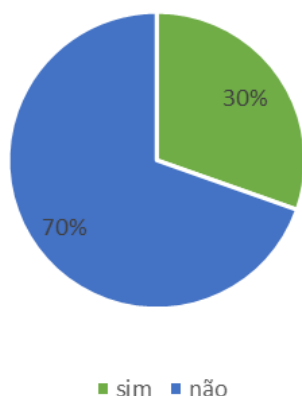


Sobre a pergunta “Você já se sentiu desconfortável em algum ambiente por causa da sua raça/cor?”, 347 disseram sim, 794 não e 16 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 86,5% são negras e 12,4% brancas, além de duas indígenas e duas amarelas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 59,8% disseram sim (300 de 502), para as brancas esse percentual é de 6,9% (43 de 626).

Figura 40

Você já se sentiu desconfortável em algum ambiente por causa da sua raça/cor?

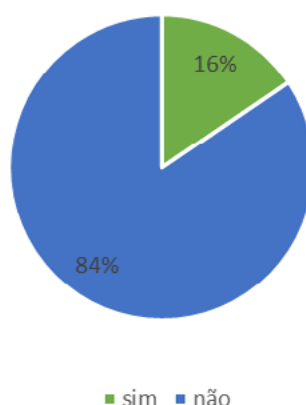


Quanto à pergunta “Você já se sentiu prejudicado(a) em um processo de seleção para vaga de trabalho por causa da sua raça/cor?”, 178 disseram sim, 965 não e 14 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 93,3% são negras e 5,6% brancas, além de uma indígena e uma amarela.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 33,2% disseram sim (166 de 500), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 1,6% (10 de 630).

Figura 41

Você já se sentiu prejudicado(a) em um processo de seleção para vaga de trabalho por causa da sua raça/cor?

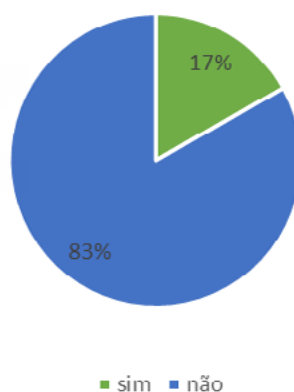


Em relação à pergunta “Você já sofreu violência psicológica ou física por causa da sua raça/cor?”, 192 disseram sim, 950 não e 15 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 87% são negras e 10,9% brancas, além de duas indígenas e duas amarelas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 33,5% disseram sim (167 de 499), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 3,3% (21 de 630).

Figura 42

Você já sofreu violência psicológica ou física por causa da sua raça/cor?

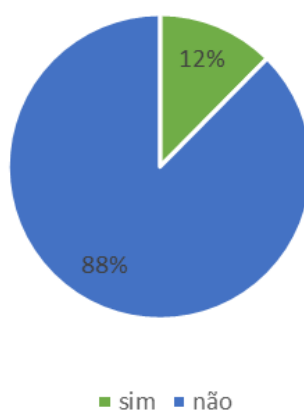


Em relação à pergunta “Você já sofreu violência por parte de um agente do Estado?”, 142 disseram sim, 1.000 não e 15 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 59,9% são negras e 38,7% brancas, além de duas indígenas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 17% disseram sim (85 de 500), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 8,7% (55 de 629).

Figura 43

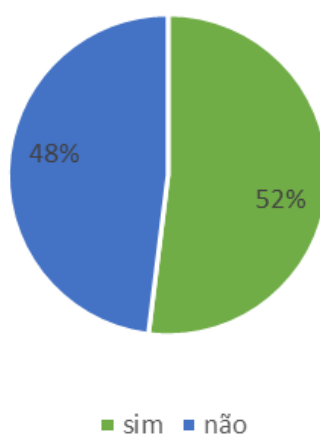
Você já sofreu violência por parte de um agente do Estado?



Em relação à pergunta “Você já obteve uma oportunidade ou emprego por meio de relações de amizade, parentesco ou indicação pessoal?”, 593 disseram sim, 548 não e 16 não responderam.

Figura 44

Você já obteve uma oportunidade ou emprego por meio de relações de amizade, parentesco ou indicação pessoal?



Quadro 71

VOCÊ JÁ OBTVEU UMA OPORTUNIDADE OU EMPREGO POR MEIO DE RELAÇÕES DE AMIZADE, PARENTESCO OU INDICAÇÃO PESSOAL?			
	sim	não	não respondeu
amarela	6	4	0
branca	316	314	7
indígena	2	1	0
negra	269	229	9

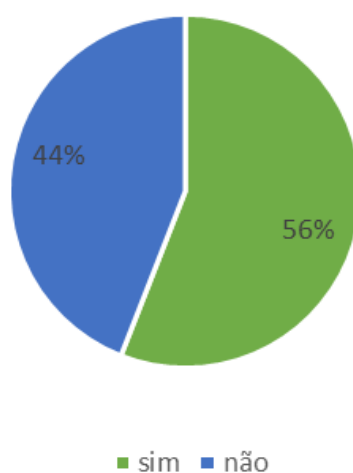
Quadro 72

VOCÊ JÁ OBTVEU UMA OPORTUNIDADE OU EMPREGO POR MEIO DE RELAÇÕES DE AMIZADE, PARENTESCO OU INDICAÇÃO PESSOAL?		
	sim	não
amarela	60,0%	40,0%
branca	50,2%	49,8%
indígena	66,7%	33,3%
negra	54,0%	46,0%

Em relação à pergunta “Os dias festivos da sua religião são considerados feriados nacionais?”, 573 disseram sim, 451 não e 133 não responderam.

Figura 45

Os dias festivos da sua religião são considerados feriados nacionais?



Quadro 73

OS DIAS FESTIVOS DA SUA RELIGIÃO SÃO CONSIDERADOS FERIADOS NACIONAIS?			
	sim	não	não respondeu
amarela	5	4	1
branca	347	216	74
indígena	1	2	0
negra	220	229	58
<b>TOTAL</b>	<b>573</b>	<b>451</b>	<b>133</b>

Quadro 74

OS DIAS FESTIVOS DA SUA RELIGIÃO SÃO CONSIDERADOS FERIADOS NACIONAIS?		
	sim	não
amarela	55,6%	44,4%
branca	61,6%	38,4%
indígena	33,3%	66,7%
negra	49,0%	51,0%

Conforme indica o quadro 76, a maioria das pessoas que respondeu sim à pergunta “Os dias festivos da sua religião são considerados feriados nacionais?” é católica (57,8%), seguida de evangélicos/as (21,3%).

Quadro 75

OS DIAS FESTIVOS DA SUA RELIGIÃO SÃO CONSIDERADOS FERIADOS NACIONAIS?		
	sim	não
agnóstico/a	39	50
ateu/a	1	26
católico/a	331	23
espírita	28	79
evangélico/a	122	130
outra	38	91
religiões de matriz africana	14	52

Quadro 76

OS DIAS FESTIVOS DA SUA RELIGIÃO SÃO CONSIDERADOS FERIADOS NACIONAIS?		
	sim	não
agnóstico/a	6,8%	11,1%
ateu/a	0,2%	5,8%
católico/a	57,8%	5,1%
espírita	4,9%	17,5%
evangélico/a	21,3%	28,8%
outra	6,6%	20,2%
religiões de matriz africana	2,4%	11,5%

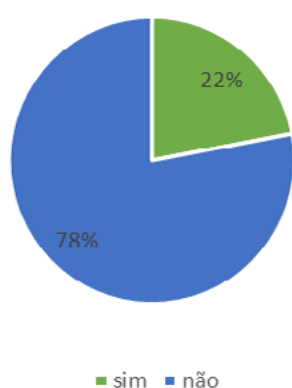


Em relação à pergunta “Você já foi a única pessoa da sua raça em uma sala de aula ou local de trabalho?”, 250 disseram sim, 887 não e 20 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 94,4% são negras e 4% brancas, além de duas indígenas e duas amarelas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 47,5% responderam sim (236 de 497), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 1,6% (10 de 627).

Figura 46

Você já foi a única pessoa da sua raça em uma sala de aula ou local de trabalho?

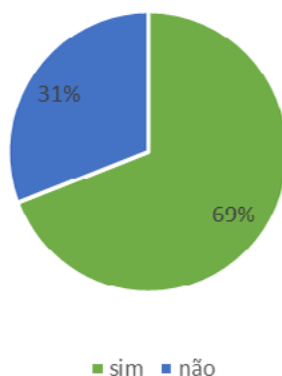


Em relação à pergunta “Você já teve um apelido baseado em sua aparência?”, 790 disseram sim, 352 não e 15 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 50,8% são brancas e 47,8% são negras, além de oito amarelas e três indígenas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 75,8% responderam sim (378 de 499), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 63,7% (401 de 630).

Figura 47

Você já teve um apelido baseado em sua aparência?

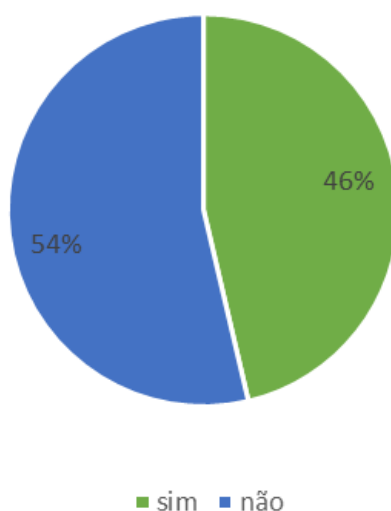


Em relação à pergunta “Você domina alguma língua estrangeira?”, 530 disseram sim, 614 não e 13 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 70,9% são brancas e 27,7% são negras, além de cinco amarelas e dois indígenas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 29,4% responderam sim (147 de 500) e para as brancas esse percentual é de 59,6% (376 de 631).

Figura 48

### Você domina alguma língua estrangeira?



Com relação ao vínculo com a Defensoria, é maior o número de defensores/as que dominam alguma língua estrangeira (71,5%), enquanto a maioria dos/as terceirizados/as não domina nenhuma língua estrangeira (90,7%).

Quanto ao gênero, é equivalente a quantidade de mulheres e homens que dominam alguma língua estrangeira (47,1% e 44,4%, respectivamente).

Quadro 77

VOCÊ DOMINA ALGUMA LÍNGUA ESTRANGEIRA?			
	sim	não	não respondeu
<b>defensor/a</b>	103	41	1
<b>estagiário/a</b>	213	221	4
<b>residente</b>	97	67	2
<b>servidor/a</b>	101	129	2
<b>terceirizado/a</b>	16	156	4

Quadro 78

VOCÊ DOMINA ALGUMA LÍNGUA ESTRANGEIRA?		
	sim	não
<b>defensor/a</b>	71,5%	28,5%
<b>estagiário/a</b>	49,1%	50,9%
<b>residente</b>	59,1%	40,9%
<b>servidor/a</b>	43,9%	56,1%
<b>terceirizado/a</b>	9,3%	90,7%

Quadro 79

VOCÊ DOMINA ALGUMA LÍNGUA ESTRANGEIRA?			
	sim	não	não respondeu
<b>feminino</b>	383	431	8
<b>masculino</b>	146	183	5
<b>homem trans</b>	1	0	0

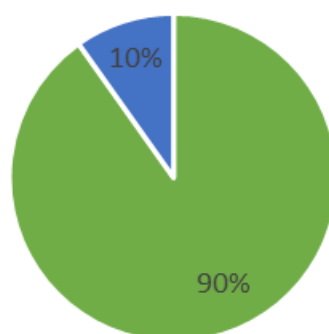
Em relação à pergunta “Você tem confiança razoável de que pode ser selecionado para um posto de trabalho com base nas suas habilidades e competências?”, 1.028 disseram sim, 112 não e 17 não responderam. Das pessoas que disseram sim, 58,3% são brancas e 40,8% negras, além de oito amarelas e dois indígenas.

Do total de pessoas negras que responderam a essa pergunta, 84,1% responderam sim (419 de 498), enquanto, para as brancas, esse percentual é de 95,2% (599 de 629).

Das pessoas que disseram não, 70,5% são negras e 26,8% são brancas, além de duas amarelas e uma indígena.

Figura 49

Você tem confiança razoável de que pode ser selecionado para um posto de trabalho com base nas suas habilidades e competências?



■ sim ■ não

## 7. QUADROS COMPARATIVOS

Quadro 80 – Dados pessoais e familiares por vínculo com a Defensoria

	DEFENSOR/A	ESTAGIÁRIO/A	RESIDENTE	SERVIDOR/A	TERCEIRIZADO/A	TODOS/AS
<b>gênero</b>	72,4% feminino	75,1% feminino	77,7% feminino	61,6% feminino	65,9% feminino	71% feminino
<b>idade</b>	média de 46 anos	média de 24 anos	média de 30 anos	média de 36 anos	média de 39 anos	média de 32 anos
<b>ano de ingresso</b>	26,2% entre 2001-2005	57,5% entre 2016-2020	57,8% entre 2016-2020	44,2% entre 2016-2020	54,4% entre 2016-2020	48,1% entre 2016-2020
<b>estado civil</b>	56,6% casado	91,1% solteiro	71,1% solteiro	51,1% solteiro	51,7% solteiro	64,9% solteiro
<b>UF de nascimento</b>	88,9% RJ	90,6% RJ	91,6% RJ	88,8% RJ	90,0% RJ	90,1% RJ
<b>raça/cor/etnia</b>	86,2% branca	50,9% branca	65,1% branca	53,4% branca	64,8% negra	55,1% branca
<b>orientação religiosa</b>	54,5% católica	24,9% católica	29,5% católica	31,5% católica	48,3% evangélica	31,1% católica
<b>filhos/as</b>	74,5% sim	88,8% não	87,3% não	73,2% não	63,6% não	69,6% não
<b>contribui economicamente com algum membro da família?</b>	50,3% não	51,1% sim	50% sim	57,3% sim	50,6% sim	51,9% sim
<b>composição familiar na infância</b>	88,3% mãe e pai	72,9% mãe e pai	76,5% mãe e pai	72,7% mãe e pai	67,4% mãe e pai	74,5% mãe e pai
<b>escolaridade</b>	78,6% superior completo	86% superior incompleto	99,4% superior completo	82,3% superior completo	42,3% médio completo	45,7% superior completo
<b>natureza da escola em que cursou o ensino médio</b>	65,5% particular	34,2% pública estadual	43,4% particular	40,9% particular	76,9% pública estadual	37,9% particular

Quadro 81 – Percepção das relações raciais por cor/raça/etnia

	AMARELA	BRANCA	INDÍGENA	NEGRA	TODAS
<b>considera que existe desigualdade racial na DPRJ</b>	50% sim	52,5% sim	66,7% sim	53,5% sim	52,9% sim
<b>já presenciou cenas de discriminação racial ou preconceito racial na DPRJ</b>	100% não	89,4% não	66,7% não	81,4% não	85,9% não
<b>foi vítima de discriminação racial ou preconceito racial na DPRJ</b>	100% não	99,7% não	66,7% não	88,1% não	94,5% não

[continua >](#)

continuação >

<b>considera que existe racismo no Brasil</b>	100% sim	99,2% sim	100% sim	99,4% sim	99,8% sim
<b>o racismo é um problema individual de falta de bom senso, que pode ser combatido com punições/tratamento ou educação individuais</b>	60% concordam parcialmente	38,4% concordam parcialmente	33,3% concordam totalmente	44,3% concordam parcialmente	41,2% concordam parcialmente
<b>o racismo é decorrência de relações de poder que distribuem privilégios e vantagens para as pessoas pertencentes a uma raça, enquanto relegam os demais a condições de submissão e sujeição</b>	50% concordam totalmente	61,7% concordam totalmente	66,7% concordam totalmente	64% concordam totalmente	62,6% concordam totalmente
<b>o racismo é uma decorrência da estrutura da sociedade, de modo que se manifesta mesmo quando não há intenção ou preconceito declarado</b>	66,7% concordam totalmente	73,3% concordam totalmente	66,7% concordam totalmente	71% concordam totalmente	72,3% concordam totalmente
<b>quem fica em silêncio diante do racismo se torna eticamente responsável por ele</b>	60% concordam parcialmente	64,5% concordam totalmente	66,7% concordam totalmente	58,3% concordam totalmente	61,5% concordam totalmente
<b>é aceitável a utilização de elementos físicos ligados à raça/cor como em uma piada ou uma brincadeira, desde que não haja intenção de ofender</b>	70% discordam	82,1% discordam	100% discordam	78,2% discordam	80,3% discordam
<b>pessoas brancas podem ser vítimas de racismo, já que qualquer situação discriminatória ou palavra pejorativa proferida com base na raça/cor configura racismo</b>	50% concordam totalmente	67,4% discordam	66,7% discordam	65,9% discordam	66,5% discordam
<b>pessoas brancas estão situadas em posições de privilégio na hierarquia racial que estrutura a sociedade brasileira e, por esta razão, o conceito de "racismo reverso" ou "racismo contra pessoas brancas" carece de lógica e também de substrato na realidade social</b>	60% concordam totalmente	67% concordam totalmente	66,7% concordam totalmente	65,1% concordam totalmente	66,1% concordam totalmente

continua >

continuação >

<b>é favorável ao sistema de cotas para a população negra</b>	88,9% sim	85,1% sim	100% sim	90,2% sim	87,4% sim
<b>é favorável às políticas de cotas para a população indígena</b>	80% sim	87,7% sim	100% sim	90,8% sim	89% sim
<b>já utilizou o sistema de cotas</b>	100% não	94,3% não	100% não	53,5% não	76,5% não
<b>considera que o racismo está presente em maior ou menor medida na subjetividade de todos os brasileiros e brasileiras, independentemente da sua raça/cor ou da sua conscientização sobre a questão racial</b>	100% sim	92,5% sim	100% sim	90,5% sim	91,7% sim
<b>se enxerga como uma pessoa empenhada no processo de desconstrução do racismo</b>	100% sim	96,2% sim	100% sim	94,7% sim	95,6% sim
<b>considera que sua raça/cor está representada em posições de poder na Defensoria Pública</b>	30% sim, em proporção superior a outras	72,9% sim, em proporção superior a outras	66,7% não	47,6% não	43,9% sim, em proporção superior a outras
<b>considera que sua raça/cor está representada em posições de poder nas demais instituições do Sistema de Justiça</b>	50% sim, em proporção superior a outras	82% sim, em proporção superior a outras	33,3% em igualdade de proporção; 33,3% em proporção superior; 33,3% não	53,6% não	48,5% sim, em proporção superior a outras
<b>já foi considerado suspeito de alguma atitude imoral/ilegal por causa da sua raça/cor?</b>	90% não	98,2% não	50% sim	63,4% não	82,8% não
<b>já deixou de entrar em algum ambiente por conta da sua raça/cor</b>	90% não	98,9% não	66,7% não	77,7% não	89,4% não
<b>já se sentiu desconfortável em algum ambiente por causa da sua raça/cor</b>	80% não	93,1% não	66,7% sim	59,8% sim	69,6% não

continua >



## continuação &gt;

<b>já se sentiu prejudicado(a) em um processo de seleção para vaga de trabalho por causa da sua raça/cor</b>	90% não	98,4% não	66,7% não	66,8% não	84,4% não
<b>já sofreu violência psicológica ou física por causa da sua raça/cor</b>	80% não	96,7% não	66,7% sim	66,5% não	83,2% não
<b>já sofreu violência por parte de um agente do Estado</b>	100% não	91,3% não	66,7% sim	83% não	87,6% não
<b>já obteve uma oportunidade ou emprego por meio de relações de amizade, parentesco ou indicação pessoal</b>	60% não	50,2% sim	66,7% sim	54% sim	52% sim
<b>os dias festivos da sua religião são considerados feriados nacionais</b>	55,6% sim	61,6% sim	66,7% não	51% não	56% não
<b>já foi a única pessoa da sua raça em uma sala de aula ou local de trabalho</b>	80% não	98,4% não	66,7% sim	52,5% não	78% não
<b>já teve um apelido baseado em sua aparência</b>	80% sim	63,7% sim	100% sim	75,8% sim	69,2% sim
<b>domina alguma língua estrangeira</b>	50% sim	59,6% sim	66,7% sim	70,6% não	53,7% não
<b>tem confiança razoável de que pode ser selecionado para um posto de trabalho com base nas suas habilidades e competências</b>	80% sim	95,2% sim	66,7% sim	84,1% sim	90,2% sim

## **DISCURSO DE POSSE DO XXVII CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PROFERIDO EM 15/02/22 NO THEATRO MUNICIPAL DO RIO**

**Jamila Santos Reis D’Almeida**

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Pós-Graduada em Direitos Humanos pela CERS  
Graduada em Direito pela UFRJ

**Carolina Hennig Gomes**

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro  
Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes  
Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, com  
mobilidade acadêmica na Universidade Paris-Sorbonne

### **JAMILA SANTOS REIS D’ALMEIDA:**

Excelentíssimo Senhor Claudio Castro, Governador do Estado do Rio de Janeiro,  
Excelentíssimo Senhor Rodrigo Pacheco, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro,  
Demais autoridades, familiares, amigos e amores,  
Boa noite.

Hoje tenho a honra e a satisfação de, junto com a minha melhor amiga e agora colega de concurso, Carolina Hennig, representar as 71 novas Defensoras e Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro.

Somos 71 pessoas, de lugares diferentes do país, de diferentes idades, alguns casados, outros solteiros, mães, pais, ex-servidores, ex-defensores de outros estados, alguns recém-saídos da faculdade... A maioria, como dá para perceber, somos mulheres. Teve gente que estudou e trabalhou, outros só estudaram. E por isso, falo no plural, para representar a diversidade do nosso concurso.

O XXVII Concurso é muito especial e significativo não apenas para nós, empossados, e nossas famílias, mas para toda a instituição, para a sociedade fluminense e brasileira.

Gostaríamos de agradecer ao Defensor Público-Geral, Rodrigo Pacheco, à administração superior, à Comissão do Concurso, aos defensores, aos servidores e a todos aqueles que tornaram esse concurso possível, especialmente em meio a um contexto de crise econômica e durante a pandemia, o que exigiu protocolos sanitários muito rigorosos. Também agradecemos por terem nos acolhido tão bem ao longo do nosso curso de formação.

Ser defensor e defensora pública é, como muitos nos lembraram durante o curso de formação, por si só, um ato de coragem.

Mas, realizar o nosso concurso foi um grande ato de coragem. Coragem de ter uma defensoria cada vez mais potente, democrática e diversificada. Coragem de fazer autocrítica e de olhar não só para fora, mas também para dentro, alterando profundamente o regulamento para que as cotas fossem, finalmente, efetivas. Coragem de lutar para que todos os aprovados, que foram quase o dobro do número inicial de vagas, fossem empossados juntos, como estamos sendo agora, no maior concurso em 20 anos.

Gostaríamos também de agradecer às nossas famílias, que foram nossa rede de apoio ao longo de tantos anos de estudo, seja ajudando a pagar os caríssimos materiais, as viagens – e temos neste concurso, pela primeira vez, uma grande quantidade de pessoas vindas de outros estados do Brasil –, seja ouvindo nossas reclamações de cansaço depois de longas horas de estudo.

Sem vocês, não teríamos conseguido chegar até aqui com o mínimo de saúde mental preservada. E hoje agradecemos a vocês: mães, pais, filhos, avós, avôs, tios, tias, esposos e esposas e todos os familiares que entenderam nossas ausências nos aniversários e casamentos.

Agradecemos também aos nossos amigos, que, mesmo depois desse período intenso que foi o concurso, continuam sendo nossos amigos!

Dentre tantos momentos significativos desde o resultado do concurso, um dos que mais me emocionou foi uma mensagem de uma candidata que ainda não foi aprovada. Ela me disse que, ao observar as fotos dos aprovados nos últimos concursos da Magistratura, do Ministério Público e até mesmo da Defensoria Pública, acreditava que aquilo era impossível, que não era para ela. Afinal, ela não se via naquelas fotos. Todos eram brancos, jovens, vindos de faculdades renomadas e ela era uma mulher negra, com filho pequeno, poucos recursos e pouco tempo para dedicar aos estudos.

Mas, ao ver as fotos dos aprovados do XXVII Concurso, ela teve a esperança renovada: finalmente ela se via dentre eles. Finalmente ela via trajetórias de pessoas comuns, pessoas negras, mães, trabalhadoras, trabalhadores, batalhadoras e batalhadores que conseguiram alcançar a aprovação em um dos concursos mais difíceis e concorridos do Brasil! Ali, percebi o quanto esse concurso e essa posse são históricos e significativos para tantas pessoas.

Não, esse concurso não foi perfeito, houve percalços e momentos difíceis. Ainda há muito a melhorar e esperamos poder contribuir para que os avanços continuem a ser implementados no XXVIII Concurso e para que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro seja cada vez mais a cara da sociedade brasileira.

Mas, sim, o nosso concurso é paradigmático não só para nós e para quem estuda, mas para aqueles que são o motivo de a Defensoria existir, o motivo de nós estarmos aqui hoje: os nossos usuários.

Amanhã, quando formos atendê-los, eles também vão se ver em nós. E isso vai fazer toda a diferença. Afinal, quem melhor para entender um ato de racismo do que quem já sofreu na pele? Quem melhor para atender alguém preso por reconhecimento fotográfico errôneo do que quem poderia ter passado ou já passou pela mesma situação?

No Brasil, infelizmente, não importa quanto dinheiro, status ou fama você tenha. A cor da pele sempre chega antes e vai embora depois. Só quem vive sabe que

as barreiras que temos que enfrentar ao longo da vida são muito mais altas que as dos demais.

Por isso estar aqui hoje não é apenas nossa vitória: é dos nossos ancestrais, é de quem foi sequestrado da sua terra, escravizado, marginalizado e é até hoje a base da pirâmide social e a maioria dos nossos usuários.

Num país em que a cada 23 minutos um jovem negro é morto, em que, como disse Conceição Evaristo, “eles combinaram de nos matar, mas nós combinamos de não morrer”, hoje estamos fazendo muito mais do que não morrer: estamos alcançando um espaço que nos foi negado por séculos.

Porém, não podemos parar por aqui. É preciso que no próximo concurso ainda mais candidatos negros, com deficiência e hipossuficientes sejam aprovados, não só na Defensoria Pública, mas também na Magistratura, no Ministério Público, nas Procuradorias, nas Polícias. Até que, um dia, esse assunto não seja mais uma pauta, mas sim uma realidade. Até que haja equidade em todas as carreiras e na sociedade brasileira, seguiremos lutando!

### **CAROLINA HENNIG GOMES:**

A gente sabe que ninguém chega até aqui sozinho – e por isso a Conceição Evaristo tem um poema que me toca muito – ele é mais ou menos assim: houve um tempo / em que ela me buscava / e eu menina / com os olhos que ela me emprestava / via por inteiro / o coração da vida.

Por isso, queria começar o discurso agradecendo a quem tantas vezes nos emprestou seus olhos, porque com eles sempre vimos o coração da vida. No meu caso, foi a minha mãe – que acreditou, que botou fé, que sustentou meu direito ao sonho. Falo da minha mãe, mas queria falar de todo mundo que construiu esse nosso sonho, e foi tanta gente – como a Jamila disse: um esposo, uma esposa, uma amiga, uma tia, uma filha ou filho –, nos longos dias, nas longas noites. Esse sonho foi sonhado a muitas mãos, então queria começar reforçando o agradecimento a todos que aqui estão que contribuíram para isso.

Nós sabemos também o tanto de luta coletiva que nos trouxe até aqui – desde as pequenas salas ainda ligadas às secretarias de Estado até uma defensoria potente, democrática, independente, e acima de tudo comprometida com a luta do povo, que é seu maior destinatário. Uma defensoria que lembra ser, antes de qualquer outra coisa, uma conquista dessa sociedade. Um resultado da luta desse povo. Que é comprometida com a construção de um direito pautado na luta por dignidade de todos os insultados que, seguindo, erguem o rosto e secam as lágrimas (diria Galeano).

Nesse momento de início, eu estava falando com o meu tio sobre a cor da Defensoria – sobre por que ser verde a nossa cor. E, em determinado momento, ele me disse – é verde de esperança, né? E eu acho que isso expressa bem a nossa função. É ser esperança pros réus no processo penal, esperança pra quem está preso, pra quem tem medo de perder sua casa, pra quem precisa de remédio, pra quem ainda não foi ouvido, pra quem já bateu em tantas portas – é ser, tantas vezes, a última esperança de alguém.

Por isso, hoje, em um país que sangra mais de 600 mil mortos pela Covid, nosso maior compromisso deve ser com a vida. Aqui, no estado do Rio de Janeiro, em que sangramos pelas mortes injustas de tantos, até de gente ainda não nascida, nós, defensoras e defensores, nos comprometemos com a defesa da vida.

Essa vida que é tantas vezes uma vida severina, em que se morre de velhice antes dos trinta e de fome um pouco por dia.

Nosso dever é defender a vida, a vida digna, com felicidade, que explode sem permissão, que vale ser vivida.

Em um país que volta a passar fome, devemos defender a segurança alimentar, lembrando que é a pequena agricultura familiar e sem terra que alimenta o Brasil. Devemos fazer eco ao que nos disse há tanto tempo Solano Trindade – “se tem gente com fome, dá de comer”.

Em um país que prende e encarcera sistematicamente, nosso compromisso é com a defesa incondicional da liberdade. É lembrar que em cada processo (dos milhares em que vamos atuar), em cada prisão, tem a vida e a esperança de alguém. É lembrar sempre qual o cheiro de uma cadeia.

Em um país de tantas remoções, a nossa luta é para que não tenhamos mais “tanta casa sem gente, e tanta gente sem casa”.

Em um país que hoje tantos morrem por não terem se vacinado – e outros milhares já morreram pela vacina que demorou tanto a chegar – nosso dever é apoiar a ciência, garantindo o direito à saúde daqueles que esperam nas filas do SUS.

Em um país em que a vida e educação de crianças nas favelas tem valido tão pouco, nosso dever é garantir o respeito à vida nessa cidade, é pensar que tipo de humanidade estamos construindo quando crianças são mortas dentro de casa ou da escola.

Somos defensoras e defensores públicos e, por isso, nosso lugar será sempre nas ruas, nas prisões, nas favelas, nos assentamentos, nas ocupações, nas escolas públicas. É junto de quem luta, de quem arranca do direito condições de uma vida em plenitude.

Por isso é importante dizer, também, sobretudo diante do cenário em que vivemos – muitos, por vezes, querem nos calar, querem que paremos de perguntar. Para responder aos ataques – que virão – me socorro mais uma vez de Galeano, que, uma vez, disse: “Aconselharam-no a ser discreto. Desde então, grita”. Faço, então, um convite aos meus colegas: Querem nos calar, gritaremos.

Uma vez me disseram na FESUDEPERJ que a defensoria pública era associada à tenda dos milagres, um lugar em que para tudo se dava um jeito. Originalmente pensada como uma crítica, penso ser este o maior elogio. E é esse nosso compromisso – contribuir para um direito que tenha outra cara, outro jeito, que seja conversado, construído, conquistado. Que seja feito desses milagres da justiça dos que lutam.

Acredito, para finalizar, que a frase de Drummond descreve bem a tarefa que temos pela frente:

“Ó vida futura: nós te criaremos”.

Muito obrigada.



“(...) Confesso que me emocionei demais ao ler uma mensagem postada por uma assistida, cujo nome por motivos óbvios não vou declinar, que retrata de forma humilde, porém cristalina, o nosso querido colega:

Eu o conheci no PIOR MOMENTO DA MINHA VIDA. Ele era uma força da natureza. Não tinha obstáculo, tormenta, poder terreno ou autoritarismo que o fizesse temer ou tremer. Era manso, equilibrado, sereno, amável, forte, corajoso, honesto, íntegro, bom. Como era bom. Amava tomar café. Uma vez disse que minha casa tinha cara de casa de vó... Ele sabia ser, não precisava ter. Ele era autoridade. Ele era tão nosso. Trafegava pelo mundo dos magistrados e dos descalços com a mesma simplicidade e era tão respeitado.

Sim, Toninho, como era carinhosamente chamado por nós seus colegas, era essa pessoa.

Ao decidir homenagear ANTONIO CARLOS DE OLIVEIRA na sua revista, o CEJUR não só dá uma demonstração do reconhecimento pelo trabalho realizado por ele, mas também contribui para perpetuar seu nome e enaltece uma de suas maiores qualidades, que era o de ser uma pessoa que amava seu próximo e se colocava a serviço de uma sociedade mais justa e igualitária.”

(Extraído do texto de Maria de Fátima Dourado em homenagem ao Defensor Público Antonio Carlos de Oliveira, a quem se dedica esta Revista)

REALIZAÇÃO



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



APOIO



**Fesudeperj**  
Fundação Escola Superior da Defensoria  
Pública do Estado do Rio de Janeiro