REVISTA DE DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

32

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

32

Rev. Dir. Def. Públ. Rio de Janeiro
Ano 31 | Nº 32
p. 01 a 354 | 2022

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

CEJUR
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

REVISÃO
Aline Loureiro de Souza
José Augusto Garcia de Sousa

DIAGRAMAÇÃO
Rafael Veiga

EQUIPE CEJUR

José Augusto Garcia de Sousa
Diretor Geral

Adriana Silva de Britto
Diretora de Capacitação

Ana Lúcia Ramalho Copque
Coordenadora da Biblioteca

Aline Loureiro de Souza
Bibliotecária

Antonio Gonçalves
Assistente (Biblioteca)

Leandra Bernardina da Silva Vieira
Assistente (Biblioteca)

Luciana Tubino Morand
Técnica Média

Michele Cristina Soares Silveira
Técnica Média

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.

© 2022 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. 31, n. 32 – Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2022.

354 p.

Anual. Esta edição abrange o período de 2022
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
Professsora 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 **10**

DOUTRINA

Diálogos entre o legitimado e o grupo: a legitimação no processo coletivo brasileiro
Beatriz da Rocha Teixeira **14**

As relações de dominação-exploração de gênero no âmbito da violência doméstica contra a mulher em tempos de pandemia (Covid-19) e isolamento social
Ingrid Dias Carneiro Leal Bastos **35**

ADPF das Favelas: por uma atuação da Corte Constitucional em prol dos direitos humanos e fundamentais sob a perspectiva da segurança cidadã e da segurança dos direitos
Luana Mariani de Aguiar Furtado **48**

A cultura de resistência à efetividade dos direitos sociais: uma análise crítica à luz da força normativa da Constituição e da compreensão unitária da sistemática dos direitos fundamentais
Luís Henrique Linhares Zouein **62**

Ingresso policial em domicílio: os novos *standards* probatórios do STJ e a necessária superação da súmula nº 70 do TJRJ
Maria Gabrielle Albuquerque Presler Cravo
Matheus Borges Kauss Vellasco **78**

Considerações jurídicas acerca da atribuição de valor especial de prova ao depoimento de agentes de segurança no processo penal
Rafael Silva de Almeida **95**

A Emenda Constitucional nº 115 e o direito de proteção de dados na persecução penal: a (des)preocupação com a necessidade de uma "LGPD penal"
Ricardo Calmona Souza **109**

Relatividade da autonomia das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06: dicotomia do arquivamento de investigação penal no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher
Vinícius Queiroz Reis **123**

PEÇAS PROCESSUAIS

Reclamação constitucional exitosa pela suspensão dos despejos e reintegrações de posse durante a pandemia
Beatriz Cunha
Patrícia Cardoso
Pedro Carriello
Ricardo Mattos
Viviane Tardelli **139**

Anexo 1
Decisão liminar do Min. Ricardo Lewandowski na Reclamação 45.319 suspendendo os efeitos da decisão reclamada **164**

Anexo 2
Decisão final do Min. Ricardo Lewandowski na Reclamação 45.319 dando procedência ao pedido da Defensoria Pública **179**

Reclamação exitosa para cassar multa imposta, em processo do Juizado Especial Cível, à parte defendida pela Defensoria Pública
José Augusto Garcia de Sousa **196**

Anexo
Acórdão da Seção Cível do TJ/RJ no Agravo Interno na Reclamação 0050944-69.2021.8.19.0000 (rel. Des. Daniela Brandão Ferreira) dando procedência ao pedido para cassar a multa imposta **215**

Mandado de segurança exitoso: álbum de suspeitos e exclusão de imagem do impetrante do cadastro de suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro
Isabel Schprejer
Lucia Helena Silva Barros de Oliveira
Rafaela Silva Garcez **229**

Anexo 1
Sentença do Juiz Alberto Fraga concedendo a ordem no Mandado de Segurança 0006376-54.2021.8.19.0036 ..... **248**

Anexo 2
Acórdão da Quinta Câmara Criminal do TJ/RJ (rel. Des. Peterson Barroso Simão) desprovendo a apelação do Ministério Público no MS 0006376-54.2021.8.19.0036 ..... **259**

PARECERES

Parecer do CEJUR que subsidiou atuação exitosa da Coordenação Cível, logrando reverter determinação teratológica de arquivamento de execução
José Augusto Garcia de Sousa **280**

Anexo
Decisão da Juíza Aline Maria Gomes Massoni da Costa determinando o prosseguimento da execução no Processo 0314325-50.2021.8.19.0001 ..... **304**

TRABALHOS DE DEFENSORAS E DEFENSORES DO RIO DE JANEIRO PREMIADOS NO XV CONADEP (CONGRESSO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS) - 2022

Prática vencedora do Concurso de Práticas
O enfrentamento da pandemia da covid-19 pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: uma atuação estratégica pela superação de retrocessos e de novos desafios na luta pela saúde e pela vida
Thaísa Guerreiro de Souza
Alessandra Nascimento Rocha Glória **308**

Prática agraciada com Menção Honrosa
O direito de viver livre da fome: a experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Rodrigo Azambuja Martins **316**

Tese vencedora do Concurso de Teses
Precisamos falar sobre os princípios constitucionais da Defensoria Pública: reflexões à luz da evolução histórica da instituição
Gustavo Augusto Soares dos Reis
José Augusto Garcia de Sousa **322**

Tese agraciada com Menção Honrosa
Afasta de mim esse cálice: sobre a necessidade de conferir protagonismo ao ofendido no processo penal
Helena Morgado **338**

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, criada em 1988, tem sido o meio tradicional de divulgação da doutrina e das lutas institucionais. Não se trata, vale ressaltar, de um veículo neutro, pelo simples fato de que a Defensoria não é, longe disso, uma instituição neutra.

A **Revista** nº 32, que ora temos a alegria de apresentar, não foge à regra. Nos 16 trabalhos que a compõem, divididos em quatro seções – artigos doutrinários, peças processuais, pareceres e, por último mas não menos importante, teses e práticas fluminenses premiadas no XV Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (2022) –, o que sobressai é o compromisso visceral da instituição, imposto constitucionalmente, com as demandas de pessoas e grupos vulneráveis, no contexto de um país tragicamente desigual.

Na impossibilidade de citar os 16 trabalhos, sob pena de alongar em demasia esta apresentação, cumpre realçar a seção das peças processuais. Nela poderão ser consultadas três atuações vitoriosas que ilustram bem a amplidão do labor institucional, quais sejam: i) reclamação constitucional em prol da suspensão dos despejos e reintegrações de posse durante a pandemia (elaborada por Beatriz Cunha, Patrícia Cardoso, Pedro Carriello, Ricardo Mattos e Viviane Tardelli); ii) reclamação visando à cassação de multa ilegal e injusta, em processo do Juizado Especial Cível, imposta à parte defendida pela Defensoria (subscrita por um dos autores desta apresentação); iii) mandado de segurança com o objetivo de excluir a imagem de jovem negro do álbum de "suspeitos" de uma delegacia policial (impetrado por Isabel Schprejer, Lucia Helena Silva Barros de Oliveira e Rafaela Silva Garcez).

Nos três casos, alcançaram êxito atuações arrojadas que buscaram a tutela de direitos fundamentais diversos, favorecendo pessoas e grupos agudamente vulneráveis, material ou processualmente. Só essa seção já justifica a leitura da **Revista**, sem prejuízo da qualidade de todos os demais trabalhos nela encartados.

Depois de se apresentar sucintamente a **Revista**, não se perca a oportunidade de fazer uma igualmente breve prestação de contas, prática essencial na órbita pública. Daqui a alguns dias, despede-se a equipe que administrou a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro nos últimos quatro anos, dando lugar a uma nova equipe (que será liderada pela primeira vez por uma defensora mulher, fato histórico relevante que há de ser entusiasticamente comemorado).

Nesse período que se finda no próximo dia 31 de dezembro, o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública/RJ (CEJUR), dirigido por duas das pessoas que subscrevem esta apresentação, editou não apenas as tradicionais

Revistas de Direito (de periodicidade anual), mas também uma série de outras publicações, todas disponíveis eletronicamente (no *site* do CEJUR: http://cejur.rj.def.br/).

Vale relembrá-las: i) **A Defensoria em dados II**: pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; ii) **Primeiras impressões sobre a Lei 13.964/2019 (Pacote "anticrime")**: a visão da Defensoria Pública; iii) **Defesa e garantia dos direitos humanos de crianças e adolescentes** (2ª edição); iv) **Direitos humanos, saúde mental e racismo**: diálogos a partir do pensamento de Frantz Fanon; v) **Anais do III Congresso Brasileiro de Atuação Interdisciplinar nas Defensorias Públicas**; vi) **Cadernos estratégicos II**: análise estratégica de decisões dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos; vii) **"Este lugar é uma casa de mortos"**: as diversas perspectivas do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário na visão da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; viii) **Por uma RAPS fortalecida**: monitoramento da atenção psicossocial na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro; ix) **Caminhos da igualdade**: publicação comemorativa dos 5 anos do GT Ações Afirmativas [2017-2022].

Além disso, produziu o CEJUR, em 2022, documentário sobre a história da instituição em solo fluminense – **Paixão Verde**: a Defensoria Pública do Rio de Janeiro em suas primeiras décadas (longa-metragem que pode ser acessado, na íntegra, pelo *youtube* da Defensoria, clicando aqui).

Essa farta produção observou, como não poderia ser diferente, um determinado norte, que foi a preocupação em posicionar o CEJUR como órgão que apoia, resolutamente, o protagonismo cada vez mais acentuado da instituição na defesa da igualdade substancial e dos direitos humanos.

O mesmo norte iluminou a realização de outra incumbência precípua do CEJUR, a capacitação das pessoas integrantes da instituição. Sobre a política de capacitação desenvolvida nos últimos quatro anos (objeto da Resolução DPGERJ nº 1.065, de 7 de outubro de 2020), acrescente-se que foi buscado, ao mesmo tempo, diversificar as atividades proporcionadas pelo CEJUR, em termos de conteúdo e profundidade. Em matéria de conteúdo, assinale-se o oferecimento de cursos em áreas importantes mas pouco exploradas nas defensorias em geral, como direito sucessório, direito tributário, direito orçamentário e perícias criminais. Em matéria de profundidade – e qualidade –, destaque-se o inédito oferecimento de 36 vagas em cursos de mestrado, ministrados por instituições de notória excelência acadêmica (Universidade Federal Fluminense e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro).

Ressalte-se ainda, quanto à política de capacitação conduzida pela atual gestão do CEJUR, a inclusão ampla, nas capacitações, daquelas(es) que são

copartícipes essenciais na execução dos serviços prestados pela instituição – as(os) servidoras(es) da Defensoria Pública.

*

Pois bem, é chegada a hora de arrematar a apresentação, e também a nossa despedida...

Tocados já por inevitável saudade, só nos resta agradecer, calorosamente, a todas as pessoas que colaboraram para a consecução das produções, capacitações e metas do CEJUR ao longo dos últimos quatro anos.

Especificamente em relação às **Revistas de Direito da Defensoria Pública**, faz jus a um agradecimento especial o seu qualificadíssimo Conselho Editorial.

Excelente leitura para todas e todos!

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2022.

ADRIANA SILVA DE BRITTO
Diretora de Capacitação do CEJUR

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA
Diretor-Geral do CEJUR

RODRIGO BAPTISTA PACHECO
Defensor Público-Geral

DOUTRINA

voltar ao sumário

DIÁLOGOS ENTRE O LEGITIMADO E O GRUPO: A LEGITIMAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

DIALOGUE BETWEEN THE LEGITIMATED AND THE GROUP: LEGITIMATION IN BRAZILIAN COLLECTIVE PROCESS

Beatriz da Rocha Teixeira
Graduanda pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Participante da 3.ª edição do Programa Afilhada (o) Acadêmica (o) do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos, linha de pesquisa Epistemologias Feministas e Direito, certificado pela UFRRJ.
E-mail: beatrizrochatx@gmail.com

Resumo: O estudo sobre a legitimação extraordinária e a relação entre o legitimado e o grupo é importante tópico para o processo coletivo brasileiro, que busca a tutela de direitos que ultrapassam o individual. A globalização e a integração do mundo intensificaram situações jurídicas que exigem soluções jurisdicionais do processo coletivo. A presente pesquisa objetiva o estudo acerca da legitimação extraordinária no processo coletivo brasileiro, analisando a viabilidade de diálogo entre o legitimado e o grupo. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, que inclui o estudo da doutrina e jurisprudência do tema, bem como a reflexão sobre casos conduzidos pelos legitimados. A partir da exposição de conceitos necessários à compreensão do tema, propõe-se a discussão sobre representação adequada, que colabora para o entendimento favorável à promoção do diálogo. Ao defender a coexistência entre participação e representação, com base no princípio da complementaridade, permite-se a busca por uma tutela mais adequada considerando o dano suportado pelo grupo com direito violado e sua perspectiva.

Palavras-chave: tutela coletiva; legitimação extraordinária; representação adequada; participação; diálogos.

Abstract: The study on extraordinary legitimation and the relationship between legitimized and the group is an important topic for the Brazilian collective process, in which seeks guardianship rights that go beyond the individual. Globalization and the integration of the world have intensified legal situations that require jurisdictional solutions in the collective process. This article approaches the subject of extraordinary legitimation in the Brazilian collective process, analyzing the feasibility of dialogue between the legitimated and the group. The methodology used is bibliographic research includes the study of the doctrine and jurisprudence of the subject and the reflection on cases conducted by the legitimized. From the exposition of necessary concepts to comprehend the theme, it is proposed the discussion about a proper representation of the promotion of dialogue. By defending coexistence between participation and representation, based on the principle of complementarity, it allows the search for a

tutelage more suitable considering the damage endured by the group with their rights violated and its perspective.

Keywords: collective tutelage; extraordinary legitimation; proper representation; participation; dialogue.

1. INTRODUÇÃO

O estudo do processo coletivo brasileiro perpassa pela análise da legitimação extraordinária e a dinâmica da relação entre o legitimado e o grupo. Com esse objetivo, a presente pesquisa tem como condão principal estudar essa legitimação extraordinária e refletir sobre a construção de um diálogo que permita ao legitimado conhecer a expectativa de solução do grupo, e que possibilite ao grupo participar, mesmo que não como parte processual, como construtor de uma tutela equilibrada e efetiva.

Assim, propõe-se discutir sobre o impacto da prática de um diálogo e de aproximação entre os sujeitos sob a fluidez do procedimento e o alcance da solução. Após a construção da base teórica para defesa do diálogo como possível solução para o problema da participação, busca-se analisar as soluções para a criação do diálogo, com base em exemplos práticos de casos reais que oportunizaram a fala aos grupos atingidos, por meio de reuniões, audiências públicas e apoio de assessorias técnicas.

2. CONCEITOS NECESSÁRIOS: PROCESSO COLETIVO E LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

A existência, cada vez mais evidente, de litígios coletivos acarreta a necessidade de um processo que possibilite a tutela de direitos. A globalização e a tendência de enxergar que, usualmente, os litígios ultrapassam o prejuízo individual, impactam diretamente na construção do processo coletivo.

O processo coletivo brasileiro, a fim de solucionar a problemática de tratar uma demanda de uma coletividade, propôs a utilização de legitimação extraordinária. De acordo com o professor Humberto Theodoro Junior[1], "a legitimação extraordinária consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio".

Em regra, utiliza-se a legitimação ordinária, em que o pleito judicial é daquele que detém o direito. Contudo, o processo coletivo adota a legitimação extraordinária, também denominada substituição processual, não existindo coincidência entre o legitimado e o titular do direito, termos que serão adotados ao longo deste estudo.

Por outro lado, a representação processual ocorre quando "o representante atua em juízo em nome e por conta do representado, que, por não possuir capacidade plena para estar em juízo, precisa tê-la suprida para esse fim"[2]. Em sua definição de

[1] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.193.

[2] ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.199.

substituição processual, Carreira Alvim[3] pontua que essa existe quando "o substituto comparece em juízo, como autor ou réu, em seu próprio nome, mas em defesa do direito do substituído".

É importante compreender as terminologias e diferenças entre substituto processual, que goza de legitimação extraordinária, e representante processual, que atuará em nome do representado, como por exemplo, em casos de incapacidade civil, a fim de que não haja confusão entre os institutos.

Sob esse viés, nota-se que a escolha do processo coletivo foi substituir a coletividade pelo legitimado e a intervenção daquela não é imprescindível para considerar que houve o devido processo legal, ou seja, há legitimidade exclusiva: os titulares do direito são representados no processo e a representação (tecnicamente denominada substituição processual, eis que denota legitimação extraordinária da parte) substitui o direito de participação[4].

Contudo, apesar de pontuar que tecnicamente a denominação é substituição processual, Vitorelli[5] adverte sobre a dificuldade de utilizar, no plano coletivo, conceitos processuais criados para a esfera individual:

> É igualmente necessário superar a ideia de que a representação, no processo coletivo brasileiro, se relaciona com a substituição processual, pensada para o contexto do processo individual [...]. A representação processual coletiva é diferente dessas situações, porque não há qualquer interesse coincidente entre o representante e os representados. O processo coletivo brasileiro optou por atribuir a condição de representante coletivo a pessoas que não têm interesse direto na solução do conflito.

Com base em tal reflexão, adotar-se-á tanto a terminologia técnica "substituição processual", derivada da legitimação extraordinária, quanto o termo "representação processual coletiva", considerando que esta se trata de um instituto adaptado ao processo coletivo, distanciando-se da representação regulamentada com vista nas demandas individuais.

A legitimação extraordinária do processo coletivo é autônoma, pois há autorização para condução do processo independentemente da participação, exclusiva, cabendo apenas ao legitimado extraordinário ser parte principal no processo, concorrente, eis que qualquer um dos legitimados pode ingressar com a ação, e disjuntiva, pois a propositura independe da vontade dos outros legitimados[6].

O microssistema do processo coletivo brasileiro, que possibilita o processamento dos litígios coletivos, é composto por disposições legislativas[7]. A regra do processo coletivo brasileiro é que um terceiro conduza o processo coletivo e, como se trata de

---

[3] ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.199.

[4] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p.86.

[5] VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 129.

[6] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 233.

[7] Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990, artigos 81 a 104), a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), dentre outros.

excepcionalidade do processo civil, deve haver um comando legal para que isso ocorra. Nesse caso, o rol de legitimados para propor ações coletivas está disposto no artigo 5º da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública[8], texto no qual já está incluída a Defensoria Pública, e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Importante esclarecer que há uma exceção à regra: as ações coletivas que podem ser propostas pela comunidade indígena, quando essa caracterizar o grupo detentor do direito. Essa legitimação ordinária no processo coletivo, com a devida assistência do Ministério Público e do órgão de proteção ao indígena, trata-se de disposição do Estatuto do Índio. Logo, por permissão legal, a comunidade indígena atua na defesa dos seus direitos, sob o aspecto coletivo, em nome próprio.

Os litígios coletivos no Brasil podem ser tratados como individuais e vice e versa, pois a ação coletiva pode não ser proposta e o grupo acabará buscando a tutela no âmbito individual, como é o caso dos processos de saúde contra Estados e Municípios. Buscar a divisão entre litígio coletivo e individual é uma tarefa que não é mais o foco de estudo do processo coletivo, pois a universalização do litígio não permite enxergar com precisão até onde um conflito é estritamente individual[9].

O Código de Defesa do Consumidor elenca e define três grupos de interesses ou direitos que permitem a defesa coletiva: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para Didier e Zaneti[10], um dos aspectos mais importantes nos direitos difusos é que, para além de estarem na esfera de transindividuais, não há vínculo comum de natureza jurídica entre os membros – indetermináveis – do grupo, como por exemplo, nos episódios de propaganda enganosa, que afeta um número incalculável de pessoas.

Quanto aos direitos coletivos, trata-se de grupo de pessoas indeterminadas, mas determináveis, que possuem uma relação base anterior à lesão, como é o caso dos indivíduos ligados por órgão de classe ou com relação de tributação com a parte contrária (contribuintes de um ente). Além disso, os autores[11] identificam que os direitos individuais homogêneos são uma criação ficta do direito brasileiro para proteger coletivamente demandas individuais com dimensão coletiva, ou seja, há uma "homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares das pretensões jurídicas", e "a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)".

A classificação desses direitos importa a fim de que haja cobertura ampla para uma tutela adequada[12]. Portanto, esses são alguns conceitos iniciais que irão permear a discussão da legitimação extraordinária e possíveis diálogos entre o grupo e o legitimado.

---

[8] Estão legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação, observados os requisitos.

[9] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book*.

[10] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 96.

[11] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 99.

[12] A característica fundamental dos direitos difusos é a indeterminabilidade dos titulares, ao contrário dos direitos coletivos em sentido estrito, cujos titulares são determinados ou determináveis justamente pela vinculação a uma relação jurídica base. [...] Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são direitos pertencentes a vários indivíduos distintos, não tendo natureza indivisível, mas que possuem a mesma origem comum (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.)

3. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA E CONTROLE JUDICIAL

A partir dos apontamentos anteriores sobre representação adequada, inicia-se a análise do possível controle judicial da adequação do representante. Importante pontuar que Gidi[13] esclarece que a utilização do termo "representação" não se refere ao termo técnico do direito processual civil, e utiliza "representante", que é entendido como o porta-voz dos interesses do grupo.

Segundo Gidi[14], há diversos níveis distintos de incompetência que podem ser verificados na condução de um processo coletivo. A não produção de provas suficientes, a condução inadequada, a fundamentação jurídica, a existência de conflitos de interesses, os interesses próprios, a má-fé, dentre outros. Dessa forma, há condutas mais e menos graves, contudo, há de considerar-se que essa condução trará impactos na coisa julgada[15].

Há uma parte da doutrina que afirma que no Brasil não há o controle judicial, sob o argumento de que o legislador, em seu rol taxativo de legitimados, concedeu presunção absoluta de representação adequada. Contudo, conforme apontam Didier e Zaneti[16], "não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades".

Temer e Lamy[17] acrescentam ainda que o legislador optou pelo rol taxativo e firmou o pressuposto de que os entes cumprem a representação adequada, contudo, "ao não prever o controle da representatividade adequada, o legislador acaba por fincar um enorme obstáculo à consagração da tutela coletiva como mecanismo processual efetivo".

Partindo desse posicionamento de irrazoabilidade da presunção absoluta, pontue-se que o representante, no sentido adotado por Gidi[18], é o porta-voz do grupo e, como tal, conduzirá a demanda buscando os interesses dessa coletividade que, por escolha do legislador e impraticabilidade processual, precisará ser substituída.

Trata-se de importante papel processual que deve ser desempenhado com comprometimento e responsabilidade, afinal, o interesse do grupo e a formação de coisa julgada afetarão diretamente aqueles que, em regra, não participarão do processo. Inclusive, essa é uma discussão de análise para esse trabalho, uma vez que se deve garantir a representação adequada do ponto de vista técnico e jurídico, mas, além disso, a tutela adequada de direitos.

---

[13] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

[14] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

[15] Quanto a esse tema, deve-se observar que a formação de coisa julgada é diferente em ações coletivas de direitos difusos e coletivos e na tutela de direitos individuais e homogêneos. O tema da coisa julgada no processo coletivo é extenso e, apenas como breve apontamento deve-se observar a redação do artigo 103, inciso II do Código de Defesa do Consumidor acerca dos direitos individuais homogêneos.

[16] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 237.

[17] TEMER, Sofia Orberg; LAMY, Eduardo de Avelar. A representatividade adequada nos direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 167-190, 2012. p. 6.

[18] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

Para Didier e Zaneti[19], a verificação deve se dar em duas fases: na primeira é verificado se há autorização legal para substituição e, na segunda, se há o controle *in concreto* da adequação, aferindo os elementos da representatividade adequada. Quanto a esses critérios, não há uma previsão legal expressa e um rol de elementos, contudo a jurisprudência e a doutrina têm caminhado com essa determinação. Um exemplo é o critério de pertinência temática defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), trazido inclusive em voto do Ministro Dias Toffoli, quando Relator do RE 733.433[20].

A partir desse entendimento, tendo em vista o perfil institucional, definiu-se, para além das determinações previstas na legislação, que a Defensoria Pública apenas pode conduzir ações coletivas que visam promover os interesses de pessoas necessitadas. Acerca do perfil institucional para análise da representação adequada, necessário apontar que as instituições públicas de defesa de direitos possuem princípios institucionais e objetivos definidos quando da sua criação, que norteiam a condução da prestação do serviço de seus membros.

A Lei que organiza a Defensoria Pública, Lei Complementar nº 80/1994, elenca como função institucional, em seu artigo 4º, inciso VII, a promoção de ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes. Diante disso, evidencia-se a possibilidade de controle jurisdicional da adequada representação cada vez mais latente no entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Gidi[21] aponta algumas problemáticas a serem observadas quanto às associações, como a estrutura para conduzir um litígio complexo, a possível incompetência técnica ou ausência de interesse pelo grupo, empecilhos financeiros para custear advogados e provas e, até mesmo, a existência de interesse econômico, político ou ideológico próprio.

Em seu posicionamento, Gidi[22] expõe que não é seu objetivo se posicionar contra as associações, e sim sobre a verificação da condução adequada do litígio coletivo, que não deve admitir a "incompetência, por falta de interesse real no litígio, por existência de interesses conflitantes, parcialidade ou mesmo má-fé".

A verificação, nesse sentido, deverá ter critérios prévios e objetivos, a fim de que não exista uma análise de representatividade distinta para cada ente. Nesse aspecto, Didier e Zaneti[23] apontam alguns critérios mínimos para considerar o legitimado adequado, dentre os quais se incluem a necessidade de demonstrar interesse e habilidade para representar a classe, a ausência de conflitos de interesses e a demonstração de motivação adequada para atuar em nome do grupo.

---

[19] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 237.

[20] Ementa disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457. Acesso em: 01 jun. 2022.

[21] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

[22] GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

[23] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 242.

Ademais, diversas propostas e anteprojetos de Código de Processo coletivo foram apresentados pela doutrina com o intuito de auxiliar na construção de uma legislação completa sobre o tema. A título de exemplo, tem-se o anteprojeto elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação da UERJ e da UNESA[24], que propõe critérios objetivos para a análise da representatividade adequada pelo juiz, no §1º do inciso II do artigo 8º da proposta[25].

Importante contribuição para inspirar o Código de Processo Civil Coletivo foi a de Antônio Gidi[26] a partir de sua proposta de Código Modelo, na qual elencou requisitos para a ação coletiva, dentre os quais se incluem a análise da adequação da representação[27].

A partir da rica contribuição da doutrina, é evidente que a definição de critérios para a análise da representação adequada almeja uma verificação objetiva, eis que seria realizada pelo juiz competente. Ainda que os requisitos objetivos para análise da representação adequada não tenham sido reproduzidos na legislação, trata-se de notórias propostas para solução desse problema do processo coletivo.

Através da relevância das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da temática, a tendência é a consagração legislativa da possibilidade do controle judicial da representação adequada. Tal propensão é verificada nas polêmicas movimentações acerca da nova disciplina da ação civil pública.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO, A PARTICIPAÇÃO E A REPRESENTAÇÃO

O devido processo legal é um princípio universal e tem caráter de norma fundamental, tamanha sua relevância. Como tal, possui diversos aspectos que torna complexa a sua definição. Theodoro Júnior[28] esclarece que o princípio carrega um aspecto procedimental, que exige a observância do contraditório e da ampla defesa, e um aspecto substancial, que garante a prevalência das normas e princípios constitucionais quando do provimento jurisdicional.

Para o autor, garantir um processo justo é consagrar o direito de acesso à justiça, o direito de defesa, o contraditório e a paridade de armas entre as partes, a independência e a imparcialidade do juiz, a obrigatoriedade da motivação dos

[24] Anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Agosto/2005.

[25] Os critérios elencados são a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos; a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

[26] GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, v. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

[27] 3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; 3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5 o tempo de instituição e o grau da representatividade perante o grupo.

[28] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 99.

provimentos judiciais decisórios e a garantia de uma duração razoável que proporcione tempestiva tutela jurisdicional[29].

Didier[30] afirma que o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo e que sua construção é obra em progresso eterno. Em sua definição, traz duas dimensões para esse direito, o formal e o substancial, sendo o primeiro as garantias processuais, como contraditório e a duração razoável do processo, e o último as máximas de proporcionalidade e razoabilidade.

Através desses entendimentos, observa-se que o devido processo legal é um direito fundamental complexo que origina outros subprincípios e garantias, entretanto, o devido processo legal precisa ser adaptado ao processo coletivo e, para isso, "é preciso pensar em um devido processo legal coletivo. É preciso construir um regime diferenciado para o processo coletivo"[31].

Didier e Zaneti[32] apontam alguns princípios autônomos do processo coletivo que surgem como aspectos do direito processual coletivo: princípio da adequada legitimação, princípio da competência adequada, princípio da certificação adequada, princípio da informação e publicidade adequadas.

Verifica-se que os subprincípios visam garantir a efetividade do devido processo legal coletivo por diversos aspectos, do alcance da informação até o aspecto procedimental. Nesse viés, é importante estabelecer um esquema representativo que possibilite a condução do processo sem gerar exclusão dos titulares do direito material por ser conveniente[33].

A discussão não trata da regularidade da existência da representação no processo coletivo, mas sim da melhor forma de operar esse modelo[34], uma vez que a representação é uma solução para viabilizar a condução de uma ação coletiva, contudo não é uma justificativa para a não participação.

A participação é um dos pilares do devido processo legal, mas a sua obrigatoriedade é ausente no processo coletivo brasileiro, uma vez que se adotou a substituição do direito de participação pela representação. Mais uma vez, trata-se de uma escolha técnica do legislador para viabilizar a existência das ações coletivas, que seriam impraticáveis se a coletividade tivesse que figurar como polo ativo da demanda.

Theodoro Júnior[35] nos ensina que o contraditório efetivo evoluiu dentro da perspectiva democrática do Estado Democrático de Direito e, para o acesso à justiça ser efetivo, deve-se assegurar, além do direito de ser ouvido em juízo, o reconhecimento do direito de participar ativa e concretamente da formação do provimento que irá julgar a tutela jurisdicional.

---

[29] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 101.

[30] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 76.

[31] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 127.

[32] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 128.

[33] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 20.

[34] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 86.

[35] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 135.

Esse contraditório exige diálogo entre as partes e o juiz, tratamento paritário para gerar equilíbrio processual, garantia do contraditório e da vedação da decisão surpresa, dentre outras medidas. É evidente que essas garantias se estendem ao processo coletivo, mas serão adequadas para a realidade de um procedimento que precisa garantir o contraditório e as manifestações das partes, que será exercida pelo legitimado, e o direito de ser cientificado, que precisa ser garantido principalmente ao grupo. Vitorelli[36] esclarece que:

> da perspectiva endoprocessual, não há grandes diferenças entre o devido processo legal individual e o devido processo legal coletivo. Desconsideradas as relações que o autor coletivo mantém com a sociedade substituída, não há muitas "adaptações" do devido processo legal individual para a demanda coletiva.

Logo, observa-se que sob a perspectiva "endoprocessual" o devido processo legal coletivo é exercido sem grandes distinções do individual, na relação autor legitimado e réu. Assim, o autor propõe a adoção de uma perspectiva pamprocessual, que analisa a questão para além de dentro do processo, "a proposta do pamprocessualismo é trazer para a consideração do processo civil aspectos que, usualmente, não são por ele estudados, em virtude de constituírem elementos externos ao processo, mas que influenciam e condicionam seu desenvolvimento"[37].

Um desses elementos externos, trazendo para a ótica do processo coletivo, é a relação existente entre classe e o autor coletivo, entre os membros da classe, ainda que sejam externos ao processo. Surge a proposta de, a partir do pamprocessualismo, "revisitar o conceito de participação no processo, entendendo seu verdadeiro alcance, para, a partir daí, estabelecer condições de possibilidade de um sistema processual representativo, que não signifique apenas o abandono de uma garantia"[38].

Para garantir o devido processo legal coletivo, é necessário prezar pela situação do grupo titular do direito material, que não possui acesso ao processo, assegurar a representatividade adequada e observar a incidência da coisa julgada. Sustentar a existência de um devido processo no âmbito coletivo é possível, a partir das garantias advindas dos subprincípios e da condução técnica do processo. Aliás, Vitorelli[39] defende que:

> a representação processual, por si só, não é incompatível com a garantia constitucional do devido processo legal. [...] A única solução que parece viável para a construção de uma teoria do processo representativo é embasá-la não na oposição, mas na complementaridade entre participação e representação. Isso exige a reelaboração tanto da ideia de participação, quanto de representação. [...] O defeito da representação, portanto, não se dá se o representante deixa de agir exatamente como os representados agiriam, mas, sim, se perde a conexão com estes.

---

[36] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 100.

[37] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 101.

[38] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.*

[39] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 131.

Portanto, para solucionar o problema da participação, é imprescindível afastar a ideia dicotômica de representação *versus* participação, uma vez que, ao observar superficialmente o processo coletivo, essa oposição resulta na escolha prática por representação. Logo, a proposta de complementar os dois institutos, de maneira a permitir a condução do processo pelo legitimado, envolve observar a representatividade adequada, respeitar as garantias já existentes que permitem o conhecimento do processo pelos titulares e propor novas formas de possibilitar a conexão na relação entre legitimado e grupo.

4.1. O princípio da complementaridade de Vitorelli[40]

Vitorelli[41] propõe, para a construção de uma teoria do processo representativo, abandonar a ideia de oposição e basear-se em complementaridade entre a participação e representação, reelaborando o conceito dos dois institutos. Assim, entende-se que surge um defeito na representação, para além da questão técnica já tratada acerca da adequação, quando há perda de conexão entre o representante e os representados.

Na tentativa de sanar essa questão, cabe ao representante fomentar oportunidades de conexão, em que[42]:

> o representante deve retomar, com os representados, a discussão de suas ações e dos motivos que as conduziram, fomentando os debates, com a participação dos diferentes segmentos do grupo. [...] dependendo do grau de conflituosidade dos interesses envolvidos, o representante poderá não ter condições de atuar adequadamente em relação a todos eles, simultaneamente [...] Se isso ocorrer, os momentos de autorização e avaliação serão também a ocasião propícia para que os representantes debatam entre si acerca das demandas de cada subgrupo.

Trata-se, portanto, de progresso "fora do processo", que não questiona a atuação endoprocessual sob o ponto de vista da análise de adequação da representação, que permanece necessária, mas de tentativa de restabelecer a conexão entre o representante e o grupo. A partir de tal proposta, o representante, ao criar esses "momentos de autorização e avaliação", possibilita a reflexão sobre sua atuação e o exercício da escuta ativa através dos debates.

No âmbito do exercício técnico da ação, permanece a representação a partir da legitimação legal, questionável somente sobre os aspectos da adequação, que inclusive deve vir do representante, refletindo sobre sua atuação. Todavia, a partir da defesa da complementaridade, sugere-se o restabelecimento da conexão entre representante e grupo, mesmo que "de fora" do processo.

Em conformidade com a perspectiva pamprocessual, os elementos externos que causem impactos e influenciem no processo devem ser considerados. A partir disso,

---

[40] Cabe pontuar que se trata de tema extenso e de relevância, para o qual o autor dedicou um livro completo: VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* Sendo assim, o objetivo não é esgotar a discussão, e sim apresentar pontos cruciais que colaborem com o debate acerca do diálogo entre legitimado e grupo.

[41] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 131.

[42] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 132.

observa-se que a possibilidade de complementar esses dois institutos, mesmo que de maneira "informal", isto é, não dentro da forma processual conhecida de viabilizar a participação, é aspecto importante para solucionar o problema da representação.

Importante esclarecer que a ausência dessa medida não anula ou inviabiliza a representação, pois se trata de instituto autônomo definido em lei e legítimo. Contudo, tal medida mostra-se um esforço possível e que pode auxiliar na reformulação da ideia de participação no processo coletivo.

Em um processo civil que busca formas de solucionar questões da forma menos prejudicial aos sujeitos direta ou indiretamente impactados pelo processo, a proposta de criar caminhos extraprocessuais é uma possibilidade a ser considerada. Isso, pois, a proposta dessa integração possibilitaria até mesmo a identificação mais profunda de divergências entre os membros do grupo ou entre o representante e o grupo, o que poderia facilitar a criação de uma solução guiada.

O representante atua para evitar o conflito, que não deve ocorrer com regularidade, bem como para explicar aos representados as motivações de sua atuação e os interesses que está defendendo, o que acarreta até mesmo um trabalho de reforçar a cientificação do grupo.

A partir disso, Vitorelli[43] propõe formulações para a teoria geral do processo representativo, que se apresentam como princípios. Tais princípios devem ser lidos como a base e a luz para guiar a atuação do representante, em uma relação que busca servir aos interesses dos representados e, através do diálogo, promover um processo representativo em acordo com a Constituição e o devido processo legal coletivo.

Portanto, ao valorizar o diálogo e complementar a representação e a participação, afastando a ideia dicotômica que separa os dois institutos, caminha-se na solução de um dos problemas do processo coletivo, o problema da participação. Exposta a teoria, imprescindível passar à análise da prática desse diálogo, que inclui pensar nos métodos de solução consensual de conflitos como instrumento intensificador da construção da relação de representação.

5. MÉTODOS FLEXÍVEIS DE DIÁLOGO COM A COLETIVIDADE: A BUSCA PELA MELHOR SOLUÇÃO DO CONFLITO E O USO DE MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS

O Código de Processo Civil mostrou-se legislação inovadora em diversos aspectos, sendo um deles a estimulação à autocomposição, elencando como direito fundamental do processo civil a promoção de solução consensual dos conflitos pelo Estado, sempre que possível, inclusive no curso do processo judicial.

A autocomposição pode ser dentro ou fora do processo e se manifesta quando há a solução consensual dos conflitos, que pode ser promovida pelos instrumentos existentes no processo civil, como a mediação, a conciliação, a arbitragem, os acordos extrajudiciais, dentre outros[44].

---

[43] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book*.

[44] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 186.

Ao abandonar a dicotomia processual que coloca as partes como opostas/rivais no processo, permite-se que outras soluções possam surgir, para além do procedente/improcedente. Aragão[45] acrescenta:

> O que se pretende é garantir, quando possível, uma solução construída pelos próprios litigantes, com a superação do problema em um nível mais profundo do que aquele inicialmente apresentado em juízo e, com isso, construir nas partes o reconhecimento da capacidade de solucionar seus problemas, empoderando-as para o enfrentamento de controvérsias posteriores.

Sendo assim, a autocomposição deve ser vista como uma via, com diversos instrumentos para buscar soluções consensuais, capaz de empoderar as partes e intensificar a participação ativa no processo. A autocomposição é comum nas demandas individuais e tem sido bastante utilizada no processo coletivo.

Contudo, no processo coletivo, conforme pontua Didier[46] "por se tratar de legitimado por substituição processual, a autocomposição terá limites mais rigorosos, por não serem eles os próprios titulares do direito que vinculam". Assim, deve-se observar que uma restrição é a não possibilidade de renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação coletiva, que não é de titularidade do legitimado extraordinário, mas sim do grupo.

No âmbito do processo coletivo, um dos instrumentos mais utilizados é o Compromisso de Ajustamento de Conduta (que gera um Termo de Ajustamento de Conduta), que tem previsão na Resolução de nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que podem ser firmados apenas pelos órgãos públicos[47].

A partir da premissa da aplicabilidade da autocomposição no processo coletivo e do respeito aos limites que esta pressupõe, observa-se a aplicação de TAC judicial e extrajudicial, das audiências de mediação e conciliação, dos negócios jurídicos processuais coletivos.

Apesar das peculiaridades de cada método de autocomposição, que possui características e restrições próprias, o cerne da questão para esse trabalho é o espaço de negociação e o ambiente que permite maior liberdade às partes. A titularidade para utilizar um dos métodos de autocomposição e promover a tentativa de solução consensual, na perspectiva coletiva, é do possível réu da ação coletiva e do representante. O legitimado extraordinário para as demandas coletivas será o responsável pela tentativa de autocomposição, quando cabível, em razão da matéria tratada e das restrições técnicas.

Todavia, sendo no âmbito judicial ou extrajudicial, "dentro ou fora" do processo, há a possibilidade de viabilizar a participação do grupo a partir da criação de mecanismos de diálogo entre o representante e a coletividade representada. Por mais que o

---

[45] ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Do acesso ao judiciário ao acesso à justiça: caminhos para a superação da cultura do litígio processual por vias autocompositivas e extrajudiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 1021-1052, jan./abr. 2022. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62793. Acesso em: 04 abr.2022. p.19.

[46] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 379.

[47] Em seu artigo 1°, a Resolução define o compromisso como instrumento de garantia de direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos cuja defesa está incumbida o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

grupo não vá atuar diretamente na negociação, é cabível o exercício da escuta ativa por aqueles que atuam representando esse grupo. Nesse viés, a flexibilidade que os métodos de autocomposição possuem, em comparação ao processo judicial, permite que o representante tenha mais liberdade na sua atuação.

A partir de uma condução com margem de atuação mais ampla, o representante poderá atuar para promover a participação do grupo, por meio de soluções flexíveis e criativas que possibilitem o estreitamento da relação entre representante e grupo. Portanto, a autocomposição se apresenta como um instrumento intensificador na construção da relação entre legitimado e grupo.

5.1. Soluções flexíveis e criativas para viabilizar o diálogo

Considerando a viabilidade da existência complementar da participação do grupo sem ofender a estrutura da substituição processual no processo coletivo, é evidente que a criação desse diálogo, na prática, necessita de mecanismos que o possibilite.

Quando da representação por uma associação, respeitados os critérios dispostos na legislação, há uma aproximação entre representante e representado expressivamente mais estreita em comparação à atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública ao defender direitos coletivos de um grupo mais extenso. A título de exemplo[48], em uma ação civil pública proposta por um sindicato em favor dos profissionais, a identificação do grupo e o estabelecimento da comunicação entre o representante e o representado torna-se evidentemente mais viável.

O Ministério Público, em algumas atuações, tem o mesmo controle do grupo do qual defende os interesses, como na Ação Civil Pública ajuizada a fim de proteger o direito de candidatos autodeclarados negros na correção das provas do concurso da Polícia Federal 2021[49]. Nesse caso, a possível comunicação entre o órgão que representa na ação e o grupo representado é viável pelo recorte – os candidatos autodeclarados negros que se submeteram ao concurso.

Todavia, a questão torna-se bem mais complexa quando a análise recai em uma ação coletiva que objetive a defesa de direitos relacionados ao meio ambiente e ao direito do consumidor, por exemplo. Em situações como essas, os impactos podem ser de incidência local, global ou irradiada. Acerca do litígio coletivo global, Vitorelli[50] pontua:

> é possível concluir que os direitos cuja lesão atinja uma coletividade, mas não cause impacto, de modo mais grave, a uma pessoa ou grupo de pessoas, pertencem à sociedade, entendida como o conjunto de habitantes do planeta, que se estrutura no interior de um Estado nacional, cujo aparato jurídico será responsável, de acordo com as normas internas e internacionais de atribuição de jurisdição, pelo processamento da violação. Nesse caso, estaremos diante de um litígio coletivo global.

---

[48] Ação Civil Pública Processo nº 0033147-28.2011.8.19.0066. TJRJ.

[49] Processo: 1058451-92.2021.4.01.3300 - Ação Civil Pública Cível. Peça inicial disponível em: http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/docs/acp-acao-civil-publica-acoes-afirmativas-concurso-da-pf.pdf. Acesso em: 06 de abril de 22. Ação movida pelo Ministério Público Federal em face da União e da CEBRASPE para defesa da reserva de vagas destinadas a candidatos negros em todas as fases do concurso.

[50] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 16.

Quanto ao litígio local, esse seria uma lesão específica e grave que atinge uma comunidade, grupos com afinidade social e dimensão reduzida, como as comunidades indígenas e quilombolas[51]. Por outro lado, o litígio coletivo irradiado seria aquele em que a lesão afeta os interesses de diversas pessoas que não são uma comunidade e são atingidas de formas diferentes, tendo visões distintas sobre a solução[52].

Portanto, a classificação trazida por Vitorelli impacta como será tratado o litígio e como viabilizará a participação. O autor pontua ainda que nos litígios globais, como interessam a população no geral e não causam impacto sobre uma pessoa ou grupo específico, nenhuma opinião específica importaria na construção da solução[53].

Logo, em um litígio coletivo global, como é o caso de grandes violações ao meio ambiente, não poderia haver um estreitamento da relação representante e grupo a fim de promover participação, pois o interesse não é de um grupo específico e sim de toda a população. Assim, em uma situação como essa, promove-se a tutela dos direitos coletivos, mas considerando que[54]:

> Nos litígios globais, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois os indivíduos que a compõem são atingidos pela lesão de modo uniforme e pouco perceptível individualmente, de modo que praticamente não há interesse pessoal no conflito.

Necessário observar que um conflito pode ter incidência global e local ao mesmo tempo, como os desastres ambientais que atingem as comunidades diretamente e, em uma perspectiva mais geral, acabam trazendo impactos para outras populações em âmbito nacional pela poluição dos rios, desmatamento da floresta e afins. Contudo, nesse aspecto, é evidente que, por ser mais grave o impacto direto sofrido pela comunidade, a solução precisa observar o impacto global, mas, principalmente, tutelar os direitos dos mais violentados.

Os litígios irradiados trazem uma questão ainda mais complexa para a participação, pois, não sendo os lesados parte de uma comunidade, as visões de solução são distintas, o que ocasiona um conflito não apenas com o réu, mas dentro do grupo[55].

O grau de complexidade e conflituosidade são maiores quanto maior o grupo de lesados e a não identidade entre esses membros, considerando que o impacto pode

---

[51] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 17.

[52] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 19.

[53] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 15

[54] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 16.

[55] VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022. p. 19.

ser distinto entre eles[56]. O litígio coletivo irradiado, nesse caso, seria o de maior grau de conflituosidade, o que compromete a atuação do representante na tentativa de diálogo. Contudo, mesmo nesse cenário, defende-se que a criação de um ambiente de escuta e busca pela melhor solução deve ser prioridade na atuação do representante.

Exemplo impactante de litígio coletivo irradiado foi o desastre de Mariana, resultado do rompimento de uma barragem de rejeitos de minérios localizada em Minas Gerais. A barragem, de propriedade da Samarco Mineração S.A., despejou resíduos sólidos no meio ambiente e, devido a uma onda de lama que se formou, ocasionou a morte de 19 pessoas, desabrigou diversas famílias e causou danos ambientais observados até o Espírito Santo[57].

O episódio gerou comoção nacional, principalmente porque já havia tido denúncias, interrupção do funcionamento da barragem e problemas estruturais verificados antes do acidente, inclusive alertas de profissionais técnicos quanto a possível ruptura. Diversas foram as ações coletivas propostas e fora firmado um Termo de Compromisso socioambiental preliminar para tratar os impactos do rompimento da barragem. Vitorelli[58] discorre:

> Nesses casos, a conflituosidade é elevada, uma vez que as pessoas sofrem lesões significativas o bastante para querer terem suas vozes ouvidas, mas essas lesões são distintas em modo e intensidade, o que potencializa as diferenças em suas pretensões. A sociedade está em conflito não apenas com o causador do dano, mas também consigo mesma. [...] Os subgrupos sociais atingidos pela tragédia divergiram frontalmente acerca do modo como a tutela jurisdicional para o caso deveria ser buscada, rompendo com a ideia, tradicionalmente defendida, de que os direitos coletivos são indivisíveis e de que a satisfação de um significa, automaticamente, a satisfação de todos, como tradicionalmente pensava a doutrina brasileira do processo coletivo.

A partir da classificação e das considerações relevantes citadas, observa-se que as concepções diferenciadas da melhor solução do conflito e a necessidade dos atingidos de serem ouvidos e obterem uma solução urgente clamam pela atuação cuidadosa de quem conduzirá essas ações[59]. Baldão[60] aponta que:

> Para além da reparação dos danos ambientais e materiais, em casos como o ora apresentado, o processo de tomada de decisões e a política de gestão dos danos deve ser direcionada a reparar e evitar também as injustiças sociais, pois os grupos e indivíduos lesados perderam seus referenciais espaciais, culturais e históricos.

---

[56] VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. *E-book.* p. 46.

[57] BALDÃO, Daísa Keylla Del Valle. **Processo estrutural:** interfaces com o desastre de Mariana. Orientador: Edilson Vitorelli. [2020?]. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2020. p. 60.

[58] VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 43, n. 284, p. 333- 369, out. 2018. Revista dos Tribunais online. p. 3.

[59] BALDÃO, Daísa Keylla Del Valle. **Processo estrutural:** interfaces com o desastre de Mariana. Orientador: Edilson Vitorelli. [2020?]. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2020.

[60] BALDÃO, Daísa Keylla Del Valle. **Processo estrutural:** interfaces com o desastre de Mariana. Orientador: Edilson Vitorelli. [2020?]. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2020. p. 76.

Como bem delimita a autora, o processo de tomada de decisão e a política de gestão de danos devem observar com prudência e atenção a situação de fato dos grupos lesados. Para isso, o estreitamento da relação entre representante e grupo serve para que aquele possa ter o devido conhecimento acerca da situação de fato, para delimitar quais indivíduos foram mais lesados, bem como para ouvir as demandas desses. Essa aproximação busca conscientizar e sensibilizar a condução da situação pelo representante, sem interferir e vincular sua legitimidade autônoma definida em lei.

No caso de Mariana, foi realizada análise técnica dos impactos causados para as comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de fundão[61], elaborada pela Fundação Getúlio Vargas. Garantiu-se a contratação de Assessorias Técnicas (ATs) para as pessoas atingidas pelo rompimento da barragem para o levantamento de danos, através de entrevistas realizadas pela equipe técnica das ATs[62].

As ATs elaboraram Matriz de Danos alternativa, como a realizada pela "Cáritas" e a partir desse trabalho das assessorias técnicas, foi possível a elaboração de uma matriz de "forma participativa, a partir de grupos de base que reuniam pessoas atingidas de uma determinada localidade para discutir direitos violados e organizar demandas e reivindicações"[63].

A Matriz de Danos construída em contribuição com as Assessorias Técnicas, que promovem o conhecimento para a população sobre conceitos e termos desconhecidos, além de produzir material sobre a realidade dos atingidos, contribui para a reparação justa dos danos materiais e imateriais sofridos pelos atingidos.

Pontue-se que vários municípios contaram com a assessoria, contudo apenas as ATs Cáritas (Mariana) e AEDAS (Barra Longa) avançaram na construção de matrizes de danos. Acerca dos métodos de pesquisa participativos, a FGV expõe que possibilitam aos participantes serem agentes ao invés de meros objetos de pesquisa, transformando a experiência aos membros da comunidade e apresentando o conhecimento aos "atores diretamente afetados pelo problema de pesquisa investigado"[64].

O estudo técnico realizado pelas assessorias, além de auxiliar para a elaboração de uma Matriz de Danos alternativa, possibilita o estabelecimento da comunicação com os atingidos, com uso de uma linguagem menos técnica e mais acessível, a fim

---

[61] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019. (Avaliação dos impactos e valoração dos danos socioeconômicos causados para as comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_analise-das-matrizes-de-danos-no-contexto-da-reparacao-do-desastre-do-rio-doce.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022.

[62] De acordo com a análise da FGV, de 2019, "as metodologias das Assessorias Técnicas buscam o reconhecimento mais abrangente de danos nas dimensões material e imaterial dos modos de vida, com transparência no processo e garantia de acesso às informações produzidas, a partir de uma construção conjunta com diferentes grupos de atingidos".

[63] A Cáritas também promoveu momentos coletivos de diálogo para aprofundar o entendimento sobre os danos identificados. Para tal, foram realizadas reuniões ampliadas dos grupos de base, reunindo mais pessoas para captar diferentes percepções e olhares, entendendo que cada comunidade tem especificidades que devem ser contempladas na Matriz de Danos (FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019. (Avaliação dos impactos e valoração dos danos socioeconômicos causados para as comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_analise-das-matrizes-de-danos-no-contexto-da-reparacao-do-desastre-do-rio-doce.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022. p. 45.).

[64] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019. (Avaliação dos impactos e valoração dos danos socioeconômicos causados para as comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_analise-das-matrizes-de-danos-no-contexto-da-reparacao-do-desastre-do-rio-doce.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022. p. 17.

de restabelecer o diálogo e promover a escuta. Trata-se de um trabalho prévio ou concomitante à atuação de fato do legitimado, mas que o instrui sobre a realidade fática vivenciada a partir daquela violação e possibilita uma condução mais efetiva em busca da tutela.

As Assessorias Técnicas mostram-se como uma tendência na intermediação entre o grupo atingido e o representante, pois, ao delimitar e fazer o estudo sobre os reais impactos das violações, permitem um embasamento mais participativo ao representante[65].

Além dos diálogos promovidos pelas ATs, uma possibilidade de intensificar a participação dos grupos interessados são as reuniões, pequenas ou grandes, promovidas pelo representante a fim de monitorar, proteger e amparar os atingidos pelas violações.

No Caso Pinheiro/Braskem, em que foram relatados tremores de terra, rachaduras, fendas nas ruas, afundamentos de solo e crateras que se abriram sem motivo em alguns bairros de Maceió, em março de 2018, houve intervenção do Ministério Público Federal (MPF), com apoio da Defesa Civil, a fim de apurar os danos. Com os estudos e vistorias, foi identificado que os danos ocorreram em razão da mineração no local, tendo o MPF iniciado "sua atuação preventiva, judicial e extrajudicialmente, visando encontrar as causas, mas, principalmente, a preservação das vidas"[66].

A atuação extrajudicial do Ministério Público Federal inclui a conquista de uma sede da Defesa Civil no Bairro do Pinheiro, que proporcionou aproximação com os cidadãos, bem como a realização de reuniões, que incluem afetados e representantes das comunidades.

As audiências públicas, como a realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 de março de 2022, a fim de realizar a escuta dos moradores do Alto da Serra e bairros adjacentes sobre demandas decorrentes das chuvas, também possuem contribuição para a participação efetiva dos grupos. Conforme destacou o defensor público que participou do evento, Rômulo Araújo[67]:

> A audiência pública foi a primeira oportunidade em que população atingida, especialmente aqueles mais vulneráveis, tivesse voz, permitindo que, compartilhando suas experiências, fossem identificadas as demandas concretas e como iremos atuar de agora em diante.

Todavia, insta refletir acerca das limitações das audiências públicas, que, por mais que tenham o intuito de ouvir os atingidos, não necessariamente contarão com todo o grupo atingido, e, mesmo que presentes, poderão não se sentir confortáveis ao pronunciamento público. Nesse viés, estabelecer lideranças e oportunizar reuniões complementares às audiências públicas pode ser uma solução para viabilizar uma participação maior, em quantidade e qualidade de pessoas e falas.

---

[65] Importante esclarecer que, de acordo com documento disponibilizado pelo Ministério Público Federal (MPF), em seção destinada à informação acerca do Caso Samarco, o processo de escolha das ATs referente ao rompimento da barragem de Fundão na Bacia do Rio Doce resultou de reuniões que contou com a presença de atingidos e atingidas pelo desastre. Documento acerca da escolha das ATs disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fundo-brasil/memorial-das-escolhas-de-assessoria-tecnica.pdf. Acesso em: 06 abr. 22.

[66] Informação obtida no sítio eletrônico do MPF: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-pinheiro/arquivos/entenda-o-caso. Acesso em: 06 abr. 22.

[67] RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. DPRJ promove audiência pública em Petrópolis. **Notícias**, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/14069-DPRJ-promove-audiencia-publica-em-Petropolis. Acesso em: 06 abr. 22.

Todos esses mecanismos buscam estimular a participação e a escuta dos grupos e indivíduos atingidos, que buscam igualmente a tutela de seus direitos. O representante como interessado na atuação efetiva, deve buscar utilizar mecanismos de escuta ativa para obter conhecimento direcionado acerca da realidade dos fatos, da expectativa e dos interesses dos representados.

Portanto, é imprescindível desenvolver um devido processo legal coletivo, baseado na participação do grupo em complementaridade com a representação, abandonando a visão dicotômica em que um exclui o outro. Utilizando soluções criativas e flexíveis para promover a participação, como o apoio técnico das Assessorias Técnicas, as reuniões com atingidos e lideranças, bem como o uso consciente e direcionado das audiências públicas, caminha-se para construção de um diálogo que colabora para a solução do problema coletivo da participação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como proposta a promoção do diálogo a fim de estreitar a relação entre legitimado e grupo e promover a sua participação, mesmo que não como parte processual, no processo coletivo. Observa-se que, como solução para a construção de uma teoria do processo representativo, cabe abandonar a ideia de oposição e basear-se em complementaridade entre a participação e representação, reelaborando o conceito dos dois institutos.

Aprofundando-se nos estudos de Vitorelli, conclui-se que representação deve ser construída como relação. Dessa forma, observando os subprincípios que compõem o princípio de devido processo legal coletivo, é possível concluir que a participação, quando em complementação à representação, potencializa os resultados da tutela coletiva. O diálogo, por sua vez, permite essa complementação sem trazer prejuízos à dinâmica da legitimação extraordinária, implantada no processo coletivo como forma de viabilizar a demanda.

Nota-se que a atuação dos legitimados caminha para a promoção desse diálogo, com preocupação em realizar estudos técnicos que considerem as manifestações dos atingidos pela violação, a partir de Assessorias Técnicas que se aproximam daquele grupo ao realizar o estudo, bem como da promoção de reuniões e atendimentos aos indivíduos.

Pontue-se que a classificação dos litígios em locais, globais ou irradiados, importante contribuição de Edilson Vitorelli, permite a delimitação e identificação do grupo a fim de promover essa participação, pois define o grau de conflituosidade e complexidade e ajuda a identificar as divergências dentro do próprio grupo.

Reconhecer que há uma questão a ser resolvida e pensar em maneiras de solucioná-la é o primeiro passo para um processo representativo efetivo, que considere o grupo não apenas como o objeto da busca pela tutela, mas como sujeito interessado e ativo. Portanto, conclui-se pela defesa do diálogo para promoção da participação sem comprometer a atuação técnica do representante, em uma tentativa de interromper a visão de contrariedade dos dois institutos e optar pela complementaridade, na busca da tutela que considere a realidade dos fatos vivenciados e a perspectiva de quem suporta o dano.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. Do acesso ao judiciário ao acesso à justiça: caminhos para a superação da cultura do litígio processual por vias autocompositivas e extrajudiciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 1021-1052, jan./abr. 2022. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62793. Acesso em: 04 abr. 2022.

BALDÃO, Daísa Keylla Del Valle. **Processo estrutural:** interfaces com o desastre de Mariana. Orientador: Edilson Vitorelli. [2020?]. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campinas, 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do Rio Doce**. Rio de Janeiro; São Paulo: FGV, 2019. (Avaliação dos impactos e valoração dos danos socioeconômicos causados para as comunidades atingidas pelo rompimento da barragem de Fundão). Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/fgv/fgv_analise-das-matrizes-de-danos-no-contexto-da-reparacao-do-desastre-do-rio-doce.pdf. Acesso em: 06 abr. 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 21, n. 2, p. 99-114, maio/ago. 2020. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/50802. Acesso em: 04 abr.2022.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, v. 111, p. 192-208, jul./set. 2003.

GIDI, Antonio. O projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública: avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil = The proposed class action statute by the Brazilian national council of justice (CNJ). **Civil Procedure Review**, [*s.l.*], v. 12, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3724081. Acesso em: 20 nov. 2021.

MARCONDES, Gustavo Viegas. Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 295, p. 331-350, set. 2019.

QUANNOUS, Renan Mori. Autocomposição no processo coletivo: possibilidades e limitações. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 2, n. 86, p. 77-98, 11 ago. 2020.Disponível em: https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/174. Acesso em: 04 abr. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. As novas tendências do direito processual civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, DF, v. 37, n. 145, p. 5-10, jan./mar. 2000. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/548. Acesso em: 04 abr. 2022.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class actions e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, v. 1, p. 213-230, 2012.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. DPRJ promove audiência pública em Petrópolis. **Notícias**, Rio de Janeiro, 2022. Notícias. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/14069-DPRJ-promove-audiencia-publica-em-Petropolis. Acesso em: 06 abr. 2022.

TEMER, Sofia Orberg; LAMY, Eduardo de Avelar. A representatividade adequada nos direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, p. 167-190, abr. 2012.

TEMER, Sofia. Participação e representatividade adequada no processo coletivo: reflexões sobre os PLs 4441/2020 e 4778/2020. **Jota**, [*s. l.*], 14 abr. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/participacao-e-representatividade-adequada-no-processo-coletivo-14042021.
Acesso em: 29 dez. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 43, n. 284, p.333-369, out. 2018. Revista dos Tribunais online.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo:** dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. *E-book.*

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural, teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 77, p. 93-118, jul./set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Edilson_Vitorelli.pdf. Acesso em: 06 abr. de 2022.

AS RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO-EXPLORAÇÃO DE GÊNERO NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19) E ISOLAMENTO SOCIAL

GENDER DOMINATION-EXPLOITATION RELATIONSHIPS IN THE SCOPE OF DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN PANDEMIC TIMES (COVID-19) AND SOCIAL ISOLATION

Ingrid Dias Carneiro Leal Bastos
Advogada
Pós-Graduanda pela EMERJ
Mestranda em Direito Penal pela UERJ
Residente Jurídico na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: ingrid.dir10@yahoo.com.br

Resumo: Este artigo, pautado em uma perspectiva feminista, busca analisar e debater as situações de poder, gênero e dominação masculina em detrimento da feminina, no contexto familiar e na esfera privada, potencializado pelo atual contexto de isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor. Com os instrumentos oferecidos pelas principais e recentes pesquisas sobre o tema, seguida de uma reflexão teórica, através de levantamento bibliográfico e utilizando uma perspectiva de gênero aliada ao viés contemporâneo de dominação masculina e sua perpetuação ao longo dos tempos, demonstra como o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres as subordina aos homens donos do direito e informa a urgente necessidade de lidar com a situação por meio de uma transformação estrutural e de valores, com base em uma releitura de direitos humanos.

Palavras-chave: direito penal; violência doméstica; exploração de gênero; Covid-19.

Abstract: This article, based on a feminist perspective, seeks to analyze and debate situations of power, gender and male domination to the detriment of female domination, in the family context and in the private sphere, enhanced by the current context of social isolation provided by the Covid-19 health crisis. -19, which forced the daily and uninterrupted coexistence of the woman with her aggressor. With the instruments offered by the main and recent researches on the subject, followed by a theoretical reflection, through a bibliographic survey and using a gender perspective allied to the contemporary bias of male domination and its perpetuation over time, they demonstrate how social control, the oppression and objectification of women subordinates them to the men who own the right and informs the urgent need to deal with the situation through a structural and values transformation, based on a reinterpretation of human rights.

Keywords: criminal law; domestic violence; gender exploration; Covid-19.

1. INTRODUÇÃO

Para enfrentar a crise sanitária provocada pela pandemia de Covid-19, diversos países vêm adotando medidas de isolamento com o intuito de desacelerar a disseminação do vírus e preservar a vida de seus cidadãos, trazendo consequências não apenas de ordem epidemiológica e econômica, mas também social.

No contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária observa-se um efeito adverso, qual seja, a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher, afinal, muitas mulheres ficam sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, resultando em um aumento dos índices de violência.

Assim, mister analisar e debater as situações de poder, gênero e dominação masculina em detrimento da feminina, no contexto familiar e na esfera privada, potencializadas pelo atual contexto de isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor, principalmente nas situações em que a mulher está mais envolvida emocionalmente e/ou é financeiramente dependente do seu agressor, produzindo, assim, a inferiorização da condição feminina e desaguando em situações de violência extremada no contexto familiar, que, por vezes, ceifa a vida de muitas mulheres.

Por todo o exposto, pergunta-se: até que ponto a Lei nº 14.022/20, editada tendo em vista o momento atual de pandemia, é suficiente e verdadeira aliada no combate à violência doméstica? É possível sustentar, como impacto do isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, o aumento do número de casos de violência doméstica contra a mulher ou se trata de mera coincidência? Quais suas relações? Pode-se dizer que o isolamento social potencializou e tornou mais visível as relações de dominação e exploração de gênero entre homens e mulheres no contexto familiar e nos espaços privados de convívio?

O tema é deveras contemporâneo e grave, eis os números publicados pelo Fórum Nacional de Segurança Pública acerca de casos de violência doméstica contra a mulher no contexto de isolamento social.

Objetiva-se, portanto, discutir e relacionar o problema da subnotificação e a verdade sobre o número de casos de violência doméstica com o hodierno contexto de crise sanitária propiciado pela Covid-19. Além disso, verificar como a violência doméstica contra a mulher é encarada no contexto de dominação-exploração de gênero potencializada pelo isolamento social, tendo em vista a necessidade de convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor e a cultura de inferiorização feminina num geral, mas principalmente nos espaços privados.

Inicia-se, assim, o primeiro capítulo do trabalho analisando o contexto de violência doméstica contra a mulher durante a crise sanitária por Covid-19 sob a ótica da proteção jurídica dada pela Lei nº 14.022/20, editada com o fim específico de propor medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher nesse cenário.

Segue-se relacionando e verificando a tendência de subnotificação dos casos de violência doméstica contra a mulher e o verdadeiro impacto do atual contexto de crise sanitária propiciado pela Covid-19.

Já o terceiro capítulo debate como as relações de exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina podem estar atreladas e potencializadas

nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, principalmente no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária, que desembocou na necessidade de convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa e se desenvolve a partir do levantamento das principais pesquisas sobre o tema, especialmente as pesquisas realizadas no Brasil, seguida de uma reflexão teórica, através de levantamento bibliográfico – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa –, de modo a estabelecer as relações de poder, gênero e dominação masculina e ocorrências de violência doméstica contra a mulher na situação de isolamento social estabelecida com a intercorrência da Covid-19 no Brasil.

2. A LEI Nº 14.022/20 COMO MEDIDA (IN)EFICAZ DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DURANTE A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19

No dia 7 de julho de 2020, foi sancionada a Lei nº 14.022, alterando a Lei nº 13.979/20, até então vigente. A nova Lei dispõe sobre medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, crianças, adolescentes, pessoas idosas e com deficiência durante a emergência de saúde pública decorrente da Covid-19[1].

Nesse peculiar cenário global, a referida Lei trouxe alguns instrumentos para a defesa das mulheres, estabelecendo que os serviços de atendimento a essas pessoas devem ser considerados essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado, ou seja, que os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas devem continuar normalmente, inclusive com a possibilidade de serem realizados registros de ocorrências por meio eletrônico ou telefônico.

Além disso, a nova Lei estabeleceu que o Poder Público deverá adotar medidas para garantir o atendimento presencial, podendo haver adaptações dos procedimentos estabelecidos pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) às circunstâncias emergenciais do período de pandemia, a realização prioritária do exame de corpo de delito, a concessão de medidas protetivas de urgência de forma eletrônica, a prorrogação automática dessas medidas durante o período do estado de emergência, campanhas informativas sobre prevenção à violência contra mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, mecanismos de denúncia durante a crise sanitária, dentre outros.

Ressalta-se que o registro de ocorrência policial realizado presencialmente e diretamente nas delegacias não é medida razoável no cenário atual de pandemia, vez que pune duplamente a mulher vítima de violência doméstica e familiar: além do medo

[1] BRASIL. **Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

do agressor, tendo que se ausentar de seu domicílio para acionar a proteção estatal, ficará exposta ao novo vírus que circula no mundo[2].

Sendo assim, parece que o problema foi resolvido pela Lei nº 14.022/20 quando prevê a possibilidade de as vítimas registrarem ocorrências relativas à violência doméstica e familiar por meio eletrônico ou telefônico, poupando a mulher de ter que comparecer à Delegacia de Polícia, ambiente hostil, sexista e composto por sua maioria de homens e que, na maior das parte vezes, por si só, implica em revitimização, evitando, outrossim, que a pessoa vulnerável fique exposta ao novo vírus e tenha a oportunidade de narrar o acontecido em primeira pessoa dando mais autenticidade ao relato.

Contudo, será que a Lei nº 14.022/20, editada tendo em vista o momento atual de pandemia, é suficiente e verdadeira aliada no combate à violência doméstica?

Os primeiros dias de surto pela pandemia de Covid-19 tiveram início em março de 2020 no Brasil, quando as autoridades decidiram adotar necessárias medidas, dentre elas, o isolamento social, com o intuito de desacelerar a disseminação do vírus e preservar a vida de seus cidadãos.

Todavia, a Lei nº 14.022/20 só foi sancionada em julho de 2020, mais de 100 dias após o início do surto decorrente da Covid-19 ter se estabelecido no Brasil[3]. Isto é, entre o período de março a julho de 2020, as pessoas vulneráveis as quais a lei visa proteger ficaram invisíveis diante do Poder Público, sem acesso efetivo a direitos e garantias constitucionais básicos, vez que houve um atraso em relação à adaptação dos órgãos oficiais de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar às peculiaridades propiciadas pela nova realidade de isolamento social, perpetuando mais violações a direitos.

Além disso, parece que o legislador ignorou as questões de classe, raça, etnicidade, sexualidade e territorialidade que abarcam um país desigual como o Brasil, afinal, são as mulheres mais carentes, que não possuem acesso à internet ou telefone, que residem em regiões mais afastadas e que convivem com um grande número de pessoas em pequenos cômodos, que mais sofrem com o hodierno cenário de confinamento[4].

Uma das características mais típicas da violência doméstica e familiar é o isolamento social imposto pelo próprio agressor, que detém – quando detém – os meios de comunicação e impede a mulher de acessar sua rede de confiança composta por amigos e familiares, situação tal agravada pelo isolamento propiciado pela pandemia, como também a rede de apoio formal, vivendo um verdadeiro cárcere privado perpetrado através de uma violência silenciosa, que exige silêncio absoluto.

É nesse contexto que se pode observar de maneira amplificada casos de subnotificação de violência familiar e doméstica contra a mulher. Em função da falta de

---

[2] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Coronavírus*:*** aumento da violência doméstica contra a mulher preocupa CFOAB**.** Salvador: OAB-BA, 2020. Disponível em: http://www.oab-ba.org.br/noticia/coronavirus-aumentoda-violencia-domestica-contra-mulher-preocupa-cfoab. Acesso em: 03 abr. 2021.

[3] ALBINO, Carina *et al.* **O enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres na pandemia de Covid-19:** uma reflexão crítica sobre a necessidade de implementação da DEAM digital na Bahia. Curitiba: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas, [2020?]. Disponível em: https://web.abracrim.adv.br/o-enfrentamento-da-violencia-contra-as-mulheres-na-pandemia-da-covid-19-uma-reflexao-critica-sobre-a-necessidade-de-implementacao-da-deam-digital-na-bahia/. Acesso em: 03 abr. 2021.

[4] COSTA, Patrícia Rosalba Salvador Moura. **Violências contra a mulher em tempos de COVID-19.** São Cristóvão, SE: Universidade Federal de Sergipe, 2020. Disponível em: http://www.ufs.br/conteudo/65089-violencias-contra-mulheres-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 03 abr. 2021.

atenção às mulheres que vivem em regiões mais afastadas e/ou sem acesso à internet e telefone, muitas vítimas não conseguem acessar sua rede de proteção e não registram a ocorrência da agressão junto às autoridades competentes[5].

Em virtude das subnotificações, os números oficiais acabam não refletindo a realidade dos fatos. Ou seja, episódios de violência não entram nas estatísticas oficiais, ainda mais na esfera privada dos casais, ensejando uma diminuição expressiva nos registros de ocorrência de crimes cometidos contra as mulheres.

Não obstante a Lei nº 14.022/20 tenha trazido medidas de enfrentamento ao combate da violência doméstica e familiar contra a mulher e outros vulneráveis durante o contexto atual de pandemia, ainda restam questionamentos pertinentes acerca de sua eficácia e aplicabilidade dadas as peculiaridades enfrentadas pela mulher brasileira, seja pela baixa escolaridade, seja pela ausência de acesso aos meios remotos de denúncia, seja pela violência silenciosa vivida dentro de seu próprio lar, isolada socialmente e tendo que conviver longas horas do dia com seu agressor.

É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista, que, além de não prevenir a ocorrência das condutas tipificadas como crimes contra a mulher pelo ordenamento jurídico, não soluciona conflitos, muito pelo contrário, o produz, junto com a injustiça decorrente da seletividade.

Faz-se necessário investir de maneira tenaz e ter um orçamento específico que, de fato, priorize a real mulher vítima de violência doméstica, eis que o legislador não reconhece que nem todos os indivíduos possuem a mesma origem e oportunidades, mas possuem a mesma dignidade.

A efetivação de direitos fundamentais, como o direito à igualdade, há de ser promovida através de intervenções estatais positivas por meio de políticas públicas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para sua efetiva realização, tendo como parâmetro a realidade social no qual está inserido, sob pena de incorrer em uma lei sem efeitos reais, que não encosta nas origens, nas estruturas e nos problemas sociais.

3. A PANDEMIA DENTRO DA PANDEMIA: O PROBLEMA DA SUBNOTIFICAÇÃO E A VERDADE SOBRE O NÚMERO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER DURANTE O PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL

O isolamento social promovido pela pandemia de Covid-19 revelou ainda mais as vulnerabilidades sociais que existem pelo mundo, notadamente com relação às mulheres, sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, muitas vezes em habitações precárias, com os filhos e vendo sua renda diminuída, resultando em um aumento dos índices de violência.

Em 2020, como já era esperado, considerando a dificuldade de locomoção propiciada pela atual crise sanitária, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve uma queda nos registros de Boletins de Ocorrência em crimes como os de lesão corporal. Na comparação dos dados de março de 2020 e março de 2019, as denúncias

[5] ALBINO, *op. cit.*, p. 7.

oficiais caíram 49,1% no Pará, 29,1% no Ceará, 28,6% no Acre, 8,9% em São Paulo e 9,4% no Rio Grande do Sul[6].

Além disso, a organização apurou uma redução nos registros de violência sexual na maioria dos estados. Ainda, entre o final de março de 2020 e os primeiros dias de abril do mesmo ano, caíram os números de Medidas Protetivas de Urgência concedidas. No Acre, por exemplo, a redução chegou a 67,7%[7].

Todavia, constatou-se que houve crescimento nos casos de feminicídio. Percebeu-se também a mesma tendência de aumento nos registros do 190 – linha de denúncia da Polícia Militar que pode ser acionada por qualquer pessoa e em casos de necessidade imediata ou socorro rápido[8].

O Fórum revelou, ademais, com base em um estudo digital para entender os impactos da quarentena na vida das mulheres em situação de violência, que os relatos de brigas de casal com indícios de agressão doméstica cresceram 431% na rede social Twitter[9].

Contudo, tais dados devem ser analisados conjuntamente com a atual situação fática, tendo em vista que apesar da aparente e animadora redução do número de casos de violência doméstica contra a mulher, os números não parecem refletir a realidade, mas uma verdadeira dificuldade em realizar o registro de ocorrência policial durante o período de isolamento social, isso sem contar as dificuldades socioeconômicas e raciais já existentes em um contexto comum (sem pandemia).

Saffioti[10] trata a violência doméstica como: "[...] uma ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral".

Nessa perspectiva, revelam-se prováveis casos de subnotificação de violência doméstica contra a mulher, afinal, no primeiro semestre de 2020, sob o contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária, as vítimas ficaram sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, sendo a elevada presença do seu agressor no ambiente doméstico fator que diminui radicalmente as possibilidades de notificação dos casos de violência.

Isso porque a maioria dos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher depende da presença da vítima na Delegacia de Polícia para a instauração do inquérito policial. Mas há uma exceção, qual seja, o crime de feminicídio, o único que o Fórum de Segurança Pública[11] registrou aumento no Brasil, indicando que a violência doméstica e familiar está em ascensão. Em São Paulo o aumento dos feminicídios chegou a 46% na comparação de março de 2020 com março de 2019 e duplicou na

---

[6] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. São Paulo: FBSG, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19v3.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

[7] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. São Paulo: FBSG, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19v3.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

[8] *Ibidem*.

[9] *Ibidem*.

[10] SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015. p. 75-76.

[11] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. São Paulo: FBSG, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19v3.pdf. Acesso em: 11 de agosto de 2021.

primeira quinzena de abril. No Acre, o crescimento foi de 67% e no Rio Grande do Norte o número triplicou em março de 2020.

Assim, o que se observa, na verdade, é a redução do registro dos crimes que necessitam a presença da vítima para a realização do registro de ocorrência, além do fato de que os aparelhos estatais apenas conseguem acessar mulheres em situação de vulnerabilidade quando a situação chega ao extremo. Isto é, os meios atuais de denúncia são insuficientes para protegê-las e prevenir abusos.

Conforme asseverado pela ONU mulheres, trata-se de uma consequência do fato de que as vítimas não podem sair de suas casas, local impregnado por violência de gênero e de matriz patriarcal para realizar ligações telefônicas ou utilizar computadores para registro *online*, uma vez que estão em contato constante com o agressor, e suas redes de apoio são mais limitadas pelas medidas da quarentena. Soma-se ao isolamento o medo de contágio pela Covid-19 ao sair para buscar ajuda fora do entorno familiar[12].

Inclusive, ressalta-se o caso específico do crime de estupro, o qual ainda exige exame pericial, sendo o crime que mais registrou queda, eis a dificuldade e obstáculos de acesso que a legislação já impõe para o acesso efetivo das mulheres vulneráveis, bem como, a pandemia exacerbou. Além disso, a redução de Medidas Protetivas de Urgência concedidas às mulheres que sofrem com a violência de gênero também conta pontos para a provável alta subnotificação dos registros nos casos de violência doméstica.

Por sua vez, a ONU Mulheres criou estratégias e recomendações de enfrentamento à violência de gênero em 2020, de modo a prevenir e combater a violência contra mulheres e meninas diante do cenário de Covid-19[13], contudo, o Brasil só seguiu uma delas, qual seja, a criação ou adaptação de aplicativos *online* para a realização de denúncias, ou seja, a expansão dos canais de denúncia eletrônica.

Assim, mais uma vez, percebe-se o descaso do Poder Público e a invisibilidade trazida pela violência, que se restringe, na maioria das vezes, a tratar os efeitos das violências vividas, sem considerar as peculiaridades enfrentadas pela mulher brasileira e que desembocam em silenciamento e banalização desse tipo de violência. E é justamente esse silenciamento e a invisibilização da violência contra a mulher que não têm passado desapercebidos no atual contexto pandêmico.

Assim, para Márcio de Oliveira e Eliane Rose Maio[14]:

> Os dados relativos à violência contra as mulheres fazem pensar que são emergentes políticas públicas que defendam os Direitos Humanos em suas várias instâncias sociais: famílias, instituições públicas, espaços privados, entre outros. Esses números reveladores de uma flagelação feminina podem e devem mudar, porém isso poderá ser realizado apenas com uma força tarefa unindo poderes governamentais, sociedade civil organizada e todas as pessoas que fazem parte desse país.

---

[12] ONU MULHERES. **Prevenção da violência contra mulheres diante da Covid-19 na América Latina e no Caribe**. Brasília, DF: Casa das Nações Unidas, 2020. Brief, v.1.1. 23 abr. 2020. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.

[13] *Ibidem,* p. 12.

[14] OLIVEIRA, Márcio de; MAIO, Eliane Rose. Você tentou fechar as pernas?: a cultura machista impregnada nas práticas sociais. **Polêm!ca**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1-18, jul./set. 2016. Disponível em: 10.12957/polemica.2016.25199. Acesso em: 13 ago. 2021.

Por fim, destaca-se a necessidade de quebrar a regra do silenciamento, baseada na cultura patriarcal, fornecendo, por meio de iniciativas públicas, privadas e comunitárias, formas protetivas mais eficazes e prevenção dos casos de violência doméstica, o rompimento do ciclo de violência e o fortalecimento da rede protetiva e de suporte.

4. A RELAÇÃO DE DOMINAÇÃO E DESIGUALDADE DE GÊNERO POTENCIALIZADA NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Inegável que a opressão de gênero, enquanto fenômeno cultural, é produto da dominação masculina através das relações de poder patriarcais. Do mesmo modo, verifica-se que o próprio direito tem gênero e cor bem definidos – branco e masculino, apesar de se dizer neutro.

Do mesmo modo, Ana Lucia Sabadell[15] já observava no direito – como ele ainda é – a ausência de humanidade quando é condicionado em seu conteúdo, exclusivamente, por interesses masculinos e pelo modo de sentir masculino, além da sua interpretação e sua aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, utiliza o sexismo como poder de agir.

Portanto, é com base no poder patriarcal que, no núcleo familiar, sob a perspectiva do homem provedor das necessidades materiais da família e da ideologia de defesa e preservação da sagrada família, que é lhe dado um (suposto) direito de fazer o que bem entender e como bem entender com sua família, seja culturalmente ou fisicamente.

Saffioti[16] lembra que o poder tem duas faces: a da potência e da impotência, sendo que as mulheres estão familiarizadas com a última. Ao revés, os homens, ao perpetrar violência estão sob efeito da impotência.

Nessa perspectiva, Simone de Beauvoir[17] já aponta a existência de um círculo vicioso (de controle e medo) ao explicar que, se um grupo de indivíduos é inferiorizado – no presente caso, fala-se das mulheres –, eles de fato são inferiores – mas é no âmbito da palavra ser que se pode compreender a sua artimanha, na medida em que ser é tornar-se.

Entretanto, modernamente, apesar de a mulher estar inserida na vida pública, percebe-se como a dominação masculina perpetua ao longo dos tempos, através de relações de poder que nunca surpreendem, exercidas por mecanismos que permitem o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres.

Assim, apesar dos avanços conquistados pela luta feminista, Beauvoir[18] pondera que a mulher ainda se encontra subordinada ao homem, na medida em que não existe por si mesma, mas é pelo homem que se define.

---

[15] SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 88-90.

[16] SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 106.

[17] BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe I.** Itália: Gallimard, 2013, p. 27.

[18] BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe II.** Itália: Gallimard, 2013, p. 83-95.

Contudo, Simone de Beauvoir[19] explica que "o triunfo do patriarcado não se deve ao acaso, mas trata-se de um andamento lógico da história da humanidade, já que os homens, por seu privilégio biológico, podiam afirmar-se enquanto sujeitos soberanos e reivindicam isto assim que as circunstâncias passam a permitir".

Isto é, para ela[20], a desigualdade de gênero não é dada, mas construída, seja pelo fato de que a mulher foi confinada e condenada à vida doméstica e de repetição, pelo casamento que lhe reduz à condição de acessório e propriedade do homem, a fidelidade eterna da mulher para com seu esposo, sob pena de ter ceifada sua vida, pela sua sexualidade vigiada ou pela vida limitada pela maternidade.

Por outro lado, para Sabadell[21] ainda há uma forte influência política do cristianismo na contemporaneidade, a opressão e a ideia de inferioridade feminina são reafirmadas por meio de argumentos religiosos, fazendo persistir um discurso tipicamente patriarcal e, portanto, que reproduz a discriminação da mulher.

Por sua vez, Heleieth Saffioti[22] percebe que poucas mulheres ainda questionam sua inferioridade social ao longo dos tempos, eis que são "amputadas" de qualquer desenvolvimento e uso da razão no exercício de poder. Afinal, as mulheres são socializadas para desenvolver comportamentos dóceis, cordiais e apaziguadores, enquanto os homens, por vezes, recebem até incentivo da sociedade para que exerçam sua "força-potência-dominação".

Ademais, o objetivo do presente capítulo é debater a exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina e como elas podem estar atreladas e potencializadas nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, sobretudo no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária. Portanto, cabe ressaltar o que Lenin[23] fala sobre trabalho doméstico. Para ele, "trabalho doméstico seria o mais improdutivo e selvagem, degradante para a mulher porque a amarrava à casa, e que a verdadeira emancipação só seria possível com uma verdadeira igualdade entre homens e mulheres e com a socialização do trabalho doméstico".

Porém, é preciso estar atento para o fato de que mesmo quando conquistam o mercado de trabalho, é no espaço doméstico que a mulher é mais surpreendida com a violência de seu parceiro, o que mostra, mais uma vez, sua vulnerabilidade e invisibilidade frente à sociedade.

Dessa forma, ressalta-se um dos efeitos adversos mais cruéis da pandemia, o que permitiu que muitas mulheres ficassem sujeitas a permanecer por mais tempo

---

[19] BEAUVOIR, Simone *apud* SANTOS, June Cirino dos. **Encarceradas:** a mulher em face do poder punitivo do Estado. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2021.

[20] *Ibidem*, p. 15-40.

[21] SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

[22] SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 114.

[23] LENIN, citado na obra de GOLDMAN, Wendy. **Mulher, estado e revolução**: política familiar e vida social soviéticas, 1917-1936. São Paulo: Boitempo, 2014 *apud* SANTOS, June Cirino dos. **Encarceradas:** a mulher em face do poder punitivo do Estado. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2021.

próximas dos seus parceiros, eis o isolamento social propiciado pela crise sanitária de Covid-19, que obrigou a convivência diária e ininterrupta da mulher com seu agressor.

Segundo Heleieth Saffioti[24], uma das mais relevantes características da violência doméstica é a sua rotinização, uma ideologia de defesa da família que chega a impedir eventual denúncia e que contribui para a codependência, configurando uma verdadeira prisão.

Por sua vez, para Alexandra Kollontai[25], "a chave para a emancipação feminina dependia, em última instância, da abolição da família e não de mera redistribuição dos papéis de gênero".

Portanto, fruto dos questionamentos acerca da dominação masculina velada, estas garantidas pelo próprio direito, é que se verifica uma estrutura de poder, cuja distribuição é muito desigual, em detrimento das mulheres, ainda mais em um país tomado por uma visão liberal-conservadora que ainda formula estratégias autoritárias de controle social.

Como bem lembrado por Heleieth Saffioti[26], "a segurança das mulheres é considerada questão secundária" e a forma mais adequada de lidar com a situação é por meio da implementação de políticas públicas e atitudes preventivas que reconheçam o ciclo da violência, sobretudo a doméstica, na forma de escalada.

Definitivamente, o que se propõe é de que essas relações de exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina sejam superadas por meio de uma transformação estrutural e de valores, bem como, como entende Saffioti[27], com base em uma releitura de direitos humanos, de modo a contemplar as diferenças entre homens e mulheres, sem deixar de lado a aspiração à igualdade social e a luta para obtenção de sua completude.

5. CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, as relações de dominação-exploração de gênero potencializadas no contexto de confinamento imposto pela atual crise sanitária de Covid-19, observando-se como efeito adverso a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em um primeiro momento, buscou-se relacionar a proteção jurídica dada pela Lei nº 14.022/20, editada com o fim específico de propor medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher no cenário de pandemia, com a real dificuldade enfrentada pelas mulheres em acessar os mecanismos de registro de ocorrência policial nesse contexto, mas tendo como parâmetro as mulheres que mais sofrem com o hodierno cenário de confinamento. Isto é, as mulheres mais carentes,

[24] SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 78.

[25] Alexandra Kollontai, citada na obra de GOLDMAN, Wendy. **Mulher, estado e revolução**: política familiar e vida social soviéticas, 1917-1936. São Paulo: Boitempo, 2014 *apud* SANTOS, June Cirino dos. **Encarceradas:** a mulher em face do poder punitivo do Estado. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2021.

[26] SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 51.

[27] *Ibidem*, p. 136-148.

que não possuem acesso à internet ou telefone, que residem em regiões mais afastadas e que convivem com um grande número de pessoas em pequenos cômodos.

Assim, verifica-se uma ausência de acesso efetivo a direitos e garantias constitucionais básicos, vez que há uma ineficiência do Poder Público em tratar o tema. Portanto, torna-se mister que o próprio Poder Público busque instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista, que, além de não prevenir a ocorrência das condutas tipificadas como crimes contra a mulher pelo ordenamento jurídico, não soluciona conflitos, muito pelo contrário, o produz, junto com a injustiça decorrente da seletividade.

Além disso, fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão, através da análise de dados proposta pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, conjuntamente com a atual situação fática, que, apesar da aparente e animadora redução do número de casos de violência doméstica contra a mulher, tais números não parecem refletir a realidade, mas uma verdadeira dificuldade em se realizar o registro de ocorrência policial durante o período de isolamento social, isso sem contar as dificuldades socioeconômicas e raciais já existentes em um contexto comum (sem pandemia).

Nessa perspectiva, revelam-se prováveis casos de subnotificação de violência doméstica contra a mulher, afinal, no primeiro semestre de 2020, sob o contexto de confinamento imposto pela atual situação sanitária, as vítimas ficaram sujeitas a permanecer por mais tempo próximas dos seus parceiros, sendo a elevada presença do seu agressor no ambiente doméstico fator que diminui radicalmente as possibilidades de notificação dos casos de violência.

Isso porque a maioria dos crimes que envolve violência doméstica contra a mulher depende da presença da vítima na Delegacia de Polícia para a instauração do inquérito policial. Mas, há uma exceção, qual seja, o crime de feminicídio, o único que o Fórum de Segurança Pública registrou aumento no Brasil, indicando que a violência doméstica e familiar está em ascensão, mas que o aparelho estatal apenas consegue acessar mulheres em situação de vulnerabilidade quando a situação chega ao extremo. Isto é, os meios atuais de denúncia são insuficientes para protegê-las e prevenir abusos.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que o próprio Direito é feito por e para homens brancos, apesar de se dizer neutro. Assim, faz perpetuar a opressão de gênero como produto da dominação masculina através das relações de poder patriarcais.

Dessa forma, o Direito deixa de ser humano, eis que além da sua interpretação e sua aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, utiliza o sexismo como poder de agir, com base na perspectiva do homem provedor das necessidades materiais da família e da ideologia de defesa e preservação da sagrada família.

Portanto, modernamente, apesar de a mulher estar inserida na vida pública, percebe-se como a dominação masculina perpetua-se ao longo dos tempos em um andamento lógico da história da humanidade, através de relações de poder, exercidas por mecanismos que permitem o controle social, a opressão e a objetificação de mulheres, subordinando-as sempre ao homem.

Ademais, buscou-se trazer à tona, no terceiro capítulo, a exploração-dominação de gênero e a cultura de inferiorização feminina e como ela pode estar atrelada e

potencializada nos espaços privados em que são observadas situações de violência contra a mulher, sobretudo no contexto de isolamento social propiciado pela atual crise sanitária, eis que daí é possível verificar, com mais transparência ainda, como funciona a dominação masculina velada, estas garantidas pelo próprio direito.

Ficou evidente, por essas razões, que há uma estrutura de poder, cuja distribuição é muito desigual em detrimento das mulheres, ainda mais em um país tomado por uma visão liberal-conservadora que ainda formula estratégias autoritárias de controle social como o Brasil.

Definitivamente, o que se percebe é que a segurança das mulheres é considerada questão secundária e a forma mais adequada de lidar com a situação é por meio de uma transformação estrutural e de valores com base em uma releitura de direitos humanos, levando-se em consideração, sobretudo, as questões de classe, raça, etnicidade, sexualidade e territorialidade que abarcam nosso desigual país, além da implementação de políticas públicas e atitudes de fato preventivas.

REFERÊNCIAS

ALBINO, Carina *et al.* **O enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres na pandemia de Covid-19:** uma reflexão crítica sobre a necessidade de implementação da DEAM digital na Bahia. Curitiba: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas, [2020?]. Disponível em: https://web.abracrim.adv.br/o-enfrentamento-da-violencia-contra-as-mulheres-na-pandemia-da-covid-19-uma-reflexao-critica-sobre-a-necessidade-de-implementacao-da-deam-digital-na-bahia/. Acesso em: 03 abr. 2021.

BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe I**. Itália: Gallimard, 2013.

BEAUVOIR, Simone. **Le deuxième sexe II**. Itália: Gallimard, 2013.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19**. São Paulo: FBSG, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19v3.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Coronavírus*:*** aumento da violência doméstica contra a mulher preocupa CFOAB**.** Salvador: OAB-BA, 2020. Disponível em: http://www.oab-ba.org.br/noticia/coronavirus-aumentoda-violencia-domestica-contra-mulher-preocupa-cfoab. Acesso em: 03 abr. 2021.

COSTA, Patrícia Rosalba Salvador Moura. **Violências contra a mulher em tempos de COVID-19.** São Cristóvão, SE: Universidade Federal de Sergipe, 2020. Disponível em: http://www.ufs.br/conteudo/65089-violencias-contra-mulheres-em-tempos-de-covid-19. Acesso em: 03 abr. 2021.

OLIVEIRA, Márcio de; MAIO, Eliane Rose. Você tentou fechar as pernas?: a cultura machista impregnada nas práticas sociais. **Polêm!ca**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1-18, jul./set. 2016. Disponível em: 10.12957/polemica.2016.25199. Acesso em: 13 ago. 2021.

ONU MULHERES. **Prevenção da violência contra mulheres diante da Covid-19 na América Latina e no Caribe**. Brasília, DF: Casa das Nações Unidas, 2020. Brief, v.1.1. 23 abr. 2020. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2020/05/BRIEF-PORTUGUES.pdf. Acesso em: 13 ago. 2021.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

SANTOS, June Cirino dos. **Encarceradas:** a mulher em face do poder punitivo do Estado. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2014. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37700/75.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2021.

ADPF DAS FAVELAS: POR UMA ATUAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL EM PROL DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA CIDADÃ E DA SEGURANÇA DOS DIREITOS

SLUMS' ADPF: IN FAVOR OF THE CONSTITUTIONAL COURT TAKING ACTION TORWARDS HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF CITIZEN SECURITY AND THE SECURITY OF RIGHTS

Luana Mariani de Aguiar Furtado
Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)
Pós-Graduanda em Direitos Humanos
E-mail: luanamariani@hotmail.com

Resumo: O artigo traz algumas críticas e discussões em torno do modelo de segurança pública adotado pelo Estado do Rio de Janeiro, em debate no âmbito da ADPF 635, mais conhecida como ADPF das Favelas. Propõe-se uma crítica ao modelo de segurança militarizada, pautado em princípios de segurança nacional, que muito se afasta do ideal democrático de segurança pública. Assim, são apresentados o modelo de segurança cidadã, desenvolvido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e a ideia de segurança dos direitos de Alessandro Baratta, como caminhos axiológicos para se pensar em um modelo alternativo e pautado nos direitos humanos. Já o STF, enquanto Corte Constitucional, tem na ADPF 635 a oportunidade de exercer o seu precípuo papel contramajoritário em prol da efetivação de direitos fundamentais, o que pode aproximar as propostas para a política de segurança no Rio de Janeiro de um modelo de segurança cidadã.

Palavras-chave: ADPF das Favelas; segurança pública; letalidade policial; política de extermínio; Corte Constitucional; segurança cidadã.

Abstract: The paper presents some criticism and discussions around the public security model adopted by the State of Rio de Janeiro, under debate in ADPF 635, better known as "Slums' ADPF". A critique on the militarized security model, based on principles of national security, which is far from the democratic ideal of public security, is proposed. In this context, the model of citizen security, developed by the Inter-American System of Human Rights, and Alessandro Baratta's idea of security of rights are presented as axiological ways to think on an alternative model based on human rights. STF, as the Constitutional Court, has in ADPF 635 the opportunity to exercise its main counter-majoritarian role in favor of the enforcement of fundamental rights, which can bring the proposals for security policy in Rio de Janeiro closer to a citizen security model.

Keywords: Slum's ADPF; public security; police lethality; extermination policy; Constitutional Court; citizen security.

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo expor a discussão em torno da ADPF 635 – popularizada como ADPF das Favelas – que vem se revelando como um caso paradigmático de atuação do STF, enquanto Corte Constitucional brasileira, em conjunto com outras instituições e entidades da sociedade civil, que visam à declaração de inconstitucionalidade da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Por isso é que, em um primeiro momento, busca-se contextualizar o leitor na realidade da ADPF das Favelas, apresentando, resumidamente, os principais pontos de argumentação e de decisão já abordados no curso processual. É nesse momento também que se apresenta a realidade vivenciada no Estado do Rio de Janeiro, onde a política de segurança pública tem servido à violência letal pelas polícias nos territórios de comunidades e favelas.

A partir da apresentação deste cenário, parte-se para a denúncia de uma política de (in)segurança pública, na medida em que a atuação policial nas periferias promove um estado permanente de medo e violação dos direitos mais fundamentais da população que reside nessas localidades. Nesse ponto, reconhece-se ser impossível falar sobre a letalidade policial e a derradeira política de extermínio nas favelas, sem que se relacione o fenômeno com o racismo institucional. O racismo, sem dúvidas, exerce papel primordial na determinação, pelo Estado, daqueles que são ou não dignos de viver. A distribuição da violência estatal não é equânime, mas sim, atinge desproporcionalmente corpos pretos e favelados.

Em seguida, trata-se de outro ponto fundamental para a compreensão da falência do atual modelo de segurança pública vigente não só no Rio de Janeiro, mas no Brasil como um todo: o ranço autoritário herdado do regime militar. Apresenta-se brevemente o modelo de segurança militarizada, pautado em princípios de segurança nacional, que muito se afasta dos valores democráticos da Constituição da República de 1988 e instrui a violência policial praticada pelo Estado.

Tendo sido apresentadas as premissas da segurança pública no Brasil e no Estado do Rio de Janeiro, o presente trabalho parte então para seu ponto crucial, qual seja, enunciar propostas de políticas de segurança pautadas nos direitos humanos, que superem o modelo autoritário e homicida atualmente vigente. O intuito é correlacionar o trabalho desenvolvido no âmbito da ADPF das Favelas com as ideias de segurança cidadã e de segurança dos direitos, pois, embora ainda se esteja distante de um modelo prático de segurança pública que se atenha aos direitos humanos, o debate público promovido pela ação constitucional sinaliza um importante passo para a futura superação do atual modelo.

Nesse sentido, o STF vem sendo chamado a atuar, como autêntica Corte Constitucional que deve ser, em prol dos direitos fundamentais e humanos da população das favelas do Rio de Janeiro, para que contribua na construção de um debate público e democrático sobre a segurança pública. Assim é que o trabalho se encerra justificando a importância de que ideias como a segurança cidadã, desenvolvida, sobretudo, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e de segurança dos direitos, proposta por Alessandro Baratta, sejam seriamente discutidas e consideradas, para

que se torne viável imaginar um cenário de gradual alteração na lógica de segurança pública atualmente praticada.

2. ADPF 635 E O COMBATE À LETALIDADE POLICIAL NAS FAVELAS DO RIO DE JANEIRO

Há muito se discute a política pública de extermínio adotada pelo governo do Estado do Rio de Janeiro em operações de segurança pública. A situação de violência e letalidade policial em territórios marginalizados do estado se agravou nos últimos anos, especialmente durante o período de crise sanitária.

Nesse aspecto, a ADPF 635, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tem se revelado um poderoso ferramental para o combate aos morticínios provocados pela polícia nas favelas, levando a voz de variados grupos sociais à Corte Constitucional brasileira, de modo a promover um debate amplo e público sobre as políticas de segurança pública.

Popularizada como "ADPF das Favelas", a ação foi proposta em 2019 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), mas trata-se, na realidade, de uma verdadeira iniciativa popular para enfrentar a violência policial e a letalidade da política de segurança pública no estado. Diversas entidades da sociedade civil, movimentos sociais, além de instituições públicas engajadas na defesa dos direitos humanos, se articularam em torno da ação, dentre as quais, citam-se: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Observatório de Favelas, Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos (Geni/UFF), Maré Vive, Instituto Marielle Franco, Conselho Nacional de Direitos Humanos, CESeC (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania), Educafro, Justiça Global, Redes da Maré, Movimento Mães de Maio, Conectas, Movimento Negro Unificado, Iser (Instituto de Estudos da Religião), Iniciativa Direito à Memória e Justiça Racial, Coletivo Papo Reto, Coletivo Fala Akari, Rede de Comunidades e Movimento contra a Violência e Mães de Manguinhos.

Em suma, além de questionar decretos estaduais que regulamentam a política de segurança no Estado do Rio de Janeiro, a ação pretende que o STF reconheça as graves violações de direitos humanos cometidas pelas forças policiais nas favelas, bem como determine uma série de medidas concretas para a redução da letalidade na política pública de segurança, dentre elas, a implementação e o monitoramento de um plano de redução da letalidade policial, com ampla participação da sociedade civil e de instituições públicas comprometidas com a promoção dos direitos humanos.

Em 2020, o Ministro Relator Edson Fachin proferiu decisão liminar histórica, por meio da qual restaram proibidas as operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a crise sanitária provocada pela Covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, casos em que as operações deveriam ser previamente comunicadas e justificadas ao Ministério Público do Rio de Janeiro. Posteriormente, a decisão foi ratificada pelo Plenário do Tribunal. Na oportunidade, também se decidiu pela proibição do uso de helicópteros como plataformas de tiro, pela restrição de operações policiais em perímetros escolares e hospitalares e pela obrigatória preservação dos vestígios da cena do crime após as operações realizadas.

Em um primeiro momento, a importante decisão liminar surtiu o efeito de diminuir significativamente os números de operações e de letalidade policial nas

favelas. No entanto, o governo do Estado do Rio de Janeiro passou a desrespeitar os termos decididos pelo STF, voltando a colocar em prática a sua habitual política de violência e de extermínio nesses territórios. Dados produzidos nesse período revelaram que, apenas nos dois primeiros meses de 2021, ocorreram nove chacinas no Rio de Janeiro, com um aumento de 161% no número de mortos e de 140% no número de feridos. A pesquisa demonstra que houve um crescimento de ações policiais "com uso de violência letal e retorno ao padrão das mortes decorrentes de ação de agentes do Estado que víamos antes da pandemia"[1].

Na direção oposta ao determinado pela decisão do Ministro Fachin, pode-se dizer que o governo do estado se aproveitou da crise ocasionada pela Covid-19 para abafar as ações policiais violentas nas comunidades, que passaram a ter menos visibilidade nos meios de comunicação em geral. O Estado escolheu, deliberadamente, desrespeitar a autoridade do STF.

Já em 2022, algumas medidas discutidas no âmbito da ADPF voltaram a ser decididas pelo Plenário do Tribunal, tendo sido determinadas as seguintes providências: (i) a elaboração de um plano de redução da letalidade policial, no prazo de 90 dias; (ii) a criação de Observatório Judicial sobre Polícia Cidadã, com composição plural, responsável pela avaliação do Plano a ser apresentado pelo Estado, bem como pelo acompanhamento da sua implementação; (iii) que sejam respeitados os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo, da ONU; (iv) o estabelecimento de limites ao uso da força letal, apenas aceitável quando exauridos todos os demais meios; (v) a prioridade absoluta nas investigações de incidentes que tenham como vítimas crianças e adolescentes; (vi) a obrigatoriedade de disponibilização de ambulâncias em operações policiais; e (vii) a instalação de equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes. Também se acolheu parcialmente o pedido para que sejam estabelecidas regras para buscas domiciliares.

Ainda não é possível aferir os efeitos da nova decisão no plano concreto, mas se observa o importante papel que a ADPF das Favelas vem exercendo ao colocar em evidência a discussão sobre o atual modelo de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, reunindo setores da sociedade civil para a proposição e discussão de mudanças em prol da vida das pessoas faveladas. E, nesse ponto, o STF, enquanto Corte Constitucional do Brasil, também assume papel da mais alta relevância na intervenção contramajoritária para a elaboração de políticas públicas que afetam diretamente os direitos e garantias fundamentais de boa parte da população.

3. (IN)SEGURANÇA PÚBLICA NAS FAVELAS: UMA POLÍTICA DE EXTERMÍNIO PAUTADA NO RACISMO INSTITUCIONAL

Para que se entenda a discussão em torno da ADPF das Favelas – que vem para propor mudanças significativas na política de segurança pública fluminense –, é necessário aprofundar-se nas bases que fundamentam a lógica de violência e matança pelas forças

[1] Rede de Observatórios da Segurança. **RJ: nove chacinas policiais em dois meses.** Disponível em: http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2021/03/A%C3%A7%C3%B5es-da-Pol%C3%ADcia-em-dois-meses.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

policiais. Nesse ponto, a análise deve passar, necessariamente, pelo entendimento de que o sistema de segurança pública sempre se pautou pelo racismo.

A associação entre o racismo e a letalidade violenta se explica pelo racismo institucional, por meio do qual as ações das instituições que compõem o aparato estatal e social evidenciam e reforçam a discriminação racial.

Como explica Silvio de Almeida, o racismo institucional revela o domínio de um grupo hegemônico sobre outro, mediante o estabelecimento de parâmetros discriminatórios pautados na raça. Para manter o controle, o grupo dominante não apenas se utiliza da violência, como também produz consensos sobre a sua dominação[2]. É o que leva boa parte da população brasileira a naturalizar as operações policiais perpetradas nos territórios das favelas, acreditando que aquela seria a única maneira de combater a violência neste âmbito. Nesse sentido, o racismo institucional perpetua as estruturas do colonialismo, cujas marcas estão entranhadas na história e no modo de atuar do Estado brasileiro.

Fato é que o Brasil adota um modelo de segurança pública falido, que não só é totalmente ineficiente no combate ao crime, como promove ainda mais violência e morte. E como se sabe, a violência institucional do Estado é direcionada a grupos específicos, sobretudo aos negros e pobres[3].

O que se vê nas ações de segurança pública realizadas pelas polícias brasileiras, notadamente nas favelas dos grandes centros urbanos, é uma verdadeira "política de extermínio e instrumentalização da vida levada a cabo pelo aparato estatal", mediada pelo racismo e entendida como "tecnologia do necropoder"[4]. É a necropolítica, como ensinada por Achille Mbembe.

A noção de necropolítica dialoga com o racismo estrutural e institucional, na medida em que "a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado"[5]. Por isso é que há muito se afirma estar em curso, no Brasil, um verdadeiro genocídio da juventude negra[6]. Trata-se de uma política muito bem pensada, que sob a escusa da "guerra ao crime" ou da "guerra às drogas", produz brutal violência direcionada aos corpos negros.

---

[2] ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 31-32.

[3] Dados do Atlas da Violência 2020, produzido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, nos fornecem números que corroboram tal afirmação. Para cada pessoa não negra assassinada em 2018, 2,7 negros foram mortos, estes últimos representando 75,7% das vítimas. Já a taxa de homicídio a cada 100 mil habitantes foi de 13,9 casos entre não negros, enquanto a atingida entre negros chegou a 37,8. Por sua vez, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020, produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, demonstrou que 79,1% das vítimas de intervenções policiais são negros e 74,3% são jovens de até 29 anos. Já na introdução do relatório, adianta-se que "os dados que serão apresentados, atualizados para 2019, não contradizem, em nenhum aspecto, as análises sobre vitimização de homicídios no Brasil que vêm sendo produzidas nos últimos anos: são os homens jovens negros as principais vítimas da violência letal no país". Links disponíveis em: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil). **Atlas da violência 2020**. [Brasília, DF]: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020. Acesso em: 18 mar. 2021. e ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2020. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 14, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

[4] CASSERES, Lívia; PIRES, Thula. Necropoder no território de favelas do Rio de Janeiro. *In*: CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 1., 2017, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: IBCCRIM, 2017. p. 1432.

[5] MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018. p. 17-18.

[6] Ver: VARGAS, João Costa. A diáspora negra como genocídio: Brasil, Estados Unidos ou uma geografia supranacional da morte e suas alternativas. **Revista da ABPN**, v. 1, n. 2, p. 31-65, jul./out. 2010. p. 38-39. Cf. também: https://www.geledes.org.br/tag/genocidio-da-juventude-negra/. Acesso em: 01 jun. 2022.

Ante essa racionalidade racista, as operações policiais no Rio de Janeiro são perpetradas sem que sejam estabelecidas regras claras sobre o uso de armamentos e blindados em áreas urbanas de significativa dimensão demográfica, colocando em risco a vida da população local (majoritariamente negra)[7] e produzindo alarmantes taxas de letalidade.

Mais do que isso, é interessante atentar para as observações propostas pelo professor Denilson Araújo de Oliveira, que numa leitura própria da definição de necropolítica, acentua que, no Brasil, este fenômeno está intrinsecamente relacionado com a geopolítica, na medida em que se observa a contenção espacial da população negra. É o que se convencionou chamar de "geocropolítica"[8].

Assim, o exercício desta política de matança delimita-se a espaços muito específicos, compreendidos como territórios "do inimigo", como é o caso das favelas, que são transformadas em territórios de exceção paralelos a uma ordem constitucional democrática. Na realidade, pode-se dizer que o regime de exceção nesses territórios tornou-se a regra e a violência ali produzida passou, ao longo da história, a ser vista com normalidade.

Por isso é que a discussão sobre a política de segurança pública adotada no Brasil, e mais especificamente no Rio de Janeiro, deve estar intrinsecamente relacionada com o debate racial. Impossível pensar em alternativas ao atual modelo sem que se desconstrua e reconstrua as bases sobre as quais as sociedades brasileira e fluminense foram concebidas.

4. FALÊNCIA DO ATUAL MODELO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Além de ser alicerçado no racismo institucional, o modelo de segurança pública adotado no Brasil ainda opera numa lógica perpetuadora das práticas autoritárias vigentes durante o regime militar, que naturalizam o uso da força a pretexto de combaterem a "criminalidade" e enfrentarem um "inimigo" externo[9]. Nem mesmo após a Constituição de 1988 este modelo foi totalmente superado: subsiste o ranço de uma política de segurança nacional na atuação das forças policiais, além da constante utilização dos efetivos das Forças Armadas em operações de segurança interna.

Sobre esse último ponto, existe no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal sobre o emprego das Forças Armadas em questões internas de segurança pública, quando a sua função precípua é, na verdade, a defesa do território e da população contra ameaças externas. Em um Estado constitucional e democrático de direito, a segurança pública interna é serviço que deve estar a cargo exclusivamente das polícias.

---

[7] ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015. p. 04-05.

[8] Nesse sentido, destaca-se: "É como se falássemos aqui de uma geografia dos sujeitos corporificados em sua condição geopolítica. Acrescentamos a proposta de Lima (2020) para compreender o exercício da necropolítica, a imbricação entre espaço, tempo e poder. Propomos uma geocropolítica dos corpos sensíveis, isto é, uma seletividade espaço-temporal de corpos racializados que são vistos como mais suscetíveis a serem mortos em determinados momentos do dia ou da noite" (OLIVEIRA, Denilson Araújo. Leituras geográficas e fanonianas do racismo, do trauma e da violência psíquica: alguns apontamentos teóricos. *In*: MAGNO, Patricia Carlos; PASSOS, Rachel Gouveia (org.). **Direitos humanos, saúde mental e racismo**: diálogos à luz do pensamento de Frantz Fanon. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020. p. 120.).

[9] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 12-13.

Contudo, o poder público se pauta no discurso de manutenção da ordem pública para tentar justificar o uso constante e desmedido das Forças Armadas na segurança pública interna. Assim, o emprego de agentes militares em operações policiais passa a fazer parte do *modus operandi* estatal, no que se promove uma naturalização do que deveria ser uma medida excepcional[10].

Ao longo dos últimos anos, tem sido comum, por exemplo, a ocorrência das chamadas operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), com embasamento nas Leis Complementares 97/1999 e 117/2004, que produziram efeitos diretos na política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, chamando as Forças Armadas a atuarem com alguma frequência.

Além disso, o Rio de Janeiro também passou recentemente por uma intervenção federal, a partir do Decreto 9.288/2018, com o objetivo de "pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública". Durante o período de dez meses de intervenção, admitiu-se o emprego de efetivos militares das Forças Armadas em diversas ações, estratégicas ou não.

De acordo com o Observatório da Intervenção, organizado pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), durante o período, a situação de violência institucional contra civis por parte das Forças Armadas se agravou. A intervenção federal colocou agentes militares nas ruas de forma ostensiva e produziu o aumento da letalidade violenta, levando ao registro de cinquenta e três chacinas no Estado do Rio de Janeiro[11].

A intervenção federal na segurança pública e o constante uso de efetivos militares nas operações de GLO demonstram que a lógica de guerra na resolução de problemas de segurança pública e no contexto de "combate à criminalidade" se perpetua no Estado brasileiro e, de forma agravada, no Rio de Janeiro.

Mas esse não é o único fator preocupante. Afinal, as próprias polícias brasileiras, com destaque para a Polícia Militar, ainda operam numa lógica militarista e autoritária, sob uma perspectiva de segurança nacional herdada do regime militar, que é totalmente incompatível com o princípio democrático[12]. As reformas institucionais que ocorreram no país desde a redemocratização não foram suficientes para superar o autoritarismo das forças policiais.

No Brasil, a declarada "guerra ao crime", pautada no enfrentamento em ambiente urbano, produz tantas mortes quanto as guerras civis e os conflitos armados contemporâneos observados em outros Estados[13]. A estratégia militarista de enfrentamento é marcada pelo combate a "inimigos" e "forças irregulares", com

---

[10] CASTRO, Caio Nogueira de. A Segurança Pública no Processo de (re)democratização no Brasil à luz da justiça de transição. *In*: BELLO, Enzo; FRISSO, Giovanna Maria; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). **Direitos Humanos e justiça de transição**. São Paulo: LiberArs, 2016. p. 39-55.

[11] OBSERVATÓRIO DA INTERVENÇÃO. **A intervenção acabou:** quanto custou? [Rio de Janeiro]: Centro de Estudo de Segurança e Cidadania, Universidade Cândido Mendes - CeSec/Ucam, 2018. Infográfico 09. Disponível em: http://observatoriodaintervencao.com.br/wp-content/uploads/2018/12/Infografico09_observatorio_ARTEFINAL_isp.pdf. Acesso em: 05 jun. 2022.

[12] ASSIS, Emerson Francisco. Justiça de transição e violência policial: reflexões críticas sobre a segurança pública no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018.

[13] Nesse sentido: "O Brasil, sem conflitos religiosos ou étnicos, de cor ou de raça, sem disputas territoriais ou de fronteiras, sem guerra civil ou enfrentamentos políticos, consegue a façanha de vitimar, por armas de fogo, mais cidadãos do que muitos dos conflitos armados contemporâneos, como a guerra da Chechênia, a do Golfo, as várias intifadas, as guerrilhas colombianas ou a guerra de liberação de Angola e Moçambique, ou, ainda, uma longa série de conflitos armados acontecidos já no presente século [...]." WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: homicídios por arma de fogo no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, [2015?]. Disponível em: http://flacso.org.br/files/2016/08/Mapa2016_armas_web-1.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

o emprego de mecanismos de guerra; por isso é quase natural que produza tantas mortes, seja de civis ou de agentes policiais.

E, mesmo em situações de guerra ou de conflito armado, a respeito da atuação de agentes das Forças Armadas dos países, a normativa internacional impõe a proteção da população civil potencialmente atingida. Por sua vez, as forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro, que deveriam estar submetidas às regras relativas à segurança pública, conseguem extrapolar o seu campo de atuação, violando até mesmo normativas atinentes aos protocolos de atuação em tempos de verdadeiras guerras ou conflitos armados, quando prepondera a perspectiva da segurança nacional.

Portanto, é indiscutível a existência de um cenário de massivas violações de direitos humanos produzidas pela atuação letal dos agentes de segurança pública em terras fluminenses. Inclusive, o Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso Favela Nova Brasília, oportunidade na qual se determinou a reformulação das políticas de segurança pública estatais para a redução da violência e da letalidade policial, em especial no Estado do Rio de Janeiro[14].

O caso trata de duas chacinas ocorridas no Rio de Janeiro em outubro de 1994 e maio de 1995, em Nova Brasília, comunidade localizada no Complexo do Alemão. Todas as violações foram cometidas por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro e resultaram na morte de vinte e seis jovens. Também houve ocorrências de tortura e violência sexual contra três meninas, duas menores de idade à época.

Na sentença, proferida em 16 de fevereiro de 2017, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro por não garantir a realização de justiça no caso, atribuindo-lhe responsabilidade internacional. A decisão frisou o problema da violência policial perpetrada por agentes brasileiros e a caracterizou como verdadeira violação dos direitos humanos, que atinge predominantemente jovens, negros e pobres[15].

Esse é um caso emblemático por escancarar a gravidade do problema versado e sua repercussão internacional, além de demonstrar que a violência policial em territórios marginalizados é um método deliberadamente adotado pelo Estado, que perpassa anos e anos e chega ao atual estágio da democracia brasileira sem que grandes mudanças tenham sido promovidas na política de segurança pública.

5. SEGURANÇA CIDADÃ E SEGURANÇA DOS DIREITOS

Diante do quadro apresentado, é importante que o Estado faça uso de ambientes democráticos e de diálogos com a sociedade civil, em busca de soluções concretas para que se comece a pôr fim à política de segurança pública de extermínio. Assim, propõe-se a ideia em torno da chamada "segurança cidadã", um conceito defendido no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e proposto para substituir a noção de segurança pública como pensada nos moldes atuais.

---

[14] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. San José: Corte IDH, [2017?]. p. 28-29. Na sentença, proferida em 16 de fevereiro de 2017, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro por não garantir a realização de justiça no caso, atribuindo-lhe responsabilidade internacional. O caso ainda não foi encerrado pela Corte e encontra-se, atualmente, em fase de supervisão de sentença.

[15] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. San José: Corte IDH, [2017?]. p. 28-29.

A segurança cidadã tem como foco a "construção de maiores níveis de cidadania democrática, tendo a pessoa humana como objetivo central das políticas, de maneira diversa da visão de segurança do Estado ou de determinada ordem política"[16]. De acordo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

> A segurança tem sido desde sempre uma das funções principais dos Estados. Indubitavelmente, com a evolução dos Estados autoritários para os Estados democráticos têm evoluído também o conceito de segurança. O conceito de segurança que se utilizava anteriormente se preocupava unicamente em garantir a ordem como uma expressão da força e supremacia do poder do Estado. [...] Assim, desde a perspectiva dos direitos humanos, quando na atualidade se fala de segurança, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade, mas trata-se de como criar um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas. Por isto, o conceito de segurança deve colocar maior ênfase no desenvolvimento de trabalhos de prevenção e controle dos fatores que geram a violência e a insegurança, ao invés de tarefas meramente repressivas ou reativas perante fatos consumados.[17]

Nessa medida, toda política de segurança deve ser pautada na promoção e na defesa dos direitos humanos, que são verdadeiros limites ao exercício arbitrário da autoridade estatal, ao mesmo tempo em que constituem "um resguardo essencial para a segurança cidadã, ao impedir que as ferramentas legais com as quais os agentes do Estado contam para defender a segurança de todos, sejam utilizadas para avassalar direitos"[18].

O abuso da autoridade policial constitui-se como verdadeira afronta à segurança dos cidadãos de um Estado, seja pela lógica de confronto e ocupação de determinados territórios urbanos (marginalizados e ocupados, preponderantemente, por corpos negros), seja pela diferente abordagem individual que se faz em relação a alguns grupos de indivíduos (citam-se, por exemplo, as buscas pessoais que deliberada e comumente são direcionadas a jovens negros nas ruas dos centros urbanos).

Ao contrário de fomentar o direito à segurança, como previsto no artigo 5º, caput, da Constituição da República e em diplomas internacionais, tais ações ameaçam gravemente a própria segurança individual e os demais direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, além dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Assim é que, segundo Alessandro Baratta, a política de segurança pública pode se apresentar por uma das duas direções opostas: o modelo de direito à segurança ou o modelo de segurança dos direitos. Este último representa a opção por uma política integral de proteção e satisfação de todos os direitos fundamentais e humanos[19].

Se a política de segurança pública se restringe a uma luta contra a "criminalidade" – que se sabe, é na verdade instrumentalizada para que se realize o controle dos

---

[16] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 8.

[17] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 7.

[18] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 9.

[19] BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2004. (Compilación in memoriam). p. 200-204.

excluídos (os negros, pobres e favelados) –, ela então se revela limitada e incompleta, devendo ser repensada sob a perspectiva da garantia de todos os demais direitos: a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade, e por aí em diante. Fala-se aqui do direito a ter direitos; da segurança dos direitos: aspecto elementar que parece ser privilégio de alguns grupos da sociedade brasileira, não tendo alcance para adentrar em territórios marginalizados como as favelas.

É interessante notar que o trabalho de Baratta analisa as diferenças entre uma política de segurança pública, pautada pelo direito à segurança, e uma política de segurança dos direitos, sob o enfoque dos excluídos. Qual lugar os excluídos (social e economicamente) ocupam em cada uma dessas frentes? No contexto de Estados pautados por valores neoliberais, por exemplo, em que há um abismo econômico e social entre os ricos e os pobres, que os distancia entre realidades diametralmente opostas e paralelas, tal distância entre os polos é que determina "os estereótipos do diferente e do perigoso, o conteúdo específico do sentimento de insegurança dos grupos sociais assegurados"[20]. Nessa medida, o direito à segurança marginaliza ainda mais os excluídos, pois é justamente em face deles que é operado; no Brasil, repita-se, os marginalizados da política de segurança pública são, sobretudo, os negros, pobres e favelados.

Por outro lado, a segurança dos direitos representa um modelo de inclusão, de proteção e realização dos direitos de todos, a começar pelos direitos das camadas mais vulnerabilizadas da sociedade. Antes de ser um modelo de segurança, é um modelo de desenvolvimento econômico e humano, uma política de direitos, um projeto de segurança da cidade, e, em última análise, um projeto de sociedade democrática.

Ademais, é possível refletir sobre a ideia da segurança dos direitos como algo que deva vir antes do direito à segurança e das políticas públicas de segurança. A segurança, nesse ponto, é um direito secundário, que atua como instrumento para que outros tantos direitos fundamentais, de ordem primária e prioritária, se realizem. E nesse ponto, a segurança cidadã complementa muito bem a concepção de segurança dos direitos: refere-se à construção de uma política que incorpore "os parâmetros de direitos humanos como guia" e "como limite instransponível para as intervenções do Estado"[21].

De fato, o modelo de segurança cidadã e a ideia de segurança dos direitos complementam-se mutuamente, na medida em que os direitos humanos são tomados como guia para a formulação e implementação de políticas públicas de segurança, ao mesmo tempo em que tais políticas devem ter como objetivo principal a realização destes direitos[22].

Até então, a ADPF das Favelas tem se desenvolvido como um processo muito importante para trazer tais conceitos e perspectivas para o debate público. A participação de coletividades e movimentos sociais de diversas frentes de atuação na proposição

---

[20] BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2004. (Compilación in memoriam). p. 210-211. Livre tradução.

[21] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 21.

[22] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC: CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. p. 22.

de alternativas à política de matança do Estado do Rio de Janeiro concretiza um dos princípios da segurança cidadã, que é a abertura à participação social e democrática. Além disso, os debates já travados no âmbito da ação revelam a primordial preocupação com a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos na reformulação da política de segurança pública no estado.

6. O IMPORTANTE PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INTERMEDIADORA DA DISCUSSÃO

Diante do cenário narrado, o STF está tendo, com a ADPF 635, a oportunidade de exercer o seu genuíno papel de Corte Constitucional, chamado a uma atuação contramajoritária em prol dos direitos fundamentais e humanos de toda a população das favelas e comunidades do Rio de Janeiro.

As Cortes Constitucionais ocupam um espaço de maior relevância nas sociedades democráticas ao limitarem a ação do poder político em face dos particulares, garantirem que as ações do Estado estejam em conformidade com a Constituição Política e atuarem na efetivação dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos.

Nesse sentido, é indiscutível a relevância do STF para a afirmação dos valores constitucionais do país, mediante o exercício da jurisdição constitucional abstrata e concreta. Sobretudo a partir da virada constitucional de 1988, o STF passou a ocupar uma posição central no cenário político brasileiro, o que deve incluir, necessariamente, a atuação em prol da efetivação de direitos fundamentais, como o que ocorre na discussão proposta pela ADPF das Favelas.

A Corte Constitucional não é a única, mas pode se constituir como uma das mais importantes instâncias de proteção e efetivação dos direitos em um país, ainda mais diante de um cenário de massivas violações a direitos humanos de um grupo específico, que, ao fim e ao cabo, são perpetradas por braços estatais.

Mas, além do STF, outras instituições e atores políticos são fundamentais no processo de guarda da Constituição brasileira e promoção dos direitos, com destaque para a própria sociedade civil, em benefício da qual são estabelecidas as regras constitucionais. A defesa da Constituição deve ser promovida de forma conjunta, na construção dos diálogos constitucionais e dos diálogos com a cidadania[23]. Por isso a ADPF das Favelas emerge como um caso paradigmático da atuação da Corte Constitucional em diálogo com a sociedade civil, sendo muitas de suas resoluções, até aqui, construídas em conjunto, a partir das manifestações de diversas entidades sociais e organismos de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o STF tem atuado como um intermediador qualificado para promover o diálogo entre a sociedade civil organizada e o Estado. Do contrário, uma atuação exclusiva e direta da sociedade na defesa da Constituição e de seus próprios direitos, além de ter poucas chances de êxito, dificultaria muito o sucesso das lutas

[23] Nessa acepção, Daniel Capecchi defende que "o Tribunal aja como uma caixa de ressonância das demandas minoritárias – ou, no caso da sociedade brasileira, muitas vezes majoritárias – que não conseguem se traduzir na esfera pública por meio das instituições tradicionalmente representativas, amplificando-as e traduzindo-as na linguagem da Constituição." Cf. NUNES, Daniel Capecchi. O STF como caixa de ressonância: as demandas por direitos de minorias e a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa**, n. 6, 2017-2018. p. 375.

dos movimentos sociais por demandas de índole política e social. O esforço em prol da reformulação de políticas públicas necessita da atuação deste intermediador qualificado, sobretudo, no que concerne à segurança pública, um assunto muito caro à maior parte da sociedade brasileira e que há muito se tornou pauta eleitoral.

Assim é que se conclui que as pautas em discussão na ADPF das Favelas contam com o potencial emancipador da atuação da Corte Constitucional brasileira, e, acima de tudo, se coadunam com os modelos de segurança cidadã e de segurança dos direitos, que trazem os direitos humanos para a posição central do debate.

Espera-se que a população fluminense possa sentir efeitos concretos dessa mobilização em torno da ação e da decisão do STF – e que, em última análise, o texto constitucional seja levado para a realidade social, permitindo às comunidades das favelas sentirem que seus direitos de fato são assegurados pelas polícias, e não o contrário.

7. CONCLUSÃO

Presencia-se no Brasil, e especialmente no Estado do Rio de Janeiro, uma completa subversão do papel das forças policiais, que são instruídas pela militarização da segurança interna e pela promoção de uma política de extermínio nas favelas, em grave violação aos direitos fundamentais e humanos da população.

A violência policial militarizada, a segregação espacial e a morte prematura continuam a afetar desproporcionalmente a população negra, na medida em que as favelas foram transformadas em verdadeiros territórios de exceção[24].

Por isso, é imperativo e urgente que se pense em reformas estruturais da política de segurança pública, em prol da criação de uma cultura de respeito à cidadania e aos direitos humanos e da construção de uma política de segurança efetiva, que influencie positivamente nos números da letalidade violenta.

Nesse ponto, o julgamento da ADPF 635 pelo STF – que exerce nessa oportunidade o seu autêntico papel de Corte Constitucional – é um importante marco para a discussão em torno da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, que abre espaço para a proposição de alternativas ao atual modelo, sendo possível ventilar ideias e práticas próprias do modelo de segurança cidadã, orientadas pela premissa básica da segurança dos direitos.

REFERÊNCIAS

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

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho!**: homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

[24] VARGAS, João Costa. A diáspora negra como genocídio: Brasil, Estados Unidos ou uma geografia supranacional da morte e suas alternativas. **Revista da ABPN**, v. 1, n. 2, p. 31-65, jul./out. 2010, p. 38-39.

ASSIS, Emerson Francisco. Justiça de transição e violência policial: reflexões críticas sobre a segurança pública no Brasil. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Salvador, v. 4, n. 1, jan./jun. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2004. (Compilación in memoriam).

CASSERES, Lívia; PIRES, Thula. Necropoder no território de favelas do Rio de Janeiro. *In*: CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS, 1., 2017, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

CASTRO, Caio Nogueira de. A Segurança Pública no Processo de (re)democratização no Brasil à luz da justiça de transição. *In*: BELLO, Enzo; FRISSO, Giovanna Maria; MARTINELLI, João Paulo Orsini (orgs.). **Direitos humanos e justiça de transição**. São Paulo: LiberArs, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre Segurança cidadã e direitos humanos**. Washington, DC*:* CIDH, 2009. Título original: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**: sentença de 16 de fevereiro de 2017. San José: Corte IDH, [2017?].

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 18 mar. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil). **Atlas da violência 2020**. [Brasília, DF]: Ipea, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020. Acesso em: 18 mar. 2021.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018.

NUNES, Daniel Capecchi. O STF como caixa de ressonância: as demandas por direitos de minorias e a dimensão objetiva da impermeabilidade constitucional. **Revista da Procuradoria Geral do Município de João Pessoa**, n. 6, 2017-2018.

OBSERVATÓRIO DA INTERVENÇÃO. **A intervenção acabou:** quanto custou? [Rio de Janeiro]: Centro de Estudo de Segurança e Cidadania, Universidade Cândido Mendes - CeSec/Ucam, 2018. Infográfico 09. Disponível em: http://observatoriodaintervencao.com.br/wp-content/uploads/2018/12/Infografico09_observatorio_ARTEFINAL_isp.pdf. Acesso em: 05 jun. 2022.

OLIVEIRA, Denilson Araújo. Leituras geográficas e fanonianas do racismo, do trauma e da violência psíquica: alguns apontamentos teóricos. *In*: MAGNO, Patricia Carlos; PASSOS, Rachel Gouveia (orgs.). **Direitos humanos, saúde mental e racismo**: diálogos à luz do pensamento de Frantz Fanon. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. **RJ: nove chacinas policiais em dois meses**. Disponível em: http://observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2021/03/A%C3%A7%C3%B5es-da-Pol%C3%ADcia-em-dois-meses.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

VARGAS, João Costa. A diáspora negra como genocídio: Brasil, Estados Unidos ou uma geografia supranacional da morte e suas alternativas. **Revista da ABPN**, v. 1, n. 2, p. 31-65, jul./out. 2010.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: homicídios por arma de fogo no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, [2015?]. Disponível em: http://flacso.org.br/files/2016/08/Mapa2016_armas_web-1.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

A CULTURA DE RESISTÊNCIA À EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA COMPREENSÃO UNITÁRIA DA SISTEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CULTURE OF RESISTANCE TO THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION NORMATIVE FORCE AND UNITARY UNDERSTANDING OF THE SYSTEMATIC OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Luís Henrique Linhares Zouein
Professor de Direito Constitucional em cursos de Pós-Graduação
e preparatórios para concursos
Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF)
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro
E-mail: luis.zouein@defensoria.rj.def.br

Resumo: O principal objetivo deste artigo é identificar os fatores jurídicos (ou mesmo extrajurídicos) mais relevantes, assim como os argumentos deles decorrentes, que comprometem a efetividade dos direitos sociais, sobretudo a classificação das normas, quanto à eficácia, como meramente programáticas, e alegações econômico-financeiras, à luz da força normativa da Constituição e da compreensão unitária da sistemática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: efetividade dos direitos sociais; judicialização dos direitos sociais; força normativa da Constituição; compreensão unitária dos direitos fundamentais; custos dos direitos.

Abstract: The main objective of this article is to identify the most relevant legal (or even extralegal) factors, as well as the arguments arising from them, that compromise the effectiveness of social rights, especially the classification of norms, in terms of effectiveness, as merely programmatic, and economic-financial claims, in the light of the constitution normative force and the unitary understanding of the fundamental rights system.

Keywords: effectiveness of social rights; judicialization of social rights; constitution normative force; unitary understanding of fundamental rights; rights costs.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, tais quais saúde e educação, costumam ser colocados como uma das pautas mais importantes na esfera política e em outras instâncias deliberativas,

sejam elas estatais ou no seio da sociedade civil. Progressistas e conservadores podem até discordar quanto ao modelo, mas concordam em que não há direito à vida sem saúde e não há exercício real de autonomia sem educação.

Em que pese seja este o discurso, na arena jurídica vigora uma enraizada cultura de resistência à efetividade dos direitos sociais. Consciente ou inconscientemente, diversas teorias, classificações, conceitos ou argumentos jurídicos são desenvolvidos para atribuir, em especial na prática forense, uma menor efetividade dos direitos sociais se comparados aos direitos individuais.

Para além da construção de uma (pseudo)dogmática que reduz a possibilidade de intervenção do Sistema de Justiça nesta esfera, mesmo diante de inescusáveis omissões na arena política, outras tantas teorias são capturadas indevidamente, como a classificação de José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais.

A visão compartimentada da sistemática dos direitos fundamentais, alheia à realidade político-administrativa e desprovida de cientificidade do ponto de vista normativo, acaba também por fomentar o discurso de que os direitos sociais seriam mais custosos que os direitos individuais, desconsiderando a inegável premissa de que todos os direitos possuem custos.

Tais argumentos jurídicos ou extrajurídicos, contudo, não se sustentam diante de uma análise humanista, socialmente responsável e juridicamente técnica da matéria.

2. O ETIQUETAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA (E RESPONSÁVEL) DO PENSAMENTO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA À LUZ DO RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

A classificação desenvolvida por José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais, em sua célebre obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", é trabalhada em todos os manuais de Direito Constitucional e, com base neles, uma das mais citadas na prática forense (em especial pela Advocacia Pública, mas também por muitos membros do Ministério Público e da Magistratura) para defender um reduzido (ou mesmo inexistente) grau de efetividade dos direitos sociais, sobretudo na esfera do Sistema de Justiça.

Isso porque as normas constitucionais que consagram direitos como saúde (art. 6º c/c 196 da Constituição Federal) e educação (art. 6º c/c 205 da CRFB) seriam meramente programáticas e, por consequência, não autoaplicáveis. Em decorrência disso, tais direitos até poderiam ser exigidos pelo cidadão e pela sociedade civil na esfera política, mas, dificilmente, na arena propriamente jurídica.

De fato, para José Afonso da Silva, as normas constitucionais se classificam, quanto à eficácia, em: 1) normas de eficácia plena; 2) normas de eficácia contida; e 3) normas de eficácia limitada. Estas, por sua vez, subdividem-se em: 3.1) normas de princípio institutivo; e 3.2) normas programáticas. E é quanto a estas últimas que reside a grande controvérsia, decorrente da distorção (consciente ou inconsciente) ou desconhecimento (devido ao estudo por meio de "manuais sistematizados" que forja boa parte dos integrantes do Sistema de Justiça) do pensamento do autor.

Já no início da primeira edição da obra, datada de 1968, José Afonso da Silva mostra os filtros que nortearão o restante do livro:

> É paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o direito dotado de supremacia e de superlegalidade, sejam as de eficácia menos efetivas e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade. Quantas normas constitucionais ficam letra morta![1]

Negar aplicabilidade direta e imediata a qualquer norma constitucional, sobretudo àquelas que consagram direitos fundamentais (gênero do qual os direitos sociais são espécie – e quanto a isto nem mesmo os liberais mais conservadores ousam discordar), não é apenas negar vigência ao art. 5º, § 1º, da CRFB, quando dispõe que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", mas, em última análise, negar sua própria natureza jurídica e retomar a Constituição (ou parte dela) como documento político (e não jurídico) ou mera "exortação moral ao legislador". De fato, expressamente ou, mais comumente, por vias transversas, "não poucos autores negam juridicidade às normas constitucionais programáticas. Seriam normas sem conteúdo imperativo por impraticabilidade"[2].

Contudo, o etiquetamento de determinadas normas consagradoras de alguns direitos fundamentais, como os sociais (associados aos movimentos socialistas), em detrimento de outros, como os individuais (associados aos movimentos liberais-burgueses), é, na maior parte das vezes, desprovido de qualquer cientificidade e racionalidade, mas uma mera conduta ideológica. Geralmente, opta-se por classificar como programática "toda norma constitucional incômoda"[3]. É fácil angariar capital político quando se defende, no discurso, a positivação dos direitos sociais, mas, nos bastidores, perpetua-se uma cultura de resistência à efetividade destes direitos e constrói-se uma dogmática jurídica pela sua inefetividade. Para isso, basta categorizá-los como normas programáticas e associar este instituto à separação de poderes e aos custos dos direitos. Ajudaria muito se intermináveis elucubrações doutrinárias e jurisprudenciais cedessem espaço às expectativas constitucionais decorrentes da positivação de um catálogo de direitos fundamentais[4]. Desde aquela época (1968),

> A maioria dos autores, porém, tece severas críticas a essa teoria, e seria mesmo de estranhar houvesse numa constituição rígida, instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade, normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de serem inscritas nela, atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo.[5]

A complexa e sofisticada construção teórica de José Afonso da Silva buscava justamente o oposto: a busca por mais efetividade das normas constitucionais, em geral,

---

[1] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 4.

[2] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 138.

[3] Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 139.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. *In:* SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 14.

[5] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 73.

e dos direitos fundamentais, em especial, inclusive dos direitos sociais. Para realizar esta constatação, basta ler a obra original. O autor, definitivamente, é um homem à frente de seu tempo. Em 1968, reconhecia que

> Se uma constituição é um documento jurídico, um sistema normativo, e fundamentalmente jurídico, não forma sentido admitir que, nesse conjunto normativo, existam disposições não jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas. [...]
> Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido das normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações recíprocas.[6]

Parte da distorção do pensamento de José Afonso da Silva decorre do entendimento de que sua teorização é mero desdobramento da classificação estadunidense em normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, ainda que repudiada expressamente pelo autor[7], "pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade".

Ademais, nem as normas tidas como autoaplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante atividade legislativa, administrativa ou mesmo judicial, nem as tidas como "não autoaplicáveis" são desprovidas de normatividade, imperatividade e eficácia, pois produzem efeitos jurídicos, "ainda que [de forma] relativa e reduzida"[8]. Definitivamente, "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia"[9].

José Afonso da Silva, desde o princípio, atentou-se que sua construção teórica poderia ser deturpada. Por isso, adiantou-se ao defender que:

> A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições.[10]

Ora, mas é justamente o autor quem desenvolve a classificação e a categoria das normas programáticas, indo além do que a doutrina estrangeira ofertava até aquele momento. Já afirmamos aqui que seu objetivo era justamente promover a eficácia dos direitos sociais. Em que momento, como ou por que sua teoria foi capturada? Os motivos são menos jurídicos e mais econômico-financeiros e ideológicos, mas passam também por um estudo superficial de seu pensamento.

José Afonso conceitua as normas programáticas como

> aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos,

---

[6] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 40-42.

[7] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 68.

[8] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 69.

[9] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 75.

[10] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 80.

> jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.[11]

Quando o autor desenvolveu sua teoria e associou as normas programáticas aos direitos sociais (e, de fato, o fez, quando categorizou muitos deles como "normas constitucionais sócio-ideológicas"[12]), jamais o fez pensando em dispositivo análogo ao atual art. 6º da Constituição e os direitos sociais nele elencados. Quanto ao direito à saúde, por exemplo, o próprio Poder Constituinte trouxe minúcias normativas entre os artigos 196 e 200. Já quanto ao direito à educação, o mesmo se deu entre os artigos 205 e 214. Analítico e prolixo como é nosso legislador constituinte, talvez tenha ido além do que cabia a um texto constitucional. Mas a verdade é que o fez.

E, ainda que se tomassem os direitos sociais (em profunda distorção do pensamento do autor) como normas meramente programáticas, que se utilize a teoria inteira, pois José Afonso da Silva é expresso ao afirmar que mesmo as normas programáticas "criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem"[13].

Em verdade, o fez pensando em normas tais quais o atual art. 3º da Constituição de 1988 e seus incisos, que consagram objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), ou, ainda, o art. 170, quando dispõe que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (*caput* acompanhado de princípios consagrados em seus nove incisos).

Estas, sim, seriam normas programáticas de acordo com uma análise crítica e responsável do pensamento de José Afonso da Silva. Ainda assim, mesmo quanto a elas, reconhece que "vinculam todo o poder público, e abre[m] campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possa)"[14]. E mais:

> esse comportamento e comando, delas resultantes, criam uma situação, não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiarem com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundadas, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito.[15]

E não é só. Para José Afonso da Silva, as normas programáticas possuem uma "característica teleológica"[16] e servem como base de todo o regime jurídico-político vigente. São, portanto, normas centrais e especialmente relevantes do ponto de vista

---

[11] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 132.

[12] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 177 e seguintes.

[13] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 150.

[14] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 134.

[15] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 140.

[16] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 141.

material e axiológico. Disto decorre também o reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa e servem, igualmente, como vetores de aplicação da lei[17].

> [...] elas se manifestam exatamente como aqueles critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como a todo intérprete e aplicador do direito objetivo.[18]

A instrumentalização da classificação de José Afonso da Silva para promover a inefetividade dos direitos sociais faz ainda menos sentido quando, desde 1959, Konrad Hesse[19] defende a força normativa da Constituição. O autor alemão não é ingênuo a ponto de colocar o dever-ser em posição de superioridade ou de primazia em detrimento do ser. Em que pese crítico de uma concepção sociológica como a de Ferdinand Lassalle, o que há, para o autor, é uma relação de coordenação entre a normatividade e a realidade. O jurídico deve ser pensado e construído tendo como ponto de partida e como limite o chão da vida. Mas, não só pode, como deve, ter a pretensão de regular e de transformar a realidade que ensejou sua edição. Há um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social:

> A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.[20]

Se, de um lado, é reconhecido que a Constituição é incapaz de ter força normativa se ela desconsidera a realidade subjacente que pretende regrar, tampouco deve ser tida como mera expressão do ser. A Constituição não é a parte mais fraca da relação e, menos ainda, "mera folha de papel". Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social[21], e sua força normativa não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade.

> A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos

[17] Neste sentido: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 142.

[18] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 143.

[19] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

[20] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

[21] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

> de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só vontade de poder, mas também vontade de Constituição.[22]

Fica claro, nesta passagem, que um desenvolvimento ótimo da força normativa da Constituição, com impacto direto na efetividade dos direitos sociais, depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis[23], influenciada por uma cultura de resistência à efetividade dos direitos sociais que deve ser superada na esfera política, por meio da luta por mais dignidade, e, na esfera jurídica, por meio da construção de bases dogmáticas dotadas de cientificidade e de racionalidade.

Do ponto de vista jurídico, importante instrumento de superação de correntes que defendem (e banalizam) o etiquetamento de normas como programáticas para negar sua aplicabilidade direta e imediata ou, pior, sua natureza jurídica, é o princípio da juridicidade.

A partir do reconhecimento do papel central da Constituição e da normatividade dos princípios, a legalidade (clássica) deixa de ser o único parâmetro para verificação do atuar administrativo. Fala-se, justamente, em princípio da juridicidade. Este amplia a margem de controle dos atos supostamente discricionários levados a efeito pelo Sistema de Justiça para garantir que uma alegação de mérito não seja um artifício ou escudo à violação da ordem jurídica.

A atuação político-administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei (em sentido estrito), mas também pelo respeito às normas constitucionais, inclusive seus princípios (sejam eles expressos ou implícitos), com o objetivo de efetivar direitos fundamentais. A própria ideia de legitimidade do Direito passa a ser aqui debatida. Não há como admitir uma suposta discricionariedade ou espaço de mérito político-administrativo ao arrepio da própria Constituição e da máxima efetividade de suas normas, sob pena de "violenta frustração da vontade constituinte"[24].

A maior ou menor abertura semântica (indeterminação do conteúdo), e mesmo eventual remissão expressa à lei, não poderá consistir, portanto, em obstáculo intransponível à sua aplicação imediata e exigibilidade judicial, ainda que os efeitos concretos a serem extraídos das normas de direitos sociais possam variar de norma para norma ou de direito para direito, o que nada os distancia dos direitos individuais.

Quanto à abertura semântica, aliás, os já citados artigos 196 a 200 (direito à saúde) e 205 a 214 (direito à educação) parecem trazer muito mais certezas semânticas do que normas consagradoras dos mais diversos direitos individuais, de normatividade e autoaplicabilidade incontestáveis na prática forense, como o direito à vida (que a Constituição sequer define ou traz parâmetros sobre o início ou o fim de sua proteção jurídica – art. 5º, *caput*, da CRFB), a liberdade de expressão (por todos: art. 5º, inciso IV, da CRFB – qual é o sentido, o alcance e os limites da liberdade de expressão? Trata-se

---

[22] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

[23] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

[24] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 693.

de um dos debates mais intensos nas sociedades democráticas liberais), a propriedade (art. 5º, incisos XXI e XXIII da CRFB – o que é função social da propriedade? Quando uma propriedade atende sua função social? Qual o nível de proteção conferida pelo ordenamento jurídico a este direito quando de sua função social se distancia?) ou mesmo o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CRFB – há norma mais carente de integração legislativa ulterior do que a que consagra este direito? O que é devido processo – legal – senão aquilo que definido pela lei?).

De fato, as normas constitucionais que consagram os direitos sociais (embora não apenas), em regra, são construídas com razoável abertura semântica. Por isso, boa parte de sua concretização deveria ficar no âmbito político, por meio de um atuar humanisticamente dirigido, solidário, probo e responsável por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Mas também a política, sobretudo numa constituição analítica e que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB), afigura-se, em boa medida, "juridicizada"[25].

Ademais, todo signo linguístico, assim como todo dispositivo constitucional (texto), possui zonas de incertezas, mas também zonas de certeza. Se tomamos a norma como produto da interpretação do texto, à luz de um contexto (realidade), concluímos que, ao menos com relação a determinados casos concretos, não há a menor dúvida de que os artigos 6º e 196 da Constituição (direito à saúde), combinados, garantem posições subjetivas certas e determinadas de um indivíduo ou de uma coletividade, seja em face do Estado, seja em face de outros particulares.

Também é esta a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, em primorosa obra com o título "Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais":

> Ora, desde o instante em que é reconhecível um significado central, incontrovertível, da palavra, nenhuma razão existe para diferir a aplicação do preceito para o instante em que norma ulterior venha a recortar o campo de suas fronteiras mais estendidas.
> Por certo, é da mais indubitável conveniência que a legislação dissipe as áreas brumosas destes conceitos e precise, com rigor, o alcance exato de cada um deles. Daí não se segue, entretanto, que os interessados fiquem impedidos de fruir tais direitos – e de exigi-los, judicialmente, se desatendidos – caso os Poderes Públicos forem inertes na emissão das providências especificadas ou se derem aos conceitos utilizados pela linguagem constitucional uma dimensão inferior ao significado mínimo que podem comportar numa intelecção normal, razoável.[26]

E complementa:

> A existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos nas regras concernentes à Justiça Social não é impediente a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluído que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que

[25] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

[26] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

> a ausência de lei definidora obsta à identificação do conceito e à invocação do correlato direito.[27]

Quantas prisões preventivas não são decretadas com fundamento na "garantia da ordem pública" (art. 312 do Código de Processo Penal)? Mas, afinal, o que significa ordem pública? Na prática, aquilo que o julgador quer que signifique. A doutrina e a jurisprudência responsáveis até buscam preencher e limitar seu conteúdo (e, por consequência, seu alcance), garantindo, assim, um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade.

No chão da vida, contudo, a expressão "ordem pública" é, comumente, alegada para privar indivíduos de sua liberdade de locomoção sem qualquer fundamentação concreta e sem que a doutrina se oponha à sua utilização e, pior, sem que decisões como estas sejam declaradas inválidas por ausência de fundamentação, quando o próprio CPP reconhece que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso" (art. 315, § 2º, inciso II).

É por isso que o conceito, no âmbito do processual penal, ganha contornos de inconstitucionalidade. No entanto, raros são os autores neste sentido. Curiosamente, para privar direitos do indivíduo, pouco se opõe à utilização de expressões com tamanha abertura semântica. Para deixar de garanti-los, as mais diversas teorias e argumentos são construídas.

Logo, extrai-se do acima exposto que a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo induvidoso de sua significação[28] (zona de certeza).

Em um ordenamento jurídico que tem o humanismo como valor supremo (art. 1º, inciso III, da CRFB), há alguma dúvida, no campo do dever-ser, de que um indivíduo hipossuficiente do ponto de vista econômico e com câncer pode exigir, em face dos entes políticos, tratamento de quimioterapia indicado pelos médicos assistentes como único capaz de combater a patologia, incorporado aos atos normativos do SUS, de acordo com os parâmetros da Anvisa, e, por consequência, consagrado pela comunidade científica como seguro e eficaz? Parece que não. Talvez, os custos sejam instrumentalizados para fragilizar a eficácia desta pretensão. De fato, para levar os direitos a sério, é preciso também levar a sério seus custos. O assunto será em breve abordado.

Ora, como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Quanto à primeira (dimensão subjetiva), ou seja, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, está em causa a possibilidade de serem exigíveis, em favor de seus respectivos titulares, em face de seus destinatários. A despeito das objeções citadas ao longo deste artigo, defendemos não haver dúvidas quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo definitivo (portanto, gerador de uma obrigação de prestação por parte do destinatário),

---

[27] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

[28] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

ao menos no plano do mínimo existencial (que será construído com base na comunidade de princípios em que estamos inseridos), concebido como garantia (fundamental) de condições materiais mínimas para uma vida com dignidade[29].

O desrespeito a um direito fundamental pela falta de sua concretização por órgãos estranhos ao Sistema de Justiça autoriza, sobretudo em casos de mais aguda gravidade, que o Magistrado, desde que provocado, imponha providências concretas, estimadas necessárias (pela ordem jurídica e pela ciência) para que a omissão não provoque danos ou, ao menos, não agrave o dano que gera. Determinação desta natureza não deve ser censurada como hostil à separação de poderes[30].

Não há que se falar, portanto, em violação ao princípio da separação dos poderes quando o Sistema de Justiça intervém no intuito de garantir estes direitos. Afinal, "seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes"[31]. A organização do Estado e a limitação do poder são técnicas jurídico-políticas para promover direitos fundamentais, e não fins em si. Por isso, é também uma distorção a sistemática alegação de separação de poderes para deixar de garantir o fim a que ela (separação de poderes) se destina.

A questão é ainda mais absurda quando se percebe que direitos sociais, como educação (por meio, por exemplo, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e saúde (por meio, por exemplo, da Lei do SUS), possuem leis regentes e todo um complexo normativo infraconstitucional e infralegal, decorrentes de escolhas políticas, que garantem de forma ainda mais clara e específica, de um lado, direitos subjetivos aos cidadãos, e, de outro, deveres assumidos por parte do Estado. Se, por exemplo,

> o Estado brasileiro assumiu a política de distribuição de determinado medicamento, mesmo que caro, significa que já fez uma ponderação política, econômica e social com os próprios membros da comunidade sobre a possibilidade de distribuição de tal medicamento. Não pode, assim, simplesmente deixar de distribuir![32]

A conclusão é pela possibilidade de atuação do Sistema de Justiça para a concretização de direitos sociais previstos constitucionalmente. É irrecusável, em um ordenamento que garante a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB), o direito dos cidadãos de postular jurisdicionalmente as posições subjetivas que decorrem das normas constitucionais reguladoras da Justiça Social[33]. O Magistrado não irá substituir o gestor público, mas sim compeli-lo a cumprir o programa constitucional vinculante.

---

[29] SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 642.

[30] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 165.

[31] STJ. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014.

[32] OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 245.

[33] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

3. UMA COMPREENSÃO UNITÁRIA DA SISTEMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TODOS OS DIREITOS SÃO POSITIVOS; TODOS OS DIREITOS IMPÕEM UM DEVER DE RESPEITO, PROTEÇÃO E PROMOÇÃO; TODOS OS DIREITOS POSSUEM CUSTOS

Outra classificação dentre as mais recorrentes na doutrina constitucional e que, em boa medida, também influencia na efetividade dos direitos sociais e na prática forense, é aquela que, em síntese, divide os direitos fundamentais em negativos (ou de defesa) e positivos (ou prestacionais).

Os direitos de defesa se caracterizariam por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Em síntese, um não fazer. São espécies os direitos civis e políticos, tais quais a vida, as liberdades e a propriedade. Karel Vasak os enquadrava dentre os direitos de primeira geração, enquanto Georg Jellinek os alocava dentre as manifestações do denominado *status* negativo.

Enquanto os direitos de defesa visariam, segundo posição clássica, assegurar o *status quo* do indivíduo, os direitos positivos exigiriam por parte do Estado um fazer para atenuar desigualdades. Haveria a necessidade de uma conduta comissiva do Poder Público, constituindo uma obrigação de dar, de fazer ou de prestar, o que inclui prestações de natureza material (ex: fornecer medicamento) e de natureza normativa (ex: criminalizar condutas). Como consequência, assegura aos indivíduos pretensões positivas perante o Estado. Significa que o indivíduo tem direito a algo em face do Estado, situação da qual derivam (ou deveriam derivar) autênticos direitos públicos subjetivos[34]. Corresponderiam aos direitos de segunda dimensão, na classificação de Vasak, ou aos direitos decorrentes do *status* positivo, nas lições de Jellinek.

Essa distinção, tradicionalmente admitida por grande parte da doutrina, impactou na justiciabilidade dos direitos fundamentais, prestigiando os direitos individuais, na comparação com os direitos sociais. Poderia até ser verdade (e com esta afirmação tendemos a não concordar, pois desprovida de base objetiva) que, "em geral, os direitos sociais são os mais dependentes de atuações estatais positivas"[35]. Talvez a afirmação esteja correta se nos atermos apenas às expectativas sociais. De fato, é mais intensa a expectativa de que o Estado não censure (comportamento negativo) ou forneça medicamentos (comportamento positivo).

Ocorre que *todos* os direitos impõem ao Estado deveres de fazer e não fazer, ainda que em maior ou menor intensidade[36]. Por isso, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein[37], não sem razão, chegam a afirmar que todos os direitos são positivos, o que dá nome ao Capítulo 1 de sua obra "O custo dos direitos: por que a liberdade

---

[34] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 506.

[35] NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 312.

[36] MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 641-642. Fazendo semelhante afirmação: SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 98.

[37] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 23-35.

depende dos impostos". Também é verdade que não se pode proibir que se façam esforços de simplificação, que podem até ser úteis para alguns fins. A questão é saber se uma determinada simplificação ajuda a esclarecer a realidade[38] ou tem grande potencialidade de ser capturada para reduzir a efetividade dos direitos fundamentais.

Esta classificação (entre direitos negativos e positivos), contudo, é reducionista da complexidade social, política e jurídica da matéria. Isso porque defendemos que todos os direitos fundamentais implicam um dever de respeito, proteção e promoção.

O Estado respeitará (dever de respeito) direitos fundamentais quando não os violar por quaisquer de suas manifestações ou condutas. Estará observado o dever de respeito quanto ao direito à vida, por exemplo, quando as agências de criminalização secundária não mais promoverem o genocídio da juventude negra por meio de incursões armadas, violentas e banalizadas em comunidades periféricas. O dever de respeito também estará observado quando as forças policiais deixarem de violar o domicílio dos moradores fora das hipóteses constitucionais.

O dever de respeito, contudo, não se resume aos direitos individuais. Da mesma forma, os direitos sociais possuem esta dimensão. Ora, esta dimensão também é violada quando o Ministério da Saúde promove a distribuição de "kit covid" no SUS, no sentido oposto do que defende a comunidade científica, atentando, por meio de um atuar positivo, contra o direito à saúde, em suas dimensões individual e difusa. O mesmo se dá quando o Presidente da República nega, em sucessivos pronunciamentos, a efetividade das vacinas contra Covid. Percebe-se que o dever de respeito exige, preponderantemente, uma abstenção (não fazer) por parte do Estado.

O Estado protegerá (dever de proteção) os direitos fundamentais, por exemplo, quando implementar mecanismos legislativos, político-administrativos e jurisdicionais que permitam que a violência estrutural de gênero no país, sistematicamente praticada também por particulares, que tem os índices alarmantes de feminicídios como a tragédia mais escancarada, seja combatida por um atuar estatal, sempre movido por uma perspectiva de gênero, e que as garantias penais e processuais penais tenham a função não de criminalizar a pobreza, mas de reprimir de forma proporcional ou, preferencialmente, prevenir violações aos bens jurídicos mais essenciais da pessoa humana, sobretudo de grupos historicamente vulnerabilizados, como as mulheres.

Mas não apenas os direitos individuais (como o direito à vida das mulheres) possuem esta dimensão. No âmbito dos direitos sociais, o Estado protegerá direitos quando implementar políticas públicas efetivas que permitam a vacinação em massa da população brasileira, garantindo, assim, a saúde individual e coletiva. Percebe-se que o dever de proteção exige, preponderantemente, condutas comissivas (dar, fazer ou prestar) por parte do Estado.

Por fim, o Estado promoverá (dever de promover) direitos fundamentais quando, por meio de suas manifestações e condutas, elevar os patamares quantitativos e qualitativos de exercício. O Estado promoverá o direito à propriedade (que atenda a sua função social) quando, por exemplo, realizar uma reforma agrária e/ou uma política de moradia urbana efetivas que garantam aos cidadãos mais acesso aos meios

[38] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 26.

de produção (como a terra) e mais moradia (quantidade) digna (qualidade). Quanto a este exemplo, percebe-se que, com uma só política pública, serão promovidos os direitos como o de propriedade (direito individual) e à moradia (direito social).

Na síntese de Jairo Schäfer,

> A compreensão fragmentada dos direitos fundamentais (direitos negativos, de um lado; direitos positivos, de outro), sem a previsão de um regime jurídico geral, não permitiu que se constatasse a interligação entre as estruturas variáveis de todos os direitos fundamentais, nas quais cada vez mais a eficácia concreta de certa posição jurídica constitucional, independentemente de seu núcleo essencial, é dependente de pluralidade incindível de condutas comissivas e omissivas, as quais têm por destinatários tanto o Estado como o particular.[39]

Mas o Estado também promoverá direitos sociais quando investir de forma (con) digna e proporcional em ciência e tecnologia, produzindo-se conhecimento convertido em favor dos direitos fundamentais, como a saúde, que norteará (espera-se) a definição e a implementação de políticas públicas, prevenindo ou minimizando os efeitos de futuras pandemias e, numa perspectiva de saúde integral, garantir condições de bem-estar físico, mental e social.

Na doutrina brasileira[40], já há qualificado movimento de crítica à distinção consagrada entre direitos positivos e negativos. O objetivo último da classificação não é apenas descritivo. Ela visa concentrar o debate acerca dos custos em torno apenas dos direitos sociais (como saúde e educação), deixando os direitos liberais-burgueses individuais fora dele. Esta premissa, contudo, não é verdadeira. Também os direitos tidos como negativos demandam gastos elevados por parte do Poder Público. São necessários consideráveis recursos públicos, por exemplo, para manutenção da polícia e dos bombeiros.

Os liberais conservadores talvez prefiram deixar passar em silêncio – isso quando não o ignoram completamente, como indica sua retórica – o modo pelo qual os tributos de toda a comunidade são usados para proteger os direitos de propriedade de indivíduos ricos[41]. Os que atacam todos os programas de bem-estar e seguridade social por uma questão de princípio devem ser encorajados a contemplar o óbvio: a definição, a atribuição, a interpretação e a proteção dos direitos de propriedade é um serviço que o governo presta aos atuais detentores de propriedade, financiado pela renda recolhida junto ao público em geral[42].

Novamente, com Stephen Holmes e Cass R. Sunstein,

---

[39] SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 87.

[40] Por todos, além do já citado Jairo Schäfer: BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 201.

[41] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 13.

[42] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 17.

> À verdade óbvia de que os direitos dependem do governo, ou seja, do Estado, deve-se acrescentar uma consequência lógica rica em implicações: os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos. [...] Tanto o direito ao bem-estar social quanto a propriedade privada custam dinheiro para o público. O direito à liberdade contratual tem custos públicos, assim como o direito à assistência médica; o direito à liberdade de expressão tem custos públicos, do mesmo modo que o direito a uma habitação decente. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público.[43]

Ora, se é assim, os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro. Também a proteção dos direitos liberais individuais tem seus custos (que não são baixos). Apenas se está muito acostumado a eles. É muito comum que os recursos proporcionados pela coletividade sejam, sem nenhuma razão sólida, direcionados para garantir os direitos de alguns cidadãos em detrimento dos direitos de outros[44], mas a concretização de todo e qualquer direito envolve custos, o que escancara que estão sempre embutidas escolhas político-ideológicas na satisfação dos direitos fundamentais[45].

Não se nega que os recursos são finitos e as necessidades e os anseios humanos, infinitos. Retomando as lições de Hesse[46], "A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais." É preciso um ajustamento entre o socialmente desejável e o economicamente possível[47]. Se houvesse mais responsabilidade por parte de políticos e de alguns Advogados Públicos, a objeção de reserva do possível (na realidade brasileira, melhor seria chamá-la de "reserva do financeiramente possível") deveria ser levada a sério.

O caráter principiológico de boa parte dos direitos fundamentais implica entendê-los como mandamentos de otimização, vale dizer, normas que determinam, em abstrato (*prima facie*), a busca da maior eficácia possível, sendo que a medida exata do devido, em concreto, vai depender das possibilidades reais e jurídicas. Com isso, a chamada "reserva do possível", aqui entendida como condicionante material ou jurídica à efetivação de direitos, é elemento limitador que se integra externamente a todos os direitos fundamentais e não somente aos direitos positivos (direitos sociais), como quer fazer parecer a teoria dualista[48]. Este é apenas um dos padrões superados por meio da construção de uma compreensão unitária da sistemática dos direitos fundamentais.

Mas se os recursos são finitos e são necessárias escolhas trágicas, por que jamais (ou raramente) se questiona os gastos com "blindados", viaturas e fuzis para as polícias? Se, mesmo em tempos de crise, que configuram a maior prova de fogo

---

[43] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 5.

[44] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 8.

[45] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 517.

[46] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24.

[47] SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 84.

[48] SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 92.

da força normativa da Constituição[49], as esferas deliberativas públicas ou privadas dificilmente questionam estes gastos, como pode a reserva do possível ser um argumento suscitado em (quase) todos os processos judiciais que envolvem direitos sociais e, não raro, corroborado por membros do Ministério Público e acolhido pelo Poder Judiciário? Talvez nos falte vontade de Constituição.

4. CONCLUSÃO

A esmagadora maioria dos autores, assim como a jurisprudência pátria, declara a força normativa da Constituição, sendo ela, de ponta a ponta, norma jurídica e, por consequência, dotada de imperatividade. Ocorre que este discurso é, consciente ou inconscientemente, comprometido pela instrumentalização de (pseudo)teorias, classificações e conceitos que fulminam, na prática, a efetividade dos direitos sociais.

Direitos sociais são etiquetados como normas meramente programáticas para negar a possibilidade de garantia destes pelo Sistema de Justiça, mesmo diante de inescusáveis omissões, quando, desde 1968, José Afonso da Silva, autor da classificação, já afirmava que a maior parte dos direitos sociais garante direitos subjetivos aos cidadãos em face do Estado e a maior parte das normas constitucionais é dotada de aplicabilidade direta e imediata.

Ademais, se a separação de poderes foi idealizada com a finalidade de garantir direitos fundamentais, é uma contradição alegá-la para negar a efetividade de direitos tão essenciais, como saúde e educação. A abertura semântica de parte das normas que consagram estes direitos não é um privilégio destes ou, tampouco, do Direito Constitucional. Todo conceito, por mais indeterminado que seja, possui alguma zona de certeza e, quanto a esta, o Sistema de Justiça pode intervir. Se o conceito de ordem pública permite a restrição de direitos fundamentais, com mais razão conceitos com igual (ou menor) abertura autorizam a garantia de direitos fundamentais.

Outras tantas classificações dos direitos fundamentais e com os mais diversos critérios de diferenciação foram desenvolvidas, mas que, como pano de fundo, ainda que de maneira implícita, sempre (ou quase sempre) conduzem ao custo dos direitos. Na classificação mais recorrente, os direitos individuais, por serem direitos negativos, estariam satisfeitos com uma mera abstenção por parte do Estado e não teriam custos (ou, no mínimo, seriam menos custosos). Já os direitos sociais, por serem direitos positivos, exigiriam um fazer por parte do Estado e, por isso, esbarrariam em limitações materiais e financeiras (reserva do possível).

Ocorre que os critérios declarados (ou não declarados) para estas classificações são desprovidos de cientificidade e racionalidade. Os direitos fundamentais integram um sistema unitário. Todos os direitos exigem condutas negativas e positivas por parte do Estado. Todos os direitos impõem um dever de respeito, proteção e promoção por parte do Estado. Todos os direitos possuem custos. O que se precisa é superar a cultura de resistência à efetividade dos direitos sociais.

[49] HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 30.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2020.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al*. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário - uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

INGRESSO POLICIAL EM DOMICÍLIO: OS NOVOS STANDARDS PROBATÓRIOS DO STJ E A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ

POLICE ENTRY INTO A HOME: THE NEW EVIDENTIAL STANDARDS OF STJ AND THE NECESSARY OVERCOMING OF TJRJ'S PRECEDENT Nº. 70

Maria Gabrielle Albuquerque Presler Cravo
Advogada no escritório Paulo Freitas Ribeiro Advogados Associados
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)
E-mail: mariagabrielle@paulofreitasribeiro.adv.br

Matheus Borges Kauss Vellasco
Advogado, sócio do escritório Paulo Freitas Ribeiro Advogados Associados
Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela
Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha
Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)
E-mail: matheusborges@paulofreitasribeiro.adv.br

Resumo: A inviolabilidade do domicílio é constitucionalmente assegurada e não há controvérsia quanto a isso – a redação do art. 5º, XI, da Constituição Federal é inequívoca. Todavia, há exceções a essa inviolabilidade, sendo do nosso especial interesse as questões probatórias atinentes ao consentimento dos moradores, bem como aquelas relacionadas às hipóteses de flagrante delito. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu *standards* probatórios mais rígidos para o exame da legitimidade das ações policiais praticadas mediante ingresso em domicílio. Conforme o entendimento atual, as intituladas "fundadas razões" atreladas às hipóteses de flagrante delito deverão abranger uma necessidade de cessação imediata do crime, de sorte que nem toda situação flagrancial autorizará, automaticamente, o ingresso forçado em domicílio. Outrossim, alegações dos agentes públicos sobre consentimento do morador deverão ser acompanhadas de comprovação material, tendo a Corte estabelecido parâmetros objetivos para tanto. O atual entendimento do STJ parece tornar inviável a continuidade da aplicação da Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), comumente utilizada como fundamento para condenações exclusivamente lastreadas no depoimento judicial de policiais. A bem da verdade, o entendimento que se extrai da súmula em apreço há muito já se mostrava criticável, tanto pela perspectiva processual penal quanto pela criminológica. Assim, chega-se à conclusão de que o posicionamento consolidado pelo STJ enseja a inaplicabilidade da Súmula nº 70 no âmbito do TJRJ, deixando-se em aberto, inclusive, a possibilidade de revisões criminais em relação a condenações pretéritas com espeque na súmula em questão.

Palavras-chave: standards probatórios; inviolabilidade de domicílio; consentimento do morador; súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract: The inviolability of the home is constitutionally assured and there is no controversy about it – the wording of art. 5, XI, of the Federal Constitution is unequivocal. However, there are exceptions to this inviolability, and of our special interest are the evidentiary issues concerning the consent of the residents, as well as those related to cases of flagrante delicto. Recently, the Superior Court of Justice (STJ) established stricter evidential standards for assessing the legitimacy of police actions carried out upon entering a home. According to the current understanding, the so-called "well-founded reasons" related to flagrante delicto cases must include a need to immediately stop the crime, so that not every flagrant situation automatically authorizes a forced entry into a home. Furthermore, allegations by public agents regarding the consent of the inhabitant should be accompanied by material evidence, and the Court has established objective parameters for this. The current understanding of the STJ seems to make it unfeasible to continue applying Precedent nº 70 of the Court of Justice of Rio de Janeiro (TJRJ), commonly used as a basis for convictions exclusively based on the judicial testimony of police officers. The truth is that the understanding that is extracted from the precedent in question has long been criticized, both from a criminal procedural and criminological point of view. Thus, the conclusion is that the position consolidated by the STJ leads to the inapplicability of Precedent nº 70 within the scope of the TJRJ, leaving open the possibility of criminal reviews in relation to past convictions on the basis of the precedent in question.

Keywords: probative standards; inviolability of the home; consent of the occupant; Precedent nº 70 of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

Há certas temáticas jurídicas afetas ao Direito Penal que, não obstante possuam um regramento legal e/ou constitucional, ainda assim suscitam divergências na doutrina e na jurisprudência. Dentre essas, sem dúvidas, incluem-se as questões jurídico-probatórias e também criminológicas atinentes às ações policiais que culminam no ingresso desautorizado dos agentes de segurança no domicílio alheio.

Se, por um lado, não há dúvidas quanto à inviolabilidade do domicílio, por outro, sabe-se que em diversos casos o Poder Judiciário legitima apreensões e prisões que ocorrem após policiais adentrarem no domicílio de outrem sem mandado judicial. Não se descura, é claro, que a própria Constituição Federal prevê algumas hipóteses de exceção à inviolabilidade do domicílio, notadamente aquela que se refere aos casos de flagrante delito. Igualmente, há ocasiões nas quais se alega que o próprio morador permitiu o ingresso policial, o que, *a priori*, legitimaria a ação policial.

Destas breves linhas já seria possível pensar em algumas indagações: todo caso de flagrante delito necessariamente enseja um passe-livre para que os policiais entrem sem autorização no domicílio? Quais circunstâncias são aptas a justificar, *ex ante*, a suposição de que, efetivamente, há um delito em curso que precisa cessar mediante o ingresso desautorizado no domicílio?

Mais: quando se alegar que houve o consentimento do morador, quais elementos de prova serão necessários para que se considere essa anuência juridicamente legítima? A palavra dos agentes policiais, isoladamente, seria suficiente para isso? Em caso negativo, quais seriam os *standards* probatórios mínimos?

A partir de uma análise da súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que trata do valor probatório dos depoimentos prestados por agentes policiais no curso de ações penais, bem como da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca das questões probatórias afetas ao tema que ora se coloca, pretende-se responder a todas essas indagações.

2. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A inviolabilidade do domicílio é assegurada pelo artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal[1]. Em regra, entende-se por domicílio o local em que uma pessoa reside, podendo abranger um mero lugar de habitação no qual sejam desempenhadas relações íntimas e privadas, de cunho pessoal ou familiar. No campo do Direito Constitucional, o conceito de domicílio pode ser sintetizado como "todo lugar privativo, ocupado por alguém, com direito próprio e de maneira exclusiva, mesmo sem caráter definitivo ou habitual"[2].

O ordenamento jurídico brasileiro é expresso ao estabelecer, constitucionalmente, a inviolabilidade do domicílio, que tem como base a proteção da intimidade e da privacidade do indivíduo. Nas palavras de José Afonso Silva[3],

> o art. 5º, XI, da Constituição consagra o direito do indivíduo ao aconchego do lar com sua família ou só, quando define a casa como o asilo inviolável do indivíduo. Aí o domicílio, com sua carga de valores sagrados que lhe dava a religiosidade romana. Aí também o direito fundamental da privacidade, da intimidade, que este asilo inviolável protege. **O recesso do lar é, assim, o ambiente que resguarda a privacidade, a intimidade, a vida privada**. (Grifou-se)

Para Jaime Herraiz Pagès e Raúl Díaz Sáez, o domicílio, em verdade, é o local mais importante na vida de um indivíduo, pois é onde desenvolverá sua vida cotidiana, razão pela qual deve estar protegido de qualquer tipo de interferência ou violação, resguardando-se, especialmente, o direito à privacidade[4].

Tamanha é a importância de tal garantia que a inviolabilidade do domicílio se tornou um dos primeiros direitos a serem previstos pelas constituições, bem como

---

[1] Artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal: "[A] casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

[2] Informativo nº 944 do Supremo Tribunal Federal.

[3] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 437.

[4] Trata-se de trecho citado no voto do Exmo. Ministro Rogério Schietti nos autos do *Habeas Corpus* nº 598.051/SP, 6ª Turma do STJ, julgado em 02/03/2021: "un reducto inexpugnable sobre el que el individuo despliega su cotidianeidad, es probablemente el lugar más importante de su vida, su mayor tesoro… Por eso es inviolable… Por ello, se ha de garantizar al máximo, que cualquier injerencia o intrusión que se pueda producir esté rodeada de todas las garantías a nuestro alcance para proteger la intimidad y derechos de los moradores" (HERRAIZ PAGÈS, Jaime; DÍAZ SÁEZ, Raul. **Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad de domicilio.** Barcelona: Aferre Editor S.L., 2020. *E-book*.).

pelos tratados internacionais[5]. A título de exemplo, cita-se o artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o qual dispõe que ninguém poderá ser alvo de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, incluindo seu domicílio[6]. No mesmo sentido versa o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[7], bem como a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América[8].

Não obstante toda a proteção conferida ao domicílio, a própria Constituição Federal brasileira admite a flexibilização da garantia da inviolabilidade do domicílio em situações excepcionais, ocasião em que se autoriza o ingresso por terceiro.

A primeira hipótese de exceção diz respeito à ocorrência de flagrante delito. De plano, é importante destacar que, para nós, mesmo dentro dessas situações de exceção, nem toda hipótese de flagrante delito autorizará, *automaticamente,* a invasão ao domicílio, devendo ser demonstrada a sua imprescindibilidade no caso concreto[9].

Sobre o tema, Luiz Carlos Valois se posiciona no sentido de que só estará permitido o ingresso nessas circunstâncias – de flagrante delito – quando houver risco a eventuais vítimas, ou seja, para evitar um mal maior. Nas suas palavras[10],

> [Q]uando a Constituição Federal estabeleceu que "*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador,* ***salvo em caso de flagrante delito ou desastre****, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial*" (art. 5.º, XI), estava pretendendo equiparar o flagrante ao desastre, ou seja, **pretendia que a quebra da inviolabilidade de domicílio só se desse para evitar um mal maior, para salvar uma suposta vítima, seja de crime ou de desastre.**
> Portanto, a construção, também do legislador ordinário, de que "*nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*" (art. 303 do CPP) só deveria permitir a exceção à inviolabilidade de domicílio **quando esta fosse necessária para salvar a vítima, o que não acontece nos casos de crimes de tráfico de entorpecentes, os quais se constituem, como dito, em práticas consensuais**. (Grifou-se)

---

[5] Sobre o tema, destaca-se o seguinte trecho da doutrina: "Já por tal razão não é de se surpreender que a proteção do domicílio foi, ainda que nem sempre da mesma forma e amplitude atual, um dos primeiros direitos assegurados no plano das declarações de direitos e dos primeiros catálogos constitucionais." MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 401.

[6] Artigo 11: "Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação."

[7] Artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência". Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4. Acesso em: 02 jun. 2022.

[8] "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." Tradução livre: "O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e propriedades, contra buscas e apreensões não razoáveis, não será violado, e nenhum mandado será emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas." Disponível em: https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-4/. Acesso em: 06 jun. 2022. No mesmo sentido dispõe a Constituição Espanhola em seu artigo 18, inciso 2º: "Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". Disponível em: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=18&tipo=2. Acesso em: 02 jun. 2022.

[9] Destaca-se que esse entendimento encontra divergências. A título de ilustração, nos reportamos a recente julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual se entendeu de forma diversa: TJSP. Apelação Criminal nº 1503215-65.2020.8.26.0047, Des. Farto Salles, 6ª Câmara Criminal, julgado em 18/11/2021.

[10] VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. *In*: SCHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas:** uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014. p. 117.

As outras duas hipóteses de exceção à regra da inviolabilidade do domicílio se dão por ocasião da ocorrência de desastres e quando for preciso prestar socorro a alguém que se encontre em necessidade de auxílio. Do mesmo modo, estará autorizado o ingresso em domicílio alheio nas hipóteses em que houver uma decisão judicial nesse sentido – todavia, mesmo que respaldada por mandado judicial, a diligência ainda terá certas limitações, destacando-se a necessidade de que seja cumprida à luz do dia[11].

Por fim, e aqui se entra efetivamente no tópico principal deste artigo, pode-se falar em uma quinta exceção, esteada no consentimento do morador. Isto é, quando aquele que vive no domicílio franquear a entrada, podem os agentes públicos ingressar na residência para, por exemplo, realizar uma determinada diligência.

Tal relativização, que a princípio parece até intuitiva, torna-se extremamente problemática quando cotejada a partir de um viés crítico às violações de direitos que ocorrem ao longo de ações repressoras por parte do Estado, notadamente por meio de forças policiais.

É que, como será visto adiante, em muitas situações nas quais a acusação alega ter havido um consentimento do morador, os elementos probatórios desse pretenso consentimento limitam-se exclusivamente à prova testemunhal produzida a partir dos depoimentos dos próprios agentes públicos que participaram da ação policial. Muito embora se acredite que esse problema seja frequente nas diversas regiões do Brasil, há uma peculiaridade no tratamento jurídico conferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) a esse tipo de situação, intrinsecamente relacionada à Súmula nº 70 elaborada pelo próprio Tribunal.

3. A EXCEÇÃO QUE VIROU REGRA: O INGRESSO DESAUTORIZADO DE POLICIAIS EM DOMICÍLIO AMPARADO PELA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ E SUA REPERCUSSÃO NA RESPOSTA PENAL

Não são raros os casos que chegam às Câmaras Criminais do TJRJ nos quais se questiona a legalidade de ações policiais que culminaram em prisões ou apreensões de drogas. Em linhas gerais, vê-se o seguinte roteiro se repetir: os agentes policiais, alegando o recebimento de uma "denúncia anônima", a identificação de "circunstâncias suspeitas" ou até mesmo o próprio consentimento do morador – sem qualquer elemento de comprovação além do seu próprio testemunho –, asseveram ter havido "fundadas razões" para o ingresso em domicílio alheio sem autorização judicial.

Nesse cenário, assume protagonismo a Súmula nº 70 do TJRJ, cujo enunciado dispõe que "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Editada em 2004, a súmula comumente é utilizada como fundamento de condenações criminais no Estado – especialmente quando se trata de delitos relacionados a (suposto) tráfico de drogas –, cujas únicas testemunhas, usualmente, são os próprios policiais atuantes na ação que culminou na prisão em flagrante.

[11] "O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, **durante o dia, por determinação judicial**." (Grifou-se). STJ. AgRg no HC nº 729.503/GO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 19/04/2022.

Tal fato foi constatado por meio de levantamento realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. A *Pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas* verificou que, em 62,23% dos processos analisados, o agente de segurança foi a única testemunha a ser ouvida durante a instrução[12]. Verificou-se, ainda, que, em 53,79% dos casos, a declaração do policial foi a principal prova valorada pelo juiz[13].

Sob o fundamento de que os policiais são agentes públicos e, portanto, suas declarações gozariam de presunção de veracidade[14], comumente o TJRJ mantém condenações lastreadas em provas obtidas mediante a violação de domicílio, unicamente com base no testemunho policial de que a incursão teria se dado de forma legal. Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da Apelação Criminal nº 0107013-55.2020.8.19.0001, cuja busca e apreensão efetuada na residência do acusado se deu a partir de uma "denúncia anônima" e, após, segundo exarado no julgado, mediante o (suposto) consentimento do morador. Destaca-se o seguinte trecho da ementa de julgamento[15]:

> 1) Nulidade do processo em razão da ilicitude da prova, obtida mediante violação de domicílio: incabível. Crime permanente. Prova lícita. Prescindibilidade do mandado de busca e apreensão. **Agentes da lei motivados por informações prévias sobre as práticas criminosas desenvolvidas pelo apelante**. No mérito. 1) Absolvição: Incabível. Autoria e materialidade positivadas por meio da prova oral, do auto de prisão em flagrante e dos laudos periciais. **Policiais que apresentaram versões uniformes e coerentes quanto à dinâmica delitiva. Súmula 70 do TJRJ**. (Grifou-se)

O mesmo ocorreu no julgamento da Apelação Criminal nº 0032738-81.2013.8.19.0066, no qual se destacou que as testemunhas de acusação – policiais – "narraram os fatos de forma segura e coerente"[16]:

> No mérito, é induvidosa a autoria delitiva. **O acusado se encontrava em flagrante delito por se tratar de crime permanente, motivo pelo qual os policiais, diante de denúncia anônima, se encontravam juridicamente**

---

[12] RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório Final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenação: Carolina Dizimidas Haber. Rio de Janeiro: DPGERJ, [2018]. Acesso em: 09 abr. 2022.

[13] *Ibidem*.

[14] "Ausência de provas a infirmar as declarações dos agentes estatais de segurança, que possuem presunção de veracidade. Inteligência da súmula 70 deste sodalício". TJRJ. Apelação Criminal nº 0267670-68.2020.8.19.0001, Desª. Suely Lopes Magalhães, 8ª Câmara Criminal, julgado em 25/05/2022. "A prova oral tomada dos Policiais Militares se reveste de força probatória, porquanto, guarda efetiva presunção de veracidade, servindo, inclusive, como lastro de condenação, consoante se pode denotar do enunciado da súmula nº 70, editado por este Egrégio Tribunal de Justiça Estadual". TJRJ. Apelação Criminal nº 0000082-27.2020.8.19.0066, Des. Sidney Rosa da Silva, 7ª Câmara Criminal, julgado em 19/05/2022. "É de se ressaltar que, a palavra dos agentes estatais goza da presunção de veracidade, sendo certo que não foi trazido aos autos qualquer dado, que retirasse a credibilidade de seus depoimentos, encontrando-se suas declarações respaldadas pelas demais provas do processo, pelo que há de se tomá-los como verdadeiros, não merecendo qualquer descrédito só por força da condição funcional. A Defesa, por sua vez, não produziu provas contundentes a respeito do alegado, uma vez que, como no caso em exame, a narrativa dos funcionários estatais foi corroborada em juízo, sob o crivo do contraditório, fazendo por incidir o enunciado nº 70 da súmula deste Egrégio Tribunal de Justiça". TJRJ. Apelação Criminal nº 0014298-90.2014.8.19.0037, Desª. Elizabete Alves de Aguiar, 8ª Câmara Criminal, julgado em 18/05/2022.

[15] TJRJ. Apelação Criminal nº 0107013-55.2020.8.19.0001, Desª. Gizelda Leitão Teixeira, 4ª Câmara Criminal, julgado em 08/03/2022.

[16] TJRJ. Apelação Criminal nº 0032738-81.2013.8.19.0066, Desª. Mônica Tolledo de Oliveira, 3ª Câmara Criminal, julgado em 22/02/2022.

> **autorizados a entrar na residência sem possuir prévio mandado judicial de busca e apreensão.** Precedente do STJ. Acervo probatório que permite um juízo de censura. **As testemunhas de acusação narraram os fatos de forma segura e coerente. Súmula 70 do TJRJ**. (Grifou-se)

Estes são dois de vários possíveis exemplos[17]. Como se vê nestes e em outros casos, confere-se um sobrevalor à palavra do agente policial. Por conseguinte, malgrado não haja provas sólidas referentes à legitimidade do ingresso policial no domicílio, considera-a ação legítima, acarretando, ao final, uma condenação com base nas provas possivelmente ilegais que são obtidas no curso da diligência.

Tal entendimento, há alguns anos, vem sendo alvo de críticas, na medida em que o *status* de policial não se mostra uma circunstância que justifique prestígio diferenciado às declarações apresentadas. Ao revés, considerando os interesses pessoais e institucionais que possam existir por trás do depoimento dos agentes públicos, há de se levantar inclusive a possibilidade de que, a depender do caso, seus depoimentos sejam levados em consideração com certa reserva por parte do magistrado, até mesmo se cogitando da hipótese de não se aplicar o compromisso previsto no artigo 203 do Código de Processo Penal[18].

Ora, especialmente em razão da política de segurança pública adotada no Rio de Janeiro no que se refere às ações policiais em locais de vulnerabilidade social, é plausível que se questione a validade de um entendimento sumular que confere exacerbado prestígio ao depoimento de agentes que possam vir a ter interesses particulares e institucionais no desfecho das ações penais nas quais atuaram na fase de investigação[19].

A título de exemplo, menciona-se a posição de Salo de Carvalho e Mariana Weigert[20], que criticam o teor da Súmula nº 70 do TJRJ em artigo sobre o notório "caso Rafael Braga", sentenciado à pena de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de prisão pelo porte de 0,6g de maconha e 9,3g de cocaína:

---

[17] A título de exemplo: Apelação Criminal nº 0018221-27.2020.8.19.0066, Des. José Acir Lessa Giordani, 2ª Câmara Criminal, julgado em 24/05/2022. Apelação Criminal nº 0188156-37.2018.8.19.0001, Des. Luiz Zveiter, 1ª Câmara Criminal, julgado em 24/05/2022. Apelação Criminal nº 0294973-57.2020.8.19.0001, Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo, 3ª Câmara Criminal, julgado em 24/05/2022. Apelação Criminal nº 0042424-54.2020.8.19.0001, Desª. Gizelda Leitão Teixeira, 4ª Câmara Criminal, julgado em 24/05/2022. Apelação Criminal nº 0267670-68.2020.8.19.0001, Desª. Suely Lopes Magalhães, 8ª Câmara Criminal, julgado em 25/05/2022. Apelação Criminal nº 0000082-27.2020.8.19.0066, Des. Sidney Rosa da Silva, 7ª Câmara Criminal, julgado em 19/05/2022. Apelação Criminal nº 0141685-55.2021.8.19.0001, Des. Peterson Barroso Simão, 5ª Câmara Criminal, julgado em 12/05/2022. Apelação Criminal nº 0030613-33.2019.8.19.0066, Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, 6ª Câmara Criminal, julgado em 03/05/2022.

[18] Artigo 203 do Código de Processo Penal: "A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade".

[19] Nesse cenário o Juiz de Direito André Nicolitt afirma que "esse quadro se agrava com os recorrentes episódios de desvios de função que são revelados pelas investigações atuais, que demonstram que as más condutas existem em qualquer ramo, não se podendo admitir a mera possibilidade de que a condenação de alguém seja fruto de uma estória inventada para atingir uma meta administrativa ou mesmo uma satisfação pessoal". E prossegue: "se tivermos que analisar friamente o peso dos depoimentos dos policiais em relação a suas ocorrências, tenderíamos a dizer que eles gozam de certa parcialidade, visto que é presumível que um profissional qualquer seja minimamente interessado no resultado prático de seu trabalho". NICOLITT, André; BARILLI, Raphael. Standards de prova no direito: debate sobre a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 302, v. 26, jan. 2018. p. 06-09.

[20] CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. "Making a drug dealer": o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula nº 70 do TJRJ na construção do caso Rafael Braga. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 45-77, jan./mar. 2018. p. 66.

> Não é irrelevante lembrar que **os policiais, como agentes da lei que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante, têm, inegavelmente, interesse em manter válida a sua narrativa**. Sob pena, inclusive, de estarem vulneráveis aos procedimentos investigatórios de eventuais irregularidades nos campos administrativo e criminal. A questão é relevante e, por si só, problematizaria de forma contundente a absolutização da Súmula nº 70 do TJRJ. (Grifou-se)

Para além desta questão, também se verifica que o entendimento sumular é um risco aos princípios da presunção de inocência, da paridade de armas e do *in dubio pro reo*. Nas palavras das defensoras públicas Carla Lima e Lívia França[21], a presunção de inocência, uma vez relacionada às liberdades individuais, possui maior valor quando colocada ao lado da presunção – relativa – de veracidade das palavras dos agentes policiais:

> Com vistas a esse objetivo, considerando que o processo penal deve consagrar um processo de garantias em que, orientado pelo norte constitucional da **presunção de inocência** e o princípio acusatório como o eleito para a valoração da prova, observada a paridade de armas, deve o Estado-Acusação demonstrar a veracidade da acusação, **não se pode admitir suficiente a prova consistente apenas nos depoimentos dos policiais, que guardam relevante interesse na afirmação da versão originariamente apresentada para justificar a prisão que tenham realizado, sob a justificativa do "flagrante delito", cuja regularidade pretendem patentear**. (Grifou-se)

No ponto, chama-se atenção especificamente para a questão da paridade de armas. Imagine-se uma hipótese de flagrante delito relacionado a tráfico de drogas, oriundo de um ingresso em domicílio ilegal realizado por agentes policiais em uma residência na qual somente vivem a pessoa que foi acusada e seus pais. De um lado, o Ministério Público, evidentemente, arrola como testemunhas de acusação os policiais que atuaram na diligência. De outro, a defesa possui como testemunhas do fato apenas os pais da pessoa acusada.

Deste exemplo hipotético, que guarda grandes contornos de realidade com os casos diuturnamente levados ao TJRJ, é possível perceber o grande desequilíbrio causado pelo entendimento extraído da Súmula nº 70. Enquanto o Ministério Público terá a seu favor uma prova que possui *sobrevalor* para o livre convencimento do magistrado, a defesa terá um *subvalor* da prova que irá produzir, na medida em que, por serem pais da pessoa acusada, as testemunhas defensivas serão ouvidas na chamada condição de "*informante*", ou seja, sem prestar o compromisso de dizer a verdade previsto no art. 203 do Código de Processo Penal.

---

[21] LIMA, Carla Vianna; FRANÇA, Livia. Não passarão!: observações sobre a opção política consagrada na Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em cotejo com julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: RIO DE JANEIRO (Estado) Defensoria Pública. **Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: DPERJ, 2018. (Cadernos estratégicos). p. 176-197. p. 185. No mesmo sentido: "Vemos que a definição do *standard proof beyond reasonable doubt* encontra-se na dinâmica dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal e no princípio da presunção de inocência, que exigem para a condenação um juízo de certeza, enquanto a dúvida favorecerá o réu. Diante disso, faz-se necessário observar se o entendimento firmado pelo enunciado da Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro cumpre minimamente a ideia proposta pelo critério fixado, especialmente diante dos inúmeros casos de desvio de finalidade que servem para enfraquecer ainda mais essa 'certeza'". NICOLITT, André; BARILLI, Raphael. Standards de prova no direito: debate sobre a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 302, v. 26, jan. 2018. p. 06-09.

As consequências dessa violação à paridade de armas inequivocamente repercutem em uma restrição não só da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, mas dos direitos constitucionalmente assegurados à ampla defesa e ao contraditório[22].

Prosseguindo, malgrado estejamos tratando de tema intrinsecamente afeto ao processo penal, é fundamental abordar o assunto também sob a perspectiva da criminologia crítica. Alessandro Baratta, ao tratar da teoria do *labeling approach,* assevera que não é possível entender o fenômeno da criminalidade – isto é, do que é considerado crime ou não – se não se estuda a ação do sistema penal e o fenômeno de controle, pois estes são os responsáveis por defini-la e reagir contra ela[23].

Nesse passo, é lícito afirmar que o tratamento conferido pelas instâncias de controle social, especialmente o Poder Judiciário, poderá vir a ser diferenciado a depender do indivíduo que naquele momento é alvo do controle estatal[24]. A variabilidade, nesses casos, pode se manifestar de acordo com as condições sociais, étnicas, etárias e de gênero[25].

Vera Malaguti também traz contribuições nesse campo, chamando atenção para o processo de demonização do tráfico de drogas ao longo dos anos, o qual serviu para fortalecer os sistemas de controle social, refletindo no agravamento da violação de direitos fundamentais e legitimando, cada vez mais, a violência policial[26].

Por sua vez, Salo de Carvalho e Mariana Weigert salientam que, se no campo dos direitos sociais – ainda que em tese –, o Poder Público está em harmonia com as garantias constitucionais, esta premissa não se reproduz automaticamente quando se fala da atuação policial[27], que, no entender dos autores, está necessariamente vinculada à restrição de direitos individuais[28].

Há que se falar, ainda, da carga psicológica[29] que recai sobre a profissão policial, haja vista que se trata de atividade desempenhada, por diversas vezes, em um cenário

---

[22] Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

[23] "Essa direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias". BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. p. 86.

[24] *Ibidem.*

[25] *Ibidem.*

[26] "O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social aprofundando seu caráter violador de direitos. O número de mortos 'na guerra do tráfico' é cada dia maior. A violência policial é imediatamente legitimada se a vítima é convertida em suposto traficante". DUMANS, Alexandre Moura *et al*. **Atendendo na guerra**: dilemas médicos e jurídicos sobre o "crack". Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014. (Criminologia de cordel, 3). p. 182.

[27] CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. "Making a drug dealer": o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula nº 70 do TJRJ na construção do caso Rafael Braga. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 45-77, jan./mar. 2018. p. 54.

[28] *Ibidem.*

[29] Sobre o tema, vale ressaltar a necessidade de melhoria no suporte psicológico e psiquiátrico aos profissionais da segurança pública, assunto há muito já tratado. BACK, Caroline Moreira. Acompanhamento psicológico preventivo para agentes de segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 15, n. 01, fev./mar. 2021, p. 208-225. Disponível em: https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1147. Acesso em: 05 jun. 2022.

de extrema violência, notadamente no Rio de Janeiro[30]. Situações vivenciadas sob a influência de emoções às quais o agente policial é submetido em um ambiente de confronto armado, por exemplo, até tendem a gerar lembranças vívidas, contudo não necessariamente haverá uma precisão ao serem recordadas e narradas[31]. Nesse contexto, pode-se falar inclusive na ocorrência de falsas memórias[32].

E é justamente em meio a esse cenário que se enquadra a Súmula nº 70 do TJRJ, na medida em que, no bojo de ações penais deflagradas em face de um grupo de pessoas específico e vulnerável, é utilizada para delinear contornos de legalidade a ações policiais que não possuem provas concretas quanto a sua legitimidade[33].

Em acréscimo a isso, há outra perspectiva que merece ser considerada. Viu-se que a utilização da aludida súmula em casos envolvendo acusações de tráfico de drogas é recorrente. Outrossim, é sabido que, especialmente no Rio de Janeiro, o narcotráfico é tido como um fenômeno social intrinsecamente relacionado à violência urbana, que, por sua vez, encontra no Poder Judiciário dura resposta repressiva – basta que se analise o perfil carcerário nacional para verificar que 30,28% das pessoas privadas de liberdade estão encarceradas por crimes previstos na Lei de Drogas e 39,72%, por crimes contra o patrimônio, aproximadamente[34].

Sobre o assunto, vale a pena destacar pesquisa feita junto à Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entre os anos de 2005 e 2006, a partir da qual se pôde depreender uma "forte tendência de a Magistratura agir na potencialização do punitivismo legislativo e na obstaculização dos substitutivos como efetivos instrumentos alternativos à prisão"[35].

O então presidente da Associação, Rodrigo Collaço[36], à época destacou que

> [A] pesquisa revela que o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de

[30] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: IPEA, 2015. (Pensando o Direito, v. 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/. Acesso em: 06 jun. 2022. p. 20-21.

[31] *Ibidem.*

[32] *Ibidem.*

[33] Foi o que constatou o relatório elaborado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro: "O que se observa da leitura das sentenças desse tipo é que o uso indiscriminado da Súmula 70 para justificar a condenação com base apenas no depoimento dos policiais é resultado de uma interpretação do seu conteúdo no sentido de que a condenação não estaria apenas autorizada quando a única prova fosse o depoimento de autoridades policiais, mas que ela seria imperativa, legitimando-se uma indevida presunção de veracidade da palavra do policial". RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório Final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenação: Carolina Dizimidas Haber. Rio de Janeiro: DPGERJ, [2018]. Acesso em: 09 abr. 2022. Ainda sobre o tema, destaca-se relevante opinião na doutrina: "Por derradeiro, frise-se que a política repressiva de combate às drogas agrava a seletividade do sistema penal brasileiro, com a criminalização da pobreza, ensejando, como regra, a prisão dos pequenos traficantes, em sua maioria, negros, pobres e com baixa escolaridade". OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 284.

[34] Dados retirados do último relatório disponibilizado pelo Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRlNjZhZDAtMGJjMi00NzE0LTllMmUtYWY1NTAxMjQzNzVlIiwidCI6ImViM-DkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 06 jun. 2022.

[35] CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 104.

[36] ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006**:** a palavra está com você: resultados. **AMB**, Curitiba, 2006. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa-amb-2006-expressa-pensamento-da-magistratura/. Acesso em: 01 jun. 2022.

> alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime. Os magistrados querem o endurecimento da lei penal.

Muito embora a pesquisa tenha sido realizada há cerca de 17 anos, bem como tenha abrangido uma associação nacional de magistrados, entende-se que sua conclusão é perfeitamente aplicável ao Judiciário fluminense nos tempos atuais. E, se tal premissa é verdadeira – isto é, se, sob uma perspectiva geral, é lícito concluir que ao menos parte da magistratura fluminense assume um papel de combate à criminalidade, especialmente da violência urbana –, a Súmula nº 70 passa a representar um eficaz instrumento para atingir esse fim.

Isto porque, diante de casos nos quais, apesar de se suscitarem possíveis dúvidas quanto à observância das *formalidades* imprescindíveis para o ingresso em domicílio, a materialidade de um delito esteja evidente, magistrados que anseiam atuar "em combate" ao crime poderão encontrar-se tendentes a, ainda assim, perquirir um caminho condenatório, que convenientemente será trilhado por meio da súmula em questão, que legitima ações policiais cuja comprovação limite-se aos depoimentos dos próprios agentes públicos.

A repercussão dessa prática é inequívoca: ao invés de o Direito Penal cumprir a sua função de limitar o poder punitivo[37], agirá de maneira contrária, ampliando a repressão penal a casos nos quais a dúvida acerca da legalidade da ação do Estado deveria ensejar absolvições, não condenações.

Enfim, acredita-se que a Súmula nº 70, seja por uma perspectiva processual, seja por uma perspectiva criminológica, há muito apresenta inconvenientes que deveriam obstar a sua aplicação aos casos concretos.

Todavia, até o presente momento, tais circunstâncias não foram suficientes para tanto. Sucede que, diante do novo tratamento que o STJ vem conferindo aos *standards probatórios* que devem ser considerados como parâmetro na aferição da legalidade de ações policiais realizadas com violação de domicílio, a aplicação da Súmula nº 70 agora se mostra insuportavelmente incompatível com a ordem jurídica.

4. OS NOVOS *STANDARDS* PROBATÓRIOS DO STJ

O ingresso de policiais em domicílio alheio para efetuar prisões e buscas, sem mandado judicial, é tema que já gerou[38] e continua gerando considerável repercussão na jurisprudência brasileira. Há cerca de um ano, julgou-se *Habeas Corpus*[39] no Superior Tribunal de Justiça (STJ), impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, no

---

[37] "É na interpretação das leis penais manifestas que o direito penal pode realizar sua mais importante função de conter e reduzir o poder punitivo. Como já exposto, o saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito." (ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W. **Direito penal brasileiro:** teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 2 v. p. 20).

[38] STJ. RHC nº 118.817/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 10/12/2019. REsp nº 1593028/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 10/03/2020. AgRg no REsp nº 1753662/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 18/09/2018; HC nº 527.161/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 26/11/2019.

[39] STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

qual foram fixados importantes *standards* probatórios sobre esta questão, tornando-se um verdadeiro *leading case* no tema.

Posteriormente, novos julgados do STJ trataram do tema[40], destacando-se o Informativo nº 731 daquela Corte, que trouxe à baila a questão da ilicitude das provas colhidas em domicílio com desvio de finalidade[41]. O avanço da jurisprudência neste último ano, no que se refere à salvaguarda do direito à inviolabilidade do domicílio[42] e outros que lhe são correlatos, é notável.

De antemão, vê-se que foi conferido balizamento mais objetivo – e restritivo – à aferição das "fundadas razões" indicadoras de flagrante delito que, a teor do artigo 5º, XI, da Constituição Federal, e do enunciado fixado no Tema nº 280 do Supremo Tribunal Federal (STF), permitem o ingresso forçado em domicílio. Nesses casos, estabeleceu-se que só restará autorizado o ingresso forçado em situações nas quais a imprescindibilidade da cessação da prática criminosa desautorize a espera pelo mandado judicial, considerado o "meio ordinário e seguro para o afastamento do direito à inviolabilidade da morada"[43], devendo existir elementos objetivos, seguros e racionais que justifiquem o ingresso na residência.

Isto é, nem toda situação de flagrância terá o condão de autorizar o ingresso forçado em domicílio, restando tal hipótese restrita aos casos que traduzam "*verdadeira urgência*". Da mesma forma, somente quando o atraso na abordagem policial possa levar à destruição ou ocultação da prova que se deseja colher é que haverá a justa causa autorizadora da busca domiciliar sem amparo judicial.

O voto do Ministro Relator no *leading case* também reforça que a situação de flagrância não poderá ser constatada posteriormente ao ingresso no domicílio, devendo existir elementos autorizadores – de cariz objetivo – que deverão ser justificados em momento anterior à realização da diligência policial[44].

Assim, nesses casos, a autorização judicial é o caminho a seguir, pois se evita um cenário de: i) posterior anulação das provas colhidas, bem como de todos os processos que delas tenham se originado; e ii) que os agentes de segurança eventualmente sejam responsabilizados, administrativa, civil ou penalmente, por eventuais atos de abuso que possam ter praticado[45].

A nosso ver, o endurecimento de tais requisitos foi acertado. Como bem assinalado pelo Ministro Rogério Schietti no voto condutor do *leading case*, se ao magistrado só é

---

[40] STJ. REsp nº 1946458/GO, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF da 1ª Região), 6ª Turma, julgado em 19/10/2021. AgRg no HC nº 641.932/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 26/10/2021. HC nº 639.324/SC, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, julgado em 09/11/2021. AgRg no RHC nº 149.964/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 09/11/2021.

[41] STJ. HC nº 663.055/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 22/03/2022.

[42] Segundo Alexandre Morais da Rosa, "A vedação ao *fishing expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilege against self-incrimination*). As origens históricas remontam às cortes eclesiásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao juízo final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das 'brechas' legais ou instrumentalização dos institutos processuais". (ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishing expedition no processo penal. **ConJur**, São Paulo, 2 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal. Acesso em: 26 abr. 2022).

[43] STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

[44] STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

[45] STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

possível deferir uma medida cautelar mediante decisão fundamentada, como conferir irrestrita discricionariedade a um servidor de segurança pública para, a partir de uma análise amplamente subjetiva e muitas das vezes enviesada, proceder ao ingresso desautorizado em domicílio alheio? Ademais – e aqui chegamos ao ponto nevrálgico deste artigo –, também foram fixados pelo STJ novos parâmetros exigidos para a validação do consentimento do morador quanto à entrada dos policiais em domicílio.

O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que o consentimento deve ser livre e voluntário. Conforme ensina Aury Lopes Junior, nos casos em que não haja autorização judicial para a busca domiciliar, e não sendo a hipótese de flagrante delito, deverá existir o consentimento do morador, imprescindivelmente voluntário e livre de qualquer constrangimento[46].

Além disso, o *leading case* em comento estabeleceu que, para ser válido, o consentimento voluntário e livre do morador deve ser demonstrado de maneira inequívoca, sendo enfatizada a especial necessidade de comprovação da autorização dada pela pessoa que permitiu o ingresso domiciliar – comprovação esta que incumbirá ao Estado.

Isso porque se constatou que muitas abordagens policiais são realizadas de forma abusiva, especialmente quando se trata de ambientes com população predominantemente vulnerável. Assim, de acordo com o julgado, é extremamente arriscado conferir valor absoluto ao depoimento dos policiais que, em muitos dos casos, são os próprios responsáveis pelos atos abusivos.

Por tal razão, então, é que a Corte entendeu cabível a exigência de comprovação material do consentimento do morador[47]. O registro, nesses casos, deverá ser obtido por escrito[48], por meio das declarações de eventuais testemunhas ou, ainda, por gravação de áudio e vídeo, de sorte que a narrativa dos policiais, considerada isoladamente, não

---

[46] LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 805.

[47] "[...] 7. **São frequentes e notórias as notícias de abusos cometidos em operações e diligências policiais, quer em abordagens individuais, quer em intervenções realizadas em comunidades dos grandes centros urbanos. É, portanto, ingenuidade, academicismo e desconexão com a realidade conferir, em tais situações, valor absoluto ao depoimento daqueles que são, precisamente, os apontados responsáveis pelos atos abusivos**. E, em um país conhecido por suas práticas autoritárias – não apenas históricas, mas atuais –, a aceitação desse comportamento compromete a necessária aquisição de uma cultura democrática de respeito aos direitos fundamentais de todos, independentemente de posição social, condição financeira, profissão, local da moradia, cor da pele ou raça. 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade. 7.2. **Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado**." (Grifou-se). STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

[48] Nesse cenário, é importante trazer os ensinamentos de Cleunice Pitombo a respeito da impossibilidade de que o consentimento do morador seja algo presumido, destacando a necessidade de que a autorização seja dada de forma expressa: "Há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita. A menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração, ou de ostensiva não oposição à entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume. [...] Infelizmente, no Brasil e em outros lugares, em que o povo miúdo desconhece os próprios direitos, o abuso policial surge manifesto. A polícia invade casas e o morador, temeroso, tímido, não lhe coarcta o passo". (PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118).

será suficiente para legitimar a abordagem. Por conseguinte, será nula a diligência[49] que não tiver outros meios de corroboração além da palavra dos agentes públicos, eivando de nulidade todas as provas colhidas na ação policial[50].

Enfim, passa-se a exigir elementos de prova objetivos para a validação do consentimento do morador no caso concreto, inviabilizando o reconhecimento da legitimidade da diligência com espeque apenas na pretensa presunção de veracidade do testemunho dos agentes públicos. Tal exigência, a nosso ver, representa um importante marco no combate a ações policiais arbitrárias e traz maior segurança jurídica para a análise dos casos, privilegiando concretamente os princípios da presunção de inocência e paridade de armas.

5. CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº 70 DO TJRJ

Como já apresentado no presente artigo, ainda vige no âmbito do TJRJ a Súmula nº 70, que autoriza condenações ainda que a prova oral esteja restrita a depoimentos de autoridades policiais. Basta, inclusive, uma rápida pesquisa no *site* do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para encontrar decisões condenatórias fundadas em provas colhidas no curso de buscas domiciliares de legalidade questionável[51], mas que, com amparo na súmula em comento, foram validadas com base na exacerbada credibilidade conferida às declarações de policiais[52].

Sucede que, se tal fundamento já se mostrava duvidoso anteriormente[53], atualmente está em franca dissonância com o entendimento vigente no STJ. Como

---

[49] Traçando breve paralelo com a doutrina norte-americana, mencionada no *leading case*, o consentimento deverá ser "inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção". Foi com base nessa premissa que a Suprema Corte Americana estabeleceu critérios de análise para verificação da validade do ingresso em domicílio, quais sejam: o número de policiais, se o suspeito está cercado de policiais, a atitude dos policiais, a exigência da busca, as ameaças ao suspeito e o horário de cumprimento da diligência. STJ. HC nº 598.051/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 02/03/2021.

[50] STJ. HC nº 674.139/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 15/02/2022. A 5ª Turma também compartilha do mesmo entendimento. Confira-se notícia disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06042021-Turmas-penais-unificam-orientacao-sobre-prova-de-autorizacao-do-morador-para-a-entrada-da-policia.aspx. Acesso em: 19 abr. 2022.

[51] Nesse cenário, especificamente em relação aos crimes que envolvem tráfico de entorpecentes, Borges de Souza Filho enfatiza que "91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial". SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil:** graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão, 2019 (Doutorado em Direito) - Centro de Ciências Sociais: Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/17280. Acesso em: 02 jun. 2022.

[52] TJRJ. Apelação Criminal nº 0262346-97.2020.8.19.0001. Desª. Maria Sandra Rocha Kayat Direito, 1ª Câmara Criminal, julgado em 22/03/2022. Apelação Criminal nº 0107013-55.2020.8.19.0001, Desª. Gizelda Leitão Teixeira, 4ª Câmara Criminal, julgado em 08/03/2022. Apelação Criminal nº 0031037-37.2019.8.19.0014, Desª. Suely Lopes Magalhães, 8ª Câmara Criminal, julgado em 23/02/2022. Apelação Criminal nº 0032738-81.2013.8.19.0066, Desª. Mônica Tolledo de Oliveira, 3ª Câmara Criminal, julgado em 22/02/2022. Apelação Criminal nº 0102829-27.2018.8.19.0001, Desª. Gizelda Leitão Teixeira, 4ª Câmara Criminal, julgado em 15/02/2022.

[53] É oportuno destacar que as críticas dirigidas à Súmula nº 70 do TJRJ não são recentes. O verbete já se tornou alvo, inclusive, de uma campanha da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, cujo objetivo era sua revogação, tendo em vista a fragilidade das condenações que têm como elemento probatório unicamente os depoimentos de policiais. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=26053. Acesso em: 09 abr. 2022. Nas palavras de Lima e França, o "verbete em análise revela grave desrespeito ao princípio constitucional do estado de inocência (ou presunção de inocência) e ao princípio acusatório, como critério de valoração da prova, na medida em que se percebe que a aplicação da Súmula 70, como eixo para o julgamento, determina a inversão do ônus da prova, que recai sobre os ombros do acusado, que se vê obrigado a demonstrar que o depoimento dos policiais é imprestável e insuficiente para a condenação." LIMA, Carla Vianna; FRANÇA, Livia. Não passarão! Observações sobre a opção política consagrada na Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em cotejo com julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos estratégicos:** análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 193. Disponível em: http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022. Além disso, nas palavras de Amaral, "os juízes imaginam que têm um grande poder ao julgar e aplicar a pena, porém, percebe-se que, na verdade, o poder está com o policial que efetua a prisão." AMARAL, Lane dos Santos. **A Súmula 70 do TJRJ e sua utilização nas condenações por tráfico de drogas:** uma análise nas Varas Criminais Estaduais de Volta Redonda/RJ, 2019. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/handle/1/23015. Acesso em: 26 abr. 2022.

visto, a teor dos novos *standards* probatórios exigidos pela Corte, a alegação de que houve consentimento do morador para o ingresso policial em domicílio deverá ser acompanhada de elementos *objetivos* de comprovação, impondo-se a mesma exigência para corroboração de eventual alegação quanto à existência das "fundadas razões" atreladas a uma suposta situação flagrancial.

Sendo assim, o sobrevalor conferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro à narrativa dos agentes públicos, nesses casos, não se revela idôneo para dar contornos de legalidade a ações policiais.

Frise-se: o entendimento do STJ é explícito e cristalino no sentido de que, havendo dúvida quanto à legitimidade do consentimento do morador, o mero fato de policiais defenderem uma determinada versão não é suficiente para que tal dúvida se resolva em favor do Estado[54]. Ou seja, a prova oral produzida pelos policiais, isoladamente, *não será suficiente para embasar uma condenação,* cabendo ao agente público demonstrar, de maneira inequívoca, a legalidade do consentimento.

Pondera-se, por oportuno, que não se sustenta a impossibilidade de que policiais prestem depoimento no curso de uma ação penal, tampouco se defende que seus testemunhos sejam desprezados. A bem da verdade, o que se defende é que os depoimentos prestados pelos agentes públicos sejam sopesados com certa reserva no momento da valoração da prova, não se admitindo que sejam considerados isoladamente para embasar uma condenação.

Ao final, soa lícita a conclusão quanto à incompatibilidade do enunciado sumular em questão com a atual jurisprudência do STJ, de modo que, a nosso ver, o entendimento firmado na súmula do TJRJ deve ser completamente abandonado, notadamente nos casos em que os elementos de prova da acusação forem oriundos de ingresso desautorizado a domicílio. Ainda, considerando que o atual posicionamento do STJ se mostra pacificado, igualmente se entende que as condenações impostas com base na Súmula nº 70 seriam passíveis de revisão, considerando que o atual entendimento é, obviamente, benigno aos réus[55].

REFERÊNCIAS

AMARAL, Lane dos Santos. **A Súmula 70 do TJRJ e sua utilização nas condenações por tráfico de drogas:** uma análise nas varas criminais estaduais de Volta Redonda/RJ, 2019. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/handle/1/23015. Acesso em: 26 abr. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006**:** a palavra está com você: resultados. **AMB**, Curitiba, 2006. Disponível em: https://www.amb.com.br/pesquisa-amb-2006-expressa-pensamento-da-magistratura/. Acesso em: 01 jun. 2022.

[54] STJ. HC nº 616.584/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 30/03/2021.

[55] STJ. RvCr nº 5.627/DF, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, julgado em 13/10/2021.

BACK, Caroline Moreira. Acompanhamento psicológico preventivo para agentes de segurança pública. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 15, n. 01, p. 208-255, fev./mar. 2021. Disponível em: https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1147. Acesso em: 05 jun. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República,1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. "Making a drug dealer": o impacto dos depoimentos policiais e os efeitos da Súmula nº 70 do TJRJ na construção do caso Rafael Braga. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 68, p. 45-77, jan./mar. 2018.

DUMANS, Alexandre Moura *et al*. **Atendendo na guerra**: dilemas médicos e jurídicos sobre o "crack". Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos**. Roma: Echr, 1950.

HERRAIZ PAGÈS, Jaime; DÍAZ SÁEZ, Raul. **Diligencia de entrada y registro e inviolabilidad de domicilio.** Barcelona: Aferre Editor S.L., 2020. *E-book*.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Brasil). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: IPEA, 2015. (Pensando o Direito, v. 59). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/. Acesso em: 06 jun. 2022.

LIMA, Carla Vianna; FRANÇA, Livia. Não passarão!: observações sobre a opção política consagrada na Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em cotejo com julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: RIO DE JANEIRO (Estado) Defensoria Pública. **Análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: DPERJ, 2018. (Cadernos estratégicos). p. 176-197. Disponível em: http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf. Acesso em: 06 jun. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NICOLITT, André; BARILLI, Raphael. Standards de prova no direito: debate sobre a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 302, v. 26, jan. 2018.

OLIVEIRA, Natacha Alves de. **Criminologia**. Salvador: JusPodivm, 2019.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e da apreensão no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório Final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenação: Carolina Dizimidas Haber. Rio de Janeiro: DPGERJ, [2018]. Acesso em: 09 abr. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de fishing expedition no processo penal. **ConJur**, São Paulo, 2 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal. Acesso em: 26 abr. 2022.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil:** graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão, 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.bdtd.uerj.br/handle/1/17280. Acesso em: 02 jun. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. *In*: SCHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas:** uma nova perspectiva. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro W. **Direito penal brasileiro:** teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA ATRIBUIÇÃO DE VALOR ESPECIAL DE PROVA AO DEPOIMENTO DE AGENTES DE SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL

LEGAL CONSIDERATIONS ABOUT THE ATTRIBUTION OF SPECIAL VALUE OF PROOF TO THE TESTIMONY OF SECURITY AGENTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Rafael Silva de Almeida
Mestre em Direito
E-mail: advrafael@outlook.com

Resumo: O processo penal é o instrumento pelo qual o Estado apura e aplica a lei penal diante da prática de um fato penalmente relevante, tendo por finalidades garantir a liberdade dos indivíduos e assegurar a sociedade contra os delitos. A apuração da veracidade ou falsidade da acusação no processo penal se dá a partir da valoração da prova. Entre as orientações sugeridas pelos tribunais brasileiros para a operacionalização da prova, uma afirma que o depoimento de agente de polícia goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade. Em que medida essa concepção se compatibiliza com o processo penal democrático? O objetivo do artigo é discutir a opção pela atribuição de especial valor de prova aos testemunhos policiais, considerando-se uma proposta de processo penal preocupado com a obtenção da verdade dos fatos na melhor medida possível e com a maximização das garantias constitucionais do acusado. Mediante revisão de literatura específica voltada para o processo penal e o direito probatório, o texto analisa o processo penal e sua relação com a prova testemunhal prestada por policiais, bem como a motivação da decisão judicial, tendo por parâmetro o princípio da presunção de inocência.

Palavras-chave: processo penal; prova oral; presunção; depoimentos de policiais.

Abstract: The criminal procedure is the instrument by which the State investigates and applies the criminal law in the face of the practice of a criminally relevant fact and has the purpose of ensure the freedom of individuals and the society against crimes. The determination of the veracity or falsity of the accusation in the criminal process is based on the assessment of the evidence. Among the guidelines suggested by the Brazilian Courts for the operationalization of the evidence, one states that the testimony of a police officer possesses a presumption of veracity and a presumption of legitimacy. To what extent is this conception compatible with the democratic criminal procedure? The objective of the article is to discuss the option of assigning special value of proof to police testimonies, considering a proposal for a criminal procedure concerned with obtaining the truth of the facts, to the best possible extent, and with maximizing the accused's constitutional guarantees. Through a review of specific literature focused on criminal proceedings and evidentiary law, the text analyzes the criminal process and

its relationship with the testimonial evidence provided by police officers, as well as the motivation of the judicial decision, having as parameter the principle of presumption of innocence.

Keywords: criminal procedure; oral evidence; presumption; police statements.

1. INTRODUÇÃO

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941[1], ao tratar das provas, expressa que o projeto da norma abandonou radicalmente o sistema denominado certeza legal. Essa modalidade de apreciação dos elementos de convicção, conhecida ainda por sistema da prova tarifada, baseia-se na aplicação de regras que definem, *a priori*[2], o valor probatório dos meios de prova, determinando critérios operacionais da decisão judicial[3]. Contudo, um olhar sobre a legislação e a prática judiciária indica que continua operando, em diferentes matizes, o mecanismo da prova legal no direito processual penal brasileiro.

Dentre os resquícios do modelo em que a formação da convicção do magistrado é restringida, figuram o artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP)[4], que estabelece a observância obrigatória da lei civil quanto ao estado das pessoas, e o artigo 158 do CPP[5], que exige a realização de exame de corpo de delito diante de delitos não transeuntes.

De forma similar, os tribunais podem, ainda que por via reflexa, aproximar a atividade judicante do modelo da prova legal. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, nos casos de crimes sexuais[6] ou praticados no âmbito de violência doméstica[7], geralmente cometidos às escondidas e sem deixar vestígios, admite-se a atribuição de valor probante diferenciado à palavra do ofendido. Além disso, julgou que declarações prestadas por servidores públicos se revestem de presunção de veracidade e de legitimidade inerente aos atos administrativos[8].

---

[1] CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 88, p. 627–636, out./dez. 1941.

[2] "Do ponto de vista metodológico, chama-se *a priori* a toda ideia ou conhecimento anterior a tal especial experiência ou série de experiências." LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** Trad. Fátima Sá Corrêa *et al*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 82.

[3] TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 131.

[4] "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil." BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

[5] "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado." BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1784535/AM.** Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável [...]. Agravante: S. J. G. D. E. S. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Olindo Menezes, 15 de junho de 2021.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1925598/TO**. Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violência doméstica [...]. Agravante: J. M. S. Agravado: Ministério Público do Estado do Tocantins. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 de outubro de 2021.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 391170/SP**. Paciente: A. F. G. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 1 de agosto de 2017. Decisão Monocrática.

A atribuição de especial valor de prova ao testemunho de agentes de segurança também encontra guarida na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que entende pela presunção de veracidade e de presunção de legitimidade dessas declarações[9]. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), ademais, o enunciado de Súmula nº 70[10] admite condenações baseadas exclusivamente na prova oral policial.

Nada obstante a relevância, sob o enfoque da proteção, da concessão de especial valor probatório a determinados elementos de prova em casos específicos, essa postura pode ensejar a redução na qualidade de investigações, diante da conveniência, em tese, de agentes públicos responsáveis por procedimentos de apuração criminal em não aprofundar as diligências quando a mera palavra da vítima seja supervalorizada[11], ou quando se conceda maior relevância aos depoimentos de servidores públicos. Corre-se o risco, dessa forma, do rebaixamento do patamar mínimo necessário para se julgar uma narrativa verdadeira ou falsa.

O especial valor probatório outorgado aos meios de prova no processo penal merece discussão acadêmica por não se compatibilizar, aparentemente, com os fins declarados da lei processual penal – que não adotou o sistema da prova tarifada. Além disso, pertinente averiguar a eventual colisão entre o postulado da veracidade e legitimidade dos depoimentos de agentes públicos no processo penal e o princípio constitucional da presunção de inocência.

Do ponto de vista jurídico, a investigação pode contribuir nas discussões acerca da racionalidade e da técnica envolvidas na produção e valoração de elementos de convencimento tanto em procedimentos de investigação quanto nas ações penais propriamente ditas. Ademais, há relevância social no tema diante da legítima expectativa da comunidade no adequado funcionamento do sistema de justiça criminal.

Como exposto por Carnelutti[12], o encargo do processo penal está em saber se o imputado é inocente ou culpado, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato, servindo as provas, precisamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer ou reconstruir a história dos fatos. Afirmando a essencialidade do arcabouço probatório, o mestre italiano não deixa de alertar para a indiscutível falibilidade das provas e o risco de se errar o caminho de reconstrução histórica, destacando que a prova testemunhal é a mais enganosa de todas as provas.

Assim, a prova, meio essencial de argumentação[13] e de elucidação das narrativas dispostas na ação penal, merece um tratamento rigoroso capaz de assegurar as garantias fundamentais, em especial o estado de inocência natural a toda pessoa, que só se

---

[9] DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. O depoimento de agente de polícia goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade? **TJDFT**, Brasília, DF, 2021.

[10] "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação." Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-70. Acesso em: 02 jun. 2022.

[11] DUARTE, Luis Roberto Cavalieri**.** O valor das palavras no processo penal: ponderação das palavras isoladas da vítima e do réu em casos de violência doméstica. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 85-106, 2020. p. 105.

[12] CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução: Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tir. São Paulo: Pillares, 2009. p. 30-33.

[13] ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. *In:* RESENDE, Daniel de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 56.

pode afastar diante da comprovação, segura e suficiente, intermediada pelo devido processo legal, da prática de delito descrito em lei.

O enfoque adotado no trabalho, em vez de levantar óbices à oitiva de policiais no processo penal, o que se mostraria inviável e contraproducente – observado que esses servidores encontram-se intimamente vinculados às atividades de cessação e investigação de delitos, comumente se revelando as primeiras ou as principais testemunhas de um fato crime –, direciona-se à higidez do sistema de justiça criminal, ao processo penal democrático e à inadmissibilidade de procedimentos falhos e inábeis potencialmente capazes de ensejar indesejadas condenações criminais. Imbuído desse espírito, expõem-se as considerações a seguir.

2. O PROCESSO PENAL, A VERDADE (PROVÁVEL), A PROVA E O MODELO LEGAL DE VALORAÇÃO

O processo penal pode ser entendido como o instrumento pelo qual se desenvolve o poder-dever de punir do Estado em decorrência da prática de um fato penalmente relevante, tendo por finalidades a tutela da liberdade jurídica do indivíduo e a garantia da sociedade contra a prática de delitos. Exterioriza-se na persecução penal, que consiste na atuação de agentes estatais destinada à verificação da autoria e materialidade de fatos crime, a qual é dividida, no Brasil, em duas fases, a pré-processual ou de investigação e a de instrução criminal, correspondente à própria ação penal[14].

A verdade buscada no processo, além de constituir pressuposto de justiça da decisão judicial[15], não difere da verdade buscada em outros campos das ciências, inclusive da ciência do conhecimento (epistemologia), com a principal diferença de que, no campo processual, a sua procura é limitada por regras e valores. Para Taruffo[16], não se deve perder de vista o problema acerca da possibilidade epistêmica do processo e em que medida ele poderia ser interpretado como um método epistemologicamente eficaz para a descoberta e determinação da verdade.

No âmbito processual, a descoberta da verdade é intermediada pela prova, conceituada como "todo elemento ou meio destinado ao convencimento do juiz sobre o que se procura demonstrar em determinado processo"[17]. A prova é instrumento de reconstrução de uma verdade[18] com base na qual são suportadas as alegações das partes[19].

---

[14] TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal: estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 157-171.

[15] MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 2, p. 147-166, 2018. Disponível em: https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/611. Acesso em: 01 jun. 2022.

[16] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 159.

[17] LIMA, Marcellus Polastri. **A prova.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 33.

[18] "A despeito ser acertada a concepção cognoscitiva da prova, afirmando ser sua função permitir o conhecimento de fatos passados, não se desconhece a impossibilidade de se atingir uma coincidência absoluta entre o resultado da prova e a verdade histórica. O juiz, que não presenciou os fatos pessoalmente, mas apenas tomou conhecimento deles por intermédio das provas, pode apenas dizer-se convencido da veracidade do enunciado fático, se existirem elementos probatórios que o confirmem – e isso não é o mesmo que afirmar que o enunciado é necessariamente verdadeiro". KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021, p. 34.

[19] "Até o momento falamos da prova dos fatos como se se tratasse de um conceito preciso e unívoco e o identificamos, grosso modo, com a determinação dos fatos relevantes para a decisão judicial. Essa forma de falar, entretanto, não é totalmente correta, uma vez que o objeto da prova não são os fatos, mas sim os enunciados sobre os fatos". ABELLÁN, Marina Gascon. **Os fatos no direito:** bases argumentativas da prova. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 131.

Contudo, por melhor que seja a qualidade, relevância, pertinência e confiabilidade das provas produzidas no processo, a obtenção da verdade real não passa de elemento retórico. Somente é possível alcançar-se alguma verdade "na medida do possível, dada a impossibilidade de se chegar à verdade real com os meios probatórios. Preferimos chamá-la de verdade provável"[20].

No que refere à valoração no processo penal, Aquino[21] aponta dois momentos de avaliação dos elementos de convicção ou da prova: o primeiro, quando do recebimento de denúncia ou queixa, também chamado fase de prelibação, realizada com base nos elementos de informação produzidos na investigação preliminar; e o segundo, por ocasião da sentença, quando ocorre a valoração final da coleta da prova, com o destaque de que o juiz não poderá basear sua decisão tão somente nos elementos arrecadados na fase de investigação preliminar.

O ônus da prova, no processo penal, incumbe ao órgão acusatório, Ministério Público ou querelante, resguardadas a possibilidade excepcional de iniciativa probatória judicial e a regra de julgamento que determina a aplicação do *in dubio pro reo* em caso de dúvida sobre fato relevante do processo[22].

Com base no conjunto de provas produzidas no processo, no procedimento ordinário – diferentemente do que ocorre no procedimento do júri, em que a convicção dos julgadores é íntima – o magistrado, fundamentadamente, absolve ou condena o réu. Tal ato judicial é regulado, em síntese, pelos artigos 381, 386 e 387 do Código de Processo Penal, sem prejuízo das regras principiológicas atinentes ao tema.

No Brasil, adota-se o sistema denominado persuasão racional ou livre convencimento motivado – com fundamento nos arts. 93, IX, da Constituição Federal[23] e 155 do CPP –, pelo qual o magistrado pode validamente formar a sua convicção, concluindo pela certeza da verdade de determinados fatos, desde que o faça de forma fundamentada, expondo os motivos pelos quais concluiu pela condenação ou absolvição[24].

Logo, não há previsão legal de uma técnica ou roteiro a ser seguido pelo magistrado no procedimento de valoração probatória. Diante do conjunto probatório apresentado pelas partes – o qual eventualmente pode ser complementado pelo magistrado por força de lei[25], na forma do art. 156 do CPP[26] –, o juiz, de forma

---

[20] LIMA, Marcellus Polastri. **A prova.** 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 32.

[21] AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no Processo Penal Brasileiro.** 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 39-40.

[22] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 229-241.

[23] "[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação". BRASIL. [Constituição (1988)]. C**onstituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 36.

[25] Acerca da discussão sobre a incompatibilidade entre o sistema processual penal constitucional brasileiro e a iniciativa probatória do juiz conferir: LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

[26] "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

fundamentada, expõe as razões de seu convencimento e o raciocínio pelo qual concluiu seja pela condenação, pela absolvição, ou mesmo pelo reconhecimento de uma questão preliminar ou prejudicial, conforme o caso.

Apesar disso, conforme Gomes Filho[27], a liberdade na apreciação das provas confere ao magistrado a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos, de uma forma que a decisão seja controlável, ou seja, havendo a possibilidade de verificação da validade do raciocínio judicial por outros sujeitos por meio do exame da sua motivação. A motivação, fundamentação ou justificação racional são essenciais para a sua legitimidade, devendo suportar a conclusão obtida (a verdade da hipótese acolhida na decisão) mediante critérios racionais, epistemologicamente aceitos, com a demonstração do porquê a solução adotada deve ser considerada verdadeira tendo em vista os elementos probatórios e a cadeia de inferências mínimas a serem realizadas, no raciocínio probatório, para se alcançar o resultado a que chegou.

A higidez da persecução penal e a suficiência da prova penal são pressupostos para a liceidade da condenação criminal, sob pena de desvirtuamento do sistema democrático baseado, dentre outros, nos princípios da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal[28], do juiz natural (art. 5º, LIII), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Para fazer-se apto para o cumprimento de suas finalidades, dentre elas a de apuração da verdade dos fatos por meio da prova, o processo é conformado por regras constitucionais e legais, em cujo cerne se encontra a presunção de inocência.

3. SOBRE OS DEPOIMENTOS DOS AGENTES DE SEGURANÇA E O VALOR DE SUAS DECLARAÇÕES

Os depoimentos de agentes de segurança detêm inegável relevância probatória no universo processual penal, considerando-se as atividades exercidas por esses servidores públicos, que atuam diretamente na proteção da paz pública e na investigação de delitos.

Todavia, com base na estrutura e no funcionamento das polícias, em tese seria possível imaginar-se diferenças de natureza e qualidade nos depoimentos que os servidores integrantes dessas carreiras poderiam trazer para o processo penal.

Veja-se que os arranjos institucionais dos órgãos de segurança pública do Brasil, ao menos no nível estadual (art. 144 da Constituição Federal), separam as funções de polícia ostensiva e judiciária, o que contribuiria para a prevalência da polícia militar nas ações de cessação de atividade criminosa. É dizer, dadas as suas atribuições funcionais, os policiais militares teriam maior atuação em ações envolvendo prisões em flagrante do que os policiais civis.

---

[27] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

[28] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Essa circunstância admitiria a inferência de que os policiais militares geralmente fossem testemunhas diretas de delitos ocorridos em via pública em uma proporção superior do que policiais civis, que, por exercerem boa parte de suas atividades investigando crimes e realizando atividades de polícia judiciária, tomariam conhecimento de fatos crime muito mais de forma indireta, pelo relato de vítimas, testemunhas, informantes ou suspeitos. Por outro lado, os policiais civis seriam testemunhas diretas de diligências investigativas, tais como buscas e apreensões, acareações, oitivas, reconhecimentos e afins, em número superior do que militares.

O esquema proposto se presta para fundamentar uma primeira crítica epistêmica ao entendimento de que os depoimentos de agentes de segurança gozam de presunção de veracidade e de legalidade: não se identifica uma diferença qualitativa no postulado, de modo que agentes de segurança eventualmente envolvidos em diligências de naturezas diversas, os quais podem ter tomado conhecimento dos fatos objeto do processo de forma direta ou indireta, tenham seus depoimentos indiscriminadamente tomados como detentores de especial valor de prova.

Não há como se conferir validade epistemológica à atribuição, de forma apriorística e sem qualquer critério diferenciador, da qualidade de depoimento presumivelmente verossímil e legítimo a testemunhos diretos e indiretos. No contexto que se apresenta, um policial ouvido no processo que tenha tomado conhecimento dos fatos sobre os quais presta depoimento por ouvir dizer terá para si concedida a mesma prerrogativa de especial valor de prova que um policial que tenha sido testemunha direta dos mesmos fatos, em detrimento da busca de uma verdade provável minimamente segura.

Lara Fernandes[29] concebe a credibilidade como um parâmetro subjetivo referente ao interesse, ou não, da pessoa ouvida, a ser avaliada no caso concreto, e a confiabilidade como a higidez da versão narrada e sua capacidade de corroborar, ou não, uma hipótese declinada nos autos.

Os principais parâmetros de análise da confiabilidade são a coerência com o conjunto de prova dos autos, ramificando-se em um triplo critério de consistência, plausibilidade e completude, ou seja, respectivamente, a ausência de contradições internas das informações prestadas; a correspondência das declarações com as noções da experiência geral; e a presença, na narrativa, de elementos essenciais ao roteiro da história, tais como motivos, objetivos, ações e consequências dos personagens envolvidos, além da sua compatibilidade, ou ausência de contradições externas com o conjunto das provas produzidas no processo.

Uma vez identificadas, em nível suficiente, a credibilidade e a confiabilidade do depoimento de qualquer testemunha – em outras palavras, desde que demonstrada, com base em informações seguras hauridas do caso, a ausência de circunstâncias subjetivas e objetivas desabonadoras de qualquer depoente –, parece epistemologicamente justificável utilizar-se essas informações para a tomada de decisão.

De forma geral, a credibilidade e a confiabilidade do depoente se apresentam como pressupostos epistemológicos pertinentes para orientar o início do procedimento de valoração probatória. Ainda que não sejam os únicos critérios pelos quais se possa

[29] FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: Emais, 2019. p. 176-187.

afirmar, com um grau de segurança adequado do ponto de vista racional, a verdade do conteúdo do depoimento, a ausência de qualquer desses pressupostos torna praticamente imprestável a prova no processo penal.

Nada obstante, o posicionamento segundo o qual o agente de polícia goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade nas suas declarações inverte a ordem de análise da credibilidade e da confiabilidade do depoente, que passa a ser pressuposta e não decorrente da análise das circunstâncias do caso concreto.

Considerando-se a atribuição de uma função epistêmica ao processo penal, como instrumento voltado à apuração, na melhor medida e com a melhor qualidade possível, da validade e veracidade das narrativas ou enunciados sobre os fatos elaborados pelas partes, cabe questionar o valor do depoimento de agentes de segurança. Teriam os policiais envolvidos em atos de investigação interesse na ação penal? Seus testemunhos não deveriam ser declarados nas salas de audiência?

Não se deve deixar de considerar que muitas vezes os policiais são as únicas testemunhas ouvidas em processos penais. Foi assim que concluíram a Defensoria Pública do Rio de Janeiro[30] e Marcelo Semer[31], notadamente em casos de tráfico de drogas. Essa circunstância, quando somada ao entendimento de que os depoimentos de policiais gozam de especial valor probatório, acaba por fazer do processo penal mero procedimento de homologação da prisão em flagrante, deixando de ser instrumento de apuração da verdade provável dos fatos e de proteção das garantias fundamentais do acusado.

É possível discordar do entendimento segundo o qual não deveriam, de forma apriorística, ser ouvidos agentes de segurança em ações penais. Em contraposição ao ponto de vista pelo qual os policiais teriam interesse na ação penal como espelho da higidez da sua atuação de ofício[32], assevera-se que o processo penal não é *locus* de avaliação do trabalho das testemunhas, mas de apuração do fato crime imputado ao réu.

Assim, eventuais falhas ou desvios policiais apurados no curso da ação penal, além de funcionarem como motivos para o enfraquecimento ou a perda de credibilidade e confiabilidade dos respectivos depoimentos viciados, a se converterem em favor do réu, segundo a regra constitucional de valoração da prova, poderão ser objeto de processos administrativos, civis e penais diversos.

Como regra geral, qualquer pessoa pode ser ouvida em processo penal acerca dos fatos que tenha tomado conhecimento, por intermédio de seus sentidos, e que sejam pertinentes ao processo penal. Disciplina o art. 202 do Código de Processo Penal[33] que "toda pessoa poderá ser testemunha". Desse modo, parece razoável o entendimento de que os agentes de segurança em geral sejam ouvidos como testemunhas no processo, desde que resguardados critérios epistemológicos mínimos de valoração probatória.

---

[30] RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório Final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenação: Carolina Dizimidas Haber. Rio de Janeiro: DPGERJ, [2018]. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

[31] SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico:** o papel dos juízes no grande encarceramento. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

[32] MATIDA, Janaina. O valor probatório da palavra do policial. **Trincheira Democrática:** Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), Salvador, ano 3, n. 8, p. 48-52, abr. 2020.

[33] BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

Contudo, valorar-se a palavra de policiais de forma especial no processo penal enseja dificuldades que vão além de tornar praticamente impossível a defesa de réus presos em flagrante em processos de tráfico.

A reverberação do entendimento de tribunais pelo qual as declarações de policiais detêm fé pública, presunção de veracidade, presunção de legitimidade e são capazes de suportar uma condenação criminal pode funcionar como uma caixa de ressonância para todos os agentes envolvidos no sistema da justiça criminal, inclusive promotores, procuradores, delegados e demais agentes de segurança, assim como advogados.

É dizer, quando o Poder Judiciário emana a compreensão de que depoimentos de agentes públicos gozam de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade, isso pode contribuir, como recurso retórico, para rebaixar o nível mínimo com o qual todo o sistema de justiça parametriza suas atividades, em detrimento do princípio da presunção de inocência e da legítima expectativa de que as forças de segurança se munem de todos os elementos à disposição para a atividade investigativa, disciplinada no art. 6º, III, do CPP[34].

Cabe destacar, ademais, a incongruência interna existente no entendimento de que os depoimentos de agente de polícia gozam de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade.

Isso pois a presunção de veracidade e a presunção de legitimidade dos atos administrativos têm natureza jurídica de atributo de ato administrativo, ou seja, de uma espécie de ato qualificado pelo regime jurídico administrativo[35]. O depoimento judicial, por sua vez, tem natureza jurídica de ato judicial, submetido ao regime jurídico estabelecido pela Constituição e pelo Código de Processo Penal, sem qualquer repercussão ou efeito do regime jurídico administrativo.

É dizer, o depoimento judicial ostenta natureza de ato judiciário realizado com o objetivo de subsidiar o processo, fornecendo elementos para a discussão e comprovação, pelas partes, das hipóteses acusatória ou defensiva. Assim, o agente público não comparece em juízo para exercer um ato administrativo, nem para falar representando o Estado, hipótese em que, como consagrado na doutrina administrativa, faria jus à atribuição da presunção da legitimidade ou de veracidade.

Ainda que agentes de segurança em geral possam ser chamados a comparecer em juízo para prestar declarações acerca dos eventos que tomaram conhecimento no exercício de sua atividade administrativa, o depoimento prestado em juízo é ato judicial, de natureza jurídica diversa do ato administrativo, funcionando as declarações do policial como meio de prova tão somente, sem o condão de qualquer presunção legal.

Resultado diferente desse não pode ser racionalmente justificado, inexistindo suporte para a compreensão de que a mera palavra policial é suficiente para o funcionamento de todo o sistema de justiça criminal.

Importante asseverar que o entendimento pelo qual os depoimentos de agentes públicos gozam de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade padece de uma aparente contradição, consistente no embate entre o princípio da presunção da

---

[34] "Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias". BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

[35] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 278.

inocência e a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Com efeito, não há falar-se em conflito neste caso na medida em que somente o princípio da presunção da inocência é aplicável ao processo penal, operando o princípio, postulado ou atributo da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos somente no regime jurídico-administrativo.

No processo penal, como esclarecido, o ônus da prova incumbe ao órgão acusatório, que não pode se beneficiar de entendimentos epistemologicamente injustificados que sustentem a validade apriorística de meios de prova, devendo diligenciar de modo a comprovar suas narrativas e postulações sob o pálio do princípio da presunção de inocência e da regra de julgamento pela qual toda e qualquer dúvida se resolve em favor do acusado.

4. CONCLUSÕES

O texto busca discutir a opção de tribunais pela atribuição de especial valor de prova aos testemunhos policiais, considerando-se uma proposta de processo penal preocupada com a obtenção da verdade dos fatos na melhor medida possível e com a maximização das garantias constitucionais do acusado.

O processo penal democrático envolve a participação da comunidade jurídica na perene avaliação e vigia do estado da arte da valoração probatória, com a ininterrupta busca pelo desenvolvimento de ferramentas e aprimoramento dos institutos jurídicos referentes ao tema.

A prova serve para subsidiar a alegação das partes, de modo a convencer o magistrado acerca das hipóteses apresentadas no processo. Entregar-se a uma das partes uma superprova, com valor especial independentemente de seu conteúdo, da confiabilidade e credibilidade da testemunha, implica grande risco ao estado de inocência, violação ao devido processo legal e ao contraditório efetivo, além de afronta direta a uma concepção racional da prova e do processo.

A liberdade na valoração das provas deve ter em conta a função exercida pelo Poder Judiciário na defesa e garantia dos direitos fundamentais, com reforço da fundamentação, considerando-se a falibilidade das provas. A verdade judicial deve ser baseada em dados e critérios objetivos e a racionalidade da decisão deve ser construída com validade suficiente para orientar, por meio de sua motivação, todo o sistema de justiça criminal.

Pensar-se a prova penal desconsiderando-se regras epistemológicas pertinentes à valoração da prova irradia-se para todo o sistema de justiça criminal e contribui para o rebaixamento dos parâmetros de investigação, cujos atores contentam-se com provas débeis e tornam-se complacentes com um conjunto insuficiente de elementos de informação e provas para o acionamento e desenvolvimento da investigação e da ação penal.

Ao se atribuir valor especial de prova ao depoimento de policiais sem fundamentos epistemológicos concretos ou análise de sua credibilidade, validade e valor, corre-se o risco de grave violação ao princípio da presunção de inocência.

O fato de ser agente público no exercício das suas funções não implica a automática concessão de credibilidade ou confiabilidade ao depoimento de policiais, pelo menos não do ponto de vista racional. O processo penal constitucional, de raízes democráticas e intrinsecamente vinculado ao contraditório efetivo, não se compatibiliza com qualquer instituição *a priori* de especial valor de prova a agentes públicos. Entender desse modo faz ressurgir a infortunada prova tarifada, característica do sistema da certeza legal, manifestamente rechaçado pela Exposição de Motivos do CPP e por uma compreensão racionalista da prova.

Por outro lado, há sérios motivos para se rechaçar o entendimento de que as declarações de policiais gozam de presunção de legitimidade e de veracidade, notadamente tendo em vista que o ato de prestar depoimento em juízo não tem natureza de ato administrativo, não consistindo em atribuição legal do servidor público submetida ao regime jurídico administrativo.

Sequer há de se falar em colisão entre a presunção de validade e legitimidade de atos administrativos e a presunção da inocência, considerando-se a envergadura constitucional desta, bem como a sua total compatibilidade com o processo penal, devendo a presunção de validade de atos administrativos operar efeitos somente no regime jurídico-administrativo, e não no processo penal.

Ante todo o exposto, verifica-se a ausência de amparo epistemológico ao afastamento, pelo Poder Judiciário, de critérios racionais na tomada de suas decisões.

Contentar-se com a mera palavra policial como subsídio para a decisão condenatória implica risco ao princípio da presunção da inocência, à exigência de motivação da decisão judicial e contribui para uma compreensão generalizada do sistema de justiça criminal tolerante com investigações débeis.

Quando o Poder Judiciário encaminha à sociedade a mensagem de que a mera palavra policial é suficiente para a condenação criminal, essa postura influencia as agências de segurança, que se tornam, via de consequência, complacentes com investigações débeis, não corroboradas com elementos de informação suficientes, o que resta por influenciar o órgão acusador e, de forma cíclica, retroalimentar uma engrenagem cada vez mais afastada dos mínimos critérios racionais de obtenção de alguma verdade.

Do ponto de vista jurídico, a atribuição de especial valor de prova ao depoimento de policiais enfraquece a racionalidade da decisão no processo penal, permitindo o nascimento e desenvolvimento de ações penais com base em provas insuficientes e incrementando o risco de decisões equivocadas, incompatíveis com o processo penal constitucional democrático. Do ponto de vista social, a atribuição de relevância especial de prova testemunhal policial contribui para debilitar o sistema de justiça criminal, cujos atores e agentes podem contentar-se ou serem complacentes com um conjunto probatório inábil, baseado meramente nos depoimentos de policiais, para suportar uma demanda criminal, com déficit de civilidade e segurança jurídica para a comunidade.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascon. **Os fatos no direito:** bases argumentativas da prova. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Juspodivm, 2022.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ainda sobre a verdade no processo. *In:* RESENDE, Daniel de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 597972/DF.** Agravante: L. C. P. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201402641714. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1925598/TO**. Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violência doméstica [...]. Agravante: J. M. S. Agravado: Ministério Público do Estado do Tocantins. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 26 de outubro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102176968&dt_publicacao=04/11/2021. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1784535/AM.** Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável [...]. Agravante: S. J. G. D. E. S. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Olindo Menezes, 15 de junho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002896255&dt_publicacao=18/06/2021. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 391170/SP**. Paciente: A. F. G. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 1 de agosto de 2017. Decisão Monocrática. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=74369977&num_registro=201700492878&data=20170807&tipo=0. Acesso em: 01 jun. 2022.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 88, p. 627–636, out./dez. 1941.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: Carlos Eduardo Trevelin Millan. 2. tir. São Paulo: Pillares, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. O depoimento de agente de polícia goza de presunção de veracidade e de presunção de legitimidade? **TJDFT**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/valoracao-da-prova/o-depoimento-de-agente-de-policia-goza-de-presuncao-de-veracidade-e-presuncao-de-legitimidade. Acesso em: 02 jun. 2022.

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri. O valor das palavras no processo penal: ponderação das palavras isoladas da vítima e do réu em casos de violência doméstica. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal,** Brasília, DF, v. 2, n. 2, p. 85-106, 2020.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: Emais, 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia.** Tradução: Fátima Sá Corrêa *et al*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 2, p. 147-166, 2018. Disponível em: https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/611. Acesso em: 01 jun. 2022.

MATIDA, Janaina. O valor probatório da palavra do policial. **Trincheira Democrática:** Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), ano 3, n. 8, p. 48-52, abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública. **Relatório Final:** pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Coordenação: Carolina Dizimidas Haber. Rio de Janeiro: DPGERJ, [2018]. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf. Acesso em: 04 jun. 2022.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando o tráfico:** o papel dos juízes no grande encarceramento.São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019.

TARUFFO, Michele. **A prova.** Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade:** o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal: estudo sistemático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 115 E O DIREITO DE PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSECUÇÃO PENAL: A (DES)PREOCUPAÇÃO COM A NECESSIDADE DE UMA "LGPD PENAL"

THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT OF N° 115 AND THE DATA PROTECTION RIGHTS IN TO PENAL PERSECUTION: THE PREOCCUPATION OF THE NECESSITY OF A "CRIMINAL GDPR"

Ricardo Calmona Souza
Graduando em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Nova Friburgo-RJ
Membro do Grupo de Pesquisa e Estudos em Ciências Criminais e Direitos Humanos (GPECCRIM-DH) da Faculdade Estácio de Sá, Nova Friburgo-RJ
Membro do Grupo de Estudos em Direito Penal Econômico (GEDPE) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC-Univali)
Aluno LAB 2022 do IBBCCRIM
E-mail: ricardocalmona@hotmail.com

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar os limites de um direito geral de proteção de dados. Nessa linha, busca indagar se há e quais os parâmetros de um direito de proteção de dados voltado para a persecução penal. Nesse sentido, apresenta algumas considerações críticas sobre o levantamento de dados pessoais sob a ótica constitucional e a relevância da Emenda Constitucional n° 115. Após, é realizada uma análise acerca da esfera de proteção desse direito e a base principiológica envolvida. Ainda, são apontados pontos relevantes quanto ao Anteprojeto relativo à matéria e seus impactos. Assim, expõe a necessidade de uma regulação específica sobre a matéria, além de definir alguns dos parâmetros que não podem ser ignorados pelo legislador ou mesmo pelos operadores do Direito.

Palavras-chave: persecução penal; segurança pública; LGPD.

Abstract: The article presented here aims to examine the limits of general data protection rights. Following this path, trying to inquire if there are and what are the parameters of a general data protection right aimed to penal persecution. In this respect, the following article intends to present some critical remarks about the personal data gathering under the constitutional lenses and the relevance of the Constitutional Amendment of nº 115. Afterwards, an analysis is done towards the protection sphere of this right and the principal basis involved. Moreover, relevant points are shown regarding the Anti-project and its impacts in data protection and the eventual penal persecution. Therefore, exposing the necessity of a specific regulation about the matter, aside from defining some parameters that cannot be ignored from the legislator or the same operators of the Law.

Keywords: criminal prosecution; public security; GDPR.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 115/2022 acrescenta o direito à proteção de dados pessoais ao rol de direitos fundamentais. O fato de estar amparado como um direito fundamental não o torna absoluto. Tampouco, por outro lado, pode ser violado. Isso significa que ele só pode ceder quando houver uma especial justificação jurídica[1].

O presente trabalho busca trazer indagações ligadas ao presente e futuro da persecução penal, sobretudo no que tange ao direito de proteção de dados, consistindo o problema da pesquisa em averiguar se há e, em caso positivo, quais são os limites jurídicos a esse procedimento.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica. No primeiro tópico, é traçado um panorama geral acerca do direito de proteção de dados na persecução penal sob o aspecto constitucional. Após, são abordadas questões acerca dos direitos fundamentais e princípios que regulam eventual intervenção por parte do Estado. Ao final, são feitos apontamentos acerca do Anteprojeto relativo à matéria, analisando-se os seus impactos na persecução penal e os direitos de eventuais afetados pelo levantamento de dados, tomando-se posição no debate.

2. O LEVANTAMENTO DE DADOS PESSOAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115

A referida Emenda acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5°, estabelecendo que "é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais". No entanto, ainda carece da exigência do art. 4°, III, da LGPD, que dispõe acerca da necessidade de regulação especial ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de segurança pública, atividades de investigação e repressão de infrações penais, entre outros.

Cabe destacar que o Ministério da Justiça e Segurança Pública, em parceria com o Ministério Público Federal e a Associação dos Juízes Federais do Brasil, realizaram evento acerca da "LGPD Penal: proteção de dados e seus impactos na investigação criminal"[2]. Nessa ocasião, o anteprojeto relativo ao tema foi objeto de arguição, sob o pretexto de que protegeria demais os dados pessoais. Nessa lógica, há quem entenda que é necessário maior equilíbrio entre a proteção jurídica de dados pessoais e a efetividade da persecução penal[3], equilíbrio esse problemático, sobretudo quando apenas se postula o acesso aos dados para a acusação, enquanto a defesa sequer teria o poder de requisição de documentos[4].

---

[1] GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

[2] **Webinário LGPD Penal: proteção de dados e seus impactos na investigação criminal e persecução penal.** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4Hte0C6mvq4. Acesso em: 01 mar. 2022.

[3] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara Criminal do MPF atuou para aprimorar a investigação e persecução dos crimes relacionados ao trabalho escravo e ao tráfico humano. **Procuradoria-Geral da República**, Brasília, DF, 18 jan. 2022. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/camara-criminal-do-mpf-atuou-para-aprimorar-a-investigacao-e-persecucao-dos-crimes-relacionados-ao-trabalho-escravo-e-ao-trafico-humano-1/. Acesso em: 01 mar. 2022.

[4] MACHADO, José Alberto de Paula. Enunciado 153, poder de requisição e o que mais esperar da Defensoria para 2022. **ConJur**, São Paulo, 21 dez. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-21/tribuna-defensoria-enunciado-153-poder-requisicao-esperar-defensoria-2022/. Acesso em: 01 mar. 2022.

Há vários direitos fundamentais conformando a proteção de dados pessoais para um regime geral de proteção da personalidade, tais como: sigilo postal, confidencialidade e integridade de sistemas informáticos, autodeterminação informacional etc. Nesse sentido, dados pessoais são protegidos por meio dos direitos fundamentais que coadunam a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade. Logo, enquanto direitos de aplicação imediata, os direitos da personalidade compõem uma esfera de proteção em relação ao Estado. Sendo assim, tem-se a abstenção como regra. A rigor, os referidos direitos fundamentais funcionam como direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado, fundamentando, apenas em segundo plano, a proteção ativa dos dados pessoais. Dito de outra forma, a regra é que o Estado não pode intervir, e que as exceções a essa regra geral têm de ser especialmente justificadas.

Dessa forma, é imprescindível uma legislação de proteção de dados nas áreas de segurança pública e processo penal, a fim de estabelecer quais formas de tratamentos de dados pelo Estado – ou melhor, quais formas de intervenção – são constitucionalmente legítimas. Hodiernamente, a jurisprudência constitucional brasileira declara a autodeterminação informacional como um direito fundamental[5]. Por sua vez, o legislador brasileiro insere o regime de proteção de dados em um quadro constitucional nos arts. 1° e 2° da LGPD.

Este quadro, por sua vez, impõe que o tratamento dos dados esteja submetido ao princípio da proibição com reserva de permissão, aplicável também à segurança pública e ao processo penal[6]. Devem ser considerados, ainda, outros princípios fundamentais da dogmática constitucional: o princípio da reserva de lei e o princípio da proibição de excesso. Para o primeiro, o tratamento de dados pessoais pressupõe autorização em lei. Do segundo, extrai-se que as intervenções para o atendimento de interesses públicos devem ser proporcionais. Nesse sentido, o art. 4°, § 1°, da LGPD condiciona o tratamento de dados, que deve prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público[7].

2.1. Direitos fundamentais e sigilo de dados

Diante do imperativo jurídico de proteção dos indivíduos e da sociedade, bem como promover os fins que lhe incumbem, o Estado pode se ver forçado a adentrar nesses espaços individuais protegidos. Entretanto, ele necessitará de uma justificação especial.

Tome-se, a propósito, a questão da infiltração *online* no processo penal[8]. À luz da reserva legal insculpida no art. 5º, II, da CF/88 e ante a constatação de que não existe dispositivo expresso que autorize a medida, conclui-se que ela é inadmissível.

Outrossim, ainda que o conteúdo armazenado no computador se refira a aspectos da vida alheios à intimidade ou à vida privada, ou seja, encontre-se fora do

[5] Cf. STF, ADIs 6.837, 6.388, 6.390 e 6.393.

[6] GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA. *Op. cit.,* p. 39.

[7] *Ibidem*, p. 40.

[8] GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração *online* no processo penal: notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483–1518, set./dez. 2019. Disponível em: 10.22197/rbdpp.v5i3.278. Acesso em: 31 ago. 2021.

âmbito do art. 5°, X, da CF/88, ele é digno de proteção. Além disso, o "sigilo de dados" mencionado pelo art. 5°, XII, da CF/88 se refere a dados, não à própria máquina. Logo, parece haver a necessidade dogmática de recepcionar a figura do direito fundamental à confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos, extensão a que a própria Constituição expressamente se abre[9].

Desse modo, para fins de atribuição de uma faculdade de intervir na persecução desse direito, carece-se de legislação específica que a fundamente (e não apenas a regule). Por isso, enquanto não existir essa lei, o acesso ao conteúdo de sistemas informáticos terá de ocorrer por meio das medidas da busca e apreensão do dispositivo físico em que esse conteúdo se encontra armazenado. Cabe ressaltar que o termo não se confunde com vigilância *online*, qual seja, aquela que transforma o aparelho em câmera ou escuta que produz novas informações. Portanto, atua como um mecanismo que levanta novos dados em tempo real. Isto, em virtude da maior confiança que se confere a dispositivos pessoais, amplia a exposição e a vulnerabilidade[10].

A infiltração *online* como meio processual penal de obtenção oculta e remota de provas armazenadas em sistemas informativos é uma medida sedutora, sobretudo ao punitivismo que impera em tempos atuais[11]. Assim, é indeclinável um direito que proteja não apenas contra invasões à privacidade, como também contra manipulações em sistemas informáticos privados, de modo que o usuário possa confiar em seu uso. Ademais, um direito fundamental à integridade e confiabilidade no uso de sistemas informativos deve criar altos obstáculos a quaisquer intervenções, tendo em vista as consequências que podem advir para a vida dos indivíduos que tenham seus sistemas informáticos acessados por terceiros, sobretudo por agentes estatais[12].

Enfim, na ausência de norma autorizativa para a infiltração *online* no ordenamento jurídico brasileiro, a ilegitimidade da medida é evidente. O Estado só pode atuar nos limites das autorizações do povo, conferidas por seus representantes no parlamento[13].

2.1.1. A privacidade e a publicidade do processo frente à proteção da personalidade

Pode-se pensar que o direito à intimidade não atua diretamente no direito processual, quiçá no processo penal, como fruto das atuações investigativas. No entanto, restringir a intimidade para averiguar dados da vida privada a fim de esclarecer seu padrão de consumo, por exemplo, ou mesmo na investigação da autoria de um crime estão contidos nessa esfera[14]. Na Constituição[15], é assegurado o direito à

---

[9] *Ibidem.*

[10] *Ibidem.*

[11] *Ibidem.*

[12] Os pressupostos estão sendo discutidos há algum tempo pela ciência e pelos tribunais alemães e podem servir de parâmetro para a elaboração de uma norma autorizativa ainda inexistente no direito brasileiro. Vide GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração *online* no processo penal: notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483–1518, set./dez. 2019. Disponível em: 10.22197/rbdpp.v5i3.278. Acesso em: 31 ago. 2021.

[13] *Ibidem.*

[14] FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y processo judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

[15] Cf. art. 5°, X, da CF/88.

privacidade, que tende a ser compreendido como a "pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral"[16].

Portanto, extraem-se novos contornos e significados ao "direito reconhecido ao indivíduo de exercer o controle sobre o uso dos próprios dados pessoais inseridos num arquivo eletrônico". Deve-se realizar um corte epistemológico acerca da inviolabilidade do direito à privacidade, qual seja, o mais comum em termos atuais, o ambiente virtual[17]. Aqui, faz-se um recorte imprescindível, pois os direitos fundamentais que conformam a proteção constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade têm um conteúdo essencial comum, também conhecido como "núcleo da esfera privada"[18].

Em contrapartida, a Constituição estabelece a publicidade dos atos processuais. O art. 93, IX, da CF/88 dispõe que "todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos", podendo haver restrição apenas "quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", na forma do art. 5°, LX, da CF/88. E, seguindo a moldura constitucional, o art. 792 do CPP estabelece a regra da publicidade dos atos processuais, autorizando em seu § 1° que ela possa ser limitada quando houver risco de "escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem"[19].

A publicidade não deve valer para os atos processuais preparatórios ou mesmo autônomos, caso esses tenham apenas significado procedimental em relação ao processo principal. No processo penal, a publicidade deve contemplar apenas a audiência de instrução e julgamento em todas as instâncias. O que significa que, em regra, não devem ser públicos: (i) a fase pré-processual (ou seja, o inquérito policial e as demais fases anteriores); (ii) as fases posteriores aos atos de audiência; (iii) fases posteriores à prolação de sentença; e (iv) registros documentais do processo. Além disso, a ampla publicidade afeta a autodeterminação informacional. O sigilo previsto pela legislação brasileira de forma quase excepcional[20] deveria ser a regra para os autos do processo[21].

Por fim, o art. 795 do CPP ratifica que o princípio da publicidade visa garantir somente a audiência, logo, a presença de espectadores. Estes, por sua vez, podem atuar como multiplicadores da informação, de modo que o princípio em questão garante a liberdade de tomar nota da audiência[22].

---

[16] CARVALHO, Gisele Primo; PEDRINI, Taina Fernanda. Direito à privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 26, n. 32, p. 363–382, dez. 2019. Disponível em: 10.14295/revistaesmesc.v26i32.p363. Acesso em: 10 nov. 2021.

[17] *Ibidem*.

[18] Como explicam Gleizer, Montenegro e Viana: "Trata-se de um conceito presente na *teoria das esferas* desenvolvida no âmbito do direito civil alemão. Essa ideia propõe a separação da esfera privada em três círculos concêntricos. O externo seria o da *esfera social* ou pública, que está sujeita a intervenções sem altos pressupostos de justificação, e seria afetado já por indagações sobre a vida social ou pública do indivíduo, como sua profissão, ou pequenas pesquisas *online* sobre o que é público a respeito do investigado/acusado. O intermediário seria o da *esfera privada*, que exige maiores pressupostos de justificação e é afetado pela coleta de informações, por exemplo, sobre a rotina de uma pessoa, sobre suas compras e seu círculo de amigos. E, por fim, o círculo interno seria o núcleo da esfera privada, que, enquanto expressão da dignidade humana, não comportaria qualquer intervenção" (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, *op. cit.*, p. 68).

[19] Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8, § 5º): "o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça". Cf. GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 108.

[20] Cf. art. 201, § 6°, do CPP c/c art. 189 do CPC.

[21] GLEIZER, MONTENEGRO e VIANA, *op. cit.*, p. 109.

[22] *Ibidem*, p. 110.

2.1.2. Normas autorizativas de intervenção informacional

Da apreciação dos direitos fundamentais como direitos de defesa, denota-se dever geral de abstenção do Estado. Por consequência, é imprescindível estabelecer definições precisas de seu âmbito de proteção, pois o Estado pode se ver forçado a intervir em espaços individuais protegidos. Ocorre que os direitos fundamentais de liberdade antecedem aos interesses estatais. Dessa forma, necessitará de uma justificação especial para a sua intervenção, considerando que os direitos fundamentais demandam dos poderes executivo – como investigador e acusador – e judiciário atuação proporcional e nos estritos limites da autorização democrática[23].

Nesse ponto, surge o conceito de normas autorizativas na dogmática constitucional[24], por meio das quais o parlamento autoriza intervenções em direitos fundamentais. Por outro lado, as normas de competência conferem atribuições às instituições do Estado[25]. Nesse sentido, Orlandino Gleizer, Lucas Montenegro e Eduardo Viana[26] dispõem:

> O fato, p. ex., de o constituinte atribuir às polícias militares a *competência* para exercer policiamento ostensivo e preservação da ordem pública (art. 144, § 5°, CF) não implica, automaticamente, *autorização* para entrada no domicílio dos cidadãos, mesmo que isso seja necessário para o exercício de tais competências; essa ação policial tem de estar autorizada em lei própria. A atuação com base em autorizações legais é, portanto, um limite que os direitos fundamentais impõem aos poderes executivo e judiciário.

Em outras palavras, todo processamento de dados pelo Estado, especialmente nos âmbitos mais invasivos da segurança pública e do processo penal, exige autorização formal em lei aprovada pelo parlamento. Além disso, os direitos fundamentais também sujeitam o parlamento a determinados limites ao aprovar normas autorizativas de intervenção[27]. Nesse ponto, merece o recorte no que diz respeito às intervenções informacionais para fins de persecução penal[28]. São fundamentais os esforços para uma correta regulação da proteção de dados, tendo em vista as consequências sancionatórias mais graves da atividade processual penal, pelas quais o indivíduo pode ser preventivamente preso ou condenado à prisão[29].

---

[23] Neste sentido: "é o povo que escolhe o que seu Estado pode ou não fazer. Ou seja, o povo, em sua Constituição, por meio de direitos fundamentais, estabelece o que estaria sob proteção geral, reservando, assim, a si próprio a posterior decisão sobre exceções que atendam eventuais interesses circunstanciais" (GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 41).

[24] Cf. art. 5°, II, da CF/88.

[25] "Normas de competência conferem atribuições às instituições do Estado: por exemplo, uma compete investigar, a outra, acusar. Normas autorizativas dão àquelas instituições competentes, por outro lado, a faculdade de intervir neste ou naquele específico direito individual, a fim de cumprirem esta ou aquela tarefa que lhes competem" (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA. *op. cit.*, p. 42).

[26] *Ibidem*, p. 42-43.

[27] *Ibidem,* p. 49.

[28] *Ibidem,* p. 103.

[29] *Ibidem,* p. 42-43.

Diante da amplitude de formas de intervenção informacional no processo penal, decorre a impossibilidade de conferir a elas um tratamento completo. No entanto, como ressaltam Gleizer, Montenegro e Viana[30]:

> O recente reconhecimento tanto pelo STF quanto pelo legislador brasileiro ao direito fundamental à autodeterminação informacional traz consigo consequências para todos os níveis do processo penal. Afinal, esse direito tem um âmbito de proteção propositalmente amplo. Qualquer ato processual que possa, de alguma forma, ser reconduzido a uma pessoa identificável é uma intervenção nesse direito fundamental, que precisa estar justificada. Muitas dessas intervenções, no processo penal, sequer estão justificadas formalmente. Ou seja, não há lei que as autorize. Outras, ainda que já estejam autorizadas por lei, não estão em concordância com requisitos da proporcionalidade. [...] Neste momento, uma das mais intensas violações aos direitos fundamentais da personalidade advém, certamente, da espetacularização pública do processo penal, em especial pelas institucionalizadas transmissões televisivas de julgamentos penais, transmissões essas que, de regra, divulgam informações pessoais dos investigados/acusados e, na sociedade digital, representam uma perpetuação injustificada da intervenção informacional por parte do Estado.

2.1.3. Proporcionalidade e vinculação finalística

A exigência de proporcionalidade é de extrema importância para a confecção de normas autorizativas de intervenções informacionais, dado que os órgãos da administração pública se valem do tratamento de dados pessoais como meio para perseguir certos fins, como a garantia da segurança pública ou a confirmação de uma suspeita no processo penal[31]. Assim, a ideia de proporcionalidade impõe exigências materiais aos meios de que se vale o Estado para a persecução de tais fins[32].

Logo, o juízo de proporcionalidade, decorrente da relação meio-fim, pressupõe o conhecimento das finalidades da ação estatal interventiva. As intervenções informacionais atingem direitos fundamentais que protegem as condições para um livre desenvolvimento da personalidade. Tais direitos garantem a previsibilidade ao indivíduo, que precisa saber que uso será feito de seus dados. Sendo assim, exige-se que o propósito da intervenção esteja determinado de antemão[33].

Desse pressuposto, extrai-se que, se o propósito da intervenção está determinado no instante do levantamento dos dados, não se pode, posteriormente – pelo menos, não sem um fundamento adicional –, dar aos dados tratamento diverso daquele que fundamentou o levantamento. A isso se designa vinculação finalística[34].

---

[30] *Ibidem*, p. 132-133.

[31] Nessa linha: "O que fundamenta a possibilidade de um indivíduo ser penalmente investigado/processado é o *grau de suspeita* que recair sobre ele. Não por outra razão, é natural que também o nível das intervenções que o indivíduo deva suportar esteja em direta relação com esse grau de suspeita. O legislador brasileiro não está vinculado a uma categorização dogmática específica, mas aquela desenvolvida na dogmática processual penal alemã parece-nos servir como boa direção. As normas da StPO diferenciam três tipos de suspeitas, para distintas fases e medidas processuais: a suspeita inicial, a suspeita forte e a suspeita suficiente" (*Ibidem*, p. 112).

[32] *Ibidem*, p. 49.

[33] *Ibidem*, p. 50.

[34] *Ibidem.*

Portanto, toda medida de tratamento de dados pelo Estado está vinculada à finalidade que condicionou o levantamento de dados. Cada alteração de finalidade é um ato interventivo autônomo, igualmente carecendo de expressa autorização legal. Dessa forma, a ideia de vinculação finalística não institui um obstáculo insuperável, senão um importante limite ao desvio de finalidade, qual seja, a exigência de fundamento legal autônomo[35].

Sendo assim, o fundamento dessa vinculação finalística reside na própria inclusão dos dados pessoais em um regime constitucional de proteção da personalidade. O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe que o indivíduo tenha controle sobre os dados pertinentes a sua pessoa[36]. No mais, devido à diferenciação funcional da persecução penal e da segurança pública, por vezes serão necessárias múltiplas medidas a que o Estado deve estar autorizado no exercício dessas funções. Portanto, da distinção funcional decorre uma diferenciação também em relação às medidas de que o Estado pode se valer no exercício de cada uma de suas atividades[37].

Dessa forma, é importante ponderar dois pontos primordiais para a constitucionalidade no contexto do tratamento de dados pessoais no âmbito da segurança pública e do processo penal:

i) a exigência de que normas autorizativas tenham conteúdo determinado. Não apenas se exige a autorização em lei para uma intervenção em direitos fundamentais, mas a lei em questão tem de ser formulada de maneira que os cidadãos sejam capazes de prever as consequências da norma para o direito afetado. Se intervenções informacionais precisam ser autorizadas por lei, não resta dúvida de que apenas aquilo que se pode compreender da leitura da norma autorizativa está efetivamente autorizado. Por essa razão, um atributo da reserva de lei é o chamado imperativo de determinação e clareza – a norma autorizativa precisa expressar a ação naturalística em si (interceptar, infiltrar, armazenar etc.), ou seja, não bastam previsões gerais. Aqui, é a perspectiva do indivíduo a medida do imperativo. É preciso, substituindo-se a ele, questionar se a ação interventiva era, da leitura da norma, previsível[38]; e

ii) a preservação de um conteúdo essencial presente em todos os direitos fundamentais. O que significa dizer que a restrição não pode atingir o direito de modo que dele não se possa extrair qualquer efeito para o titular[39].

Em síntese parcial, dizem Gleizer, Montenegro e Viana[40]:

> A dogmática das intervenções informacionais, enquanto ações estatais de afetação dos direitos fundamentais que protegem dados pessoais, é uma

[35] *Ibidem,* p. 51.

[36] *Ibidem.*

[37] *Ibidem*.

[38] *Ibidem,* p. 66-67.

[39] *Ibidem.*

[40] *Ibidem,* p. 69-70.

> derivação consequente da dogmática geral da justificação de intervenções em direitos fundamentais. Ações estatais que não estejam justificadas violam direitos fundamentais. Portanto, o enfrentamento correto dos problemas advindos do uso de intervenções informacionais na segurança pública e no processo penal está na análise dos requisitos justificadores dessas intervenções em relação a cada específico direito fundamental por elas afetado, em especial dos requisitos de reserva de lei, de reserva parlamentar e de proporcionalidade. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é protegido por um conjunto de direitos fundamentais concretos, que salvaguardam diferentes elementos da vida do indivíduo e com distintos níveis de proteção. Por isso, não é possível estabelecer parâmetros definitivos para todas as intervenções de modo geral. É necessário, ao contrário, analisar cada uma das intervenções de forma autônoma, de modo que suas particularidades sejam conformadas a cada um dos direitos concretamente afetados.

2.2. O Anteprojeto

Em novembro de 2020, foi apresentado à Câmara dos Deputados Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para Segurança Pública e Investigação Criminal[41], com objetivo de cumprir a determinação do art. 4°, III, da Lei 13.709/18 (LGPD) – a existência de legislação específica que trate da matéria no âmbito penal. O Anteprojeto é o resultado do trabalho da comissão de juristas nomeada pela presidência da respectiva Casa[42].

É necessário ponderar que o Anteprojeto mostra incoerências em relação ao reconhecimento da autodeterminação informacional como direito fundamental. Em seu art. 9°[43], possibilita que determinadas intervenções sejam autorizadas por regulamento[44]. Ocorre que o art. 5°, II, da CF/88 não faz concessões a autorizações por portarias, decretos, regulamentos ou outro ato normativo diferente de lei. Assim, um dos pontos fulcrais do exercício interventivo informacional da segurança pública e do processo penal é a observância da reserva de lei e da reserva parlamentar, enquanto garantias dos direitos fundamentais, sobretudo os da personalidade[45]. Nesse sentido, afirmam Gleizer, Montenegro e Viana[46]:

> Essas ideias contêm, em si, uma miríade de problemas, que denotam incompreensão (ou desconsideração) da dogmática constitucional dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o desenvolvimento da autodeterminação

[41] O Anteprojeto de Lei, na versão apresentada pela Comissão de Juristas, pode ser acessado aqui: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetocomissaoprotecaodadossegurancapersecucaoFINAL.pdf. Acesso em: 01 mar. 2022.

[42] REIS, Carolina *et al.* **Nota técnica sobre o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a segurança pública e investigação criminal**. [*S. l.*]: Laboratório de Políticas Públicas e Internet - LAPIN, 2021. Disponível em: https://lapin.org.br/2021/03/24/nota-tecnica-sobre-o-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica-e-investigacao-criminal/. Acesso em: 13 ago. 2021.

[43] "Art. 9° O tratamento de dados pessoais para atividades de segurança pública e de persecução penal somente poderá ser realizada nas seguintes hipóteses: I – quando necessário para o cumprimento de atribuição legal de autoridade competente, na persecução do interesse público, na forma de lei ou regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do Capítulo IV desta Lei; II – para execução de políticas públicas previstas em lei, na forma de regulamento, observados os princípios gerais de proteção, os direitos do titular e os requisitos do capítulo VI desta Lei".

[44] GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA. *op. cit.,* p. 45.

[45] *Ibidem.*

[46] *Ibidem,* p. 47.

> informacional enquanto direito fundamental serve, exatamente, para submeter *qualquer* tratamento de dados pessoais à reserva de lei e proporcionalidade, uma vez que essas são as garantias que os direitos fundamentais têm a conferir ao cidadão. Fosse para manter apenas um certo espectro de dados sob proteção, não faria sentido afirmar um direito fundamental cujo significado está, justamente, em abranger *todos* os dados pessoais ("não há dados irrelevantes mais"). Em segundo lugar, regulamentos da administração pública não são expressão da vontade popular, mas do arbítrio daquele a quem se confia a prática da intervenção, ou seja, o órgão ou o funcionário público.

Questão no mínimo interessante está presente no art. 5°, XIII, do Anteprojeto, ao se falar em consentimento. Aqui, cabe lembrar das palavras de Aury Lopes Júnior acerca do consentimento viciado – ainda que na esfera da busca e apreensão em residências[47]:

> Quando alguém é cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, "consentindo" que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente. Deve-se considerar viciado o consentimento dado nestas situações e, portanto, ilegal a busca domiciliar, pois há um inegável constrangimento situacional.

Quanto à vinculação finalística contida no art. 6°, V, do Anteprojeto[48], uma orientação alternativa está na *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados,* norma mexicana que regulamenta o tratamento de dados pessoais realizados por agentes públicos sob sua jurisdição[49]. A lei mexicana estabelece que o tratamento de dados pessoais deve ser adequado, relevante e estritamente necessário para a finalidade que se pretende alcançar[50].

2.3. Impacto à proteção de dados pessoais: RIPD e o processo de tomada de decisões

O relatório de impacto à proteção de dados (RIPD) trata-se de um processo de avaliação de impactos sobre a privacidade e proteção de dados gerados por uma abordagem de levantamento de dados. São feitos em consulta com as partes interessadas, de modo a impulsionar a adoção de medidas preventivas necessárias para evitar ou

---

[47] LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. p. 225. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/. Acesso em: 24 ago. 2021.

[48] "Art. 6° As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] V – proporcionalidade: compatibilidade do tratamento com os objetivos pretendidos, de acordo com o contexto do tratamento".

[49] Neste sentido: "Articulo 25. El responsable sólo deberá tratar los datos personales que resulten adecuados, relevantes y estrictamente necesarios para la finalidad que justifica su tratamento". Cf. Nota Técnica LAPIN.

[50] Sendo assim, uma nova redação para o Art. 6° do Anteprojeto sugerida seria: "Art. 6° As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] V – proporcionalidade: garantia de limitação de tratamento de dados pessoais somente aos dados que se mostrem adequados, relevantes e estritamente necessários; [...] Parágrafo Único: o agente de tratamento deverá descrever os objetivos do tratamento, os dados pessoais tratados e a finalidade do tratamento de maneira acessível aos cidadãos" – Cf. Nota Técnica LAPIN.

minimizar os impactos negativos do tratamento de dados pessoais[51] – na área da persecução penal, por exemplo, a restrição da liberdade[52].

Cumpre ressaltar que, além da função preventiva, os RIPD reduzem os custos de implementação de projetos que envolvem tratamento de dados pessoais. A economia decorre da detecção de potenciais ameaças, possibilitando o desenvolvimento de salvaguardas antes da efetiva implementação do projeto[53]. É essencial refletir sobre a necessidade de o ordenamento jurídico estipular procedimentos mínimos a serem adotados pelas autoridades competentes, a fim de minimizar os impactos das intervenções. O Anteprojeto estabelece procedimentos mínimos, que guardam relação com a solidificação de fundamentos da disciplina de dados pessoais em atividades de segurança pública.

Desse modo, a efetiva observância dos princípios contidos no art. 2°, VII, do Anteprojeto[54] depende da compreensão dos atores envolvidos sobre o processo que culmina na tomada de decisões que afetam seus direitos[55]. No entanto, o documento apresenta dispersões sujeitas a ambiguidades acerca dos procedimentos a serem tomados pelas autoridades competentes para a realização de RIPD. No art. 29, há apenas hipóteses de obrigatoriedade e requisitos mínimos dos relatórios.

2.3.1. *Big data*, necessidade, minimização de dados, limitação temporal, transparência, livre acesso e segurança dos dados

Se os órgãos públicos levantam ou armazenam dados supérfluos, isso significa que não se está fazendo uso do meio menos gravoso, ainda que na grande quantidade de armazenamento de dados (*Big Data*) também haja a possibilidade de tratamento desses dados por meio do aprendizado de máquina[56], por exemplo. E, ainda, não se pode utilizar desses dados na persecução penal quando conveniente, diante de uma não observância da tutela constitucional intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Apesar disso, como decorrência da ideia de proporcionalidade, o princípio não contém prescrição absoluta de restrição ao mínimo necessário. Essa abordagem, por sua vez,

---

[51] REIS, Carolina *et al.* **Nota técnica sobre o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a segurança pública e investigação criminal**. [*S. l.*]: Laboratório de Políticas Públicas e Internet - LAPIN, 2021. Disponível em: https://lapin.org.br/2021/03/24/nota-tecnica-sobre-o-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica-e-investigacao-criminal/. Acesso em: 13 ago. 2021.

[52] Como expõe Aury Lopes Jr.: "Ferrajoli fala da *ley del más débil*. No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o condenado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena" (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias:** la ley del más débil *apud* LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p. 14).

[53] Cf. Nota Técnica LAPIN.

[54] "Art. 2° A disciplina da proteção de dados pessoais em atividades de segurança pública e de persecução penal tem como fundamentos: [...] VII – garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação e da reserva legal".

[55] Cf. Nota Técnica LAPIN.

[56] BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 19: "*Machine learning* ou aprendizado de máquina é ainda novidade no campo do Direito, embora seja discutido há décadas. O termo existe desde 1959 e é usado para referir-se a algoritmos que podem 'aprender'" a partir de dados e fazer predições. Foi apenas recentemente, contudo, que abordagens mais aprimoradas, tais como *deep learning*, tornaram-se possíveis, graças aos avanços tecnológicos e da imensa quantidade de dados disponíveis na era do *big data*, motivo pelo qual seu uso vem ganhando especial atenção de empresas e governos".

ratifica a necessidade da atribuição de caracteres para a realização do fim objetivado pelo Estado (qual seja, a persecução penal), para que não incorra na utilização de meios que possam demandar dos órgãos públicos esforços desproporcionais e sucateamento das garantias individuais e coletivas.

A exigência de minimização de dados pessoais vincula-se à limitação temporal. A DPD, por exemplo, define que os Estados-Membros prevejam prazos adequados para o descarte dos dados pessoais ou para a avaliação periódica da necessidade de conservá-los. Essa exigência demanda uma concretização no âmbito das normas de autorização. Um regramento dos registros criminais também deve prever prazos de eliminação dos dados pessoais, variando de acordo com a gravidade do delito[57]. A garantia de transparência e livre acesso assegura ao titular o conhecimento do tratamento e o acesso a informações relevantes sobre ele. Se a ideia de livre desenvolvimento da personalidade pressupõe um controle sobre os próprios dados pessoais, o simples fato de não saber se, e de que forma, os dados estão sendo tratados afeta esse livre desenvolvimento[58].

Assim, pode-se enxergar também uma decorrência do ideal de proporcionalidade, em especial a necessidade. A concretização desse princípio incumbe às normas que definem deveres de informação do controlador e direitos do afetado. Por outro lado, o acesso a informações sobre o tratamento de dados pode, em alguns casos, prejudicar a proteção contra perigos para a segurança pública ou a investigação criminal. Por essa razão, a DPD reconhece a possibilidade de autorizações legislativas que limitem os direitos de acesso do titular dos dados[59]. Outrossim, a intervenção na esfera protegida dos dados pessoais exige que os órgãos controladores tomem medidas técnicas e organizacionais que garantam a segurança desses dados. Cabe ressaltar que haverá violação de segurança dos dados sempre que estes sejam perdidos, apagados, alterados ou indevidamente disponibilizados a terceiros. A RGPD e a LGPD contêm normas específicas sobre segurança dos dados que concretizam esse princípio[60]. Figuram dentre as medidas de segurança, por exemplo, a anonimização e a pseudonimização[61], a cifragem dos dados e a integridade, a confidencialidade, a disponibilidade e a capacidade de armazenamento dos sistemas[62].

---

[57] A Lei n° 14.069/2020, criada com base no ordenamento americano ("Lei de Megan"), cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro. Ela parece preocupante, considerando o momento em que o Brasil se encontra, diante da não regulação dos dados pessoais voltadas à persecução penal e segurança pública. No caso, sacrifica-se a privacidade do acusado em prol da possibilidade do "vigilantismo". Nesse sentido, a Lei n° 14.310/2022 inseriu o art. 68-A, parágrafo único, na Lei n° 11.340/06, determinando que, após a concessão de medidas protetivas de urgência, estas devem ser cadastradas no banco de dados do CNJ.

[58] Parece oportuno destacar o constrangimento situacional, ao que alude Aury Lopes Jr. Aqui, não bastaria, a princípio, ter requisitos para uma defesa técnica em aspectos processuais, como também conhecimento de tecnologias, para atuação de uma investigação defensiva, por exemplo.

[59] GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, *op. cit.*, p. 65.

[60] Cf. arts. 25, 32 RGPD; arts. 46 ss. LGPD.

[61] Como ressaltam Gleizer, Montenegro e Viana: "A anonimização é o processo técnico por meio do qual o vínculo entre os dados e o seu titular é rompido (cf. LGPD, art. 5°, XI). Esse processo de ruptura pode ser implementado por meio de diversas técnicas, a exemplo da supressão, da generalização e da randomização. Discute-se se a pseudonimização é, ou não, uma técnica de anonimização, por consistir em um mecanismo de mascaramento (disfarce) da identidade por meio da substituição de atributos. Isso faz com que as informações não possam ser relacionadas (diretamente) ao titular sem que se recorra a informações complementares" (GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, *op. cit.*, p. 65).

[62] *Ibidem*.

3. CONCLUSÃO

O trabalho ateve-se à problemática de um direito de proteção de dados na esfera sensível da persecução penal e segurança pública. Conforme afirma Aury Lopes Jr., "na perspectiva constitucional, forma é garantia e limite de poder"[63]. Para assegurar essa forma (e, consequentemente, as garantias), mostra-se impreterível a regulação acerca do tema.

Ademais, postula-se uma regulação não apenas da forma como esses dados serão levantados e tratados no processo, mas também na fase pré-processual, a fim de possibilitar, por exemplo, a atuação da defesa diante de uma investigação defensiva.

Logo, se por um lado há uma preocupação quanto ao direito (geral) de proteção de dados, carece a preocupação de um direito de proteção de dados voltado à segurança pública e persecução penal, o qual deve ser essencialmente garantista, observados os princípios mais basilares do processo penal, como a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara Criminal do MPF atuou para aprimorar a investigação e persecução dos crimes relacionados ao trabalho escravo e ao tráfico humano. **Procuradoria-Geral da República**, Brasília, DF, 18 jan. 2022. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/camara-criminal-do-mpf-atuou-para-aprimorar-a-investigacao-e-persecucao-dos-crimes-relacionados-ao-trabalho-escravo-e-ao-trafico-humano-1/. Acesso em: 01 mar. 2022.

CARVALHO, Gisele Primo; PEDRINI, Taina Fernanda. Direito à privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 26, n. 32, p. 363–382, dez. 2019. Disponível em: 10.14295/revistaesmesc.v26i32.p363. Acesso em: 10 nov. 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y processo judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. **O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

[63] LOPES JR., Aury. Sistema de nulidades "a la carte" precisa ser superado no processo penal. **ConJur**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal/. Acesso em: 11 jan. 2022.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração *online* no processo penal: notícia sobre a experiência alemã. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1483–1518, set./dez. 2019. Disponível em: 10.22197/rbdpp.v5i3.278. Acesso em: 31 ago. 2021.

LOPES JR., Aury. Sistema de nulidades "a la carte" precisa ser superado no processo penal. **ConJur**, São Paulo, 5 set. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal/. Acesso em: 11 jan. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/. Acesso em: 24 ago. 2021.

MACHADO, José Alberto de Paula. Enunciado 153, poder de requisição e o que mais esperar da Defensoria para 2022. **ConJur**, São Paulo, 21 dez. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-21/tribuna-defensoria-enunciado-153-poder-requisicao-esperar-defensoria-2022/. Acesso em: 01 mar. 2022.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?. **ConJur,** São Paulo, 8 jan. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniao-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan/. Acesso em: 11 jan. 2022.

REIS, Carolina *et al.* **Nota técnica sobre o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para a segurança pública e investigação criminal**. [*S. l.*]: Laboratório de Políticas Públicas e Internet - LAPIN, 2021. Disponível em: https://lapin.org.br/2021/03/24/nota-tecnica-sobre-o-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica-e-investigacao-criminal/. Acesso em: 13 ago. 2021.

RELATIVIDADE DA AUTONOMIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA DA LEI 11.340/06: DICOTOMIA DO ARQUIVAMENTO DE INVESTIGAÇÃO PENAL NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

RELATIVITY OF THE AUTONOMY OF EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES OF LAW 11.340/06: DICHOTOMY OF THE FILING OF CRIMINAL INVESTIGATION ABOUT DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE AGAINST WOMAN

Vinícius Queiroz Reis
Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA)
Especialista em Atividades do Ministério Público pelo Centro Universitário Projeção (UniProjeção)
Residente Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: viniciusqueirozr@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo esclarecer a aplicação de medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 por intermédio do conceito da autonomia processual, porém apontando que essa característica não é absoluta. Mediante pesquisa bibliográfica, respaldada em lei, em doutrina e em jurisprudência, afirma que a autonomia dessas medidas é passível de relativização em decorrência de eventual dicotomia ocasionada pela conclusão da investigação penal, quando o fato que as arrazoa for exclusivamente criminal. Assim, conclui que os fundamentos para decisão de manutenção ou revogação das medidas protetivas de urgência devem ser extraídos de cuidadoso exame do fato e da atual realidade da mulher amparada judicialmente.

Palavras-chave: medidas protetivas de urgência; Lei Maria da Penha; autonomia processual; arquivamento da investigação penal.

Abstract: This work has the aim to explain the application of emergency protective measures from Law 11.340/06 of the Federative Republic of Brazil by understanding that they are autonomous processes, but this autonomy is not absolute. Through bibliographic research, supported by law, doctrine and jurisprudence, asserts that the autonomy of these measures is subject to relativization as result of a possible dichotomy caused by the closure of criminal investigation. It implies that the reasons for the decision to revoke or maintain the emergency protection measures must be drawn from a careful analysis of the fact and current reality of the judicially supported woman.

Keywords: emergency protective measures; Maria da Penha Law; autonomous process; closure of criminal investigation.

1. INTRODUÇÃO

Popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, a Lei 11.340/06 é um marco brasileiro no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Ao criar mecanismos para o combate desse gênero de violência, quais sejam as medidas protetivas de urgência, o legislador foi sucinto, sem especificá-las em matéria processual.

Não obstante a Lei tenha conferido ao juiz certa discricionariedade para aplicação das medidas mais adequadas ao caso que lhe for apresentado, o texto legal peca ao não explicitar os termos para instrumentalizá-las. Como a ideia de violência doméstica muitas vezes se confunde com ilícitos penais, nessas circunstâncias, as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 passaram a ser aplicadas como cautelares de processo penal.

Por essa desacertada lógica, a plena efetividade da tutela em âmbito de violência doméstica e familiar é afetada, pois o desfecho em seara penal consequentemente enseja a revogação das medidas aplicadas. Contudo não se trata de desafio insuperável.

Em doutrina e em jurisprudência, ainda remanesce certa controvérsia a respeito da natureza jurídica desses instrumentos. Ao analisá-los de maneira mais pragmática, verificar-se-á que, como tutelas inibitórias, é possível a distinção entre tais medidas e a investigação penal, conferindo às primeiras autonomia processual quanto à última.

Essa autonomia se revelará passível de relativização pontualmente no arquivamento da investigação penal que cuida de violência doméstica e familiar contra a mulher. Como efeito, há uma dicotomia a ser enfrentada: as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha poderão perdurar eficazes – pela autonomia que *a priori* ostentam – ou terão de ser revogadas, vinculando-se a específico fundamento da promoção de arquivamento. Tanto dependerá do que for constatado sobre o fato em questão.

Todavia, pela própria função dessas medidas, tal vinculação não pode ser automática. Isto é, o arquivamento da investigação não pode resultar em instantânea extinção da tutela. Observar-se-á que, em atenção a *mens legis*, a decisão de manutenção ou revogação de medidas protetivas de urgência tem de obedecer a critérios que permitam prévia manifestação da tutelada e do Ministério Público.

2. AUTONOMIA PROCESSUAL PELA NATUREZA JURÍDICA

A razão da autonomia processual das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 se resguarda na natureza jurídica delas. Elucidar tais instrumentos permite não apenas visualizar os limites de sua eficácia enquanto tutela, mas, sobretudo, concede ao aplicador do Direito o poder-dever de torná-los efetivos. No que tange à efetividade, Barroso preleciona:

> Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.[1]

[1] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 136.

Há, então, a necessidade de se instituir diferenciação – mesmo que parcial – entre essas medidas e o processo-crime. A discriminação entre os feitos advém do próprio objetivo de cada um.

Notoriamente, o processo penal se escora no exercício do *jus puniendi*, que, pela imposição da pena, reafirma a norma penal. As medidas protetivas de urgência, por sua vez, possuem a única finalidade de conferir proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Em sintonia, Didier Jr. e Oliveira comentam:

> Desse modo, é importante discernir entre (i) a punição do agressor por conta da violência doméstica ou familiar cometida, sanção de que cuida o Direito Penal; (ii) as consequências civis desse ato ilícito e (iii) as medidas que têm por objetivo impedir que o ilícito (violência doméstica e familiar) ocorra ou se perpetue.[2]

Atenta-se que, para o fato ser considerado violência doméstica e familiar contra a mulher, não é necessário que ele esteja penalmente tipificado. Essa percepção se extrai da combinação dos artigos 5º e 7º da referida Lei, que assentam, em rol exemplificativo, essa modalidade de violência para além daquilo que se define como crime.

Exemplar disso, no inciso II do artigo 7º da Lei 11.340/06, tem-se o conceito de violência psicológica contra a mulher. Ao passo que, pelo advento da Lei 13.772/18, essa espécie de violência doméstica está prevista desde 19 de dezembro de 2018; a respectiva conduta somente foi criminalizada em 28 de julho de 2021, de acordo com a Lei 14.188/2021, conforme artigo 147-B do Código Penal. Nas palavras de Fernandes, Ávila e Cunha:

> Embora a Lei Maria da Penha contemple a violência psicológica no art. 7º, inc. II, até a entrada em vigor da Lei n. 14.188/2021 não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal correspondente. [...] Apesar de serem ilícitos civis, não configuravam crime. [...] A ausência de tipificação também dificultava o deferimento de medidas protetivas de urgência, pois, embora os tribunais superiores e o art. 24-A da Lei Maria da Penha permitam a medida protetiva civil autônoma, ainda há, lamentavelmente, muita resistência em se conceder instrumentos de proteção divorciados da infração penal, de um registro de boletim de ocorrência ou procedimento criminal.[3]

De igual modo, vê-se tal tratamento na criminalização da perseguição, disposta no artigo 147-A do Código Penal. Apesar desse tipo penal ter adentrado o ordenamento jurídico brasileiro em 31 de março de 2021, mediante Lei 14.132/2021, a Lei Maria da Penha já se referia à perseguição como conduta atinente à violência psicológica.

Notadamente, as medidas protetivas de urgência abarcam nuances que, por vezes, antecedem o crime, bem como podem extrapolá-lo, não cabendo concebê-las como dependentes de prática delitiva. Em apreço à dignidade da pessoa humana e como meio de ratificar materialmente a igualdade de gênero em âmbito doméstico e familiar, prestam-se a assegurar os direitos da mulher em situação de vulnerabilidade,

---

[2] DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, [*s. l.*], n. 4, jun./jul., 2008. p. 2.

[3] FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. **MSJ**, [*s. l.*], 29 jul. 2021. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/. Acesso em: 02 fev. 2022.

nos termos dos artigos 2º ao 4º da Lei 11.340/06, sendo instrumentos de especial fim, cuja pretensão é única.

A melhor aplicação dessas medidas desfalece a equivocada lógica de que seriam acessórias a um processo principal – seja criminal ou cível. Fausto Rodrigues de Lima complementa que as medidas protetivas de urgência não se caracterizam como acessórios de processos principais nem se vinculam a eles, pois se assemelham a remédios constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Assim, não existem como garantia de processos, mas, sim, de direitos fundamentais do indivíduo[4].

No entanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sedimentou entendimento de que as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, incisos I a III, da Lei Maria da Penha têm natureza de cautelar penal, aplicando-se o disposto no artigo 319 do Código de Processo Penal:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI N. 11.340/06. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL OU AÇÃO PENAL EM CURSO. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA PENAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESFAVORÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - Dentre as medidas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, evidencia-se que as constantes dos incisos I, II e III têm natureza eminentemente penal, visto que objetivam, de um lado, conferir proteção à vida e à integridade física e psicológica da vítima e, de outro, impõem relevantes restrições à liberdade e ao direito de locomoção do agressor, bens jurídicos esses merecedores da maior proteção do direito penal. II - Ademais, as medidas protetivas possuem natureza apenas cautelar, restringindo-se a sua aplicação a casos de urgência, de forma preventiva e provisória. III - Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que "as medidas protetivas fixadas na forma do art. 22, incisos I, II e III, da Lei 11.340/2006 possuem caráter penal e, por essa razão, deve ser aplicado o procedimento previsto no Código de Processo Penal" (AgRg no REsp n. 1.441.022/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 2/2/2015). IV - *In casu*, o eg. Tribunal de origem consignou que mantidas as medidas protetivas desde 23.02.2017, em razão de fatos ocorridos naquele ano, não consta, entretanto, tenha sido instaurada ação penal referente à infração criminal. V - Com efeito, as medidas protetivas impostas, em que pese tenham força apenas cautelar, têm limitado a liberdade e o direito de ir e vir do agravado, conquanto não exista ação penal em curso nem se tenha perspectiva de deflagração do *jus persecutionis*. A imposição das restrições de liberdade ao recorrido, por medida de caráter cautelar, de modo indefinido e desatrelado de inquérito policial ou processo penal em andamento, resulta em constrangimento ilegal. Agravo regimental desprovido.[5]

Em contrapartida, nota-se na jurisprudência movimento a desfalecer essa posição. Desde 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já manifesta entendimento consoante os aspectos cível e autônomo dessas medidas, nos termos do acórdão em sede de Recurso Especial (REsp) 1419421/GO, da Quarta Turma desse Tribunal Superior,

---

[4] LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público: artigos 25 e 26. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1761375/MG**. Penal. agravo regimental no agravo em recurso especial. lei n. 11.340/06. medida protetiva de urgência. [...]. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: M. V. O. S. Relator: Min. Felix Fischer, 9 de março de 2021. Julgado em 09 de março de 2021.

de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 11/02/2014 e publicado em 07/04/2014:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido.[6]

O relator, em seu voto, entende que: "[...] o intento de prevenção da violência doméstica contra a mulher pode ser perseguido com medidas judiciais de natureza não criminal, mesmo porque a resposta penal estatal só é desencadeada depois que, concretamente, o ilícito penal é cometido [...]"[7]. Pelo notório prestígio dos Tribunais Superiores, esse acórdão, noticiado em Informativo 535 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nasce como um marco no meio jurídico, potencializando uma nova concepção acerca da análise judicial sobre a aplicação de medidas protetivas de urgência.

Em refinamento, essa posição se reitera nessa Corte Superior, segundo decisão da Sexta Turma em Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* (RHC) 74395/MG, julgado em 18/02/2020 e publicado em 21/02/2020, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz:

> RECURSO EM HABEAS CORPUS. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. FEITO CRIMINAL ARQUIVADO EM DECORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO DAS MEDIDAS. TUTELA INIBITÓRIA. CARÁTER AUTÔNOMO. SUBSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA. RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com a doutrina mais autorizada, as medidas protetivas de urgência, previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006, não se destinam à utilidade e efetividade de um processo específico. Sua configuração remete à tutela inibitória, visto que tem por escopo proteger a vítima, independentemente da existência de inquérito policial ou ação penal, não sendo necessária a realização do dano, mas, apenas, a probabilidade do ato ilícito. 2. O subsistema inerente à Lei Maria da Penha impõe do intérprete e aplicador do Direito um olhar diferenciado para a problemática da violência doméstica, com a perspectiva de que todo o complexo normativo ali positivado tem como mira a proteção da mulher vítima de violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, como corolário do mandamento inscrito no art. 226, § 8º da Constituição da República. 3. Na espécie, tendo em vista que as medidas protetivas estão em vigor desde 2013,

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1419421/GO**. Direito processual civil. violência doméstica contra a mulher. medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 [...]. Recorrente: C A S. Recorrido: Y. S. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2014. Julgado em 11 de fevereiro de 2014.

[7] *Ibidem*.

> e constatado que a avó do recorrente mudou de domicílio e que ele, após ser solto, não praticou nenhum outro ato contra sua ascendente, não há mais, aparentemente, risco a justificar a imposição de tais medidas. 4. Recurso provido, para afastar as medidas protetivas decretadas no âmbito do Processo n. 2089137-93.2013.8.13.0024.[8]

Em seu voto, o relator, ao destacar a configuração das medidas protetivas de urgência, assenta que: "[...] remete à tutela inibitória, visto que tem por escopo proteger a ofendida, independentemente da existência de inquérito policial ou ação penal, não sendo necessária a realização do dano, mas, apenas, a probabilidade do ato ilícito"[9].

Inequivocamente, as medidas protetivas de urgência ostentam natureza cível. Inspiram-se nas medidas provisionais previstas no artigo 888 do Código de Processo Civil de 1973. Ao anteciparem os efeitos demandados, demonstram essência satisfativa, ao passo que, pela urgência, conviria reconhecê-las como cautelares.

Nesse contexto, Didier Jr. e Oliveira comentam: "A demanda para a obtenção de tais medidas é satisfativa, mas se processa pelo procedimento cautelar, que é mais simples"[10]. Porém, em aspiração de inibir ou de descontinuar ato ilícito de violência doméstica, as medidas protetivas de urgência precisam ser, efetivamente, contempladas como tutelas inibitórias.

Com cabimento na forma do artigo 22, § 4º, da Lei Maria da Penha, em tutela específica, concretizam-se em obrigações de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. A especificidade tutelada – vide artigo 497 do Código de Processo Civil de 2015 – desponta-se atípica, em harmonia ao rol não exauriente de medidas protetivas de urgência.

Em lição, Marinoni sustenta: "a ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva"[11].

A respeito do artigo 22 da Lei 11.340/06, cristalinos são seus incisos com o objetivo de inibir a prática de violência doméstica, seja por: (i) suspensão da posse ou restrição do porte de armas; (ii) afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; (iii) proibição de determinadas condutas; (iv) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; (v) prestação de alimentos provisionais ou provisórios; podendo ser aplicados isolada ou cumulativamente. A inclusão dos incisos VI e VII, pela Lei 13.984/2020, ao artigo acima referido pretende, essencialmente, tolher a repetição do ilícito.

É categórico que as medidas protetivas de urgência, para cumprirem precisamente a função inibitória, necessitam ter aplicação preventiva – anterior a iminentes violações de direitos da mulher. Não se trata de concessão infundada, tendo em vista que a

---

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 74395/MG**. Recurso em habeas corpus. Medidas protetivas de urgência. [...]. Recorrente: R. F. A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 18 de fevereiro de 2020. Julgado em 18 de fevereiro de 2020.

[9] *Ibidem*.

[10] DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael, *op. cit.*, p. 2.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, [20--]. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022. p. 2.

decisão tem de observar os preceitos admitidos pela ordem jurídica brasileira – como o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Por conseguinte, não se limitam a ser aplicadas unicamente para obstar a repetição do ilícito ou para descontinuá-lo. Do contrário, em contrassenso, endossar-se-ia a profanação do direito como requisito de sua tutela.

Nitidamente, o processo de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, em sua essência, reclama autonomia para que possa ser realmente efetivo. De nada adianta a formalização de um direito sem a verdadeira possibilidade de realizá-lo.

3. DICOTOMIA DO ARQUIVAMENTO DA INVESTIGAÇÃO PENAL

Uma compreensão irredutível de que as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 sempre subsistem em juízo por razões totalmente independentes poderia promovê-las como ações que, de ilícito penal, nunca extrairiam fundamento de existência ou que, em teratologia processual, jamais se vinculariam ao delito que arrazoou sua aplicação. Embora seja forçoso reconhecer e firmar a autonomia desses instrumentos protetivos, cabe, também, esclarecer que essa característica não é absoluta.

Por mais que essas medidas não sejam acessórias de processo, a autonomia em questão será relativizada se a tutela se fundar em fato único – típico e ilícito – que se comprovar pela investigação ou processo penal como propriamente inexistente, não havendo ilícito penal ou civil a ser prevenido ou remediado.

De acordo com o Enunciado 37 do Fórum Nacional de Juízas e Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID): "A concessão da medida protetiva de urgência não está condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal"[12]. Lógica e extensivamente, se a concessão de medidas protetivas de urgência não se condiciona à existência de fato penal ilícito, a continuidade de seus efeitos, pelo viés inibitório, também não sofre tal condicionamento.

Em sintonia, há entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios considerando a manutenção das medidas protetivas de urgência mesmo após o arquivamento do inquérito policial:

> Nesse contexto, o desembargador relator da 1ª Turma Criminal recomendou a manutenção das medidas protetivas deferidas em favor da mulher, assinalando que os protagonistas não possuem filhos em comum, residem em locais diferentes e, diante do término do relacionamento, há de se perquirir qual o interesse do paciente em obter autorização de se aproximar da vítima. Por fim, acrescentou: "A fixação da medida independe de ação penal em curso, pois visa à proteção da pessoa, não à instrução do processo. Assim, o histórico violento do paciente justifica a medida, a qual é plenamente possível, conforme artigo 24-A da Lei 11.340/2006, já que podem ser fixadas até mesmo pelo Juízo Cível". O segundo caso diz respeito a suposta prática de agressão, ameaça e injúria de neto (29 anos) contra a avó (73). Apesar de a vítima ter manifestado em audiência seu desinteresse pelo prosseguimento do feito, reiterou expressamente o pedido de manutenção da medida protetiva de afastamento do ofensor, diagnosticado como bipolar. Parecer do NERAV sobre o caso corrobora o pleito da ofendida,

[12] FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES E JUÍZAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, 2018, Recife. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php. Acesso em: 12 fev. 2022.

> ao registrar diversos fatores de risco para a ocorrência de novas situações de violência no âmbito familiar dos envolvidos. Novamente, o MPDFT promoveu o arquivamento do Inquérito Policial por falta de justa causa, desta vez, para o exercício da ação penal.[13]

Percebe-se, portanto, uma dicotomia oriunda de instrumento processual diverso, a qual, em regra, não teria vinculação. Evidentemente, a tutela da mulher vítima de violência doméstica e familiar não terá sua autonomia mitigada se a causa de pedir não estiver exclusivamente atrelada a fato do qual tratou a promoção de arquivamento.

Com o Direito Penal assumindo cada vez mais a proteção de bens jurídicos indicados pela Lei Maria da Penha, como visto na recente criminalização das condutas de perseguição (art. 147-A do Código Penal) e de violência psicológica contra a mulher (art. 147-B do Código Penal), as medidas protetivas de urgência tendem a ser confundidas com instrumentos do processo penal.

Para se evitar injusta revogação de medidas protetivas de urgência, apesar de eventual embaraço jurídico, é basilar que o operador do Direito realize a dissociação entre delito e fundamento de medidas protetivas de urgência.

Logo, o Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública e defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assume duplo papel: (i) promover o arquivamento de investigação penal sobre violência doméstica e familiar, verificadas as hipóteses de rejeição da denúncia e as de absolvição sumária, elencadas, respectivamente, nos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal; e (ii) manifestar-se quanto à manutenção das medidas protetivas de urgência, observados os artigos 19 e 25 da Lei 11.340/06.

Ao comentar os fundamentos do arquivamento, Renato Brasileiro de Lima elucida: "Em outras palavras, se é caso de rejeição da peça acusatória, ou se está presente uma das hipóteses que autorizam a absolvição sumária, é porque o Promotor de Justiça não deveria ter oferecido a denúncia em tais hipóteses"[14]. Porém as razões do não oferecimento de denúncia, em maioria, não têm o condão de justificar a não aplicação ou a revogação de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.

Enquanto os incisos II e III do artigo 395 do Código de Processo Penal referem-se, em suma, a condições da ação penal e à justa causa para deflagrá-la, o artigo 397 desse diploma se respalda nos elementos do crime. Isto é, via de regra, em atenção ao princípio da independência das instâncias, a manifestação de arquivamento se limitará a produzir efeitos apenas em esfera penal.

Nesse sentido, em decisão monocrática em sede de Recurso Especial (REsp) 1660497/MG, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, publicada em 27/02/2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ratifica que, com base na autonomia processual, as medidas protetivas de urgência se sustentam por motivos distintos da persecução penal:

> [...] a análise do requerimento de medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, independentemente de persecução penal, deve estar pautado

[13] DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT decide que medida protetiva pode ser mantida mesmo após arquivamento do inquérito. **TJDFT**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/junho/tjdft-decide-medida-protetiva-pode-ser-mantida-mesmo-apos-arquivamento-do-inquerito-policial. Acesso em: 12 fev. 2022.

[14] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Volume único. p. 165.

> em fundamentos próprios concernentes à necessidade de proteção da mulher contra todo tipo de violência, seja física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, garantindo-lhe uma assistência efetiva e eficaz, sobretudo quando estiver em situação de violência doméstica e familiar, como ocorreu na hipótese dos autos.[15]

Quanto à atuação ministerial na qualidade de *custos legis*, Cunha e Pinto explicam que o promotor de justiça mantém sua liberdade de opinião mesmo quando oficia em feito em razão da hipossuficiência – ou incapacidade – de uma das partes. Dessa forma, não está limitado a cegamente atuar em prol dos interesses da parte assistida, sendo possível que opine em desfavor dela[16].

4. MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Em vista de que as medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 são instrumentos precários, obviamente, não estão aptas a produzirem efeitos *ad aeternum*. Todavia, ao instituí-las no ordenamento jurídico pátrio como mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, o legislador não dispôs sobre seus prazos de duração.

É clarividente que não se trata de atecnia legislativa, mas, sim, de silêncio eloquente, a fim de permitir que o aplicador do Direito mantenha as medidas protetivas produzindo os devidos efeitos enquanto forem necessárias. Por conseguinte, a necessidade deve ser avaliada periodicamente e sob o crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo ao juiz competente examinar se a tutelada permanece sob risco de sofrer violência doméstica e familiar. Em consonância, Dias assevera:

> As medidas deferidas em sede de cognição sumária, não dispõem de caráter temporário, não sendo imposto à vítima o dever de ingressar com a ação principal no prazo de 30 dias, limitação temporal existente na lei processual civil (CPC, art. 308). Ainda que fazendo uso de procedimento cautelar, a busca de medidas provisionais pode dispor de natureza satisfativa, sem prazo de eficácia, podendo perdurar indefinidamente, enquanto persistir situação de risco.[17]

Essa avaliação da situação fática que justifica a manutenção das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha deve ocorrer pelos meios que permitam a mulher se expressar livremente, preferindo-se os mais técnicos sempre que possíveis – como a realização e atualização de estudo social do caso, do qual se formará o laudo social.

Nessa linha, vale trazer à baila o estudo feito pelo Núcleo de Enfrentamento às Violências de Gênero em Defesa dos Direitos das Mulheres (NEVID), do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, referente à normatização do prazo de duração das medidas protetivas de urgência e sua revogação sem prévia oitiva da mulher em situação de violência:

---

[15] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1660497/MG**. Penal. Processo penal. Violência contra a mulher no âmbito doméstico. [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: R. P. V. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 22 de fevereiro de 2018. Decisão Monocrática. Julgado em 22 de fevereiro de 2018.

[16] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha - 11.340/06: comentada artigo por artigo. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 236.

[17] DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 163.

> Não se pode presumir que a vítima não está em risco ou que não necessita das medidas protetivas. Cabe ao Ministério Público ante seu papel constitucional garantidor da integridade física e psicológica das mulheres, promover meios para que informações sobre risco atual conste dos autos, o que poderá ser feito por contato telefônico realizado junto a mulher, com sua intimação para comparecer em juízo, entre outras que possibilitem a manifestação livre de coação por parte da mulher. Desta forma, enquanto persistirem os motivos que ensejaram o deferimento da medida protetiva de urgência, a manutenção desta deve ser resguardada. É, portanto, dever dos agentes do Sistema de Justiça e de Segurança Pública certificarem-se sobre a persistência ou não dos motivos que determinaram a imposição da medida.[18]

Sob essa ótica, importa compreender que o mero transcurso do tempo não deveria, por si só, ser utilizado como justificativa para a revogação de medidas protetivas, uma vez que a desnecessidade delas não pode ser presumida. Entretanto não é esse o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, entendendo-as como cautelares penais, desqualifica-as pela suposta vinculação à persecução penal:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO DA MEDIDA CARACTERIZADO. CAUTELARES QUE PERDURAM POR MAIS DE 5 ANOS. DENÚNCIA NÃO OFERECIDA. AUSÊNCIA DE FUMUS COMISSI DELICTI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO. 1. Em que pese a medida protetiva se mostrar adequada e fundamentada, tem-se que sua manutenção, por outro lado, extrapola o limite da razoabilidade. 2. Das informações prestadas pelo Juízo condutor do feito na origem, verifica-se que até a presente data não foi oferecida denúncia, não tendo, portanto, sequer sido iniciada a persecução penal. 3. Afigura-se desarrazoada a manutenção das medidas protetivas impostas ao recorrente por mais de cinco anos sem que os fatos ensejadores da restrição fossem convolados em persecução penal própria. Nas informações prestadas pelo magistrado singular, não há referência a novos e atuais atos praticados pelo recorrente que justifiquem a imposição da restrição por tanto tempo. 4. As medidas protetivas de urgência estão condicionadas à presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Passados cinco anos dos fatos ensejadores das medidas, inexistindo denúncia, vê-se que o primeiro requisito não restou atendido. 5. Recurso ordinário provido para determinar que sejam cessadas as medidas protetivas de urgência impostas, sem prejuízo de nova aplicação, desde que fatos supervenientes justifiquem a incidência da restrição.[19]

Nota-se que essa posição enfraquece a aplicação das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06, tornando inadequadamente reducionista a decisão de revogação. De modo a contornar esse problema sem desmerecer a possível influência que a conclusão em esfera criminal possa ter sobre a manutenção das medidas protetivas, vê-se a importância do firmamento da autonomia processual desses instrumentos, tal como de vislumbrar sua relativização conforme a análise do fato.

---

[18] BRASIL. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Núcleo de Enfrentamento às Violências de Gênero em Defesa dos Direitos das Mulheres. **Medidas protetivas de urgência:** prazo de duração e sua revogação sem prévia oitiva da mulher em situação de violência. Vitória, ES: MPES, 2019. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/3d423671-ec0e-4db5-b044-de0b7f8a2b0a.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus 94.308/BA**. Recurso ordinário em habeas corpus. medidas protetivas de urgência. lei maria da penha. decisão fundamentada. [...]. Recorrente: R S A. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 19 de setembro de 2019. Julgado em 19 de setembro de 2019.

Ademais, em observância dos artigos 9º, *caput*, e 10 do Código de Processo Civil de 2015, pelo qual veda-se a decisão surpresa, o juiz não está autorizado a revogar a tutela sem antes oportunizar a manifestação das partes e, também, do Ministério Público – cuja atuação será como *custos legis* ou como substituto processual.

Essa restrição à atuação jurisdicional *ex officio* se fundamenta no intento da Lei, que, pretendendo amparar a mulher em situação de violência doméstica e familiar, resguarda-a de inesperado desamparo judicial. Após manifestação da tutelada e do Ministério Público, se constatado que não mais persistem as razões para a mantença das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06, o juiz deverá revogá-las.

Contudo, por decorrência lógica da proposital omissão legislativa quanto ao prazo de duração dessas medidas, não há previsão expressa para a revogação. Assim, a revogabilidade é extraída do artigo 20, parágrafo único, dessa Lei, que prevê a hipótese de revogação da prisão preventiva do agressor.

Nessa oportunidade, aproveita-se do brocardo *in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais pode o menos), aplicando-se tal dispositivo legal às medidas protetivas de urgência. Se o magistrado possui competência para revogar medida cuja restrição de direitos é mais gravosa, da mesma forma está habilitado para fazê-lo para com as medidas protetivas – desde que não o decida de ofício.

Sabidamente, com base no princípio do duplo grau de jurisdição, sempre que um ou mais direitos são prejudicados em decorrência de uma decisão judicial, remanesce à parte lesada a possibilidade de impugná-la pela via recursal, atendidos os critérios de admissibilidade do recurso. Dito isso, do mesmo modo, decisões que concedem ou denegam medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06 são passíveis de impugnação.

Nesse ponto, o percalço se revela na competência recursal. A divergência quanto à natureza dessas medidas atravanca o curso processual e atinge o recurso interposto. Dessa maneira, defronta-se, em sede recursal, com a hipótese de inadmissibilidade, tendo em vista que a referida Lei não indica o instrumento impugnativo cabível.

Segundo Dias, a jurisprudência consolidou o entendimento de que, em âmbito de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, o recurso cabível tem previsão legal no Código de Processo Penal. Destarte, ele deve ser endereçado às Câmaras Criminais para julgamento, independentemente de a natureza da ação ser cível ou penal[20].

Acresce, enfim, que o recurso em sentido estrito não tem cabimento contra decisão que rejeita a aplicação de medidas protetivas, sendo o recurso de apelação a via adequada. Perante interposição equivocada, sem demonstrar má-fé ou erro grosseiro, admite-se a fungibilidade recursal, nos termos do artigo 579 do Código de Processo Penal[21].

Todavia o indeferimento liminar de medidas protetivas de urgência, pela natureza inibitória, enseja recurso de agravo de instrumento, condizente à seara processual civil.

Dessa forma, posiciona-se o Núcleo Especializado de Promoção de Defesa dos Direitos das Mulheres, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que, em virtude da efetiva repetição de processos e do risco de ofensa à isonomia e à segurança

[20] DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 154.

[21] *Ibidem*.

jurídica, propôs instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), levantando a controvérsia a respeito do correto meio impugnativo de decisão que versa sobre a aplicação de medidas protetivas de urgência.

Em defesa do cabimento de agravo de instrumento, desqualifica, *in casu*, a interposição de apelação: "Como o indeferimento de medidas protetivas é realizado através de uma decisão interlocutória de caráter inibitório, não há que se falar em cabimento do Recurso de Apelação nestas hipóteses, seja ela cível ou criminal"[22].

Não obstante prossiga – por ora – controverso o recurso cabível a impugnar decisão que cuida de medidas protetivas de urgência, a recorribilidade permanece disponível àquele que se vislumbrar judicialmente lesado.

5. CONCLUSÃO

Ao tratar de tema cuja aplicação ainda se apresenta controvertida na jurisprudência, tal como permanece sendo debatida em doutrina, há de constatar o desafio no objetivo geral de esclarecer não somente a autonomia das medidas protetivas de urgência da Lei 11.340/06, mas a possibilidade de relativizá-la, de modo que a sua independência para com o processo-crime se desvele suscetível à mitigação.

Em relação à autonomia dessas medidas, a análise de sua natureza jurídica permitiu percebê-las como tutelas inibitórias, pois se destinam a inibir ou a descontinuar o ilícito, e não a resguardar processos principais, uma vez desvinculadas da finalidade do processo penal. Constituem-se sob a pretensão de proteger a mulher em situação de vulnerabilidade doméstica e familiar.

Como efeito dicotômico do arquivamento da investigação penal, a relatividade da autonomia processual dessas medidas definiu-se excepcional, com incidência apenas em hipótese de a causa de pedir das medidas protetivas de urgência se limitar a ilícito comprovado como inexistente, não subsistindo violência ou risco de seu cometimento. Ademais, destacou-se o duplo papel do Ministério Público diante de caso envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, seja no exercício da titularidade da ação penal pública ou na atuação como fiscal da lei quando da aplicação de medidas protetivas.

Por fim, elucidou-se que, mesmo em caso de mitigação da autonomia, a decisão do magistrado quanto à manutenção ou revogação de medidas protetivas de urgência não pode ocorrer *ex officio*, exigindo-se prévia manifestação da tutelada e, também, do Ministério Público, a fim de que a decisão se faça justa. Diante de injustiça, como na hipótese de inadequada revogação, a parte poderá impugnar a decisão mediante agravo de instrumento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[22] SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública. Núcleo Especializado de Promoção de Defesa dos Direitos das Mulheres. **Proposta de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo, SP: NUDEM, 2020. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/09%2003%2020%20Peti%c3%a7%c3%a3o%20IRDR%20ndeferimento%20de%20medidas%20protetivas%20(1).pdf. Acesso em: 12 fev. 2022. p. 27.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República,1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020**. Altera o art. 22 da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13984.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.188, de 28 de julho de 2021**. Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1419421/GO**. Direito processual civil. violência doméstica contra a mulher. medidas protetivas da lei n. 11.340/2006 [...]. Recorrente: C A S. Recorrido: Y S. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de fevereiro de 2014. Julgado em 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303555858&dt_publicacao=07/04/2014. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1761375/MG**. Penal. agravo regimental no agravo em recurso especial. lei n. 11.340/06. medida protetiva de urgência. [...]. Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Marcus Vinicius de Oliveira Silva. Relator: Min. Felix Fischer, 9 de março de 2021. Julgado em 09 de março de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002426765&dt_publicacao=22/03/2021. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus 94.308/BA**. Recurso ordinário em habeas corpus. medidas protetivas de urgência. lei maria da penha. decisão fundamentada. [...]. Recorrente: R S A. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 19 de setembro de 2019. Julgado em 19 de setembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800167632&dt_publicacao=26/09/2019. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 74395/MG**. Recurso em habeas corpus. Medidas protetivas de urgência. [...]. Recorrente: R. F. A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 18 de fevereiro de 2020. Julgado em 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602070313&dt_publicacao=21/02/2020. Acesso em: 12 fev.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1660497/MG**. Penal. Processo penal. Violência contra a mulher no âmbito doméstico. [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: R. P. V. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 22 de fevereiro de 2018. Decisão Monocrática. Julgado em 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=80681781&tipo_documento=documento&num_registro=201700576722&data=20180227&formato=PDF. Acesso em: 12 fev. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha - 11.340/06: comentada artigo por artigo. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**, [*s. l.*], n. 4, jun./jul. 2008.

DISTRITO FEDERAL (Brasil). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT decide que medida protetiva pode ser mantida mesmo após arquivamento do inquérito. **TJDFT**, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/junho/tjdft-decide-medida-protetiva-pode-ser-mantida-mesmo-apos-arquivamento-do-inquerito-policial. Acesso em: 12 fev. 2022.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Ministério Público. Núcleo de Enfrentamento às Violências de Gênero em Defesa dos Direitos das Mulheres. **Medidas protetivas de urgência:** prazo de duração e sua revogação sem prévia oitiva da mulher em situação de violência. Vitória, ES: MPES, 2019. (Estudos atuais). Disponível em: https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/3d423671-ec0e-4db5-b044-de0b7f8a2b0a.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. **MSJ**, [*s. l.*], 29 jul. 2021. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/. Acesso em: 02 fev. 2022.

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES E JUÍZAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, 2018, Recife. **Enunciados [...]**. Brasília, DF: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php. Acesso em: 12 fev. 2022.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Da atuação do Ministério Público: artigos 25 e 26. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. Volume único.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, [20--]. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública. Núcleo Especializado de Promoção de Defesa dos Direitos das Mulheres. **Proposta de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo, SP: NUDEM, 2020. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/09%2003%2020%20Peti%c3%a7%c3%a3o%20IRDR%20ndeferimento%20de%20medidas%20protetivas%20(1).pdf. Acesso em: 12 fev. 2022.

PEÇAS PROCESSUAIS

voltar ao sumário

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL EXITOSA PELA SUSPENSÃO DOS DESPEJOS E REINTEGRAÇÕES DE POSSE DURANTE A PANDEMIA

Beatriz Cunha
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Subcoordenadora Cível
E-mail: beatriz.cunha@defensoria.rj.def.br

Patrícia Cardoso
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Coordenadora Cível
E-mail: patricia.tavares@defensoria.rj.def.br

Pedro Carriello
Representação em Brasília
E-mail: pedro.carriello@defensoria.rj.def.br

Ricardo Mattos
Subcoordenador do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: ricardo.filho@defensoria.rj.def.br

Viviane Tardelli
Coordenadora do Núcleo de Terras e Habitação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: viviane.tardelli@defensoria.rj.def.br

Resumo: Trata-se de reclamação constitucional movida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, cujo objetivo é restabelecer a suspensão de mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro durante a pandemia da Covid-19, conforme havia sido determinado pela Lei Estadual nº 9.020/2020. A petição foi distribuída junto ao Supremo Tribunal Federal contra uma decisão monocrática proferida por Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que havia suspendido a referida lei. Sob a ótica da reclamante, a decisão viola diversos precedentes do STF, que afirmavam a competência concorrente para legislar sobre matéria de saúde, o impositivo respeito à cláusula de reserva de plenário e a necessidade de pertinência temática da associação autora em ação de controle concentrado de constitucionalidade. A reclamação constitucional em tela deu origem à primeira decisão do STF suspendendo desalijos em um estado da federação durante a pandemia da Covid-19. Após, ela serviu de precedente para decisões posteriores que estenderam a suspensão para todo o país, desde que preenchidas determinadas condições.

Palavras-chave: reclamação constitucional; controle de constitucionalidade; pandemia; despejo; posse; moradia.

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DPERJ)**, presentada pelos defensores públicos que esta subscrevem, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 102, I, *l*, da Constituição da República, nos arts. 988 e ss. do Código de Processo Civil e nos arts. 156 e ss. do Regimento Interno do STF, ajuizar

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
com requerimento de liminar

contra a decisão monocrática do **SENHOR DESEMBARGADOR FERDINALDO DO NASCIMENTO** do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ), em virtude de ato praticado nos autos da **Representação de Inconstitucionalidade n.º 0079151-15.2020.8.19.0000**, movida pela **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (AMAERJ)**, pelos fundamentos abaixo expostos:

1. PRELIMINARMENTE: DA LIVRE DISTRIBUIÇÃO

De início, destaque-se que a presente reclamação tem como causa de pedir o descumprimento de decisão dotada de efeito *erga omnes* proferida por esse Egrégio Supremo Tribunal Federal, razão pela qual deve ser submetida à livre distribuição, com fulcro no art. 70, § 1º, do Regimento Interno[1].

2. DA BREVE SÍNTESE DOS FATOS E DO ATO IMPUGNADO

Trata-se, na origem, de representação por inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, pugnando a declaração da incompatibilidade da Lei Estadual nº 9.020/2020 em relação à Constituição do Estado do Rio de Janeiro (CERJ).

Cuida-se de ato normativo que suspendeu: (i) todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, desde que a ocupação seja anterior à publicação da lei (art. 1º); e (ii) a aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou das prestações de quitação dos imóveis residenciais, caso comprovado absoluto estado de necessidade pela parte devedora, durante o estado de calamidade pública ou em virtude de calamidade (art. 2º).

Em síntese, a AMAERJ argumenta que a lei viola o princípio da separação dos poderes e a repartição constitucional de competências entre os entes da federação, por ter, supostamente, tratado sobre processo e direito civil, matérias submetidas à competência legislativa privativa da União (arts. 7º, 72 e 74 da CERJ).

[1] Art. 70, § 1º Será objeto de livre distribuição a reclamação que tenha como causa de pedir o descumprimento de súmula vinculante ou de decisão dotada de efeito erga omnes. (Incluído pela Emenda Regimental n. 34, de 7 de agosto de 2009)

Ato contínuo, em 17/11/2020, o Excelentíssimo Desembargador Relator proferiu decisão monocrática deferindo medida liminar requerida para suspender a integralidade da referida lei impugnada até o julgamento definitivo da representação de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a matéria está no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual; e que houve violação à separação dos poderes, já que alcança decisões judiciais em que houve o reconhecimento do esbulho.

Ocorre que o art. 1º da Lei Estadual nº 9.020/2020 é plenamente constitucional, na medida em que abarca medida que almeja mitigar a propagação do novo coronavírus, razão pela qual se insere no âmbito da competência concorrente para legislar sobre matéria de saúde, conforme já decidido pelo Plenário do STF na ADPF 672 e nas ADI's 6341 e 6343.

Ademais, a decisão impugnada também maculou a decisão proferida na ADI 4638 desse STF, uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – em que pese tenha havido diversas sessões nos dias subsequentes.

Ainda, na medida em que deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação, a decisão impugnada acabou por violar a decisão proferida pelo Plenário do STF na ADI 4400.

Dessa forma, a decisão impugnada acabou por violar diversos precedentes desse Supremo Tribunal Federal (STF), motivo pelo qual deve ser cassada, conforme se passa a demonstrar.

3. DO CABIMENTO DESTA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DA VIOLAÇÃO À DECISÃO DESSE EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A reclamação é instrumento constitucionalmente colocado à disposição dos cidadãos para fazer prevalecer a autoridade das decisões proferidas em sede de recursos ou incidentes com força vinculante; e a competência dos tribunais.

Trata-se, segundo o Supremo Tribunal Federal, de corolário do direito fundamental de petição (art. 5.º, XXXIV, *a,* da CRFB)[2], que almeja prestigiar a correção de ilegalidade ou abuso de poder, consolidando a segurança jurídica.

No caso em tela, a reclamação tem lastro no art. 102, I, *l,* da Constituição da República, segundo o qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente "*a reclamação para preservação da sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*", bem como no art. 988, III, do Código de Processo Civil.

Isso porque a decisão impugnada violou o entendimento do Plenário desse STF proferida em sede de controle concentrado na ADPF 641 e nas ADI's 6341 e 6343, como se demonstrará a seguir.

[2] "[...] 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. [...]" (STF, ADI n.º 2.212-1).

Não à toa, em caso análogo ao dos autos, o Ministro Alexandre de Moraes deferiu duas medidas liminares em reclamações movidas por municípios de Minas Gerais, entendendo que o esvaziamento da competência do município para adotar medidas de contenção à Covid-19 enseja violação ao entendimento firmado pelo STF na ADI 6341[3].

Ademais, a decisão impugnada também maculou a decisão proferida na ADI 4638 deste STF, uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – em que pese tenha havido diversas sessões nos dias subsequentes.

Ainda, na medida em que deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação, a decisão impugnada acabou por violar a decisão proferida pelo Plenário do STF na ADI 4400.

Por fim, merece destaque que não ocorreu o trânsito em julgado da decisão, haja vista que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) interpôs recurso de agravo interno, conforme documento anexo.

Logo, esta reclamação é plenamente cabível, devendo ser conhecida.

4. DO INTERESSE JURÍDICO DA DEFENSORIA PÚBLICA. PERTINÊNCIA DE SUAS ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS COM A QUESTÃO SUBJACENTE À RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Preliminarmente, faz-se necessário destacar que o art. 988, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que a reclamação pode ser manejada pela **parte interessada** ou pelo Ministério Público.

No caso em tela, salta aos olhos o interesse da Defensoria Pública em ver cassada a decisão que suspendeu a Lei Estadual nº 9.020/2020, haja vista que o seu art. 1º impedia o cumprimento de mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, desde que a ocupação seja anterior à publicação da lei.

Com efeito, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro é parte interessada na suspensão da decisão impugnada, na medida em que representa porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) de grupo social que guarda relação com a matéria em debate.

Inclusive, o Núcleo de Terras e Habitação (NUTH) da DPERJ é o órgão incumbido, entre outras funções, de promover assistência jurídica às comunidades vulneráveis nos conflitos coletivos relacionados ao uso do solo urbano e ao direito à moradia digna, nos termos da Deliberação CSDP nº 83-A, de 2011, atuando de forma integrada a outros órgãos públicos e à sociedade civil organizada, por meio de movimentos sociais, organizações populares, associações de moradores e congêneres.

Atente-se, ainda, que a atuação da Defensoria Pública em prol de grupos vulneráveis que buscam, para além da proteção do direito social à moradia, o resguardo

[3] Cassada decisão que impõe a municípios mineiros observância ao programa estadual de combate à Covid-19. **Superior Tribunal Federal,** Brasília, DF, 2020. Notícias. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452259. Acesso em: 17 dez. 2020.

da saúde e da vida no atual momento de crise sanitária e humanitária sem precedentes na história, está prevista expressamente na legislação específica de sua organização, sendo uma de suas funções institucionais típicas, como previsto nos arts. 1º, *caput* e 4º, incisos X e XI, da Lei Complementar nº 80/94, com a redação da Lei Complementar nº 132/2009:

> Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...]
> X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;
> XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; [...]

A aplicação da lei estadual tem por finalidade evitar que inúmeras famílias vulneráveis, que habitualmente sofrem com o cumprimento de ordens de reintegração, despejos e remoções, sejam lançadas às ruas em período de pandemia. Por esse prisma, diversas pessoas socialmente vulneráveis, não só do ponto de vista econômico, mas também no aspecto organizacional, podem ser alcançadas com a aplicação da lei. E, pelo texto constitucional, é missão da Defensoria Pública a defesa dos necessitados, em seu amplo aspecto.

Não à toa, diante dessas funções institucionais, a DPERJ requereu a sua habilitação no feito enquanto *amicus curiae* nos autos da Representação de Inconstitucionalidade que tramita na origem.

Logo, por essas razões, é evidente o interesse jurídico da Defensoria Pública na demanda, seja porque representa – individual e coletivamente – muitas pessoas que podem ser afetadas com o cumprimento desses mandados; seja porque é instituição incumbida da defesa coletiva dos necessitados, dentre os quais se situam todos aqueles que serão afetados com os riscos sanitários decorrentes da suspensão da lei estadual em comento.

5. DA VIOLAÇÃO ÀS DECISÕES PROFERIDAS EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO. DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA ADOTAR MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

5.1. Dos precedentes violados desse STF em sede de controle concentrado. Ausência de violação aos artigos 72 e 74 da CERJ. Da conformidade com a repartição constitucional de competências

5.1.1. Dos precedentes violados desse STF. Da competência concorrente entre Estado e União para legislar sobre proteção e defesa da saúde. Dos fartos precedentes do STF

De início, há que se destacar que o art. 1º da Lei Estadual nº 9.020/2020 deve ser analisado sob a ótica da **proteção e defesa da saúde**, situando-se, pois, no âmbito da competência legislativa concorrente entre Estado e União.

Em razão da complexidade dos esforços requeridos para contenção do novo coronavírus e do fato de que as normas editadas para tanto, em regra, tratam de diversas matérias (saúde, transporte, funcionamento de estabelecimentos comerciais, educação, liberdade de locomoção etc.), que se sujeitam a regras de competências distintas, verifica-se um conflito potencial entre as respectivas normas constitucionais de competência.

Trata-se exatamente da situação posta sob julgamento: o art 1.º da Lei Estadual nº 9.020/2020 foi editado com o objetivo de adotar medidas destinadas a mitigar a propagação do novo coronavírus, tal como uma série de outros diplomas normativos promulgados em sede federal, estadual e municipal.

Com efeito, a despeito de dispor sobre o sobrestamento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros, não se pode perder de vista o seu **objetivo central**: *impedir que milhares de pessoas sejam desalojadas de suas respectivas residências, fiquem à mercê da própria sorte em meio a uma pandemia e não possam, por consequência, cumprir uma das principais medidas para evitar a propagação do vírus – ficar em casa.*

Partindo dessa mesma premissa e instados a analisar todos esses diplomas destinados ao enfrentamento ao novo coronavírus, a doutrina e os tribunais não tiveram dúvidas em identificar que a **matéria central** dos mesmos é a **saúde pública**. Afinal, sem o vírus, não haveria necessidade de adoção de quaisquer dessas medidas.

Confira-se, por todos, o ensinamento de Rodrigo Brandão, professor de Direito Constitucional da UERJ e procurador do Município do Rio de Janeiro:

> O primeiro passo para se resolver esse conflito é **identificar a questão central tratada pelas respectivas normas**. [...]
> **Cuidando-se de conjunto de normas que se destina a enfrentar o coronavírus, a matéria central é a saúde pública**. No plano administrativo, a competência para prestar o serviço público de saúde é comum entre a União, estados e municípios (art. 23, II, da CF/88).
> **No plano legislativo, a competência é concorrente entre estes entes federativos** (art. 24, XII c/c art. 30, I e II, da CF/88). O constituinte vislumbrou uma cooperação nas medidas administrativas e legislativas de promoção à saúde, para que União, estados e municípios somassem esforços para se desincumbirem desse desafio que é proteger a saúde de mais de duzentas milhões de pessoas em um país continental e em desenvolvimento como o Brasil. (grifamos)[4]

E, em sendo essa a matéria central, há que se aplicar o art. 74, XII, da CERJ, o qual prevê expressamente que a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é **concorrente** entre Estado e União:

> Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: [...]
> XII - previdência social, **proteção e defesa da saúde**;

O mesmo encontra-se, por oportuno, previsto no art. 24, XII, da Constituição da República (CRFB).

[4] BRANDÃO, Rodrigo. Coronavírus e o conflito federativo: insuficiência das medidas em momentos de desenvolvimento da pandemia pode causar crise humanitária e econômica. **Jota**, São Paulo, 11 abr. 2020. Opinião e Análises. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020. Acesso em: 24 nov. 2020.

Com efeito, incide, no caso em tela, a regra do art. 24, § 2º, da CRFB e do art. 74, § 1º, da CERJ: cabe à União editar normas gerais e, aos Estados e Municípios, normas suplementares.

Sobre o tema em comento, a União editou a Lei nº 14.010/2020, que instituiu um regime jurídico emergencial transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia da Covid-19. Nesse diploma, ficou vedada, inclusive, a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano em ações de despejo, nos termos do art. 9º.

Dessa forma, não havendo conflito da norma estadual impugnada – que suspende o cumprimento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros – com qualquer norma federal, salta aos olhos que o Estado agiu de acordo com a sua competência suplementar, nos termos do art. 24, § 2º, da CRFB.

A esse propósito, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a resolver conflitos federativos semelhantes nesta pandemia. A título de exemplo, em decisão proferida na ADPF nº 672, o Plenário referendou liminar que havia sido concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes e reconheceu a competência concorrente dos Estados e suplementar dos municípios para legislar sobre proteção à saúde em tempos de pandemia.

Mas, indo além, a decisão reconheceu a possibilidade de **Estados e Municípios adotarem medidas restritivas de direitos durante a pandemia — incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas —** "***independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário"***. Confira-se o teor da decisão liminar, *in verbis*:

> Dessa maneira, **não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos** [...].
>
> Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ***ad referendum*** **do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS**, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, **para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO**, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas

> restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. (STF, ADPF nº 672-DF, Min. Alexandre de Moraes, j. 08/04/2020 - grifamos.)

Confira-se a ementa do acórdão julgado pelo Plenário:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1.º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.
> 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.
> 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.
> **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. 7.º 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).**
> **4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos**, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.
> 5. Arguição julgada parcialmente procedente (STF, Referendo na MC na ADPF n.º 672-DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 13/10/2020 - grifamos.)

Após essa decisão, sobrevieram outras do STF no mesmo sentido: no referendo da medida cautelar da ADI nº 6341, por exemplo, **o Plenário do STF decidiu por**

maioria que os Estados e Municípios possuem competência para definir quais são as atividades essenciais cujo funcionamento deve ser resguardado durante a pandemia dentro de seu próprio território, a despeito do que dispuser a União a esse respeito[5]:

> EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.
> 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.
> 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.
> 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.
> 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.
> 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.
> 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.
> 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.
> 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada

[5] STF reconhece a competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. **Superior Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2020. Notícias. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1. Acesso em: 24 nov. 2020.

> a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (STF, ADI 6341 MC-Ref – DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/04/2020.)

Outra decisão paradigmática do STF em tempos de pandemia se deu no referendo da medida cautelar da ADI nº 6343. Na ocasião, o Plenário decidiu, por maioria, pela **desnecessidade de autorização de órgãos federais para que Estados e Municípios possam restringir a locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos e aeroportos durante a pandemia**. Assim, o STF reafirmou que as restrições de direitos impostas por Estados e Municípios no combate à pandemia são válidas, desde que não contrariem a ciência e respeitem a razoabilidade:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SÃO ALICERCES DO FEDERALISMO E CONSAGRAM A FÓRMULA DE DIVISÃO DE CENTROS DE PODER EM UM ESTADO DE DIREITO (ARTS. 1º E 18 DA CF). COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). CAUTELAR PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19
> 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde.
> 3. A União tem papel central, primordial e imprescindível de coordenação em uma pandemia internacional nos moldes que a própria Constituição estabeleceu no SUS.
> 4. 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).
> 5. Não compete, portanto, ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos,

> como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores).
> 6. Os condicionamentos imposto pelo art. 3º, VI, "b", §§ 6º, 6º-A e 7º, II, da Lei 13.979/2020, aos Estados e Municípios para a adoção de determinadas medidas sanitárias de enfrentamento à pandemia do COVID-19, restringem indevidamente o exercício das competências constitucionais desses entes, em detrimento do pacto federativo.
> 7. Medida Cautelar parcialmente concedida para: (a) suspender, sem redução de texto, o art. 3º, VI, "b", e §§ 6º, 6º-A e 7º, II, excluídos Estados e Municípios da exigência de autorização da União, ou obediência a determinações de órgãos federais, para adoção de medidas de restrição à circulação de pessoas; e (b) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos para estabelecer que as medidas neles previstas devem ser fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo. (STF, ADI 6343 MC-Ref-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/05/2020.)

Não à toa, à luz dessas decisões, o ministro Ricardo Lewandowski, recentemente, disse que o STF **revalorizou o Princípio Federativo na pandemia**[6], pois os governadores, prefeitos e vereadores estão mais próximos da população e podem avaliar qual a melhor forma de combater a Covid-19.

Assim, a lógica da competência se relaciona com a necessidade de que medidas como essas se adequem à realidade específica de cada região. Medidas mais ou menos restritivas podem ser mais ou menos necessárias, dependendo da extensão da contaminação em cada ente da federação, bem como da capacidade do sistema de saúde local tratar adequadamente os doentes. Mais especificamente, decisões sobre o funcionamento de escolas, do transporte público, do comércio e sobre a essencialidade de uma determinada atividade dependem do contexto social, econômico, demográfico e urbano dos estados e municípios.

Verifica-se, portanto, que, em tendo o art. 1º da Lei Estadual impugnada sido editado para abarcar uma das muitas medidas de prevenção ao novo coronavírus, a decisão impugnada violou os referidos precedentes desse STF em sede de controle concentrado que firmaram a competência concorrente entre Estado e União para legislar sobre proteção e defesa de saúde.

5.1.2. Da imprescindibilidade da suspensão dos mandados de desalijos no Município do Rio de Janeiro. Das consequências práticas da decisão liminar

Em que pese a presente reclamação se destine a analisar a violação aos precedentes desse STF proferidos em sede de controle concentrado, não se pode perder de vista os efeitos concretos que a suspensão do art. 1º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 produz no plano dos fatos.

---

[6] LEWANDOWSKI diz que STF revalorizou o federalismo na pandemia. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2020. Notícias. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448639&ori=1. Acesso em: 24 nov. 2020.

Isso porque é regra de interpretação do Direito que o juiz, quando for exercer o seu mister, deve considerar as **consequências práticas da decisão**, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Pois bem.

Basta uma breve consulta ao noticiário para notar que a **demanda por leitos** em todo o Estado e, principalmente, no Município do Rio de Janeiro já ultrapassou o quantitativo disponível e a capital fluminense volta ao alarmante **quadro de contágio exponencial** verificado quando caminhávamos para o pico da pandemia.

A Nota Técnica nº 14, de 10 de dezembro de 2020, por sua vez, indica que, na pontuação geral, o Estado do Rio de Janeiro passou de risco baixo para risco moderado.

Recentemente, ainda, foi publicada ata do Comitê Científico da reunião realizada em 02.12.2020. A referida ata aponta para a existência de **risco real de colapso do sistema de saúde** e a adoção de importantes medidas de contenção da mobilidade social para reduzir, ao máximo, o grau de desassistência no Município.

Também impera destacar que, desde o início da pandemia, o Estado e o Município do Rio de Janeiro apresentam elevadíssimo número de casos e óbitos. Como noticiado pela imprensa, **se o Município do Rio de Janeiro, que possui a maior taxa de mortalidade do Estado, fosse um país, estaria hoje na primeira posição no ranking da mortalidade**[7].

Em suma, os fatos falam por si. E, em que pese todo esse gravíssimo cenário – **de aumento do número de casos, de notória e reconhecida criticidade do sistema de saúde na cidade do Rio de Janeiro, do risco de dano grave e irreparável à população carioca** –, o Desembargador Relator – em decisão monocrática – suspendeu os efeitos da Lei Estadual impugnada e repristinou a possibilidade de cumprimento de ordens de desalijos.

Com efeito, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, **diversas pessoas encontram-se ameaçadas de serem lançadas às ruas no meio de uma pandemia**.

As consequências gravosas do cumprimento de ordens de desalijos envolvendo coletividades foram facilmente observadas no dia 24 de agosto de 2020, na Rua Dias da Rocha, n.º 27, Copacabana, Rio de Janeiro (RJ), com a efetivação da ordem de reintegração de posse em desfavor da Casa Nem, conforme se descreverá a seguir.

Foi ajuizada ação de reintegração de posse com pedido liminar em face dos ocupantes do imóvel citado. A medida liminar foi deferida sem que o Núcleo de Terras e Habitação, órgão com atribuição, fosse intimado para atuar no feito, conforme prevê o artigo 554, § 1º, do CPC. Após tomar ciência da existência do processo, esse órgão peticionou nos autos instando o Juízo a se manifestar sobre fundamentos de extrema relevância a serem considerados no caso e buscando a suspensão da ordem de cumprimento de reintegração de posse pelo prazo de 120 dias, tendo em vista a situação de pandemia global, bem como a designação de sessão de mediação ou audiência de conciliação, através do encaminhamento dos autos ao Núcleo Permanente

[7] BARREIRA, Gabriel. Com 10 mil mortes por Covid, se fosse um país, Rio seria líder em óbitos por 100 mil habitantes. **O Globo**, Rio de Janeiro, 10 set. 2020. G1. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/10/com-10-mil-mortes-por-covid-se-fosse-um-pais-rio-seria-lider-em-obitos-por-100-mil-habitantes.ghtml. Acesso em: 13 dez. 2020.

de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - NUPEMEC, para buscar uma solução consensual da lide.

Contudo, 1 (um) mês depois, a petição permanecia nos autos sem apreciação. Apenas após o início do cumprimento da ordem, no dia 24 de agosto de 2020, na parte da tarde, foram indeferidos os pedidos realizados, o que impediu o manejo do recurso cabível a tempo.

Para o cumprimento da ordem, foram deslocados diversos servidores públicos, um número significativo de policiais, guardas municipais, assistentes sociais, além de jornalistas, transeuntes e vizinhos.

Não se pode olvidar que, na Casa Nem, **havia cerca de 35 (trinta e cinco) famílias, que ficaram extremamente expostas**, acentuando a vulnerabilidade do grupo LGBTIA+. **Portanto, foi promovida uma grande aglomeração, em sentido diametralmente oposto às orientações destinadas ao combate da disseminação do coronavírus.**

Em 04 de setembro de 2020, o Núcleo de Terras e Habitação - NUTH foi contatado pela Ouvidoria Externa da Defensoria Pública, bem como por movimentos sociais, noticiando a previsão de ordem de "**remoção de pessoas**" do imóvel existente Rua Ramalho Ortigão, 26/28 - Centro - RJ, onde por muitos anos funcionou a conhecida papelaria "Casa Cruz".

Ao se ter acesso aos autos do processo de falência (0297388-18.2017.8.19.0001), foi possível verificar a expedição de um chamado "mandado de remoção", que corporificava uma visão deturpada, evidenciada, por exemplo, nos seguintes dizeres carregados de discriminação e preconceito:

> Finalidade: Proceder à **remoção de todos os meliantes** que se encontrarem ocupando as dependências do imóvel, autorizando, de plano, **a utilização de força policial em razão de se tratar de mendigos e usuários de drogas**.

Assim, em caráter de extrema urgência, foi manejado o recurso cabível contra a decisão que determinou a "remoção de pessoas" em um processo falimentar, sendo certo que o imóvel em questão não pertencia à massa falida, mera locatária. Foi concedida a imissão na posse do imóvel à locadora, que não é parte no processo falimentar, contra os ocupantes, que também não eram parte no processo falimentar.

Há certidão de Oficial de Justiça Avaliador que atesta, entre outras coisas, que havia diversas famílias no local, integradas inclusive por crianças, com móveis e outros bens pessoais, convivendo de maneira ordeira e pacífica, como é possível verificar nos trechos a seguir colacionados:

> [...] Inicialmente, registra-se que não houve necessidade de arrombamento e reforço policial, porque a srª Queli Ambrosio Muniz (21009849-7 DETRAN/RJ, CPF 149 310 167 66), uma das ocupantes do imóvel, permitiu a entrada de todos espontaneamente, e acompanhou a vistoria interna que foi feita no interior do bem pacificamente. **No local, não foram encontrados meliantes**. O lugar encontra-se ocupado por diversas famílias, inclusive com crianças, que mantêm bens pessoais no imóvel (televisores, fogão, máquina de lavar, botijão de gás, cama, etc.), e não consta no mandado o destino a ser dado aos bens

> móveis, isto é, se deverá ocorrer remoção para Depósito Público ou nomeação de Depositário particular.
>
> A ocupante Queli Ambrosio Muniz relatou que existem **mais de 10 famílias** residindo no local, com **várias crianças**, e que só ela possui 6 filhos no imóvel.
>
> Na vizinhança, o sr. Sidney Oliveira (Fiscal da loja Casa & Vídeo, localizada ao lado do imóvel diligenciado), relatou que os meliantes e "cracudos" deixaram o lugar, e, que, atualmente, há uma convivência pacífica com as famílias que estão ocupando o n° 26/28 da Rua Ramalho Ortigão. **O informante disse que os atuais ocupantes limparam o imóvel, consertaram a porta do imóvel, e que não há mais movimento de drogas no lugar**.

Mesmo repleta de teratologia, nulidades e arbitrariedades, não foi possível reverter a situação em tão pouco tempo, motivo pelo qual as 28 (vinte e oito) famílias, compostas por cerca de 40 (quarenta) crianças, foram desalojadas e atiradas à condição de sem-teto no dia 09/09/2020[8].

Após vagarem pelas ruas por alguns dias, despidas de sua dignidade, algumas dessas pessoas ocuparam outro imóvel vazio, situado à Avenida República do Paraguai, nº 01, no Centro da Cidade. São 10 (dez) famílias, compostas por 25 (vinte e cinco) pessoas. Dessas, 13 (treze) crianças, 2 (dois) idosos e 2 (duas) pessoas com deficiência.

Contra tais famílias foi ajuizada ação de reintegração de posse, que recebeu o número 0209649-02.2020.8.19.0001. Ao ser recebida a petição inicial, foi concedida ordem liminar de reintegração, inclusive com autorização de uso de força policial, concedendo-se o prazo de 15 (quinze) dias para a saída voluntária.

Tal informação deixou os moradores em polvorosa, levando-os a buscar auxílio de movimentos sociais ligados à reivindicação de políticas públicas habitacionais e também ligados à população sem-teto e/ou em situação de rua. Novamente o Núcleo de Terras e Habitação - NUTH foi contatado por algumas dessas organizações em busca de assistência jurídica em prol dos ocupantes.

Diante disso, foi apresentada petição e agravo de instrumento na qualidade de *custos vulnerabilis*, arguindo matérias de cunho processual, como deficiência na representação processual da parte autora, incompetência do juízo e inobservância do art. 554, § 1º, do CPC; mas também defesas de cunho material, como a total ausência de posse anterior a embasar a medida liminar. Ao lado de tudo isso, conferiu-se especial importância à absoluta necessidade de se evitar os desalijos coletivos durante a pandemia de COVID-19.

Não tendo sido obtido sucesso, o mandado de reintegração liminar foi expedido e está pendente de cumprimento, ameaçando 10 (famílias) de serem desalijadas pela segunda vez durante a maior pandemia da história humana recente[9].

---

[8] BORGES, Waleska. Justiça cumpre reintegração de posse em imóvel invadido no centro do Rio. Folha de São Paulo, São Paulo, 09 set. 2020. Cotidiano. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/09/justica-cumpre-reintegracao-de-posse-em-imovel-invadido-no-centro-do-rio.shtml. Acesso em: 13 dez. 2020.

[9] BERTOLA, Luísa. Dez famílias que ocupam prédio no Centro do Rio serão despejadas pela segunda vez durante pandemia. **O Dia**, Rio de Janeiro, 25 nov. 2020. Rio de Janeiro. Disponível em: https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/11/6034442-dez-familias-que-ocupam-predio-no-centro-do-rio-serao-despejadas-pela-segunda-vez-durante-pandemia.html. Acesso em: 13 dez. 2020.

Além dos casos acima enumerados, repita-se, há diversas coletividades que se encontram ameaçadas pela possibilidade de concretização de demolições, remoções e reintegrações, o que impede o devido cumprimento das regras de distanciamento, vulnerando a proteção da saúde e da vida. Há a possibilidade de desalijo de centenas de famílias em diversos processos caso ocorra o cumprimento de ordens de desalijos, o que ignorará a vulnerabilidade das famílias acentuada pela pandemia global, que, inclusive, vem trazendo preocupação ao poder público. A título de exemplo, cita-se o risco iminente de cerca de 1.000 (mil) famílias que residem na denominada Comunidade Terra Encantada, Pavuna, há quase 20 (vinte) anos, posto existir decisão liminar determinando a reintegração de posse.

Logo, muito embora o presente processo seja abstrato, não se pode deixar de considerar os efeitos concretos que a suspensão da lei estadual impugnada gerará no plano dos fatos, permitindo que milhares de pessoas sejam desalojadas em meio à turbulência humanitária que vivemos e a todas as recomendações sanitárias favoráveis ao isolamento social. Os efeitos daí decorrentes não alcançarão só os desalojados, mas a toda a sociedade.

5.1.3. Da ausência de violação à competência privativa da União para legislar sobre processo civil. Da regra da presunção de constitucionalidade das leis e da prevalência da competência do ente federativo menor. Da jurisprudência do STF

Ademais, convém destacar que a violação aos referidos precedentes desse E. STF não resta superada por suposta ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito processual civil.

A uma, porque o art. 1º da referida lei estadual, ao dispor sobre a suspensão de mandados de reintegração de posse e despejo, trata de **procedimentos em matéria processual**, situada no âmbito da competência legislativa concorrente entre União e os Estados (art. 24, XI, da CRFB; e art. 74, XI, da CERJ).

Nesse ponto, vale destacar que a diferenciação entre normas processuais e normas procedimentais é realizada pela doutrina especializada a partir de sua finalidade: as **processuais** têm por objetivo **regular a relação jurídica processual**; ao passo que as **procedimentais** se destinam a tratar da **manifestação exterior do processo**.

Nessa toada, ensina Humberto Theodoro Junior:

> Processo e procedimento são conceitos diversos e que os processualistas não confundem. Processo, como já se afirmou, é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. [...]
> O processo, outrossim, não se submete a uma única forma. Exterioriza-se de várias maneiras diferentes, conforme as particularidades da pretensão do autor e da defesa do réu. Uma ação de cobrança não se desenvolve, obviamente, como uma de inventário e nem muito menos como uma possessória. O modo próprio de desenvolver-se o processo, conforme as exigências de cada caso, é exatamente o procedimento do feito, isto é, o seu rito.
> É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, ou à relação processual, revelando-lhe o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da

> tutela jurisdicional. Em outras palavras, é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários.[10]

No mesmo sentido, tem-se os ensinamentos de Daniel Assumpção:

> [...] o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto.[11]

Dessa forma, resta claro que o art. 1.º da Lei Estadual impugnada versa sobre **procedimento**, e não sobre processo. Afinal, a norma suspende o cumprimento, no plano dos fatos, de ordens de reintegração de posse e despejo. É, portanto, um ato exterior ao processo, que se realiza no plano dos fatos e que é visível – *exatamente nos termos dos conceitos ensinados por Humberto Theodoro Jr. e Daniel Assumpção*.

Assim, **a lei não traz qualquer norma que trate sobre a relação entre o Estado-juiz, as partes, auxiliares da justiça**. Não há nada que incida sobre essa relação jurídica complexa, à qual se dá o nome de relação processual. Não há, portanto, qualquer violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

Não à toa, diante dessa distinção, a CRFB e a CERJ, ao distribuir as competências entre os entes federativos, trataram processo e procedimento como assuntos distintos, submetendo o primeiro à competência privativa da União; e o segundo, à competência concorrente entre os Estados e a União, como visto.

A interpretação que melhor revela a intenção do constituinte é a que confere a **possibilidade de o ente menor, à luz das especificidades do Estado, adaptar o aspecto exterior dos atos processuais para a realidade local.**

A esse respeito, este STF já se manifestou sobre a **possibilidade de os Estados legislarem sobre a matéria, destacando a prerrogativa de o ente menor definir a forma como a matéria processual será executada, de acordo com a maneira que julgar ser mais adequada para atender suas peculiaridades:**

> EMENTA: O Estado do Rio de Janeiro disciplinou a homologação judicial de acordo alimentar nos casos específicos em que há participação da Defensoria Pública, não estabelecendo novo processo, mas a forma como este será executado. Lei sobre procedimento em matéria processual. **A prerrogativa de legislar sobre procedimentos possui o condão de transformar os Estados em verdadeiros "laboratórios legislativos". Ao conceder-se aos entes federados o poder de regular o procedimento de uma matéria, baseando-se em peculiaridades próprias, está a possibilitar-se que novas e exitosas experiências sejam formuladas**. Os Estados passam a ser partícipes importantes no desenvolvimento do direito nacional e a atuar ativamente na construção de possíveis experiências que poderão ser adotadas por outros entes ou em todo território federal. Desjudicialização. A vertente extrajudicial da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública permite a orientação (informação em direito), a realização de mediações, conciliações e arbitragem (resolução alternativa de litígios), entre outros serviços, evitando, muitas vezes,

[10] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 156.

[11] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 101.

> a propositura de ações judiciais. Ação direta julgada improcedente (STF, ADI 2.922, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-4-2014, DJE de 30-10-2014) (grifado).

No caso em comento, a adaptação procedimental mostrou-se necessária, uma vez que dados científicos demonstram que o Estado do Rio de Janeiro encontra-se em situação crítica de controle da pandemia, possuindo alta taxa de letalidade em relação aos demais estados federativos[12], conforme já demonstrado. É, portanto, dever constitucional do Estado realizar os ajustes procedimentais que possam se mostrar eficazes para a prevenção à COVID-19 no âmbito do seu território.

Verifica-se, portanto, que, ao suspender os mandados de desalijos durante a pandemia da Covid-19, a matéria tratada pelo art. 1º da Lei Estadual impugnada situa-se no âmbito da competência concorrente entre Estados e União para legislar sobre procedimentos, impondo-se a declaração da sua constitucionalidade.

A duas, porque, mesmo que assim não fosse, não raro os atos normativos versam sobre matérias que atravessam o rol de competências legislativas de mais de um ente federativo, a exemplo de normas que tratam concomitantemente de direito civil e proteção da infância e da juventude (art. 22, I, e art. 24, XV, da CRFB) ou de proteção à saúde da população e telecomunicações (art. 21, XI, e art. 22, IV, da CRFB).

No caso concreto, a tônica da norma estadual é a proteção da saúde dos indivíduos, na medida em que a suspensão de ordens de desalijos, conforme já salientado, possibilita o cumprimento de uma das principais medidas de combate à Covid-19, qual seja, o isolamento social. Sendo assim, a própria ementa da lei declara que se trata de "*medida temporária de prevenção ao contágio e de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus*" e prevê seu art. 3º que as "*medidas são válidas enquanto vigorar o estado de emergência na saúde pública do Estado do Rio de Janeiro em razão do novo Coronavírus (COVID-19)*".

Por conseguinte, considerando que a lei versa sobre assunto que pode perpassar matérias de competência de entes distintos e tendo em vista os objetivos declarados pelo legislador, **deve prevalecer a interpretação que permita a concretização de tais objetivos, qual seja, a interpretação que viabiliza ao Estado o exercício de sua competência legislativa para a satisfação de direitos fundamentais.**

Nessas hipóteses em que a dúvida sobre a competência legislativa recaia sobre norma que abrange mais de um tema, o STF tem firme entendimento no sentido de que **o intérprete deve acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria, à luz da presunção de constitucionalidade das leis e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.** A exceção ocorre apenas se houver lei editada pelo ente federal maior que proíba a complementação pelo ente federativo menor.

Nesses termos, confira-se o seguinte precedente relatado pelo Min. Edson Fachin, *in verbis*:

---

[12] NORONHA, PH. Letalidade por Covid-19 no Rio está acima da média mundial. **Fiocruz**, Rio de Janeiro, 2020. Comunicação e Informação. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/letalidade-por-covid-19-no-rio-esta-acima-da-media-mundial. Acesso em: 27 nov. 2020.

> Ocorre que, como bem lembrou o Ministro Gilmar Mendes, "*por vezes uma mesma lei pode apresentar problemas complexos, por envolver tema que se divide em assunto que compõe a competência concorrente e em matéria restrita à competência legislativa de apenas uma das esferas da Federação*" (MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 841). [...]
> Nesses casos, há uma multidisciplinaridade, como bem descreveu Tiago Magalhães Pires, em trabalho já citado pelo e. Ministro Luís Roberto Barroso: [...].
> A solução, mesmo em tais hipóteses, não pode se distanciar do cânone da prudência que incumbe aos órgãos de controle de constitucionalidade: deve-se privilegiar a interpretação que seja condizente com a presunção de constitucionalidade de que gozam os atos legislativos. Incide, aqui, o que o e. Ministro Gilmar Mendes, em conhecida obra doutrinária, chamou de "princípio da interpretação conforme a Constituição": [...]
> Essa **deferência ao poder legislativo** assume feição especial quando o controle de constitucionalidade é feito em face de norma produzida pelos demais entes da federação. Ela exige que o intérprete não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria. Nesse sentido, o cânone da interpretação conforme, a que alude o e. Ministro Gilmar Mendes, deve ser integrado pelo que, na jurisprudência norte-americana, foi chamado de uma **presunção a favor da competência dos entes menores da federação (*presumption against preemption*)**. (STF, ADI 3110, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Julgamento: 04/05/2020, Publicação: 10/06/2020) (grifamos).

Com efeito, a jurisprudência do STF é farta no sentido de que, em havendo multidisciplinaridade, deve-se valorizar a competência do ente menor, compatibilizando interesses para reforçar o federalismo cooperativo, aplicando-se a regra da *presumption against preemption*.

A título exemplificativo, assim é que foi possível aos Estados e Municípios adotarem medidas como: (i) suspensão temporária do transporte intermunicipal de ônibus, vans, barcas e carros particulares de aplicativo; (ii) diminuição do horário de circulação de transportes públicos intramunicipais; e (iii) suspensão do "passe livre", sem que isto significasse violação da competência da União para tratar sobre trânsito em transporte, conforme o art. 21, XI, da CRFB.

Assim, com base na presunção de constitucionalidade das leis e em havendo multidisciplinaridade no art. 1º da lei estadual impugnada, não cabe ao Poder Judiciário subtrair a competência normativa do ente menor, diminuindo seu campo de atuação na concretização de seus objetivos constitucionais.

6. DA VIOLAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 4638 DO STF. DA AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DA MEDIDA LIMINAR A REFERENDO DO ÓRGÃO COLEGIADO NA SESSÃO SUBSEQUENTE

Ademais, a decisão impugnada também maculou a decisão proferida na ADI 4638 desse STF, uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – *em que pese* tenha *havido diversas sessões nos dias subsequentes*.

O art. 97 da Constituição da República prevê que "*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*".

Interpretando esse dispositivo, o Plenário do STF já decidiu, na ADI 4638, que, caso o relator atue em período no qual o Colegiado não esteja reunido, é imprescindível que ele submeta a análise da cautelar quando da abertura dos trabalhos:

> PROCESSO OBJETIVO – LIMINAR – ATUAÇÃO DO RELATOR – REFERENDO PARCIAL. Atuando o relator em período no qual o Colegiado não esteja reunido, **cumpre submeter a cautelar na abertura dos trabalhos**. Referendo parcial implementado pela ilustrada maioria nos termos da ata de julgamento. (STF, ADI 4638 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00231-01 PP-00033)

No caso em tela, o Relator Desembargador Ferdinaldo do Nascimento deferiu a medida liminar para suspender integralmente uma Lei Estadual no dia **17/11/2020**, isto é, há um mês.

Entretanto, o relator, em momento nenhum, determinou a apreciação da medida liminar pelo Colegiado do órgão especial do TJERJ, muito embora isso atenda à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB); à decisão proferida na ADI 4638 deste STF; e ao Regimento Interno do próprio TJERJ.

Nos termos deste, embora se autorize que o relator defira a medida cautelar "*em caso de excepcional urgência*", cuida-se de decisão que deverá ser submetida ao colegiado, devendo ser "*apresentado o processo em mesa na primeira sessão subsequente do Órgão Especial*" (art. 105, § 3º, do Regimento Interno do TJRJ).

Diante disso, em **01/12/2020**, a DPERJ apresentou petição de habilitação no feito como *amicus curiae* e formulou requerimento para que o feito fosse devidamente incluído na sessão subsequente do órgão especial.

Entretanto, o processo encontra-se concluso com o Desembargador Ferdinaldo do Nascimento desde o dia 09/12/2020, sem que, até a presente data, o feito tenha sido incluído na pauta de julgamento do Órgão Especial.

Merece destaque, inclusive, que houve sessões do Órgão Especial posteriores à decisão liminar proferida, **tais como as sessões de 07 e 14/12/2020**, conforme se verifica a partir do documento anexo.

A situação ainda se agrava, ao se constatar que, no dia 20/12/2020, inicia-se o recesso forense e a próxima sessão marcada é para o dia 25/01/2020. Com efeito, a decisão proferida pelo Desembargador – *em que pese monocrática* – está produzindo seus efeitos por longos dois meses, sem que tenha sido submetida a referendo do Colegiado do órgão especial.

Isso se revela especialmente grave, ao se constatar que a decisão impugnada suspendeu a integralidade de lei editada pelo Parlamento estadual que se destinava a combater o coronavírus, evidenciando violação concreta ao Princípio da Separação dos Poderes e ao direito à saúde pública.

Logo, considerando que a decisão liminar não foi submetida à análise do colegiado na sessão subsequente do Órgão Especial, salta aos olhos a violação ao que foi decidido pelo Plenário do STF na ADI 4638.

7. DA VIOLAÇÃO À DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 4.440-DF. DA AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE UNIVERSAL DA AMAERJ. DA AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A LEI IMPUGNADA E OS FINS INSTITUCIONAIS DA ASSOCIAÇÃO

Ademais, na medida em que deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação, a decisão impugnada acabou por violar a decisão proferida pelo Plenário do STF na ADI 4400.

Nesse precedente, o STF decidiu que inexiste legitimidade universal às associações de magistrados, *in verbis*:

> LEGITIMIDADE UNIVERSAL – ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. As associações de magistrados não gozam da legitimidade universal para o processo objetivo, devendo ser demonstrada a pertinência temática. LEGITIMIDADE – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA – DISCIPLINA – ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. As associações de magistrados não têm legitimidade ativa quanto a processo objetivo a envolver normas relativas à execução contra a Fazenda, porque ausente a pertinência temática. (STF, ADI 4400, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Red. do acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 06/03/2013, Publicação: 03/10/2013.)

Sobre o tema, é fato incontroverso que, para propositura de representações de inconstitucionalidade, não basta que a associação seja uma entidade de classe de âmbito estadual (art. 162 da CERJ), uma vez que se exige que, além disso, haja pertinência temática entre os seus fins institucionais e a legislação impugnada. Trata-se de condição que, inclusive, foi mencionada pela AMAERJ em sua petição inicial (fl. 07) e que encontra respaldo na firme jurisprudência do STF e do TJERJ.

Não obstante, fato é que os **fins institucionais dispostos no Estatuto da AMAERJ não possuem qualquer relação com a legislação impugnada**. Cuida-se de entidade de classe dos **magistrados estaduais**, cujas funções são:

> a) representar e defender, em Juízo ou fora dele, os direitos e interesses da magistratura e, a critério da Diretoria, de seus associados, quando se relacionarem com o exercício da função de magistrado;
> b) buscar a real integração de todos os segmentos de classe, sem distinção de origem, graus ou regiões de exercício funcional, estimulada por processos participativos e reuniões periódicas, abertas a todos;
> c) promover a cooperação e solidariedade entre os magistrados do Estado do Rio de Janeiro, propugnando pelo prestígio do Poder Judiciário e da Magistratura Estadual;
> d) prestar a seus associados e dependentes, na medida de suas possibilidades, assistências social e na área de saúde, inclusive mediante convênios e sistema cooperativo, a realizar atividades convênios e sistema cooperativo, a realizar atividades culturais, recreativas e desportivas. (art. 2.º do Estatuto da AMAERJ – fl. 03).

Por outro lado, a lei estadual impugnada versa sobre suspensão de mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais e extrajudiciais, bem como suspensão de aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em caso de não pagamento de aluguel ou de prestações residenciais durante a pandemia da Covid-19:

> Art. 1º Ficam suspensos todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública em virtude da situação de emergência decorrente do novo coronavírus (COVID-2019), declarado pelo Decreto n.º 46.973, de 16 de março de 2020.
> Parágrafo único. As disposições contidas no caput aplicam-se exclusivamente a situações de litígio em relação à ocupação de imóveis, que antecedem a data de publicação desta Lei.
>
> Art. 2º Ficam suspensas a aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou das prestações de quitação dos imóveis residenciais, havendo comprovada pela parte devedora o seu absoluto estado de necessidade durante o estado de calamidade pública ou em virtude da situação de calamidade.

Com efeito, a simples leitura da lei estadual evidencia que **ela não traz absolutamente nada relacionado aos interesses classistas da magistratura**, muito menos à integração dos segmentos dessa classe, à cooperação e solidariedade entre os magistrados, tampouco à assistência social, cultural ou recreativa em favor dos juízes.

Vale dizer: nada existe no diploma impugnado que possa caracterizar algum interesse peculiar da classe dos magistrados no reconhecimento de sua possível inconstitucionalidade. A lei em questão nada lhes impõe, em nada lhes atinge direitos, vantagens ou prerrogativas. **O interesse que possam ter os magistrados na desconstituição dos dispositivos impugnados será o mesmo que tenham os cidadãos em geral**, contrários, por razões diversas, à suspensão dos desalijos, de multas e de juros referentes a contratos de imóveis residenciais.

A ausência de pertinência temática salta ainda mais aos olhos, ao se observar a justificativa apresentada pela AMAERJ:

> Com efeito, basta uma análise perfunctória da lei estadual ora questionada para se constatar que (i) tal ato normativo, ao pretender impedir o cumprimento de mandados expedidos pelo Poder Judiciário no exercício das suas competências jurisdicionais, é afrontoso à própria independência do Poder Judiciário – Poder que a AMAERJ tem por missão defender – e ainda, que (ii) a aplicação da referida lei estadual pode representar risco para os integrantes da magistratura estadual, já que, se os mandados de despejo, de reintegração ou imissão de posse, etc., continuarem a ser expedidos e feitos cumprir pelos juízes estaduais, sem que o magistrado que determinou a expedição do mandado tome o cuidado de proceder ao reconhecimento incidental expresso da inconstitucionalidade dessa lei estadual, tal magistrado poderá se expor a vir a ser acusado de ter agido ilegalmente. (fl. 08)

Com relação ao **art. 2º**, não há, a toda evidência, nenhuma justificativa sequer para aferir a suposta pertinência temática entre os fins de uma associação de juízes estaduais e, de outro lado, a suspensão da aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou de prestações de quitação de imóveis residenciais. Afinal, trata-se de **interesse eminentemente privado**, circunscrito ao eventual locador-locatário ou comprador-vendedor-financeira.

A ausência – em absoluto – de pertinência temática resta evidenciada a partir do fato de que a AMAERJ não trouxe uma linha sequer justificando a mesma em relação a esse art. 2º.

No que toca, por sua vez, ao **art. 1.º**, tampouco merece prosperar a *elástica* interpretação feita pela AMAERJ. Ora, não há qualquer ofensa à independência do Poder Judiciário, uma vez que os juízes permanecem livres para decidir de acordo com o seu convencimento motivado. O sobrestamento do cumprimento de *algumas* ordens judiciais em nada abala a independência da magistratura, já que as decisões permanecerão válidas e serão cumpridas logo que findo o período de emergência sanitária.

Não é demais lembrar, inclusive, que o Estado Democrático de Direito é alicerçado no **princípio da separação dos poderes** (art. 2.º da CRFB), que pressupõe a ideia de **freios e contrapesos**. Não à toa, o ordenamento jurídico pátrio prevê diversos mecanismos que permitem interferências recíprocas entre os três poderes com o objetivo de, justamente, permitir o equilíbrio almejado pela CRFB de 1988. A promulgação da lei estadual em pauta é, justamente, uma dessas hipóteses, estando perfeitamente amparada na razoabilidade e justificada em virtude da turbulência humanitária decorrente da pandemia da Covid-19.

No mais, com a devida vênia, considerar que a AMAERJ tem pertinência temática para impugnar a lei em tela única e exclusivamente porque os juízes decidem sobre reintegrações de posse e despejos é conceder, a essa associação, **legitimidade universal** para propositura de representações de inconstitucionalidade.

Afinal, incumbe aos juízes a tarefa de interpretar e aplicar o Direito. Assim, caso se considere que há ofensa à independência da magistratura sempre que houver a edição de uma lei que disponha de forma diversa sobre o que antes era por eles decidido, estar-se-á concedendo, à AMAERJ, uma legitimidade para impugnar toda e qualquer lei que venha a ser editada pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, eventual acolhimento da pertinência temática no presente caso viola **(i)** a exigência jurisprudencial da pertinência temática exigida de associações, uma vez que se estará, por via transversa, deixando de exigi-la em relação à AMAERJ, tal como se essa fosse uma associação privilegiada em relação às demais; e **(ii)** o princípio da separação dos poderes, já que se estará colocando o Poder Judiciário em posição superior à do Legislativo, tolhendo a função típica deste de editar atos normativos e maculando a harmonia que deve existir entre ambos em um sistema republicano (art. 2.º da CRFB).

Ademais, causa espécie o argumento de que a pertinência temática decorre de um suposto "*risco para os integrantes da magistratura estadual*", os quais poderiam continuar expedindo os referidos mandados sem que haja um "cuidado" de proceder ao reconhecimento incidental expresso da inconstitucionalidade dessa lei.

Nada mais despropositado. **A uma**, porque a **lei presume-se constitucional** até que haja decisão em contrário, o que decorre da supremacia da Constituição, e **aplica-se a todos**, inclusive aos magistrados, o que compreende a essência do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, caso eventual magistrado viole a lei sem apresentar uma justificativa juridicamente válida para tanto estará, por óbvio, agindo ilegalmente. **A duas**, porque, com a devida vênia, o que parece violar a independência dos juízes é, justamente, a propositura de uma representação de inconstitucionalidade, afinal eventual decisão suspendendo a lei impedirá que cada um dos magistrados faça o seu próprio juízo acerca da constitucionalidade ou não do ato normativo em pauta. Aqueles que, portanto, entendem que a norma é constitucional não mais serão livres para assim decidir.

Por fim, a discussão em pauta lembra recente fala do **Ministro Gilmar Mendes** quando decidiu que a Associação Nacional de Membros do Ministério Público (CONAMP) não tem legitimidade para propor ADPF impugnando *habeas corpus* coletivos concedidos pelo STJ. Na ocasião, o ministro muito bem lembrou que a tese do CONAMP é baseada na "*controvertida e injuriosa premissa de que a defesa das prerrogativas dos membros do MP confunde-se com o interesse processual da acusação, como se a ordem concessiva dos Habeas Corpus pudesse de forma direta violar o interesse coletivo da categoria*"[13].

A mesma razão há de ser aplicada ao presente caso: decidir que a AMAERJ tem pertinência temática única e exclusivamente porque profere as decisões determinando reintegrações de posse e despejos significa entender que a defesa das prerrogativas dos magistrados confunde-se com um interesse processual destes determinarem desalijos. Nada mais antirrepublicano.

Destarte, diante da ausência de pertinência temática entre a lei impugnada e os fins institucionais da referida associação, a decisão impugnada violou a decisão proferida por esSe STF na ADI nº 4.400-DF, por conferir à AMAERJ uma legitimidade universal para o processo objetivo.

8. DO IMPOSITIVO DEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR

Dispõe o art. 989, II do CPC que: "*Ao despachar a reclamação, o relator: II - se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável*". Essa é a hipótese em exame, como passaremos a demonstrar

Diante dos argumentos acima e do *periculum in mora*, certo é que se impõe a suspensão da decisão impugnada, que, por sua vez, suspendeu os efeitos da Lei Estadual nº 9.020/2020.

A probabilidade do direito decorre:

i. da violação às decisões deste STF no bojo da ADPF 672 e das ADI's 6341 e 6343, diante do claro fato de que o art. 1º da lei impugnada traz medidas de contenção à propagação do novo coronavírus, situando-se, pois, no âmbito da competência concorrente entre Estados e União para legislar sobre saúde;

[13] RODAS, Sérgio. MP não é apenas órgão acusatório e deve defender direitos de réus, diz Gilmar. **ConJur**, São Paulo, 9 dez. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-09/mp-nao-apenas-orgao-acusatorio-defender-direitos-gilmar. Acesso em: 17 dez. 2020.

ii. da violação à decisão proferida na ADI 4638 desse STF, uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – em que pese tenha havido diversas sessões nos dias subsequentes;

iii. da violação à decisão proferida na ADI 4400 desse STF, já que a decisão impugnada deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação.

Ademais, há *periculum in mora*, na medida em que a suspensão do art. 1º da Lei Estadual nº 9.020/2020 inviabiliza a realização de isolamento social por muitas pessoas e, por via reflexa, acentua a propagação do coronavírus, o que se revela extremamente preocupante em um cenário em que os índices epidemiológicos só crescem no Estado do Rio de Janeiro, e o Município do Rio de Janeiro tem a maior taxa de mortalidade do Estado.

Logo, por essas razões, impõe-se o deferimento da medida liminar para suspender a decisão impugnada proferida pelo Desembargador Ferdinaldo do Nascimento no bojo da representação de inconstitucionalidade nº 0079151-15.2020.8.19.0000, que tramita no Órgão Especial do TJERJ.

9. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer a V. Ex.ª:

a) seja deferida medida liminar para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Ferdinaldo do Nascimento no bojo da representação de inconstitucionalidade nº 0079151-15.2020.8.19.0000, que tramita no Órgão Especial do TJERJ, restabelecendo os efeitos da Lei Estadual nº 9.020/2020; e
b) seja, ao final, julgada procedente esta reclamação constitucional para cassar definitivamente a decisão judicial impugnada, confirmando a medida liminar.

Protesta, ainda, pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial prova documental suplementar caso se faça necessária.

Dá-se à presente reclamação o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), para os fins e efeitos de direito.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2020.

BEATRIZ CUNHA
Defensora Pública
Subcoordenadora Cível

PATRÍCIA CARDOSO
Defensora Pública
Coordenadora Cível

RICARDO MATTOS
Subcoordenador do Núcleo de Terras e Habitação

VIVIANE TARDELLI
Coordenadora do Núcleo de Terras e Habitação

PEDRO CARRIELLO
Representação em Brasília

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 45.319 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECLTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECLDO.(A/S)	: RELATOR DA ADI Nº 0079151-15.2020.8.19.0000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AMAERJ
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Trata-se de reclamação com pedido de liminar ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - DPERJ contra a medida acautelatória deferida pelo relator da Representação de Inconstitucionalidade 0079151-15.2020.8.19.0000, a qual tramita no Tribunal de Justiça daquela unidade da federação.

A reclamante alega afronta à autoridade das decisões desta Suprema Corte proferidas nas Medidas Cautelares deferidas na ADPF 672/DF; e nas ADIs 6.341/DF, 6.343/DF. Sustenta, ademais, desrespeito ao que decidido por este Tribunal nas ADIs 4.400/DF e 4.638/DF .

Narra que, no Tribunal de origem, a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro - AMERJ ingressou com

> "[...] **representação por inconstitucionalidade [...]**, pugnando a declaração da incompatibilidade da **Lei Estadual n.º 9.020/2020 em relação à Constituição do Estado do Rio de Janeiro (CERJ).**
>
> Cuida-se de **ato normativo que suspendeu (i) todos os**

> **mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, desde que a ocupação seja anterior à publicação da lei (art. 1.º); e (ii) a aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou da prestações de quitação dos imóveis residenciais, caso comprovado absoluto estado de necessidade pela parte devedora, durante o estado de calamidade pública ou em virtude de calamidade (art. 2.º).**
>
> Em síntese, a AMAERJ argumenta que a lei viola o princípio da separação dos poderes e a repartição constitucional de competências entre os entes da federação, por ter, supostamente, tratado sobre processo e direito civil, matérias submetidas à competência legislativa privativa da União (arts. 7.º, 72 e 74 da CERJ).
>
> Ato contínuo, **em 17/11/2020, o Excelentíssimo Desembargador Relator proferiu decisão monocrática deferindo medida liminar requerida para suspender a integralidade da referida lei impugnada até o julgamento definitivo da representação de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a matéria está no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual; e que houve violação à separação dos poderes, já que alcança decisões judiciais em que houve o reconhecimento do esbulho**" (pág. 2 da inicial - grifei).

Rebate os fundamentos da decisão reclamada afirmando que

> "[...] **o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 é plenamente constitucional, na medida em que abarca medida que almeja mitigar a propagação do novo coronavírus, razão pela qual se insere no âmbito da competência concorrente para legislar sobre matéria de saúde**, conforme já decidido pelo Plenário do STF na ADPF 672 e ADI 6341 e 6343.

> Ademais, a decisão impugnada também maculou a decisão proferida na **ADI 4638 deste STF,** uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – em que pese tenham havido diversas sessões nos dias subsequentes.
>
> Ainda, à medida que deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação, a decisão impugnada acabou por violar a decisão proferida pelo Plenário do STF na **ADI 4400.**
>
> Dessa forma, a decisão impugnada acabou por violar diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal (STF), motivo pelo qual deve ser cassada, conforme se passa a demonstrar" (págs. 2-3 da petição inicial - grifei).

A reclamante assevera, nesse contexto, que

> "[...] **o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 deve ser analisado sob a ótica da proteção e defesa da saúde, situando-se, pois, no âmbito da competência legislativa concorrente entre Estado e União.**
>
> Em razão da complexidade dos esforços requeridos para contenção do novo coronavírus e do fato de que as normas editadas para tanto, em regra, tratam de diversas matérias (saúde, transporte, funcionamento de estabelecimentos comerciais, educação, liberdade de locomoção, etc.), que se sujeitam a regras de competências distintas, verifica-se um conflito potencial entre as respectivas normas constitucionais de competência.
>
> **Trata-se exatamente da situação posta sob julgamento: o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 foi editado com o objetivo de adotar medidas destinadas a mitigar a propagação do novo coronavírus, tal como uma série de outros diplomas normativos promulgados em sede federal, estadual e municipal.**

> **Com efeito, a despeito de dispor sobre o sobrestamento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros, não se pode perder de vista o seu objetivo central: impedir que milhares de pessoas sejam desalojadas de suas respectivas residências, fiquem à mercê da própria sorte em meio a uma pandemia e não possam, por consequência, cumprir uma das principais medidas para evitar a propagação do vírus – ficar em casa.**
>
> […]
>
> E, em sendo essa a matéria central, há que se aplicar o art. 74, XII, da CERJ, o qual prevê expressamente que **a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente entre Estado e União:**
>
> > Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: (...)
> >
> > XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
>
> O mesmo encontra-se, por oportuno, previsto no art. 24, XII, da Constituição da República (CRFB).
>
> **Com efeito, incide, no caso em tela, a regra do art. 24, § 2.º, da CRFB** e do art. 74, § 1.º, da CERJ: **cabe à União editar normas gerais; e, aos Estados e Municípios, normas suplementares.**
>
> **Sobre o tema em comento, a União editou a Lei n.º 14.010/2020, que instituiu um regime jurídico emergencial transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia da Covid-19. Nesse diploma, ficou vedada, inclusive, a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano em ações de despejo, nos termos do art. 9.º.**
>
> Dessa forma, não havendo conflito da norma estadual impugnada – que suspende o cumprimento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros – com qualquer norma federal, salta aos olhos que o Estado agiu de acordo com a sua competência suplementar, nos termos do art. 24, § 2.º, da CRFB" (págs. 7-9 da inicial – grifei).

Sobre a alegada ofensa à decisão proferida na liminar na ADPF

672/DF, aduz que

> "[...] **o Plenário referendou liminar que havia sido concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes e reconheceu a competência concorrente dos Estados e suplementar dos municípios para legislar sobre proteção à saúde em tempos de pandemia.**
>
> Mas, indo além, a decisão reconheceu a possibilidade de Estados e Municípios adotarem medidas restritivas de direitos durante a pandemia — incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas — 'independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário'. Confira-se o teor da decisão liminar, *in verbis*:
>
>> 'Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos (...)
>>
>> Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E

> DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, **cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras;** INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário" (págs. 9 e 10 do documento eletrônico 1 – grifos no original).

Por sua vez, ao tratar da ADI 6.341-MC/DF, afirma que

> "[...] o, **o plenário do STF decidiu por maioria que os Estados e Municípios possuem competência para definir quais são as atividades essenciais cujo funcionamento deve ser resguardado durante a pandemia dentro de seu próprio território,** a despeito do que dispuser a União a esse respeito [...]" (pág. 11 do documento eletrônico 1).

E ao suscitar a decisão do Plenário desta Corte que referendou a Medida Cautelar na ADI 6.343/DF, destaca que

> "[...] o Plenário decidiu, por maioria, pela desnecessidade de autorização de órgãos federais para que Estados e Municípios possam restringir a locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos e aeroportos durante a pandemia. **Assim, o STF reafirmou que as restrições de direitos impostas por Estados e Municípios no combate à pandemia são válidas, desde que não contrariem a ciência e respeitem a razoabilidade**" (pág. 12 da inicial).

Ao descrever a atual situação fática na unidade federativa, a reclamante registra que

> "[...] **há diversas coletividades que se encontram ameaçadas pela possibilidade de concretização de demolições, remoções e reintegrações, o que impede o devido cumprimento das regras de distanciamento, vulnerando a proteção da saúde e da vida. Há a possibilidade de desalijo de centenas de famílias em diversos processos caso ocorra o cumprimento de ordens de desalijos, o que ignorará a vulnerabilidade das famílias acentuada pela pandemia global que, inclusive, vem trazendo preocupação ao poder público.**
>
> [...]
>
> Logo, muito embora o presente processo seja abstrato, não se pode deixar de considerar os efeitos concretos que a suspensão da lei estadual impugnada gerarão no plano dos fatos, permitindo que milhares de pessoas sejam desalojadas em meio à turbulência humanitária que vivemos e a todas as recomendações sanitárias favoráveis ao isolamento social. Os efeitos daí decorrentes não alcançarão só os desalojados, mas a toda a sociedade" (pág. 24 da inicial).

Argumenta, ademais, que

> "[...] **o art. 1.º da Lei Estadual impugnada versa sobre procedimento, e não sobre processo. Afinal, a norma suspende o cumprimento, no plano dos fatos, de ordens de reintegração de posse e despejo. É, portanto, um ato exterior ao processo,** que se realiza no plano dos fatos e que é visível – exatamente nos termos dos conceitos ensinados por Humberto Theodoro Jr. e Daniel Assumpção.
>
> Assim, **a lei não traz qualquer norma que trate sobre a relação entre o Estado-juiz, as partes, auxiliares da justiça. Não há nada que incida sobre essa relação jurídica complexa, a qual se dá o nome de relação processual. Não há, portanto,**

> **qualquer violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual.**
>
> Não à toa, diante dessa distinção, a CRFB e a CERJ, ao distribuir as competências entre os entes federativos, trataram processo e procedimento como assuntos distintos, submetendo o primeiro à competência privativa da União; e o segundo, à competência concorrente entre os Estados e a União, como visto.
>
> Com efeito, **a interpretação que melhor revela a intenção do constituinte é a que confere a possibilidade de o ente menor, à luz das especificidades do Estado, adaptar o aspecto exterior dos atos processuais para a realidade local.**
>
> A esse respeito, **este STF já se manifestou sobre a possibilidade de os Estados legislarem sobre a matéria, destacando a prerrogativa de o ente menor definir a forma como a matéria processual será executada, de acordo com a maneira que julgar ser mais adequada para atender suas peculiaridades** […] (STF, ADI 2.922, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-4- 2014, P, DJE de 30-10-2014)" (págs. 26-27 do documento eletrônico 1 - grifei).

Ao final, formula os seguintes pedidos:

> "(i) seja deferida medida liminar para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Ferdinaldo do Nascimento no bojo da representação de inconstitucionalidade n.º 0079151-15.2020.8.19.0000, que tramita no órgão especial do TJERJ, restabelecendo os efeitos da Lei Estadual n.º 9.020/2020; e
>
> (ii) seja, ao final, julgada procedente esta reclamação constitucional para cassar definitivamente a decisão judicial impugnada, confirmando a medida liminar (págs. 37/38 do documento eletrônico 1).

É o relatório necessário. Decido.

Examinados os autos, verifico que o caso é de deferimento da

liminar.

A reclamação perante o Supremo Tribunal Federal será sempre cabível somente para: (i) preservar a competência do Tribunal; (ii) garantir a autoridade de suas decisões; e (iii) garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil. Veja-se:

> "Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> I - preservar a competência do tribunal;
>
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
>
> III - **garantir a observância** de enunciado de súmula vinculante e **de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**
>
> IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência."

Em outras palavras, os atos questionados em qualquer reclamação - nos casos em que se sustenta desrespeito à autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal - hão de se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação ao parâmetro de controle emanado deste Tribunal. (Rcl 6.534 AgR/MA, de relatoria do Ministro Celso de Mello).

Nesse sentido, observo que, ao analisar a ADI 6.341-MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, esta Suprema Corte referendou a cautelar deferida pelo Relator, no sentido de que os entes federativos possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia

provocada pelo Covid-19, acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inc. I do art. 198 da CF, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Por sua vez, ao referendar a liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Mores na ADPF 672/DF, *ad referendum* do Plenário do STF, assim foi determinado

> "[...] **a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras**; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário".

Com efeito, ao referendar a medida e julgar o mérito da ADPF 672/DF, o Plenário assentou que:

> "Ementa: **CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO**. LEI FEDERAL 13.979/2020. **MEDIDAS**

SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

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).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente" (grifei).

Na espécie, a decisão atacada utilizou os seguintes fundamentos:

"[...] **a suspensão questionada afeta diretamente o direito à posse do esbulhado e a sua correspondente tutela processual (artigo 1210 do CC/02 e artigo 562 do CPC), garantindo ao esbulhador, ainda que temporariamente, direito que não lhe pertence,** além de **limitar indevidamente o exercício da atividade jurisdicional, função esta constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.**

A restrição mencionada representa verdadeira ofensa à separação dos poderes e inafastabilidade da jurisdição, violando o artigo 2° e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição da República e o artigo 7° da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, principalmente, porque afeta decisões judiciais em que já houve o reconhecimento do esbulho da posse.

> **A despeito da situação emergencial decorrente da pandemia da COVID19 ou da temporariedade da lei, não é possível qualquer interpretação que coloque em risco o sistema de repartição das competências constitucionais, por ser este pilar estrutural da forma federativa do Estado.**
>
> Conquanto a pandemia de COVID-19 atinja toda a população, é dever do Poder Público adotar as medidas que garantam o direito à moradia e à saúde dos ocupantes a serem desalijados, em razão do que, manter os esbulhadores no imóvel representa clara transferência desse encargo ao proprietário autor, que já vem sendo onerado pela ilícita ocupação de seu bem.
>
> Assim, resta demonstrada a plausibilidade do direito invocado, diante da inconstitucionalidade da norma, **na medida em que viola o princípio da separação de poderes e a regra de competência legislativa em afronta ao disposto na Constituição Estadual c/c a Constituição da República**" (pág. 51 do documento eletrônico 2 – grifei).

Com efeito, entendo que tal decisão, ao menos aparentemente, pode estar a afrontar o entendimento que prevaleceu nos paradigmas invocados na presente reclamação, no sentido de que medidas de proteção à saúde pública durante a pandemia são matéria de competência legislativa concorrente, não havendo hierarquia entre os entes da federação.

Ademais, embora a Lei Estadual 9.020/2020 imponha a suspensão de "mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejo e remoções judiciais ou extrajudiciais" (art. 1º), ao menos a princípio, trata-se de sobrestamento temporário da execução de tais medidas, levando-se em conta a complexidade ora enfrentada em razão da pandemia mundial, somada às peculiaridades daquela unidade federativa.

A urgência da medida está caracterizada pelo fato notório que o contágio do coronavírus é crescente, e que os serviços de saúde podem

não suportar a demanda de internações de pacientes infectados, em estado grave de saúde.

Com essa fundamentação, os Ministros desta Corte, em casos análogos ao presente, proferiram decisões na Rcl 40.131-AgR/MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux; Rcl 42.573-AgR/MG, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; e Rcl 41.935-MC/MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com liminar deferida pela Presidência do STF durante o recesso de julho.

Dessa forma, em exame perfunctório, próprio dessa fase processual, verifico a presença dos requisitos para a concessão de medida liminar, reservando-me ao exame mais aprofundado da demanda por ocasião do julgamento do mérito.

Isso posto, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão reclamada, suspendendo-se, outrossim, a tramitação da Representação de Inconstitucionalidade 0079151-15.2020.8.19.0000, restabelecendo o dispositivo questionado na Lei Estadual 9.020/2020, até o julgamento de mérito desta reclamação.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia desta decisão ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Requisitem-se informações à autoridade reclamada.

Cite-se a beneficiária do ato reclamado (art. 989, III, do CPC/2015), no caso, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Após, ouça-se a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 23 de dezembro de 2020.

Ministro **Ricardo Lewandowski**
Relator

RECLAMAÇÃO 45.319 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
RECLTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RECLDO.(A/S)	: RELATOR DA ADI Nº 0079151-15.2020.8.19.0000 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S)	: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
BENEF.(A/S)	: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AMAERJ
ADV.(A/S)	: ANTONIO CARLOS PEREIRA DE LEMOS BASTO

Trata-se de reclamação com pedido de liminar ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - DPERJ contra a medida acautelatória deferida pelo relator da Representação de Inconstitucionalidade 0079151-15.2020.8.19.0000, a qual tramita no Tribunal de Justiça daquela unidade da federação.

A reclamante alega afronta à autoridade das decisões desta Suprema Corte proferidas nas Medidas Cautelares deferidas na ADPF 672/DF; e nas ADIs 6.341/DF, 6.343/DF. Sustenta, ademais, desrespeito ao que decidido por este Tribunal nas ADIs 4.400/DF e 4.638/DF .

Narra que, no Tribunal de origem, a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro - AMERJ ingressou com

> "[...] **representação por inconstitucionalidade [...]**, pugnando a declaração da incompatibilidade da **Lei Estadual n.º 9.020/2020 em relação à Constituição do Estado do Rio de Janeiro (CERJ).**

> Cuida-se de **ato normativo que suspendeu (i) todos os mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais no Estado do Rio de Janeiro em ações distribuídas durante o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, desde que a ocupação seja anterior à publicação da lei (art. 1.º); e (ii) a aplicação e cobrança de multas contratuais e juros de mora em casos de não pagamento de aluguel ou da prestações de quitação dos imóveis residenciais, caso comprovado absoluto estado de necessidade pela parte devedora, durante o estado de calamidade pública ou em virtude de calamidade (art. 2.º).**
>
> Em síntese, a AMAERJ argumenta que a lei viola o princípio da separação dos poderes e a repartição constitucional de competências entre os entes da federação, por ter, supostamente, tratado sobre processo e direito civil, matérias submetidas à competência legislativa privativa da União (arts. 7.º, 72 e 74 da CERJ).
>
> Ato contínuo, **em 17/11/2020, o Excelentíssimo Desembargador Relator proferiu decisão monocrática deferindo medida liminar requerida para suspender a integralidade da referida lei impugnada até o julgamento definitivo da representação de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que a matéria está no âmbito da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual; e que houve violação à separação dos poderes, já que alcança decisões judiciais em que houve o reconhecimento do esbulho**" (pág. 2 da inicial - grifei).

Rebate os fundamentos da decisão reclamada afirmando que

> "[...] **o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 é plenamente constitucional, na medida em que abarca medida que almeja mitigar a propagação do novo coronavírus, razão pela qual se insere no âmbito da competência concorrente para legislar sobre matéria de saúde**, conforme já decidido pelo Plenário do

STF na ADPF 672 e ADI 6341 e 6343.

Ademais, a decisão impugnada também maculou a decisão proferida na **ADI 4638 deste STF,** uma vez que, após proferida decisão liminar pelo Desembargador Relator, a mesma não foi submetida a referendo do Colegiado – em que pese tenham havido diversas sessões nos dias subsequentes.

Ainda, à medida que deferiu a medida cautelar no bojo da Representação de Inconstitucionalidade movida pela AMAERJ, sem que houvesse pertinência temática com as atribuições institucionais dessa associação, a decisão impugnada acabou por violar a decisão proferida pelo Plenário do STF na **ADI 4400.**

Dessa forma, a decisão impugnada acabou por violar diversos precedentes deste Supremo Tribunal Federal (STF), motivo pelo qual deve ser cassada, conforme se passa a demonstrar" (págs. 2-3 da petição inicial - grifei).

A reclamante assevera, nesse contexto, que

"[...] **o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 deve ser analisado sob a ótica da proteção e defesa da saúde, situando-se, pois, no âmbito da competência legislativa concorrente entre Estado e União.**

Em razão da complexidade dos esforços requeridos para contenção do novo coronavírus e do fato de que as normas editadas para tanto, em regra, tratam de diversas matérias (saúde, transporte, funcionamento de estabelecimentos comerciais, educação, liberdade de locomoção, etc.), que se sujeitam a regras de competências distintas, verifica-se um conflito potencial entre as respectivas normas constitucionais de competência.

Trata-se exatamente da situação posta sob julgamento: o art. 1.º da Lei Estadual n.º 9.020/2020 foi editado com o objetivo de adotar medidas destinadas a mitigar a propagação do novo coronavírus, tal como uma série de outros diplomas normativos promulgados em sede federal, estadual e

municipal.

Com efeito, a despeito de dispor sobre o sobrestamento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros, não se pode perder de vista o seu objetivo central: impedir que milhares de pessoas sejam desalojadas de suas respectivas residências, fiquem à mercê da própria sorte em meio a uma pandemia e não possam, por consequência, cumprir uma das principais medidas para evitar a propagação do vírus – ficar em casa.

[…]

E, em sendo essa a matéria central, há que se aplicar o art. 74, XII, da CERJ, o qual prevê expressamente que **a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente entre Estado e União:**

> Art. 74 - Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre: (...)
>
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

O mesmo encontra-se, por oportuno, previsto no art. 24, XII, da Constituição da República (CRFB).

Com efeito, incide, no caso em tela, a regra do art. 24, § 2.º, da CRFB e do art. 74, § 1.º, da CERJ: **cabe à União editar normas gerais; e, aos Estados e Municípios, normas suplementares.**

Sobre o tema em comento, a União editou a Lei n.º 14.010/2020, que instituiu um regime jurídico emergencial transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia da Covid-19. Nesse diploma, ficou vedada, inclusive, a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano em ações de despejo, nos termos do art. 9.º.

Dessa forma, não havendo conflito da norma estadual impugnada – que suspende o cumprimento de mandados de reintegração de posse, despejo, dentre outros – com qualquer norma federal, salta aos olhos que o Estado agiu de acordo com a sua competência suplementar, nos termos do art. 24, § 2.º, da CRFB" (págs. 7-9 da inicial – grifei).

Sobre a alegada ofensa à decisão proferida na liminar na ADPF 672/DF, aduz que

> "[...] **o Plenário referendou liminar que havia sido concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes e reconheceu a competência concorrente dos Estados e suplementar dos municípios para legislar sobre proteção à saúde em tempos de pandemia.**
>
> Mas, indo além, a decisão reconheceu a possibilidade de Estados e Municípios adotarem medidas restritivas de direitos durante a pandemia — incluindo a suspensão de atividades e circulação de pessoas — 'independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário'. Confira-se o teor da decisão liminar, *in verbis*:
>
>> 'Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos (...)
>>
>> Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA

> CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, **cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras;** INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário" (págs. 9 e 10 do documento eletrônico 1 – grifos no original).

Por sua vez, ao tratar da ADI 6.341-MC/DF, afirma que

> "[...] o, **o plenário do STF decidiu por maioria que os Estados e Municípios possuem competência para definir quais são as atividades essenciais cujo funcionamento deve ser resguardado durante a pandemia dentro de seu próprio território,** a despeito do que dispuser a União a esse respeito [...]" (pág. 11 do documento eletrônico 1).

E ao suscitar a decisão do Plenário desta Corte que referendou a Medida Cautelar na ADI 6.343/DF, destaca que

> "[...] o Plenário decidiu, por maioria, pela desnecessidade de autorização de órgãos federais para que Estados e Municípios possam restringir a locomoção interestadual e intermunicipal por rodovias, portos e aeroportos durante a pandemia. **Assim, o STF reafirmou que as restrições de direitos impostas por Estados e Municípios no combate à pandemia são válidas, desde que não contrariem a ciência e respeitem a razoabilidade**" (pág. 12 da inicial).

Ao descrever a atual situação fática na unidade federativa, a reclamante registra que

> "[...] **há diversas coletividades que se encontram ameaçadas pela possibilidade de concretização de demolições, remoções e reintegrações, o que impede o devido cumprimento das regras de distanciamento, vulnerando a proteção da saúde e da vida. Há a possibilidade de desalijo de centenas de famílias em diversos processos caso ocorra o cumprimento de ordens de desalijos, o que ignorará a vulnerabilidade das famílias acentuada pela pandemia global que, inclusive, vem trazendo preocupação ao poder público.**
>
> [...]
>
> Logo, muito embora o presente processo seja abstrato, não se pode deixar de considerar os efeitos concretos que a suspensão da lei estadual impugnada gerarão no plano dos fatos, permitindo que milhares de pessoas sejam desalojadas em meio à turbulência humanitária que vivemos e a todas as recomendações sanitárias favoráveis ao isolamento social. Os efeitos daí decorrentes não alcançarão só os desalojados, mas a toda a sociedade" (pág. 24 da inicial).

Argumenta, ademais, que

> "[...] **o art. 1.º da Lei Estadual impugnada versa sobre procedimento, e não sobre processo. Afinal, a norma suspende o cumprimento, no plano dos fatos, de ordens de reintegração de posse e despejo. É, portanto, um ato exterior ao processo,** que se realiza no plano dos fatos e que é visível – exatamente nos termos dos conceitos ensinados por Humberto Theodoro Jr. e Daniel Assumpção.
>
> Assim, **a lei não traz qualquer norma que trate sobre a relação entre o Estado-juiz, as partes, auxiliares da justiça. Não há nada que incida sobre essa relação jurídica complexa, a qual se dá o nome de relação processual. Não há, portanto,**

> **qualquer violação à competência privativa da União para legislar sobre direito processual.**
>
> Não à toa, diante dessa distinção, a CRFB e a CERJ, ao distribuir as competências entre os entes federativos, trataram processo e procedimento como assuntos distintos, submetendo o primeiro à competência privativa da União; e o segundo, à competência concorrente entre os Estados e a União, como visto.
>
> Com efeito, **a interpretação que melhor revela a intenção do constituinte é a que confere a possibilidade de o ente menor, à luz das especificidades do Estado, adaptar o aspecto exterior dos atos processuais para a realidade local.**
>
> A esse respeito, **este STF já se manifestou sobre a possibilidade de os Estados legislarem sobre a matéria, destacando a prerrogativa de o ente menor definir a forma como a matéria processual será executada, de acordo com a maneira que julgar ser mais adequada para atender suas peculiaridades** […] (STF, ADI 2.922, rel. min. Gilmar Mendes, j. 3-4- 2014, P, DJE de 30-10-2014)" (págs. 26-27 do documento eletrônico 1 - grifei).

Ao final, formula os seguintes pedidos:

> "(i) seja deferida medida liminar para suspender a decisão proferida pelo Desembargador Ferdinaldo do Nascimento no bojo da representação de inconstitucionalidade n.º 0079151-15.2020.8.19.0000, que tramita no órgão especial do TJERJ, restabelecendo os efeitos da Lei Estadual n.º 9.020/2020; e
>
> (ii) seja, ao final, julgada procedente esta reclamação constitucional para cassar definitivamente a decisão judicial impugnada, confirmando a medida liminar (págs. 37/38 do documento eletrônico 1).

Por vislumbrar a presença dos requisitos cautelares, deferi a medida de urgência para suspender os efeitos da decisão reclamada e a tramitação da Representação de Inconstitucionalidade 0079151-

15.2020.8.19.0000, restabelecendo o dispositivo questionado na Lei Estadual 9.020/2020, até o julgamento de mérito desta reclamação.

A autoridade reclamada prestou informações (TJRJ), defendendo a prática do ato inquinado de afrontoso à autoridade desta Corte (doc. eletrônico 31), bem como a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro- AMAERJ ingressou nos autos requerendo a improcedência do do pedido inicial (doc. eletrônico 32).

Interposto agravo regimental contra a decisão concessiva de liminar (doc. eletrônico 39), a Segunda Turma, por unanimidade de votos, referendou a liminar implementada nestes autos (doc. eletrônico 43).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro também apresentou informações, no caso, requerendo a procedência do pedido inicial (doc. eletrônico 41).

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela procedência do pedido.

Juliana Corrêa Magalhães Henriques e Márcio Leite Seabra da Cruz requereram ingresso nos autos na qualidade de *amici curiae* (doc. eletrônico 61).

É o relatório. Decido.

Preliminarmente, indefiro o ingresso dos peticionantes Juliana Corrêa Magalhães Henriques e Márcio Leite Seabra da Cruz como *amici curiae*, considerando a jurisprudência pacífica desta Corte a não admitir, seja em ações objetivas como subjetivas, tal ingresso por parte de pessoas físicas:

> "CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DECISÃO QUE

> FUNDAMENTADAMENTE NÃO ADMITIU A INTERVENÇÃO, COMO 'AMICUS CURIAE', DE PESSOA FÍSICA – AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – IMPOSSIBILIDADE DE DEFENDER, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DIREITOS E INTERESSES DE CARÁTER INDIVIDUAL E CONCRETO – LEGITIMIDADE DAQUELE QUE NÃO É ADMITIDO COMO 'AMICUS CURIAE' PARA RECORRER DESSA DECISÃO DO RELATOR – AGRAVO INTERNO CONHECIDO – RECURSO IMPROVIDO." (ADI 3396/DF-AgR, relator Ministro Celso de Mello)

Na sequência, examinados os autos, verifico que o pedido é procedente.

A reclamação perante o Supremo Tribunal Federal será sempre cabível somente para: (i) preservar a competência do Tribunal; (ii) garantir a autoridade de suas decisões; e (iii) garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante e de decisão desta Corte em controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 988 do Código de Processo Civil. Veja-se:

> "Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
>
> I - preservar a competência do tribunal;
>
> II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
>
> III - **garantir a observância** de enunciado de súmula vinculante e **de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;**
>
> IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência."

Em outras palavras, os atos questionados em qualquer reclamação - nos casos em que se sustenta desrespeito à autoridade de decisão do

Supremo Tribunal Federal - hão de se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos desta Suprema Corte invocados como paradigmas de confronto, em ordem a permitir, pela análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, da deliberação estatal impugnada em relação ao parâmetro de controle emanado deste Tribunal. (Rcl 6.534 AgR/MA, de relatoria do Ministro Celso de Mello).

Nesse sentido, observo que, ao analisar a ADI 6.341-MC/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, esta Suprema Corte referendou a cautelar deferida pelo relator, no sentido de que os entes federativos possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia provocada pelo Covid-19, acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inc. I do art. 198 da CF, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, em acórdão assim ementado, *verbis*:

> "REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.
>
> 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma

eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de

> dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.
>
> 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.
>
> 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais."

Por sua vez, ao referendar a liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Mores na ADPF 672/DF, assim foi deliberado,

> "**CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO**. LEI FEDERAL 13.979/2020. **MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**
>
> 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.
>
> 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do

coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19.

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).

4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do

número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.

5. Arguição julgada parcialmente procedente" (grifei).

Na espécie, a decisão atacada utilizou os seguintes fundamentos:

"[...] **a suspensão questionada afeta diretamente o direito à posse do esbulhado e a sua correspondente tutela processual (artigo 1210 do CC/02 e artigo 562 do CPC), garantindo ao esbulhador, ainda que temporariamente, direito que não lhe pertence,** além de **limitar indevidamente o exercício da atividade jurisdicional, função esta constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário.**

A restrição mencionada representa verdadeira ofensa à separação dos poderes e inafastabilidade da jurisdição, violando o artigo 2° e 5º, inciso XXXV, ambos da Constituição da República e o artigo 7° da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, principalmente, porque afeta decisões judiciais em que já houve o reconhecimento do esbulho da posse.

A despeito da situação emergencial decorrente da pandemia da COVID19 ou da temporariedade da lei, não é possível qualquer interpretação que coloque em risco o sistema de repartição das competências constitucionais, por ser este pilar estrutural da forma federativa do Estado.

Conquanto a pandemia de COVID-19 atinja toda a população, é dever do Poder Público adotar as medidas que garantam o direito à moradia e à saúde dos ocupantes a serem desalijados, em razão do que, manter os esbulhadores no imóvel representa clara transferência desse encargo ao proprietário autor, que já vem sendo onerado pela ilícita ocupação de seu bem.

Assim, resta demonstrada a plausibilidade do direito invocado, diante da inconstitucionalidade da norma, **na medida em que viola o princípio da separação de poderes e a**

> **regra de competência legislativa em afronta ao disposto na Constituição Estadual c/c a Constituição da República**" (pág. 51 do documento eletrônico 2 – grifei).

Com efeito, entendo que tal decisão, de fato, afronta o entendimento que prevaleceu nos paradigmas invocados na presente reclamação, no sentido de que medidas de proteção à saúde pública durante a pandemia são matéria de competência legislativa concorrente, não havendo hierarquia entre os entes da federação.

Ademais, embora a Lei Estadual 9.020/2020 imponha a suspensão de "mandados de reintegração de posse, imissão na posse, despejo e remoções judiciais ou extrajudiciais" (art. 1º), trata-se de sobrestamento temporário da execução de tais medidas, levando-se em conta a complexidade até então enfrentada em razão da terrível pandemia mundial, somada às peculiaridades daquela unidade federativa.

Com essa fundamentação, os Ministros desta Corte, em casos análogos ao presente, proferiram decisões na Rcl 40.131-AgR/MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux; Rcl 42.573-AgR/MG, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; e Rcl 41.935-MC/MT, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com liminar deferida pela Presidência do STF durante o recesso de julho.

Dessa forma, verifico a total procedência dos argumentos iniciais, na esteira do que afirmou a Procuradoria-Geral da República no seu judicioso parecer que ora reproduzo a ementa:

> "RECLAMAÇÃO. ALEGADA AFRONTA ÀS MEDIDAS CAUTELARES DEFERIDAS NA ADPF Nº 672/DF, NAS ADIS NºS 6.341/DF E 6.343/DF E DESRESPEITO, ADEMAIS, AO QUE DECIDIDO NAS ADI'S NºS 4.400/DF E 4.638/DF. LEI ESTADUAL Nº 9.020/2020. SUSPENSÃO DE TODOS OS MANDADOS DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, IMISSÃO NA

> POSSE, DESPEJOS E REMOÇÕES JUDICIAIS OU EXTRAJUDICIAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EM AÇÕES DISTRIBUÍDAS DURANTE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DA PANDEMIA DA COVID19. DEFERIMENTO DE LIMINAR PELO DESEMBARGADOR RELATOR DA REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0079151-15.2020.8.19.0000, PARA SUSPENDER A INTEGRALIDADE DA REFERIDA LEI. PROCEDÊNCIA. **CONSTITUCIONALIDADE DA REFERIDA LEI ESTADUAL, VISTO QUE BUSCA MITIGAR A PROPAGAÇÃO DO NOVO CORONAVÍRUS. NORMA QUE, DE FATO, SE INSERE NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA DE SAÚDE. PRECEDENTES DO STF. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO**." (doc. eletrônico 57, grifei).

Em face do exposto, julgo procedente o pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – DPERJ para cassar definitivamente a decisão reclamada proferida nos autos da Representação de Inconstitucionalidade 0079151-15.2020.8.19.0000, restabelecendo o dispositivo questionado na Lei Estadual 9.020/2020.

Comunique-se à autoridade reclamada.

Transitado em julgado, arquivem-se.

Publique-se.

Brasília, 25 de outubro de 2022.

Ministro **Ricardo Lewandowski**
Relator

RECLAMAÇÃO EXITOSA PARA CASSAR MULTA IMPOSTA, EM PROCESSO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, À PARTE DEFENDIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor Público no estado do Rio de Janeiro
Professor adjunto de direito processual civil da Faculdade de Direito da UERJ
Mestre em direito da cidade e doutor em direito processual pela UERJ
E-mail: jose.sousa@defensoria.rj.def.br

Resumo: Em ação de natureza consumerista, perante o Juizado Especial da Leopoldina, a sentença foi favorável à autora, defendida pela Defensoria Pública. Todavia, a parte ré, a Sky Serviços de Banda Larga, obteve a reforma da sentença junto à Segunda Turma Recursal (relator o magistrado Mauro Nicolau). Tendo-se em vista que a Turma não enfrentou minimamente as razões da sentença reformada, tampouco procedeu ao *distinguishing* que era cabível no caso, a Defensoria, em nome da parte, opôs embargos de declaração. Tais declaratórios foram desprovidos e, além disso, a Turma os considerou protelatórios, impondo multa à embargante. Dessa forma, a autora, hipossuficiente e idosa, não só se frustrou quanto à resolução do seu problema de consumo, mas também saiu do processo na condição de devedora em relação à Sky. Visando reverter essa desconcertante situação, foi intentada reclamação, em prol da consumidora, perante a Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em um primeiro momento, a reclamação foi rechaçada. Seguiu-se agravo interno e este foi bem-sucedido. A Seção Cível, por unanimidade, cassou a multa imposta pela Segunda Turma Recursal, por violação a precedente vinculante do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, deliberou o colegiado, dada a relevância do julgamento, pelo envio de cópia do acórdão ao CEDES (Centro de Estudos e Debates do TJ/RJ). O defensor público José Augusto Garcia de Sousa, designado especialmente para o caso, elaborou a reclamação e o agravo interno, além de realizar sustentação oral na sessão de julgamento, ocorrida em 07/07/22.

Palavras-chave: Juizado Especial Cível; turma recursal; multa; violação de precedente vinculante; reclamação procedente.

EXMO. SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ref.: Proc. 0035335-66.2019.8.19.0210 (Segunda Turma Recursal)

S. A. O., brasileira, divorciada, técnica de enfermagem, residente e domiciliada na Rua..., identidade nº ..., CPF nº ..., pessoa hipossuficiente e maior de 60 anos, fazendo jus à gratuidade de justiça e à prioridade de tramitação processual (art. 1.048, I, do CPC), vem, pela Defensoria Pública, apresentar

RECLAMAÇÃO

em face de decisões proferidas pela Segunda Turma Recursal do Conselho Recursal dos Juizados Cíveis e Criminais que afrontaram precedentes do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, súmula da Corte e tese consolidada em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, tendo como beneficiária dos atos reclamados a SKY Serviços de Banda Larga Ltda, pessoa jurídica de direito privado com sede na Av. das Nações Unidas, 12.901, 14º andar, Torre Norte, Brooklin Paulista, São Paulo - SP, CEP 04.578-000, CNPJ 72.820.822/0001-20.

Oferecem-se a seguir os fatos e fundamentos que embasam a presente reclamação.

Requer-se a distribuição do feito à Seção Cível desse egrégio Tribunal, para processamento e julgamento.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2021.

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA
Defensor Público – matr. 265.801-1

RAZÕES DA RECLAMAÇÃO

Egrégia Seção Cível:

Conforme se verá ao longo da petição, trata-se de reclamação que ataca decisões que afrontaram precedentes do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, súmula da Corte e tese consolidada em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia. Antes, todavia, da demonstração cabal dessas afrontas, cumpre declinar o histórico do processo em referência, bem como enfatizar o cabimento do presente remédio processual.

Quanto ao histórico, que virá logo a seguir, saliente-se que se anexam a esta petição as principais peças do processo de origem.

1. HISTÓRICO

Em outubro de 2019, a ora reclamante ajuizou ação, perante o Juizado Especial da Leopoldina, em face da SKY, com quem travava relação de consumo.

Alegou que possuía o pacote "Sky livre" desde 2012, que em 2016 se transformou em um plano pré-pago, sem prejuízo para ela. Em julho de 2019, teve problemas com o sinal, que foi retirado e depois restabelecido. Um pouco depois – **e aí vem o cerne da lide** –, a imagem da televisão passou a embaçar nos pontos da reclamante, motivando inúmeras queixas que não foram atendidas. A reclamante solicitou a troca dos equipamentos, mas a empresa negou, dizendo que só trocaria se a consumidora comprasse os novos equipamentos.

Frise-se bem. **Desde o início, o ponto fundamental da demanda foram os problemas de imagem.** Tanto assim que, na inicial, é dito: "[...] As respostas que a autora recebeu foi [sic] somente sobre a SKYLIVRE, em nenhum momento a ré se referiu aos problemas de imagem nos pontos da autora". Além disso, um documento acostado à inicial (conforme se poderá conferir nos anexos) foi exatamente um conjunto de fotos das imagens imperfeitas.

Com plena coerência em relação à causa de pedir, o pedido da autora, ora reclamante, foi de condenar a ré a "realizar a troca dos aparelhos" – o que está grifado em caixa alta na inicial –, além de indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00.

Em sua contestação, a SKY trouxe peça longa, cansativa e padronizada, que pouco ou nada falou sobre a queixa específica da autora. Ilustrativamente, veja-se a seguinte passagem à p. 139: "Assim sendo, passa-se a expor os motivos pelos quais se deu a retirada dos canais mencionados pelo Autor na petição inicial da demanda".

Ora, a autora não é "autor" e em nenhum momento mencionou na petição inicial "retirada de canais".

De forma bastante analítica e consistente, o projeto de sentença, homologado pela Sra. Juíza titular do 10º Juizado Especial Cível, reconheceu a existência de uniformização de jurisprudência a respeito dos serviços prestados pela SKY, **mas realizou o imprescindível *distinguishing***, julgando procedente o pedido, aí incluída a indenização por danos morais. Confira-se [negritos nossos]:

> [...] Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passa-se à análise do mérito da causa.
> Aplicável à espécie a Lei 8.078/90, à vista da natureza consumerista da relação jurídica mantida entre as partes, notadamente, à luz dos artigos 2º e 3º do diploma legal mencionado.
> A responsabilidade do fornecedor pela falha na prestação do serviço é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios dele decorrentes ou nele presentes, independentemente de culpa. O rompimento do nexo causal, com a consequente exclusão do dever de indenizar, somente ocorre nas estritas hipóteses do § 3º do dispositivo legal supracitado, ou seja, se inexistir defeito ou nos casos de fato exclusivo do consumidor ou terceiro.
> Do cotejo das provas produzidas nos autos deste processo, verifica-se que a ré não se desincumbiu do seu ônus probatório, a teor do artigo 373, II do Código de Processo Civil, haja vista que não há qualquer indício de que não houve piora na imagem dos pontos pertencentes à autora.
> **Em que pese assistir razão à ré quanto à possibilidade de suspensão do serviço de SKYLIVRE, ante o desligamento do sinal analógico no Estado do Rio de Janeiro, consoante súmula da Turma de Uniformização Cível das Turmas Recursais; tal decisão não afasta a responsabilidade da ré pela má prestação dos serviços.**
> **Isso porque, a reclamação da autora diz respeito aos problemas na imagem que não foram resolvidos pela ré, que sequer enviou técnicos à residência da autora; mas apenas afirma que a imagem está ruim em função dos equipamentos da autora serem da extinta modalidade SKYLIVRE.**
> Ora, diferente do alegado pela ré, a responsabilidade pela troca dos equipamentos é sua e não da autora, já que optou por descontinuar o serviço.
> Além disso, a própria ré afirma que a autora possui dois pontos de SKY pré-pago, de modo que faz jus ao fornecimento adequado do serviço. Assim, a autora faz jus à troca dos equipamentos relacionados às suas assinaturas junto a ré. [...]

Observe-se que, logo após a sentença, a SKY chegou a mandar técnico à residência da autora para trocar os equipamentos, conforme determinado na sentença, mas a tarefa não pôde ser realizada, porque os equipamentos trazidos pela empresa "se encontravam", pasme-se, "em péssimas condições, engordurados e enferrujados, tendo a autora percebido que se tratavam [sic] de aparelhos usados" (conforme relato da petição de p. 192/193).

Inconformada com a sentença, a SKY interpôs recurso inominado, reeditando seus argumentos padronizados e desfocados do caso concreto, a todo momento mencionando "retirada de canais", coisa que não estava em discussão.

Veja-se, por exemplo, o que diz o recurso à p. 211: "Por conseguinte, é possível observar que a pretensão da parte autora de restabelecer o sinal dos canais de TV aberta, sob pena de multa diária, e de receber indenização pelos supostos danos morais não encontra amparo no entendimento contido na decisão proferida pela Turma de Uniformização de Jurisprudência (doc. 01), motivo pelo qual requer o julgamento antecipado da lide, devendo portanto, a presente ação ser julgada improcedente e consequentemente arquivada."

"Restabelecer o sinal dos canais de TV aberta"?! "Julgamento antecipado da lide"?!

Na verdade, são 20 páginas absolutamente ocas, não tendo o recurso, em nenhum momento, enfrentado minimamente qualquer dos fundamentos lançados pela sentença condenatória. Todos os fundamentos da sentença, sem exceção, foram solenemente ignorados pelo recurso. Não bastasse, o recurso tratou de uma demanda diversa, e não da demanda proposta pela autora ora reclamante.

Ou seja, o recurso da SKY não deveria sequer ter sido conhecido, **por violar por completo o princípio da dialeticidade**, importante requisito de admissibilidade recursal.

Para a elaboração das contrarrazões, a autora ora reclamante valeu-se da Defensoria Pública, depois de afirmar e comprovar fartamente a sua hipossuficiência (p. 242/314).

As contrarrazões de p. 319/333 assinalaram o descompasso do recurso com a demanda trazida pela consumidora. Veja-se, ilustrativamente, o seguinte trecho (p. 325):

> [...] Ou seja, a realidade é que a Recorrente tenta se escusar de sua responsabilidade, justificando a sua falha no fato de que a Recorrida já foi cliente Sky Livre. Ocorre que não é mais essa a questão que se discute nos autos. Como a própria Recorrente destaca em suas razões, o desligamento do sinal analógico há muito se deu; contudo, questiona a Recorrida o fato de que, sendo assinante da Sky pré-paga, com recarga feita por 01 ano, não mais estava recebendo o serviço com a qualidade esperada, já que as imagens estavam ruins e embaçadas. [...]

Infelizmente, o inadmissível recurso da SKY foi, não apenas admitido, como também provido pela Segunda Turma Recursal, **que também não enfrentou, em momento algum, a bem lançada fundamentação da sentença condenatória**. Eis a singela súmula de julgamento, desacompanhada de qualquer voto:

> Acordam os Juízes que integram a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar IMPROCEDENTES os pedidos autorais em atenção ao que decidido nos autos do Processo 0052243-57.2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência havida em 13/11/2018 onde ficou decidida a improcedência dos pedidos das ações versadas sobre o serviço "Sky livre", tendo sido todas as questões aduzidas no recurso apreciadas, sendo dispensada a transcrição das conclusões em homenagem aos princípios informativos previstos no artigo 2º da Lei 9099/95, e na forma do artigo 46, segunda parte, da mesma Lei, frisando-se, outrossim, que a motivação concisa atende à exigência do artigo 93 da Constituição Federal, e está em conformidade com o disposto no artigo 26 do Regimento Interno das Turmas Recursais (Resolução do Conselho da Magistratura do TJ/RJ nº 14/2012).

E nada mais foi dito.

Importa transcrever a súmula do que foi decidido nos autos do Processo 0052243-57.2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência havida em 13/11/2018, citada pela decisão da Segunda Turma Recursal desfavorável à ora reclamante:

> Acordam os Juízes que integram a Turma Recursal de Uniformização Cível, por unanimidade de votos, com ressalva nos entendimentos pessoais dos Exmos. Juízes Dr. Paulo Mello Feijó, Dra. Cristina Gomes Campos de Seta, Dr. Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito, Dra. Flávia de Azevedo Faria R. Chagas, Dra. Jussara Maria de Abreu Guimarães e Dra. Veleda Suzete Saldanha Carvalho, nos termos do voto da Exma. Juíza Relatora, em fixar as seguintes teses: 1º - o "Sky Livre" constitui serviço; 2º - reconhece-se a existência de propaganda enganosa no oferecimento do serviço, mas da qual não advém dano; 3º - rejeita-se o argumento do fato do príncipe para afastamento do nexo causal; 4º - proclama-se a improcedência do pedido de restabelecimento do serviço. Comunique-se à coordenação da Turmas para veiculação dos jugados às Turmas Julgadoras e através da COJES aos Juízes dos Juizados.

Ora, tal uniformização, que chegou a admitir inclusive a existência de propaganda enganosa, teria o condão de prejudicar de alguma forma a demanda da ora reclamante e sua procedência? Evidentemente que não. No mínimo, caberia à Segunda Turma Recursal esclarecer detidamente o porquê da aplicação da uniformização ao caso da ora reclamante.

Naturalmente, a autora ora reclamante, representada pela Defensoria Pública, opôs embargos de declaração com pretensões infringentes (p. 340/343), encarecendo a inaplicabilidade do precedente invocado pela Segunda Turma ao caso concreto e apontando o vício de fundamentação ocorrido, em detrimento do art. 93, IX, da Constituição. Confira-se o seguinte excerto:

> Efetivamente, o referido processo de uniformização de jurisprudência dá conta sobre a questão do sinal dialógico e sinal digital.
> O processo em tela, no entanto, não cogita da questão do sinal e sim quanto aos defeitos nos aparelhos (a embargante possui pontos SKY pré-pago).

Intimada por engano para apresentar contrarrazões, a diligente defensora pública aproveitou, na petição de p. 347, para reiterar que "o pedido formulado nestes autos não guarda nenhuma relação com o processo de uniformização de jurisprudência de interesse da SKY. O pedido neste processo é tão somente quanto aos aparelhos e não sinal (vide inicial, o pedido é troca de aparelhos). Aqui é fornecimento de aparelho; na uniformização, a questão é referente à liberação de sinal de TV".

Se o processo já se mostrava bastante defectivo até então, tudo piorou sensivelmente com o julgamento dos embargos de declaração da ora reclamante. Não só os embargos foram rejeitados, como, ainda por cima, foi imposta multa à recorrente, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC, tendo-se em vista um suposto "caráter eminentemente protelatório e procrastinatório" dos embargos.

Eis o voto do relator, Exmo. Juiz Mauro Nicolau Jr.:

> Apresenta a autora, embargos de declaração que se volta contra o julgamento do colegiado que se deu em aplicação de entendimento pacificado em procedimento de uniformização de jurisprudência. Sustenta que o caso fático não se enquadra a esse entendimento no que, com todas as vênias, não lhe assiste razão.
> Os embargos se revelam nitidamente procrastinatórios e não preenchem os requisitos e pressupostos de admissibilidade na medida em que o julgado deve apresentar as razões pelo que o faz e não pelo que deixa de fazer ou de acolher.

> Se porventura houvesse um mínimo de plausibilidade na tese expendida nos embargos, qualquer julgamento teria a obrigação absolutamente impossível de ser cumprida de rechaçar todas as teses que poderiam ser, eventualmente, aplicadas ao caso concreto. Penso que não são necessárias mais palavras para demonstrar terem sido apresentados os embargos por verdadeiro e notório "erro crasso". [...]

Note-se que, uma vez mais, fugiu-se do enfrentamento do *distinguishing* articulado não só pela ora reclamante, mas também pela própria sentença condenatória de piso.

Por conta de mero lapso material, também a parte contrária apresentou embargos de declaração, que foram providos.

No momento, está fluindo o prazo para a interposição de eventual recurso, que se iniciou, após o decurso dos 10 dias da intimação tácita, em 12/07/21, segunda-feira.

Não se deixe de observar que, em vários outros processos da Segunda Turma Recursal, multas igualmente despropositadas foram impostas. Nesse sentido, podem ser citados, ilustrativamente, os Proc. 0003748-11.2020.8.19.0042 e 0001085-56.2019.8.19.0032. No primeiro, a parte assistida pela Defensoria foi vitoriosa, mas ainda assim os embargos de declaração opostos foram considerados protelatórios.

No segundo processo citado, algo ainda mais insólito aconteceu. Como a multa de 5% concretamente imposta tivesse excedido o limite de 2% estabelecido pelo art. 1.026, § 2º, do CPC – dispositivo citado expressamente na decisão –, novos embargos de declaração foram opostos, fundados na existência de erro material. Em resposta, para justificar o excesso, a Segunda Turma Recursal simplesmente alterou o fundamento da multa, que passou a ser o art. 77, § 2º, do CPC (confira-se na documentação anexa): "Embargante que afirma que a multa que lhe foi aplicada por litigância de má fé superaria o máximo legal o que não corresponde à realidade na medida em que o artigo 77 par. 2º do CPC permite que a multa chegue a 20% do valor da causa em hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça como é a interposição indiscriminada, injustificada e abusiva de recursos".

A citação do que está ocorrendo em outros processos não é despicienda aqui, na medida em que indica o propósito da Segunda Turma Recursal de, afrontando claramente o devido processo legal, desestimular de modo excessivo a legítima utilização de recursos disponibilizados pela lei processual.

2. O CABIMENTO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO

Dispõe o art. 1º da Resolução STJ nº 03/2016:

> Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Como se verá, inúmeros foram os precedentes do STJ violados pela Segunda Turma Recursal no processo em referência, aí incluída a desconsideração de súmula

da Corte e de tese consolidada em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia.

Portanto, o cabimento da presente reclamação é inquestionável.

Quanto aos requisitos postos pelo CPC nos arts. 988 a 993, aplicáveis no que couber ao presente remédio processual, conforme art. 2º da Resolução STJ nº 03/2016, também estão inegavelmente presentes, notadamente o esgotamento das instâncias ordinárias e a inexistência de trânsito em julgado (art. 988, § 5º, I e II, do CPC).

Dessa forma, é indiscutivelmente admissível esta reclamação.

Vale acrescentar, ao ensejo, que não é de se estranhar, nem muito menos lamentar, os contornos abrangentes da reclamação em face de decisões dos Juizados Especiais estaduais – remédio hábil, nos termos da Resolução STJ nº 03/2016, ao enfrentamento de decisões que deixem de observar os precedentes do STJ de uma forma geral.

Em primeiro lugar, razões de ordem histórica abonam essa amplitude. Consoante palavras muito citadas do Min. Djaci Falcão, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação nº 1.092/DF, sessão de 31/10/84, "a reclamação começou por uma construção pretoriana do mais elevado alcance". Notabilizada por essa gênese peculiar, em um país extremamente legalista, a reclamação foi ganhando cada vez mais prestígio entre nós. Em 2003, em outro importante momento da sua trajetória, entendeu-se que a reclamação, "instituto de natureza processual constitucional situado no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, 'a', da Constituição", poderia ser adotada pelos Estados-membros, estando em sintonia com o princípio da simetria e em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais (ADI 2.212, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 02/10/03)

Mais recentemente, a reclamação aportou no Código de Processo Civil de maneira assaz destacada, prestando-se a dar efetividade à mais profunda inovação do Código, qual seja, o sistema de precedentes. Refletindo a relevância do instituto na ambiência do processo civil brasileiro contemporâneo, o art. 992 do CPC prevê que, em caso de procedência da reclamação, além da solução tradicional da cassação da decisão exorbitante, o tribunal poderá, ainda, determinar a "medida adequada à solução da controvérsia", o que expande consideravelmente o perímetro da reclamação.

Nessa breve resenha histórica, não se deixe de lembrar que a reclamação avançou tanto, no direito brasileiro, que já foi utilizada, inclusive, em um sentido aparentemente contrário às suas finalidades básicas, servindo não à consolidação de precedentes, mas sim a sua superação (confiram-se a respeito, no STF, a Rcl 4.374, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 18/04/13, e a MC na Rcl 25.236, rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJ 28/10/16). Embora controversa tal aplicação, ela demonstra a força que a reclamação ganhou no ordenamento brasileiro.

Além da influência dessa formidável evolução histórica do instituto, a reclamação em face especificamente de decisões dos Juizados Especiais não pode de forma alguma ser apequenada, sob pena de grave afronta ao direito fundamental de acesso à justiça.

De fato, são extremamente limitadas, nos Juizados, as chances de um recurso excepcional, que aliás só pode ser o recurso extraordinário. Além disso, não cabem ações rescisórias. Por sinal, uma das previsões mais relevantes de ação rescisória no processo civil brasileiro, atualmente, é a do § 5º do art. 966 do CPC – "Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada

em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento".

Disso tudo se extrai que os Juizados têm um papel constitucional relevantíssimo a cumprir, mas deve haver brechas para que se possa exercer, minimamente, o controle de eventuais decisões aberrantes. Só assim se pode chegar a um regime constitucionalmente adequado para os Juizados, viabilizando-se a subsistência dos inevitáveis "déficits garantísticos" (na expressão de Leonardo Greco) que existem no respectivo procedimento.

É exatamente nesse contexto, visando equilibrar constitucionalmente os Juizados, que se insere a reclamação, na forma como regulada pelo STJ.

Antes de seguir, reitere-se que não pode haver qualquer dúvida quanto ao cabimento da presente reclamação. As considerações que acabaram de ser feitas não estão preocupadas, então, com a questão do cabimento, mas sim com a interpretação global do instituto, inclusive no tocante ao aspecto do julgamento.

A interpretação global desta modalidade de reclamação, reitere-se, não pode ser restritiva, muito pelo contrário. E o próprio julgamento de procedência, à luz do art. 992 do CPC, pode ir além da mera cassação. Em complemento, uma vez conhecendo da reclamação – o que no caso se mostra inevitável –, o órgão julgador pode julgar a causa, aplicando o direito à espécie, à semelhança do que ocorre com os recursos excepcionais (nos termos do enunciado 456 da súmula do STF).

3. A VIOLAÇÃO AOS PRECEDENTES DO STJ RELATIVOS AO PRINCÍPIO RECURSAL DA DIALETICIDADE (ART. 932, III, PARTE FINAL, DO CPC), AÍ INCLUÍDA SÚMULA DA CORTE

A primeira grave violação aos precedentes do STJ diz respeito ao princípio recursal da dialeticidade, previsto expressamente pelo CPC em seu art. 932, III, parte final, *verbis*:

> Art. 932. Incumbe ao relator:
> [...]
> III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Observe-se que o princípio da dialeticidade assumiu grande importância no CPC de 2015. Ao mesmo tempo em que os precedentes são valorizados, a atenção ao contexto empírico da causa – de tanta relevância na própria aplicação do sistema de precedentes – também é bastante encarecida. Nesse sentido, dispõe o § 1º do art. 489 que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que [negritos nossos]:

> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, **sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida**;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, **sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso**;
> III - **invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão**;

> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, **sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos**;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**.

Simetricamente, as partes, sobretudo no momento de recorrerem, têm o ônus de enfrentar as peculiaridades do caso concreto e, sobretudo, enfrentar as razões da decisão recorrida, sob pena de inadmissão do recurso, nos termos do art. 932, III, parte final, do CPC.

O STJ, a respeito, possui entendimento absolutamente pacífico e consolidado no sentido de que a violação ao princípio da dialeticidade implica forçosamente o não conhecimento do recurso. Entrando-se na parte do portal do STJ relativa à jurisprudência da Corte e digitando-se "princípio da dialeticidade", acham-se, na presente data, 1.843 acórdãos e 197.888 decisões monocráticas.

O precedente mais antigo data de 1994. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. PRINCÍPIO DA "DIALETICIDADE". SE O RECURSO, QUALQUER QUE SEJA, NÃO OPUGNA A DECISÃO RECORRIDA, PADECE DE DEFEITO A FAVORECER SEU NÃO CONHECIMENTO, SEU NÃO SEGUIMENTO OU A DECLARAÇÃO DE SUA INÉPCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "DIALETICIDADE". (AgRg no Ag 32.739/SP, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/1994, DJ 08/05/1995, p. 12385)

O mais recente, de 18 dias atrás:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA PARTE AGRAVANTE.
> 1. Em razão do princípio da dialeticidade, deve o agravante demonstrar, de modo fundamentado, o desacerto da decisão que inadmitiu o apelo extremo, o que não aconteceu na hipótese. Incidência da Súmula 182 do STJ.
> 2. Esta Corte Superior possui o entendimento segundo o qual as normas do Regimento Interno que conferem atribuição aos seus órgãos fracionários tratam de competência relativa, e, portanto, prorrogável, razão pela qual eventual questionamento a esse respeito deve ser suscitado antes do julgamento (logo após a distribuição do feito), sob pena de preclusão. Precedentes.
> 3. Agravo interno desprovido.
> (AgInt no AREsp 1720732/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2021, DJe 01/07/2021)

Entre um e outro, insista-se, há centenas e centenas de decisões no mesmo sentido. Não parece necessário insistir na reprodução de julgados da Corte. Reproduza-se apenas mais um [negritos nossos]:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO.

RECLASSIFICAÇÃO COM AMPARO NA ANULAÇÃO DE QUESTÕES, EM PROCESSO JUDICIAL DIVERSO. ESCOAMENTO DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS PARA IMPETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM, SUFICIENTE PARA A SUA MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF, POR ANALOGIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
I. Trata-se de Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.
[...]
IV. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que a petição do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, a teor dos arts. 1.010, II, 1.027, II, e 1.028 do CPC/2015 - vigentes na data da interposição do recurso - e 247 do RISTJ, deve apresentar as razões pelas quais o recorrente não se conforma com o acórdão proferido pelo Tribunal de origem. Com efeito, "no recurso ordinário interposto contra acórdão denegatório de mandado de segurança também se impõe à parte recorrente o ônus de impugnar especificadamente os fundamentos adotados no acórdão, pena de não conhecimento por descumprimento da dialeticidade" (STJ, AgInt nos EDcl no RMS 29.098/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/05/2017).
V. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a Súmula n° 283 do STF prestigia o princípio da dialeticidade, por isso não se limita ao recurso extraordinário, também incidindo, por analogia, no recurso ordinário, quando o interessado não impugna, especificamente, fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido" (STJ, AgRg no RMS 30.555/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/08/2012).
VI. Agravo interno improvido.
(AgInt no RMS 58.202/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 04/04/2019)

Tão forte é o entendimento do STJ que o princípio da dialeticidade foi inclusive sumulado. Conforme o enunciado 182 da súmula da Corte, "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Naturalmente, a aplicação do entendimento sumulado não deve limitar-se ao agravo interno de que tratava o art. 545 do CPC de 1973, mas a todos os recursos, uma vez que o princípio da dialeticidade consiste em um princípio recursal geral.[1]

Depois de demonstrado à saciedade que a jurisprudência do STJ é esmagadora no sentido da não admissão dos recursos insubmissos ao ônus da dialeticidade, entendimento que é inclusive objeto de súmula da Corte, tornemos ao caso concreto.

Como foi visto no histórico do processo de origem, mais acima, o recurso inominado da SKY (p. 207/226) é um amontoado de alegações genéricas que, em nenhum momento, aterrissam no caso concreto. Na verdade, trata-se de peça que se refere a lide distinta. Constantemente se fala, por exemplo, em "retirada de canais" e coisas semelhantes, questões que não estavam em jogo na demanda proposta pela ora reclamante.

[1] "Vige, no tocante aos recursos, o princípio da dialeticidade. Segundo este, o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame. [...] As razões do recurso são elemento indispensável a que o tribunal, para o qual se dirige, possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida. A sua falta acarreta o não conhecimento. Tendo em vista que o recurso visa, precipuamente, modificar ou anular a decisão considerada injusta ou ilegal, é necessária a apresentação das razões pelas quais se aponta a ilegalidade ou injustiça da referida decisão judicial" (NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 176-177).

Veja-se, por exemplo, o que diz o recurso à p. 211: "Por conseguinte, é possível observar que a pretensão da parte autora de restabelecer o sinal dos canais de TV aberta, sob pena de multa diária, e de receber indenização pelos supostos danos morais não encontra amparo no entendimento contido na decisão proferida pela Turma de Uniformização de Jurisprudência (doc. 01), motivo pelo qual requer o julgamento antecipado da lide, devendo portanto, a presente ação ser julgada improcedente e consequentemente arquivada".

"Restabelecer o sinal dos canais de TV aberta"?! "Julgamento antecipado da lide"?!

Reitere-se: são 20 páginas absolutamente ocas. Além de tratar de uma demanda diversa, o recurso deixou de enfrentar, minimamente, qualquer dos fundamentos lançados pela sentença condenatória. Todos os fundamentos da sentença, sem exceção, foram solenemente ignorados pelo recurso. Não houve, enfim, qualquer diálogo com as razões da sentença condenatória.

Caso se tivesse levado a sério a jurisprudência sumulada do STJ, o recurso da SKY não poderia sequer ter sido conhecido, quanto mais merecer provimento.

Eis aí, pois, o primeiro fundamento desta reclamação, que deve ter procedência para que seja cassada a decisão da Segunda Turma Recursal que recebeu e deu provimento ao recurso inominado da SKY, reconhecendo-se, em consequência, a inadmissibilidade do recurso e o trânsito em julgado da sentença condenatória favorável à ora reclamante.

4. A VIOLAÇÃO AOS PRECEDENTES DO STJ RELATIVOS À MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC, AÍ INCLUÍDA TESE CONSOLIDADA EM JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA

Acaso se pudesse vencer o primeiro fundamento desta reclamação, o que não parece possível, o segundo fundamento se afigura igualmente irrespondível, dizendo respeito à multa imposta à ora reclamante com base no art. 1.026, § 2º, do CPC, *verbis*:

> Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

Em mais esse ponto, a colidência com a jurisprudência do STJ é patente. Veja-se a tese consolidada pela Corte [negritos nossos]:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER PROTELATÓRIO. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.
> **1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: "Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela**

> **Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC."**
> 2.- No caso concreto, houve manifestação adequada das instâncias ordinárias acerca dos pontos suscitados no recurso de apelação. Assim, os Embargos de Declaração interpostos com a finalidade de rediscutir o prazo prescricional aplicável ao caso, sob a ótica do princípio da isonomia, não buscavam sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado, requisitos indispensáveis para conhecimento do recurso com fundamento no art. 535 do Cód. Proc. Civil, mas rediscutir matéria já apreciada e julgada na Corte de origem, tratando-se, portanto, de recurso protelatório.
> 3.- Recurso Especial improvido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, nega-se provimento ao Recurso Especial.
> (REsp 1410839/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 22/05/2014)

Assim, podem ser considerados protelatórios, para fins de imposição de multa, "os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC."

Logo se verá que esse não era jamais o caso dos embargos de declaração opostos pela ora reclamante.

Antes, porém, convém citar vários outros precedentes do STJ, incontroversos, que limitam as multas recursais [negritos nossos]:

> Processual civil. Recurso especial. Acórdão recorrido. Rejeição dos embargos de declaração. Omissão. Existência. Multa. Não incidência.
> - Deve ser declarado nulo o acórdão recorrido para que outro julgamento seja proferido, em obediência ao devido processo legal, quando o Tribunal de origem deixa de apreciar fundamentadamente questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia, mesmo instado a fazê-lo por meio de embargos de declaração.
> **- Descabe a imposição de multa em embargos de declaração interpostos com o intuito de provocar manifestação pelo Tribunal a respeito de questões que deveriam ter sido enfrentadas no acórdão embargado.**
> Recurso especial provido.
> (REsp 827.828/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 02/10/2006, p. 279)

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE 30% DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO NA HIPÓTESE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
> 1. O Tribunal de origem adotou solução em consonância com a jurisprudência do STJ, segundo a qual é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a Teoria do Mínimo Existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o Magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.
> 2. Nos casos em que o recurso especial não é admitido com fundamento no enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a impugnação deve indicar precedentes contemporâneos ou supervenientes aos mencionados na

decisão combatida, demonstrando-se que outro é o entendimento jurisprudencial desta Corte.
3. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do desprovimento do agravo interno em votação unânime. **A condenação da parte agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não se verifica na hipótese ora examinada.**
4. Agravo interno improvido.
(AgInt no AREsp 1386524/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PROCESSUAL CIVIL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA AFETADA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. DECISÃO IRRECORRÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INAPLICABILIDADE.
I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
II - É irrecorrível a decisão que determina a devolução dos autos ao tribunal de origem, a fim de aguardar o julgamento de matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos. Precedentes.
III - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.
IV - Inaplicabilidade da multa por litigância de má-fé (arts. 17, VII, e 18, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973 e 80, IV e VII, e 81 do estatuto processual civil de 2015, porquanto ausente demonstração de que a parte recorrente agiu com culpa grave ou dolo. Precedente do Supremo Tribunal Federal).
V - Agravo Interno não conhecido.
(AgInt nos EDcl no REsp 1805633/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019)

Exposta a jurisprudência do STJ, tornemos ao caso concreto. A indagação fundamental, à vista da tese extraída de julgamento de recurso repetitivo, é a seguinte: os embargos de declaração opostos pela ora reclamante visaram "rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC"?

Evidentemente que não e muito pelo contrário. Sem qualquer intento procrastinatório – até porque a ora reclamante ocupa o polo ativo da relação processual –, os embargos de declaração tinham por objetivo, nos termos da ementa do REsp 827.828, "provocar manifestação pelo Tribunal a respeito de questões que deveriam ter sido enfrentadas no acórdão embargado."

Saliente-se que estamos tratando de um caso em que, ao invés de declaratórios "manifestamente protelatórios", o que temos é um exemplo irretocável de manifesta impropriedade da multa.

Retome-se o histórico. A sentença, muito bem fundamentada, dá procedência ao pedido, fazendo o devido *distinguishing* e afastando a aplicação da uniformização de jurisprudência invocada pela parte ré, de resto uma uniformização que pouco ou nada tem a dizer para o caso concreto. A empresa, sem se ater minimamente às razões da sentença, apresenta recurso inominado. A decisão da Segunda Turma Recursal, dando procedência ao recurso a rigor inadmissível, é lacônica e se mostra alheia às exigências do art. 489 do CPC, dispositivo capital que não pode, por óbvio, ser varrido da seara dos Juizados. Mais do que uma faculdade, a defensora pública da ora reclamante – pessoa carente que não escolhe quem vai lhe defender – tinha verdadeiramente o dever funcional de opor os embargos declaratórios, a fim de que a Segunda Turma Recursal – a quem também cabe o dever da dialeticidade – ao menos se pronunciasse sobre a sentença recorrida e sobre as contrarrazões da reclamante. Em vez disso, porém, o que sucede é a chocante imposição de multa.

O cenário, definitivamente, é de franca denegação do devido processo legal e do acesso substancial à justiça, além, claro, de aberto desafio à jurisprudência do STJ, aí incluída tese consolidada em julgamento de recurso repetitivo da Corte.

Por mais este fundamento, merece procedência a presente reclamação. Evidentemente, caso seja acolhido o primeiro fundamento, fica prejudicado o que acabou de ser desenvolvido.

Mas não terminou ainda.

5. MAIS UM FUNDAMENTO: A NECESSIDADE SISTÊMICA DE CASSAR DECISÕES TERATOLÓGICAS E A POSSIBILIDADE DE FAZÊ-LO POR MEIO DE RECLAMAÇÃO

É certo que, nos dois itens anteriores, já se demonstrou à saciedade a violação de relevantes precedentes do STJ, o que já é plenamente suficiente à procedência da reclamação. Ainda, porém, que não houvesse essas divergências, as decisões da Segunda Turma Recursal poderiam ser cassadas, em virtude do seu caráter, *data venia*, teratológico.

Por mais de um aspecto, é forçoso reconhecer, com todas as vênias, esse caráter teratológico.

Escreveu Luiz Fux, atual presidente do STF, em artigo intitulado "Juizados Especiais: um sonho de justiça" (*Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 151-158, abr./jun. 1998):

> [...] Não obstante, o juiz não está para a lei como um prisioneiro para o cárcere, permitindo-se-lhe, na tarefa de aplicar a norma jurídica ao caso concreto, através da função jurisdicional, observar os "fins sociais a que a lei se destina" e, conseguintemente, plasmar ante a letra fria da lei uma obra de justiça, de sensibilidade, de sabedoria e caridade. A balança que simboliza a justiça pode perfeitamente sustentar num de seus pratos um volumoso código e noutro uma

> rosa, e este último se revelar o mais pesado, tal como entreviu Paolo Barile ao homenagear Calamandrei na terceira edição de seu Elogio aos juízes por um advogado, numa demonstração inequívoca de que, diante da letra injusta da lei, prevalece a sabedoria caridosa, a verdade e, por que não, a poesia humana.

Por seu turno, a Desembargadora Cristina Tereza Gaulia, no ensaio "Juizados Especiais: temas relevantes e inovações - microssistemas constitucionais" (*Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 2, p. 72-90, 2. sem. 2017), salientou o quanto os Juizados fizeram bem ao direito do consumidor no Brasil.

> Importante dizer que os fornecedores teimam em descumprir a Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, e foi, inequivocadamente, o microssistema de Juizados Especiais que se tornou o principal aliado do consumidor na resolução de conflitos de consumo.

Aliás, em obra anterior (**Juizados especiais cíveis:** o espaço do cidadão no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2005), a mesma autora já havia salientado a importância dos Juizados para a cidadania no Brasil.

Pois bem. O que temos no caso em análise? "Uma obra de justiça, de sensibilidade, de sabedoria e caridade"? Uma demanda que promoveu a cidadania e os direitos de consumidora hipossuficiente e idosa em face de uma grande empresa?

Não é preciso responder. A autora ora reclamante, D. Solange, acreditou nesse "sonho de justiça", mas, ao menos por enquanto, está amargamente arrependida. Seus argumentos não foram ouvidos pelo órgão recursal e ela sai da demanda, pasme-se, devedora da SKY!

O que fez a SKY para tamanho sucesso processual? Simplesmente, valeu-se de petições padronizadas e que nada tinham a ver com o caso. Foi o suficiente.

Positivamente, D. Solange não teve o seu dia na Corte. Ou melhor, chegou a ter, mas depois esse momento de cidadania lhe foi tomado, com juros e correção, literalmente.

Do ponto de vista subjetivo, então, trata-se sem dúvida de decisões teratológicas. Mas não só do ponto de vista subjetivo.

A partir da edição do Código de Processo Civil de 2015, uma nova estação se estabeleceu no processo civil brasileiro, abarcando necessariamente todos os seus compartimentos, inclusive, é claro, a área dos Juizados. Uma estação eminentemente democrática, dialógica. Elucidativas, a respeito, são as palavras do magistrado e doutrinador Alexandre Câmara (**O novo processo civil brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 25-27):

> [...] Pois este [o processo] precisa ser compreendido segundo o paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, é preciso buscar determinar o que seja o processo no Estado Constitucional. Por conta disso, impõe-se ter claro que no Estado Democrático de Direito o exercício do poder estatal só é legítimo se os atos de poder (provimentos ou pronunciamentos) forem construídos através de procedimentos que se desenvolvam em contraditório. [...] O processo não pode mais ser compreendido como um mecanismo a ser conduzido pelo juiz como seu sujeito mais importante. É preciso ter do processo uma visão participativa, policêntrica, por força da qual juiz e partes constroem, juntos, seu resultado

> final. Não existe, pois, uma relação processual entre Estado-Juiz e partes, com o Estado em posição de superioridade. O que existe é um *procedimento em contraditório destinado à construção dos provimentos estatais*, em que todos os sujeitos interessados participam, em igualdade de condições, na participação do resultado. Este procedimento comparticipativo, policêntrico, que se desenvolve em contraditório é, precisamente, o *processo*.

Logicamente, o processo em análise foi a perfeita antítese do procedimento em contraditório desejado pela nova ordem processual. A própria sentença a favor da ora reclamante foi ignorada pela parte recorrente e, pior, pelo órgão recursal. Diálogo e participação não existiram no plano recursal. A ora reclamante esforçou-se para realizar o *distinguishing* levado a efeito pela sentença condenatória, mas foi duramente rechaçada. A multa imposta (neste e em outros casos) teve um claro sentido intimidatório, completamente incompatível com os novos tempos do processo civil no Brasil.

Por mais esse ângulo, portanto, as decisões apresentam-se teratológicas, colidindo frontalmente com os princípios fundamentais da ordem processual civil contemporânea.

Nos dois itens anteriores, repita-se, já foi demonstrada, à saciedade, a violação de relevantes precedentes do STJ, o que já é suficiente à procedência da reclamação. Ainda, porém, que não houvesse essas graves divergências, as decisões da Segunda Turma Recursal, em virtude do seu caráter teratológico, poderiam ser cassadas, e a reclamação apresenta-se como meio hábil para tanto.

Deveras, é preciso ter em conta que resultados teratológicos não podem mais ser tolerados pela sistemática processual civil vigente, ancorada em princípios e direitos fundamentais, devendo a técnica e a hermenêutica processuais colocarem-se a serviço da correção de quaisquer anomalias, independentemente do foro e da instância em que se verifiquem.

A jurisprudência brasileira tem sido pródiga nesse tipo de salutar controle. Veja-se o seguinte exemplo, dizendo respeito igualmente a um caso de "irrecorribilidade prática" e indevida imposição de multa:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - EXISTÊNCIA - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - WRIT CONTRA DECISÃO JUDICIAL - PERSISTÊNCIA DA AUTORIDADE IMPETRADA EM NEGAR O JULGAMENTO COLEGIADO DE AGRAVO REGIMENTAL, COM AMEAÇA E, POSTERIORMENTE, EFETIVA APLICAÇÃO DE EXPRESSIVA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AFRONTA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - CARACTERIZAÇÃO - ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES - NECESSIDADE - EMBARGOS ACOLHIDOS, PARA PROVER PARCIALMENTE O RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
> 1. Os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida a atribuição de efeitos infringentes apenas quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado, como na espécie.
> 2. Interposto agravo regimental contra decisão monocrática que - com base no art. 557 do CPC - julgou embargos de declaração apresentados em face de acórdão, cumpre ao relator elevar o inconformismo ao competente órgão colegiado, salvo no caso de retratação.

> 3. Violam direito líquido e certo as sucessivas decisões judiciais que, além de negar o julgamento colegiado de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que julgara aclaratórios opostos contra acórdão, aplica multa por litigância de má-fé.
> 4. As peculiaridades do caso afastam o óbice da Súmula n. 267/STF, ante a "irrecorribilidade prática" da decisão da autoridade impetrada e a flagrante ilegalidade das suas condutas de negar o julgamento colegiado do agravo regimental e de impor multa por litigância de má-fé à recorrente.
> 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para prover parcialmente o recurso ordinário em mandado de segurança.
> (EDcl no AgRg nos EDcl no RMS 24.722/RN, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 06/05/2009)

Repise-se. Ao próprio sistema processual interessa expungir decisões teratológicas. Cuida-se de medida de autoproteção. Decisões tais fazem mal à credibilidade da Justiça, tão arduamente perseguida.

Para tanto, a reclamação, por tudo que já se disse aqui sobre ela – notadamente a sua evolução histórica em nosso país – aparece como meio idôneo. Por sinal, o STJ, ao tempo da revogada Resolução STJ nº 12/2009, já se utilizou da reclamação, justamente, para cassar decisões consideradas teratológicas, inclusive atribuindo à reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia. Confira-se:

> RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.
> 1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento extra petita, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC.
> 2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia.
> 3. Para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide".
> 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente.
> (Rcl 12.062/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014)

Portanto, na hipótese altamente improvável de se entender que as decisões da Segunda Turma Recursal não agrediram precedentes do STJ, requer-se a cassação de tais decisões em virtude do seu caráter manifestamente teratológico.

6. FINAL

Por todo o exposto, requer-se:

a) o recebimento desta reclamação e a concessão de gratuidade à ora reclamante (tal como ocorreu no processo original);
b) a suspensão da exigibilidade da multa imposta à ora reclamante, até final julgamento desta reclamação;
c) a requisição de informações ao órgão jurisdicional reclamado, bem como a citação da SKY para apresentar contestação;
d) a abertura de vista ao douto Ministério Público;
e) ao final, a procedência integral da presente reclamação, para se reconhecer a violação aos precedentes do STJ, aí incluído entendimento sumulado da Corte, a respeito do princípio da dialeticidade recursal (art. 932, III, parte final, do CPC), com a consequente cassação das decisões reclamadas e a declaração da inadmissibilidade do recurso inominado interposto pela SKY;
f) *ad argumentandum tantum*, caso não se possa acolher por qualquer motivo o pedido objeto do item anterior, o reconhecimento da violação aos precedentes do STJ, aí incluída tese consolidada em julgamento de recurso repetitivo da Corte, no tocante à multa do art. 1.026, § 2º, do STJ, com a consequente cassação da multa imposta à ora reclamante.
g) ainda com base na técnica da eventualidade, requer-se, acaso os pedidos dos itens anteriores por qualquer motivo não sejam acolhidos, a cassação das decisões reclamadas em virtude do seu manifesto caráter teratológico;
h) a condenação da empresa reclamada ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, revertidos ao seu Centro de Estudos Jurídicos, depositando-se os valores correspondentes no Banco do Brasil, ag. 2234-9, conta 292.014-X, CNPJ 31.443.526/0001-70.

Protesta-se pela juntada de prova documental suplementar e dá-se à causa o valor de R$ 2.000,00.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2021.

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA
Defensor Público

Agravo Interno em Reclamação: 0050944-69.2021.8.19.0000

Processo Originário: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis

Agravante: Solange Alexandrino de Oliveira

Agravada: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro

Reclamação nº 0050944-69.2021.8.19.0000

Processo Originário: 0035335-66.2019.8.19.0210

Reclamante: Solange Alexandrino de Oliveira
Reclamado: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro

Relatora: Daniela Brandão Ferreira

Agravo Interno contra Decisão Monocrática que inadmitiu Reclamação ajuizada pela Agravante. Ação originária

DANIELA BRANDAO FERREIRA:16059 Assinado em 08/07/2022 10:03:11
Local: GAB. DES DANIELA BRANDAO FERREIRA

objetivando a troca de aparelho receptor de sinal de TV e a composição de danos morais. Sentença julgando procedentes os pedidos. Acórdãos da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, o primeiro reformando a sentença para julgar improcedentes os pedidos, com fundamento no decidido no processo nº 0052243-57.2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência e o segundo rejeitando Embargos de Declaração manejados pela autora, ora Reclamante e condenando-a ao pagamento da multa prevista no artigo 1026, §3º, do CPC. Reclamação com base na afirmada violação à súmula n.º 182 e ao Tema 698, ambos do C. STJ. Embargos de Declaração manejados pela Reclamante que visavam realizar a distinção entre o decidido na Uniformização de Jurisprudência e o caso então em exame. Ausência de caráter protelatório do recurso, a ensejar a aplicação de multa. Afronta ao Tema 698, do C.STJ. Reforma da decisão vergastada, com a consequente admissão da Reclamação. **Provimento do Agravo Interno.** Relação processual já aperfeiçoada. Aplicação da Teoria da

Causa Madura, observado o regular contraditório. **Reclamação procedente em parte.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Interno, manejado nos autos da **Reclamação de nº 0050944-69.2021.8.19.0000,** ajuizada por Solange Alexandrino de Oliveira contra decisão da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro

A C Ó R D Ã O

ACORDAM os Desembargadores que integram a Sessão Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **dar provimento ao Agravo Interno e julgar procedente em parte a Reclamação ,** nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Interno, impugnando a decisão monocrática de fls. 77/91, que inadmitiu a Reclamação ajuizada pela Agravante, assim ementado:

> "Reclamação. Ação objetivando a troca do aparelho receptor de sinal da ré e a composição dos danos morais. Sentença julgando procedentes os pedidos. Acórdãos da Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis, reformando a sentença para julgar improcedentes os pedidos, com fundamento no decidido no processo nº 0052243-57.2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência, rejeitando os Embargos de Declaração manejados pela ora Reclamante e condenando-a ao pagamento da multa prevista no artigo 1026, §3º, do CPC. Reclamação com base na afirmada violação a súmula n.º 182 e ao Tema 698, ambos do C. STJ. Reclamação admissível quando o ato judicial impugnado violar Enunciado de Súmula ou precedente com força vinculante, ambos do Superior Tribunal de Justiça, o que não é o caso dos autos. Evidente pretensão

> de reanálise do mérito, que já decidido no processo originário, o que não se socorre, tendo em conta não ser a Reclamação um sucedâneo recursal. Inadmissão."

Alega, em resumo, que não criticou a decisão suscinta do acórdão de fls. 163, não se aplicando o disposto na súmula 182, do C. STJ. Que a súmula nº 182, do C. STJ consagra o Princípio da Dialeticidade e, portanto, é aplicável a qualquer recurso, inclusive, ao recurso inominado dos Juizados Especais. Que o recurso inominado da Sky, que foi provido pela Segunda Turma Recursal é "um amontoado de alegações genéricas que, em nenhum momento, aterrissam ao caso concreto". Que além de tratar de demanda diversa, o recurso deixou de enfrentar, minimamente, qualquer dos fundamentos lançados pela sentença condenatória e, portanto, violou o princípio da dialeticidade. Que na hipótese de haver sido observada a jurisprudência sumulada do STJ, o recurso não poderia sequer ser conhecido. Que a decisão agravada não enfrentou a violação a súmula nº 182, do C. STJ. Que em nenhum momento negou a natureza vinculante da decisão proferida em Uniformização de Jurisprudência, apenas sustentou que os Embargos de Declaração opostos no processo de origem visavam à materialização do *distinguishing* negligenciado pela decisão embargada. Que a sentença do 10º Juizado Especial Cível, reconheceu a existência de Uniformização de Jurisprudência a respeito dos serviços prestados pela Sky, mas fez a distinção, julgando procedente o pedido. Que a imposição de multa colidiu com a tese consolidada pelo STJ em julgamento de recurso especial representativo de

controvérsia – precedente vinculante. Que se tratando de ação impugnativa é evidente que se faz necessário algum contato com o mérito do processo originário, porém não há necessidade de se aprofundar para se chegar à conclusão de que os atos reclamados violaram a jurisprudência vinculante do STJ. Que estão sendo atacados atos teratológicos. Que em muitos dos processos da Segunda Turma Recursal envolvendo pessoas assistidas pela Defensoria Pública, a multa foi cancelada pela própria Turma Recursal. Postulou a reforma da decisão vergastada, julgando-se procedente a reclamação.

Às fls. 128, certidão cartorária atestando que não foram apresentadas contrarrazões.

Relatados, passo ao voto.

Cuida-se de Agravo Interno objetivando a reforma da decisão que inadmitiu Reclamação ajuizada pela Agravante.

Por primeiro, melhor revendo o processo, entendo que presente violação ao Tema nº 698, do C.STJ, pelo que merece reforma a decisão monocrática de fls. 77/91, para admitir-se a reclamação e, tendo em conta que a relação processual se encontra aperfeiçoada, visto que foram prestadas informações (fls. 45/49), apresentada contestação (fls. 58/74) pela Reclamada e há certidão atestando que o agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões (fls. 128), em apreço os aos Princípio da Primazia do Julgamento de

Mérito e da Razoável Duração do Processo, aplicar-se a Teoria da Causa Madura e julgar o mérito da Reclamação.

No caso em exame, a Reclamante alega que: (i) a Segunda Turma Recursal Cível, ao conhecer e dar provimento ao Recurso Inominado, manejado pela Sky, incorreu em *error in procedendo*, na medida em que as razões recursais violaram o Princípio da Dialeticidade e, por conseguinte, a súmula 182, do C. STJ; (ii) os Embargos de Declaração manejados contra o acórdão que reformou a sentença prolatada pelo 10º Juizado Especial Cível, visavam realizar a distinção entre o decidido pela Turma de Uniformização de Jurisprudência e o acórdão que deu provimento ao Recurso Inominado, razão pela qual não podem ser considerados protelatórios, em afronta ao Resp nº 1410839/SC, julgado sob o rito dos recursos repetitivos e paradigma da Tema 698.

Do que analiso das considerações da reclamante e das peças do processo originário constantes do Anexo I, observo que a autora ajuizou ação em face da Sky, objetivando compeli-la a efetuar a troca dos aparelhos receptores de sinal de televisão e o pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de alegada falha na prestação do serviço, qual seja, o defeito na imagem e a descontinuação da transmissão gratuita de sinal dos canais e equipamentos Skylivre, sendo a ação julgada procedente.

Em seguida, acórdão proferido pela Segunda Turma Recursal, deu provimento ao Recurso Inominado, manejado pela Sky, reformando a sentença ao fundamento de que a matéria se enquadraria na hipótese julgada no processo nº 0052243-57.2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência, isto é, danos morais decorrentes da suspensão do fornecimento do serviço Skylivre (fls. 163, do anexo e 159, do processo originário).

Apresentados Embargos de Declaração pela ora Reclamante, os mesmos foram rejeitados, pela decisão de fls. 180/181, ocasião em que foi aplicada a multa por recurso protelatório.

No tocante à alegada violação a súmula nº 182, do C. STJ e, por conseguinte, ao Princípio da Dialeticidade, é mister observar que esta Seção Cível adota o entendimento de que a Resolução STJ/GP n.º 03/2016 apenas prevê a possibilidade do manejo de Reclamação na hipótese de afronta a súmula do C. STJ com força vinculante, pelo que inviável a revisão do mérito da causa originária.

Diante disso, o que se tem, quanto à violação ao Princípio da Congruência, é o inconformismo com a solução dada pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro. Porém, reitere-se, esta Seção Cível não pode atuar como instância revisora , a fim de verificar o acerto ou desacerto da decisão impugnada.

A propósito:

"RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. AFRONTA A ENUNCIADO DE SÚMULA DO STJ. HIPÓTESE DE CABIMENTO NÃO CONFIGURADA. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. A reclamação é uma ação, cujo desiderato é fazer prevalecer a autoridade das decisões proferidas em sede de recursos ou incidentes com força vinculativa, resguardando a competência dos Tribunais. Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser resolvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões da Corte. A reclamação, portanto, age como forma de preservação da competência dos tribunais superiores e de garantia da

autoridade de suas decisões. Nessa toada, é correto afirmar que as hipóteses de reclamação são excepcionais, não se consubstanciando em mera impugnação de ato decisório, de forma que a análise dos requisitos de admissibilidade deve ser feita com o rigor necessário, a fim de não banalizar a utilização da medida. O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ademais, editou a Resolução nº 03/2016, na qual atribuiu à Seção Cível do Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações, destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes. Entretanto, esta colenda Seção Cível do Tribunal de Justiça, no julgamento da Reclamação nº 0061578-03.2016.8.19.0000, interpretou a Resolução nº 03/2016 do STJ

conforme o art. 988 do NCPC, no sentido de que o cabimento da Reclamação baseada em violação a enunciado de Súmula do STJ seja restrito aos verbetes sumulares com força vinculante, ou seja, com fundamento em Recurso Especial Repetitivo ou Incidente de Assunção de Competência. Por outro lado, descabido o manejo de Reclamação por violação a enunciado de súmula do STJ sem efeito vinculante, uma vez que o art. 988, IV do NCPC restringe a sua incidência excepcional para hipóteses de decisões com caráter vinculante. No caso dos autos, o autor ajuíza a presente reclamação, afirmando que a decisão proferida pela Turma Recursal viola o verbete sumular nº. 642 do STJ. O reclamante, assim, não alega qualquer violação a precedente vinculante. Logo, é evidente que a Seção Cível não exerce a competência revisora das decisões proferidas por Turmas Recursais, mesmo que o fundamento seja de confronto com enunciado de súmula do STJ, tendo em vista a ausência de natureza vinculante. Sendo assim, não havendo sequer a indicação de que a decisão

> reclamada viola entendimento vinculante, patente a inadequação da via da Reclamação. Sendo assim, inadmissível a presente reclamação. Reclamação indeferida."
> (0011008-03.2022.8.19.0000 - RECLAMACAO. Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 20/02/2022 - SEÇÃO CÍVEL)

Contudo, no que diz respeito à multa cominada no julgamento dos Embargos de Declaração, observo que estes foram apresentados com o fito de efetuar a distinção entre o decidido no processo nº 0052243-57. 2017.8.19.0021, na sessão de Uniformização de Jurisprudência e o caso concreto em exame naquele recurso. Desta feita, reputo que aqueles Embargos de Declaração não poderiam ser considerados meramente protelatórios, sob pena de se inviabilizar a eventual superação do precedente, razão pela qual a decisão que o fez afrontou o assentando pelo C. STJ, ao ensejo da constituição do Tema nº 698.

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER PROTELATÓRIO. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C

DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.

1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a seguinte tese: **"Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC."** 2.- No caso concreto, houve manifestação adequada das instâncias ordinárias acerca dos pontos suscitados no recurso de apelação.

Assim, os Embargos de Declaração interpostos com a finalidade de rediscutir o prazo prescricional aplicável ao caso, sob a ótica do princípio da isonomia, não buscavam sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado, requisitos indispensáveis para conhecimento do recurso com fundamento no art. 535 do Cód. Proc. Civil, mas rediscutir matéria já apreciada e julgada na

> Corte de origem, tratando-se, portanto, de recurso protelatório.
> 3.- Recurso Especial improvido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, nega-se provimento ao Recurso Especial. " (REsp 1410839/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 22/05/2014)

Diante disso, voto por conhecer do Agravo Interno e, no mérito, dar-lhe provimento, para admitir a Reclamação , a qual julgo procedente em parte, para afastar a incidência da multa impugnada.

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

Daniela Brandão Ferreira
Desembargadora Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA: ÁLBUM DE SUSPEITOS E EXCLUSÃO DE IMAGEM DO IMPETRANTE DO CADASTRO DE SUSPEITOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Isabel Schprejer
Subcoordenadora de Defesa Criminal na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: isabel.schprejer@defensoria.rj.def.br

Lucia Helena Silva Barros de Oliveira
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Coordenadora de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Rio de Janeiro
E-mail: lucia.oliveira@defensoria.rj.def.br

Rafaela Silva Garcez
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
E-mail: rafaela.garcez@defensoria.rj.def.br

Resumo: Trata-se de peça inicial de ação mandamental objetivando a exclusão da imagem do impetrante do álbum de suspeitos de Delegacia de Polícia Civil. A fotografia do impetrante foi incluída após ter sido investigado pela prática de suposto crime de receptação, pelo qual foi absolvido. Após isto, sua imagem foi sistematicamente exibida em casos de crime de roubo, tendo sido a ele imputada a prática de outros crimes da mesma natureza, sendo realizados reconhecimentos fotográficos na fase policial, desafiando atuação estratégica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. O álbum de suspeitos não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, tornando necessária a ação mandamental para a exclusão da imagem do impetrante do cadastro de suspeitos da polícia. Este *mandamus* foi julgado procedente, devendo ser registrada a relevância do tema diante de diversos casos de erros em reconhecimento fotográfico, sendo recorrentes em todo o Brasil, identificadas em pesquisas da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, dentre outras fontes.

Palavras-chave: reconhecimento fotográfico; imagem; mandado de segurança; roubo; álbum de suspeitos; Polícia Civil.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE NILÓPOLIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

T. V. G., brasileiro, solteiro, entregador, residente na Rua XXX, vem, pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA
com pedido de liminar

nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, e do artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, **contra ato omissivo do Exmo. Sr. Dr. Delegado de Polícia da 57ª Delegacia de Polícia Civil de Nilópolis**, ora apontado como autoridade coatora, que possui domicílio de trabalho na Estrada dos Expedicionários, nº 896, Centro, Nilópolis/RJ, CEP 26540-022, pelos fatos e fundamentos a seguir descritos:

1. DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Inicialmente, **afirma** ser pessoa necessitada, com insuficiência de recursos para pagar a taxa judiciária, as custas e as despesas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, motivo pelo qual requer o reconhecimento do direito à **gratuidade de justiça integral**, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988; dos artigos 98 e 99, § 3º, do Código de Processo Civil; e do artigo 115, do Decreto-lei Estadual nº 5/1975, indicando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para a defesa de seus interesses, com fundamento no art. 134 da Constituição Federal de 1988 e no art. 4º, I, da Lei Complementar 80/1994.

2. DOS FATOS

Conforme a folha de antecedentes criminais acostada ao presente *mandamus*, o impetrante tem sido, desde o ano de 2016, investigado pela suposta prática de crimes de roubo majorado em inquéritos policiais originados na 57ª Delegacia de Polícia Civil. Nesse ensejo, foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de roubo por 9 (nove) vezes, sendo 8 (oito) delas na Comarca de Nilópolis.

Atualmente, há 4 (quatro) processos ainda em andamento, portanto sem formação definitiva de culpa, e, nos 5 (cinco) casos já encerrados, o impetrante foi **definitivamente absolvido**. Assim, tem-se que T. V. G. jamais foi considerado culpado, de maneira definitiva, por nenhuma infração penal sequer.

Interessante observar que o móvel para as diversas denúncias retrata as mesmas características: **persecução penal que se inicia em razão de reconhecimento fotográfico realizado em Delegacia, sem a observância dos ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal; falta de apreensão de quaisquer bens das vítimas ou arma em posse do impetrante; inquérito policial iniciado em**

razão de portaria da autoridade policial e nenhum indício colhido, além do reconhecimento fotográfico.

A situação acima descrita levou a Defensoria Pública a impetrar Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, referente a um dos feitos que tramitou na 1ª Vara Criminal da comarca de Nilópolis, pleiteando a absolvição do impetrante, diante da fragilidade do reconhecimento fotográfico, sobretudo em função das diversas incongruências existentes.

Importante destacar que, no referido caso, o douto Juiz sentenciante entendera pela absolvição, assim fundamentando:

> [...] Note-se que é firme a posição da doutrina e da jurisprudência no sentido de que nos crimes de roubo a palavra da vítima e o reconhecimento por ela efetuado são decisivos para a condenação do acusado. Ademais, é evidente que a intenção da vítima é exclusivamente a de apontar o verdadeiro culpado pela ação delituosa que sofreu, mormente, como na hipótese vertente, quando as partes sequer se conheciam anteriormente. Apesar disso e apesar deste magistrado conferir grande valor ao depoimento da vítima, tenho que o caso em questão é peculiar. E isso porque no presente processo a vítima reconheceu o acusado em sede policial através da foto de fls. 16, tendo feito, também, o reconhecimento pessoal do acusado em juízo. **Ocorre que na foto de fls. 16 o acusado está absolutamente diferente de hoje em dia**, fato que torna duvidoso o seu reconhecimento. Ora, se a vítima se lembra do acusado do dia dos fatos a ponto de dizer que é a mesma pessoa da foto de fls. 16, não teria a vítima condições de fazer o reconhecimento judicial de forma positiva. E isso é por motivo óbvio: há grande discrepância entre a foto do réu de fls. 16 e o que ele é hoje, o que pode ser constatado pelo registro audiovisual da presente audiência. Assim, o que se esperaria seria apenas um reconhecimento válido, seja o feito em sede policial, seja o feito em juízo. **Ocorre que em sede policial a vítima narrou que o roubador teria 1,65 de altura (fls. 02). Entretanto, a altura do acusado é de 1,80, como consta na foto de fls. 16**. Por isso, duvidoso o reconhecimento policial. Além disso, olhando a foto de fls. 16, este magistrado encontrou bastante semelhança com outro réu que possui mais de 80 anotações nesta Comarca, sendo que tal réu, de vulgo C. P., já foi condenado por este magistrado a mais de 100 anos pela prática de vários crimes, sendo esse o motivo pelo qual este magistrado possui viva em sua memória a lembrança do dito acusado. Já em juízo, na presente data não havia no fórum outros elementos absolutamente parecidos com o acusado. Neste ponto, é evidente que tal circunstância, por si só, não invalida o reconhecimento judicial, na medida em que a redação do 226, II do CPP usa a expressão ´sempre que possível. Não por menos, buscando atender minimamente ao determinado na lei, esse magistrado colocou o acusado na sala de reconhecimento com outros elementos que possuíam certa diferença de tom de pele. **Assim, submetida a vítima à sala de reconhecimento, essa reconheceu o acusado, sendo que tal reconhecimento pode ter sido maculado pela falta de semelhança entre os dublês**. Por último, o réu demonstrou através de prova testemunhal ser pessoa trabalhadora, sendo que em seu interrogatório revelou fala e discurso bastante diferente de quem se dedica a atividades criminosas, motivo pelo qual, aliado a todos os demais elementos dos autos, não pode este magistrado deixar de utilizar de sua impressão pessoal. [...] ISSO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado para ABSOLVER T. V. G. em razão da não comprovada prática do crime do artigo 157, §2º, I e II do Código Penal, o que faço com fulcro no artigo 386, VII do Código de Processo Penal. [...] (trecho da sentença, obtido em consulta aos autos da ação penal n. 0006420- 78.2018.8.19.0036 – 1ª Vara Criminal de Nilópolis - grifos nossos).

Após provimento do recurso de apelação ministerial pela Segunda Câmara Criminal, que entendeu por reformar a sentença acima transcrita e condenar o impetrante à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do mencionado Habeas Corpus, decidiu por absolver o impetrante. Veja-se a ementa:

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. WRIT SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA) ACÓRDÃO CONDENATÓRIO CALCADO NO RECONHECIMENTO EFETIVADO EM SEDE POLICIAL E RATIFICADO EM SEDE JUDICIAL. COTEJO APTO A EVIDENCIAR QUE O ARESTO CONDENATÓRIO NÃO INFIRMOU, DE FORMA PEREMPTÓRIA, AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELO MAGISTRADOS, APTAS A EXTINGUIR OU, AO MENOS, REDUZIR O GRAU DE CERTEZA DA PROVA OBTIDA COM O RECONHECIMENTO. CONTATO DIRETO DO MAGISTRADO COM A PROVA PRODUZIDA. SENTENÇA QUE OSTENTA UMA ANÁLISE MINUCIOSA E COMPLETA DA PROVA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO, PARA ABSOLVER O
> AGRAVANTE. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, a fim de absolver o agravante, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Processo n. 0006420-78.2018.8.19.0036, da 1ª Vara Criminal de Nilópolis/RJ).
> (STJ - AgRg no HC: 619.327 RJ 2020/0271528-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 - SEXTA
> TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020)

Ressalta-se o seguinte trecho do voto do Relator (grifos no original):

> [...] Com efeito, o que se verifica no caso, é que a Corte de origem reformou a sentença absolutória e condenou o agravante exclusivamente com base no reconhecimento efetivado pela vítima**, sem desconstituir, de forma absoluta e insofismável, as ponderações lançadas pelo Magistrado na sentença, aptas a extinguir ou, ao menos, reduzir o grau de confiabilidade e certeza da referida prova, notadamente considerando o grau de proximidade que o Magistrado teve com a prova produzida nos autos.**

O referido caso está sendo destacado por ser verdadeiro paradigma, tendo em vista a necessidade de acionamento do Superior Tribunal de Justiça para que fosse invalidado reconhecimento de pessoas como base exclusiva para condenação. Contudo, certo é que, além do mencionado processo, **o impetrante vem sendo submetido ao intenso sofrimento de figurar no polo passivo de diversas ações penais sem ter cometido crime algum, unicamente pelo fato de que, <u>mesmo sem ter sido considerado definitivamente culpado</u> <u>pelo cometimento de nenhum crime em toda a sua vida, sua fotografia ainda consta do</u> <u>álbum de suspeitos da Polícia Civil</u>, mais especificamente da 57ª Delegacia de Polícia Civil,** onde se iniciaram e tramitaram todos os 8 inquéritos em que foi investigado pelo crime de roubo.

Com efeito, a imagem do impetrante passou a ser sistematicamente exibida a partir do momento em que teve sua foto inserida em álbum de suspeitos da Polícia Civil após ser acusado, no ano de 2016, de ter praticado

crime de receptação, pelo qual foi absolvido na 7ª Vara Criminal de Nova Iguaçu/Rio de Janeiro.

A matéria a seguir[1], da Folhapress, veiculada no site *Yahoo! Notícias* em 02/01/21, conta a história:

> Foto em delegacia faz jovem negro ser acusado 9 vezes e preso duas por roubos que não cometeu
> Quando foi fotografado na delegacia há quatro anos, T. V. G., 28, não imaginou que aquele registro preto e branco iria parar em um álbum de suspeitos e lhe renderia nove processos judiciais e duas passagens pela prisão por roubos que não cometeu. O caso é emblemático das falhas graves da Polícia Civil, do Ministério Público e do Judiciário na investigação, denúncia e condenação de suspeitos com base em reconhecimento fotográfico. [...] A foto de T. fora tirada após ele ter sido acusado de receptação, em 2016. [...] Fichado na 52ª DP, de Nova Iguaçu, sua foto foi parar em um álbum de suspeitos na 57ª DP, de Nilópolis, outra cidade da Baixada Fluminense. A partir daí, veio o primeiro mandado de prisão. "Fui levado para cadeia e perguntava 'fui preso por quê?'. Até que minha mãe, na visita três dias depois, disse que eu estava respondendo por 157 [artigo do Código Penal para o crime de roubo]." Ficou oito meses no sistema prisional. Quando saiu, inocentado, viu aparecer mais denúncias. Todas por reconhecimento da mesma foto. Ele chegou a ser reconhecido até quando sua imagem foi incluída como "dublê" (pessoa que, caso seja selecionada, não experimenta consequência jurídica já que não há possibilidade de que tenha envolvimento com o fato investigado). "Até hoje não sei como minha foto foi parar lá. Só chegava um monte de intimação, aí eu ligava pra doutora e falava 'olha, chegou mais uma'. Nem sei quantas são no total", diz T., que nunca foi pego em flagrante. O Código de Processo Penal estabelece que o reconhecimento deve ser feito alinhando pessoas que tenham semelhanças com o suspeito, após a testemunha já tê-lo descrito. Mas nem essa diretriz mínima tem sido respeitada. O álbum de suspeitos, por sua vez, é um catálogo de pessoas categorizadas pelo Estado como passíveis de desconfiança, mas não está regulado pela lei brasileira e paira em um limbo normativo. Muitos vão parar ali sem que haja qualquer investigação e sem que o fotografado possa requerer a retirada de sua imagem. Moradores de favelas no Rio fazem denúncias reiteradas de que policiais militares e civis têm fotografado jovens sem nenhuma explicação. Eles também buscam fotos nas redes sociais desses garotos, segundo relatos ouvidos pelo jornal Folha de S. Paulo. Além disso, há as chamadas "falsas memórias", ou seja, depois de um tempo, vítimas não se lembram exatamente dos suspeitos e relatos podem ser falsos apesar da sinceridade das testemunhas. O racismo estrutural também pesa, resultando no que é chamado de "efeito de outra raça", que faz com que adultos reconheçam pessoas do próprio grupo racial com mais precisão do que indivíduos de outras etnias. Nos EUA, uma pesquisa analisou 250 processos de revisão criminal em que o DNA inocentou acusados. Nos 190 casos em que houve erros judiciários por reconhecimento pessoal falho, quase a metade (93) foram de reconhecimentos feitos por pessoas de raça diferente da dos suspeitos. T. se considera vítima de racismo. "Não vou mentir pra tu não, acredito que seja racismo e perseguição. Pelo fato de eu ser negro, pele escura, morador de comunidade. Uma vez eu tava com as quentinhas, tive que largar e ouvir do policial 'dá o papo reto, neguinho, tava indo roubar?'" [...]

[1] PAULUZE, Thaiza. Foto em delegacia faz jovem negro ser acusado 9 vezes e preso duas por roubo que não cometeu. **Yahoo Notícias**, São Paulo, 02 de jan. de 2021. Disponível em: https://br.noticias.yahoo.com/foto-em-delegacia-faz-jovem-193800749.html?guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAALj1lHyrOoWN7V8CkSn3dRVfqeTqyBhuBb42_bv7_eMbzq1U5ML5ViwXXuJoIw7k1HeeJyDF_zTLKycNlKxu_b4BXBj126msuYAyUt3ms6MLrOi_ykM8tl4Ro7ZfVoZ_9tp4EGbhdhAl-amrlXd2KkTX_2f6aZdQQ7J0CcHfwH8K&guccounter=2. Acesso em: 17 maio 2021.

De fato, o mencionado julgado do STJ gerou grande repercussão na mídia em torno da situação do impetrante T. V. G., que chegou, inclusive, a ser noticiado no tradicional programa de televisão *Fantástico* (Figura 1), da Rede Globo, em 21/02/2021:

Figura 1 - Matéria do programa *Fantástico*

G1 FANTÁSTICO

Jovem é preso duas vezes por crimes que não cometeu por causa de reconhecimento fotográfico

A foto de Thiago, de 27 anos, foi parar em um 'catálogo de suspeitos' numa delegacia do Rio e continua sendo mostrada para vítimas que chegam para fazer o reconhecimento de criminosos. Ele já foi acusado por nove crimes que não cometeu. 'Minha vida parou'.

Tendo em vista que T. V. G. permanecia, até o ano de 2020, sendo reconhecido por vítimas de crimes de roubo, sempre na mesma Delegacia de Polícia, mesmo após comprovar reiteradamente a sua inocência e os equívocos no reconhecimento, a Defensoria Pública, presentada pela Defensora Pública titular do órgão de atuação da DP junto à Vara Criminal e da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Nilópolis, expediu, em 18/01/2021 ofício ao Exmo. Sr. Dr. Delegado de Polícia da 57ª Delegacia de Polícia Civil, nos seguintes termos (grifos nossos):

> O(A) DEFENSOR(A) PÚBLICO(A) abaixo assinado(a), no uso de suas atribuições legais, respaldado(a) nos artigos 5º, LXXIV e LXXVI, da Constituição Federal, 3º, II da Lei nº 1.060/50, 128, X, da Lei Complementar Federal 80/94, 87, II da Lei Complementar Estadual 06/77, 98 IX do CPC/2015, 17, I e 43, IV da Lei 3.350/99 e 133 e 134 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, DECLARA que o(a) Sr(a) abaixo qualificado(a) está sob o pálio da DEFENSORIA PÚBLICA, razão pela qual SOLICITA a V. Sa. **QUE SEJAM EXCLUÍDAS FOTOS CONSTANTES EM ÁLBUM DE SUSPEITOS DE T.V.G., uma vez que o assistido fora indiciado 09 (nove) vezes pela 57ª DP, sendo absolvido em todos os feitos pelo d. juízo criminal de Nilópolis, nos quais ficaram consignados os equívocos perpetrados pela autoridade policial na exibição de sua imagem, sem que se respeitasse o perfilamento adequado com prévia descrição, nos termos do art. 226 do CPP.**
>
> Certo é que a conduta policial foi questionada por meio do HC 619.327/RJ junto ao STJ, em que se consignou a impossibilidade de exibições de álbum de suspeitos (acórdão em anexo).
>
> Deste modo, a fim de que se evite o ingresso de demanda judicial, REQUER-SE a atuação administrativa da autoridade competente, com a exclusão da imagem de T.V.G., em deferência aos primados da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CR), devido processo legal (nos termos do art. 158-A do CPP e 4º, § 1º da Lei 13.709/18).
>
> Solicito ainda seja a resposta ao presente ofício entregue no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Ocorre que, inobstante o prazo de 72 (setenta e duas) horas fixado, **até a presente data a Defensoria Pública não recebeu resposta do ofício, enviado e recebido no dia 18/01/2021, tendo o Exmo. Sr. Delegado da 57ª Delegacia de Polícia Civil, ora apontado como autoridade coatora, restado inerte com relação à solicitação efetuada, em violação à garantia constitucional à presunção de inocência de T. V. G.**, tornando necessária a impetração do presente *mandamus*, como adiante melhor se explicará.

3. DO MÉRITO

3.1. Do reconhecimento fotográfico

Como é cediço, o reconhecimento de pessoas e coisas está disciplinado nos artigos 226 e seguintes do Código de Processo Penal, dispondo a lei processual penal sobre alguns parâmetros para que possa a autoridade realizá-lo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em tempos anteriores, já se inclinou no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configurariam uma mera recomendação legal, e não uma exigência, podendo o reconhecimento vir a ser ratificado em juízo e constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar condenação.

Ocorre que, a partir da paradigmática decisão proferida no **Habeas Corpus 598.886/SC**, em **27/10/2020**, pela **Sexta Turma** do STJ, esse entendimento foi revisto. Pedimos vênia para transcrever a extensa e paradigmática ementa, com grifos nossos:

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
> 2. 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, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.
> 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada

obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.
4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.
5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças.
6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).
7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.
8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).
9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.
10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.
11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática

> do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).
> **12. 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.**
> 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.
> Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.
> (HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020.)

A partir deste precedente, emergiram outras decisões do STJ acerca do tema do reconhecimento no mesmo sentido, dentre os quais destacamos o **HC 652.284/SC**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 30/04/2021, que representa uma virada na jurisprudência da Quinta Turma para se alinhar com a Sexta Turma no que se refere ao tema do reconhecimento de pessoas. Veja-se parte do acórdão (grifamos):

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. **INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDA**

> **UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO**. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. [...] 4. Uma reflexão
> aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "**falsas memórias**", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.). 5. Diante da **falibilidade da memória** seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, **devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato**. 6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, **no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial**. [...].

No mesmo sentido são os seguintes precedentes: **AgRg no AREsp 1812481/RS**, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021; **RHC 139.037/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/04/2021, DJe 20/04/2021; **HC 461.709/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 29/04/2021; **HC 598.886/SC**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020; **HC 631.706/RJ**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 18/02/2021; e, por fim, o **RHC 619.327/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020, precedente já mencionado cujo paciente é T. V. G., ora impetrante**.

Resta cristalizado, assim, que as formalidades do artigo 226 do Código de Processo Penal não configuram mera recomendação legal, tratando-se de exigências para a legalidade do procedimento de reconhecimento. Tem-se, ainda, que o reconhecimento, sobretudo aquele realizado em sede policial, há de estar em consonância com outros elementos de prova para gerar condenação, caso contrário há de prevalecer o princípio da presunção de inocência, sendo certo que o vício do reconhecimento em sede policial macula os atos posteriores.

Segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen –,* em seu artigo 9º, **"todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o**

rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". Na esteira desse entendimento, cabe ao Estado provar a acusação, sendo o cidadão, presumidamente, inocente.

Como é cediço, esse direito humano encontra, no ordenamento jurídico brasileiro, status constitucional, restando o **princípio da presunção de inocência** positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe que "**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**".

Importante destacar que, nos últimos tempos, nossa sociedade tem sofrido com diversos casos de reconhecimento fotográfico marcados por erros, trazendo sérias consequências à vida dos indivíduos que figuram no polo passivo de tais persecuções penais. E não se pode negar o viés racial que vem colaborando com resultados desastrosos na colheita de provas relacionadas ao reconhecimento. Com efeito, a discriminação racial é vetor do nosso sistema de justiça, e faz com que a presunção de inocência seja esvaziada de maneira seletiva.

Cita-se, neste ponto, recente pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na qual foram avaliados casos de reconhecimento fotográfico em sede policial que culminaram na absolvição dos acusados. Com efeito, os casos estudados observavam três requisitos: (1) o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; (2) o reconhecimento não ter sido confirmado em Juízo; e (3) a sentença ter sido absolutória.

O relatório[2], de setembro de 2020, citou **58 erros em reconhecimentos fotográficos durante o período de junho de 2019 e março de 2020**, todos no estado do Rio de Janeiro. Em 50 destes casos, os processos continham informação sobre a cor do acusado, sendo **80% negros e pardos**, conforme Quadro 1 (a seguir):

Quadro 1 - Cor da pele dos(as) acusados(as) por processo

Branca	10
Parda	25
Negra	15
Não consta	8
Total	**58**

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Relatório sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial.

Ressalte-se que, em 86% desses casos, houve o decreto de prisão preventiva, com períodos de privação de liberdade que variaram de cinco dias a três anos. Veja-se (Quadro 2):

[2] Disponível em: https://bit.ly/3bh6Psu. Acesso em: 17 maio 2021.

Quadro 2 - Tempo de prisão preventiva

MENOR PERÍODO	MAIOR PERÍODO	MÉDIA	MEDIANA
5 dias	1.116 dias (aprox. 3 anos e 21 dias)	277,1 dias (aprox. 9 meses e 7 dias)	238,5 dias (aprox. 7 meses e 28 dias)

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Relatório sobre o reconhecimento fotográfico em sede policial.

A situação acima descrita não passou despercebida, por parte do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais – CONDEGE, que realizou pesquisa em parceria com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, sendo gerado relatório, em fevereiro de 2021, produzido com informações enviadas por defensores de 10 estados da federação, entre novembro e dezembro de 2020, referentes a casos tramitados entre os anos de 2012 a 2020.

Nesse segundo estudo[3], foram contabilizados 28 processos, 4 deles com 2 suspeitos, envolvendo, assim, 32 acusados diferentes. **O estado que apresenta maior número de casos de erro no reconhecimento fotográfico é o Rio de Janeiro, com 46% das ocorrências**. Veja-se (Quadro 3):

Quadro 3 - Número de ocorrências por estados

ESTADO	OCORRÊNCIAS
Rio de Janeiro	13
Bahia	3
Goiás	2
Minas Gerais	2
Santa Catarina	2
São Paulo	2
Mato Grosso	1
Paraíba	1
Rondônia	1
Tocantins	1
Total	**28**

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça; Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.

[3] Disponível em https://bit.ly/3hgZg8Q. Acesso em: 17 maio 2021.

Dentre os processos que continham informação acerca da cor de pele, observou-se que **os pretos e pardos correspondem a 83% dos acusados equivocadamente por erro no reconhecimento fotográfico**, conforme o Quadro 4 (a seguir):

Quadro 4 - Registro de ocorrências por cor de pele

COR DE PELE	OCORRÊNCIAS
Preto	17
Pardo	7
Branco	5
Não consta	3
Total	**31**

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça; Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.

Com relação à prisão preventiva, há registro de 19 casos em que houve sua decretação, o que corresponde a aproximadamente 60% do total, com períodos de privação de liberdade que variaram de 24 dias a aproximadamente 2 anos e 3 meses (Quadro 5):

Quadro 5 - Registro do período de tempo de prisão preventiva

MENOR PERÍODO	MAIOR PERÍODO	MÉDIA	MEDIANA
5 dias	851 dias (aprox. 2 anos e 3 meses)	281 dias (aprox. 9 meses)	246 dias (aprox. 8 meses)

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça; Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.

Quanto aos motivos para a absolvição dos réus, tem-se que a maioria ocorreu por ausência de provas. Dentre eles, pelo menos dois foram absolvidos em razão da fragilidade do reconhecimento, que se baseou em poucas características como sobrancelhas, cílios, olhos, porte físico. Além disso, em um caso o acusado era monitorado por tornozeleira eletrônica e outro estava preso por ocasião do crime, comprovando que não cometeram o crime apontado. Finalmente, há nove casos de acusados reconhecidos por fotografia em sede policial que não foram reconhecidos em juízo**.** Veja-se (Quadro 6):

Quadro 6 - Motivos para absolvição dos acusados

MOTIVOS PARA ABSOLVIÇÃO	OCORRÊNCIAS
Ausência de provas	15
Não reconhecido em juízo	9
Vítima não localizada para comparecer em juízo	4
Impronúncia	2
Acusado com monitoração eletrônica	1
Na data dos fatos estava preso por outro processo	1
Total	**32**

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça; Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.

Noutro giro, citamos que nos Estados Unidos também foi realizada pesquisa sobre erros em reconhecimento, tendo a organização *Innocence Project* apontado que **os erros no reconhecimento estão presentes em cerca de 70% das hipóteses de erros judiciais**.

Destarte, o reconhecimento fotográfico deve inspirar cautela na sua adoção, sob pena de reverberar uma série de injustiças e erros judiciais, sendo certo que não pode ser a única prova a ser produzida no processo penal.

Efetivamente, faz-se necessário o cumprimento das formalidades insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade do ato, conforme vem decidindo acertada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

4. DO ÁLBUM DE SUSPEITOS DA POLÍCIA CIVIL

O reconhecimento de pessoas não pode ser uma porta aberta à seletividade penal, tampouco um meio de perseguições pessoais ou de obtenção de vantagens, a partir de gratificações aos policiais em razão de inquéritos finalizados, o que parece fomentar a realização de precárias investigações que se lastreiam na sugestiva exibição de "catálogo de suspeitos".

Ocorre que não há no Código de Processo Penal nenhuma regra específica sobre a formalização de álbum fotográfico em Delegacia de Polícia, o que fragiliza tal meio de prova, mormente diante de fatores como: qualidade e resolução da foto, tamanho da foto, ângulo retratado, ausência de expressões corporais da pessoa retratada, dentre outras circunstâncias que podem influenciar a colheita do reconhecimento, gerando equívocos.

Outrossim, poder-se-ia argumentar que o álbum de suspeito decorre de poder discricionário da autoridade policial. Todavia, **dita discricionariedade não pode trazer violações a princípios constitucionais e direitos fundamentais**, como ocorre no caso em comento, e nem mesmo pode servir para fomentar a instabilidade nos julgamentos, que, para atender aos interesses da sociedade, devem se pautar em juízo de certeza.

O poder discricionário da administração pública não é ilimitado, e, no caso em testilha, o exercício deste poder está claramente violando preceitos constitucionais, além de trazer prejuízos irreparáveis ao impetrante, sobretudo diante da existência de nove processos criminais, sendo que cinco culminaram em sua absolvição definitiva, estando quatro ainda em andamento.

Observe-se, ainda, que a imagem do impetrante foi juntada em diversos mosaicos de fotográficos em crimes cujos suspeitos descritos não guardavam qualquer semelhança com o autor, tendo inclusive sua imagem exibida em feito relativo a crime de estupro, a evidenciar o **USO ABUSIVO DA IMAGEM DO IMPETRANTE** pela autoridade coatora (documento anexo).

Sabemos que a discricionariedade vem pautada na conveniência e oportunidade a serem enfrentadas pela autoridade. Repita-se, não se evidencia a conveniência ou a oportunidade da manutenção da fotografia do impetrante no álbum da Polícia Civil, mormente diante dos diversos equívocos de reconhecimento envolvendo a imagem do mesmo, conforme já demonstrado.

***Data máxima venia*, o interesse da coletividade não é a exibição aleatória da imagem de pessoas inocentes a investigações e processos penais, com risco de decretação de prisões preventivas indevidas e condenações equivocadas, fomentando erros judiciários.**

E nem se diga que a Lei nº 12.037/2009, que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, se aplica ao caso, pois o seu artigo 5º, ao prever a identificação por processo fotográfico, não cuidou de produção de provas para fins de investigação. Veja-se:

> Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Importante ressaltar que as discussões envolvendo o PL 8.045, referente ao Novo Código de Processo Penal, demonstram preocupação com o capítulo destinado ao reconhecimento, tendo em vista que se faz necessária cautela quanto a esta prova, no sentido de observância de formalidades e garantia de direitos.

Com efeito, o reconhecimento fotográfico deve seguir a mesma metodologia do reconhecimento presencial, e o novo Código de Processo Penal deveria adotar **vedações ao denominado "álbum de suspeitos", que contribui sobremaneira para a seletividade penal, bastando ser analisado o perfil das pessoas que integram os citados álbuns: negras e pobres**.

Tal assertiva é corroborada pela pesquisa da Defensoria Pública que indica o perfil da pessoa submetida a reconhecimento, já mencionada.

Cite-se, também, a título ilustrativo, pesquisa da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que traçou o perfil dos entrevistados pela instituição nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019.

O citado relatório[4] é capaz de demonstrar, na prática, a seletividade penal, explicitando que, dos custodiados que declararam sua cor, **77,4% são pretos ou pardos**, enquanto os de cor branca representam apenas 22%. Veja-se (Tabela 1):

Tabela 1 - Autodeclaração de cor pelos acusados

AUTODECLARAÇÃO DE COR	
Amarelo	46
Branco	4.698
Indígena	34
Preto/pardo	16.364
Sem informação	2.355
Total	**23.497**

Fonte: DPRJ, Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. Perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019.

No artigo intitulado "Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?"[5], publicado no site **Consultor Jurídico** em 18/12/2020, as autoras Janaina Matida e Marcella Mascarenhas Nardelli se debruçam sobre o caso do impetrante T. V. G., em análise crítica ao álbum de suspeitos da Polícia Civil, assim dizendo (grifos nossos):

> [...] Ademais, para além da insuficiência probatória do reconhecimento para a condenação penal, o caso de T. também explicita a importância de se refletir sobre as irregularidades relativas à modalidade fotográfica bem como seus nefastos efeitos.
> O artigo de hoje apresentará uma análise crítica das múltiplas arbitrariedades reunidas sob a prática do chamado "álbum de suspeitos" e, com isso, buscará tratar das providências urgentes à salvaguarda dos cidadãos diante do risco de terem suas vidas dilaceradas por um falso reconhecimento. Vejamos.
> Até o momento do julgamento do HC 619.327/RJ, T.V.G. já colecionara nada menos do que oito reconhecimentos. *Oito*. O elevado número que, em princípio, poderia ensejar desconfiança contra T. serve, em realidade, para pôr em xeque o procedimento conhecido como "álbum de suspeitos". Isso porque não há qualquer controle sobre o momento exato em que uma imagem pode passar a constar no álbum; nem acerca da maneira que, em constando no álbum, é exibida às vítimas/testemunhas; tampouco a respeito de quando deva ser obrigatoriamente excluída do "baralho do crime".
> Nestas circunstâncias de patente arbitrariedade, ser novamente reconhecido transforma-se em questão de sorte/azar de alguém; uma verdadeira roleta russa. [...] Que T. tenha sido reconhecido oito vezes diz mais sobre o risco de falsos reconhecimentos que ronda a população preta e pobre brasileira e muito menos sobre a confiabilidade da informação gerada. Sintoma disso é que, mesmo

[4] Disponível em: https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf. Acesso em: 18 maio 2021.

[5] MATIDA, Janaína; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito? **ConJur**, São Paulo, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito. Acesso em: 19 maio 2021.

depois da absolvição por um primeiro processo de receptação, a fotografia de T. continuou a ser reiteradamente oferecida a vítimas que, com a memória acometida por *decurso do tempo, estresse, efeito da raça diferente,* entre outras variáveis, acabaram por apontar T. como autor dos delitos. Vale ressaltar que as vítimas que reconheceram T. chegaram a descrever o autor do fato com base em características físicas destoantes das de T.

Casos como o de T. sinalizam que o simples fato de se ter fotografia em álbum de suspeitos pode gerar efeitos devastadores. Causa espécie, portanto, constatar o caminho aberto deixado a um *procedimento inerentemente sugestivo*, pois, embora o álbum de suspeitos seja peça fundamental do cotidiano investigativo das delegacias Brasil afora, não há, para ele, qualquer previsão legal. [...]

[...] A exposição aleatória de fotografias que sequer se pode explicar de onde surgiram e por quanto tempo permanecerão sendo utilizadas, representa, em muitos casos, a única providência investigativa tomada. A prática de exibir fotografias aleatoriamente às vítimas e sem a observância dos protocolos aplicáveis ao ato de reconhecimento vem se tornando a primeira – e muitas vezes a única – providência investigativa nos crimes contra o patrimônio. Ao invés de serem empregadas diligências necessárias à correta investigação do crime (v.g., a efetivação de ordens de serviço ao local do fato para a procura de filmagens da área e busca de vestígios), a apresentação do álbum de suspeitos passa a ser a rotina policial na apuração da autoria.

Em síntese, a opção deliberada de se supor que o autor do crime está em um catálogo de pessoas previamente categorizadas como "passíveis de desconfiança" dá causa à perda de importantes fontes de prova, as quais poderiam conduzir à identificação dos verdadeiros responsáveis pela prática do fato. Não é difícil concluir que a referida conjuntura afeta sobremaneira a expectativa de se reunir um conjunto informativo suficientemente confiável, o qual seja capaz de dar suporte a conclusões válidas sobre os fatos. Em vista disso, como numa reação em cadeia, compromete-se toda a estrutura lógica que conduz à formação do juízo fático, o que envolve a frustração do ideal de exercício responsável da função acusatória e a falta de condições mínimas para o exercício de uma defesa efetiva. Decisões cujos raciocínios probatórios sejam realizados a partir de tão questionáveis premissas apresentam grande potencial de engrossar as estatísticas dos erros judiciais. [...]

Em definitivo, casos como os de T. servem a evidenciar o pouco – o nada, a bem dizer – que é tido como suficiente para condenações criminais no Brasil. **Sintomático disso é o fato de que T. tenha recebido a notícia de sua absolvição pelo STJ no mesmo dia em que esperava pelo início de duas audiências relativas a novos processos, *de novo* por roubos; *de novo* com seu reconhecimento a partir de álbum de suspeitos. Até quando?** [...].

5. DA COAÇÃO ILEGAL. DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE À EXCLUSÃO DE SUA FOTOGRAFIA DO ÁLBUM DE SUSPEITOS DA POLÍCIA CIVIL

Como já dito, o impetrante teve sua foto incluída em álbum de suspeitos e foi indiciado 9 (nove) vezes por crimes de roubo majorados pela 57ª Delegacia de Polícia Civil, entre os anos de 2016 e 2020, havendo 4 (quatro) processos ainda em andamento, sem formação de culpa, tendo sido definitivamente absolvido em 5 (cinco) das ocasiões.

Nas decisões de absolvição, ficaram consignados todos os equívocos perpetrados pela autoridade policial na exibição de sua imagem, sem haver qualquer respeito ao perfilhamento adequado e a prévia descrição da pessoa, conforme a determinação do artigo 226 do Código de Processo Penal.

Efetivamente, como dito, não há um controle de como a fotografia de uma pessoa é inserida no álbum de suspeitos, como também não há qualquer regulamentação ou controle acerca de quando deve ser retirada deste álbum. **Ou seja, existe enorme falta de transparência no que se refere aos catálogos de suspeitos amplamente disseminados nas Delegacias da Polícia Civil**.

Neste sentido, como já exposto, constatada a irregularidade no procedimento de reconhecimento, a Defensora Pública titular do órgão da DP junto à 1ª Vara Criminal da Comarca de Nilópolis oficiou à 57ª Delegacia Policial solicitando a exclusão da imagem do impetrante T. V. G., em consonância com o princípio da presunção de inocência, e, ainda, o princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 158-A do CPP e do artigo 4º parágrafo 1º da Lei nº 13.709/18, ofício este que SEQUER foi respondido, permanecendo a imagem do impetrante no álbum de suspeitos.

A omissão da autoridade em responder ao ofício já citado e, por conseguinte, a inércia em excluir a fotografia do impetrante de álbuns e mosaicos de suspeitos vêm gerando lesão a direitos do autor, diante do evidente descaso da autoridade coatora em adequar seus procedimentos às normas legais e às determinações dos Tribunais Superiores.

Ademais, a ausência na resposta ao ofício expedido pela subscritora inviabilizou a Defesa de obter, diga-se, legitimamente, informações acerca de dados sensíveis do impetrante, cuja proteção legal não pode ser excepcionada de acordo com a conveniência da autoridade coatora, já que esta deve respeito ao devido processo legal e à proporcionalidade nos termos do art. 4º, § 1º da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados).

A permanência da imagem do autor sem qualquer possibilidade de controle, como já demonstrado acima, bem como a aleatoriedade em suas exibições, na medida em que não se observa a necessária compatibilidade da imagem mostrada com a descrição do suspeito, bem como por se tratar de imagem antiga do autor, fulminam de ILEGALIDADE as práticas investigativas da autoridade coatora a merecer controle judicial.

Desta forma, **alicerçado nos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, tem o impetrante direito líquido e certo à exclusão de sua imagem do cadastro de suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, notadamente no que se refere ao álbum de suspeitos constante da 57ª Delegacia Policial.**

6. DA NECESSÁRIA CONCESSÃO DE LIMINAR

Como já ressaltado, a manutenção da imagem do impetrante no álbum de suspeitos viola princípios constitucionais e normas legais, conforme acima destacado, de modo a evidenciar a relevância do fundamento da presente ação mandamental.

Assim, pelo disposto no artigo 311, IV, do Código de Processo Civil, deve ser a liminar deferida 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.

7. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o conhecimento e o provimento do presente mandado de segurança para:

1) Reconhecer o direito à gratuidade de justiça integral, tendo em vista se tratar o impetrante de pessoa necessitada, com insuficiência de recursos para pagar a taxa judiciária, as custas e as despesas processuais e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, indicando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para a defesa de seus interesses;
2) LIMINARMENTE, independentemente de pedido de informações à autoridade coatora, determinar a exclusão da imagem do impetrante do cadastro de suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, notadamente do álbum de suspeitos existente na 57ª Delegacia de Polícia Civil;
3) Determinar a notificação da autoridade coatora;
4) A intimação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para, querendo, intervir no presente feito;
5) NO MÉRITO, confirmar a liminar anteriormente deferida, sendo concedida a ordem definitiva para determinar a exclusão da imagem do impetrante do cadastro de suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, notadamente do álbum de suspeitos existente na 57ª Delegacia de Polícia Civil.

Dá-se à causa o valor de 1.100,00 (hum mil e cem reais).

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2021.

LUCIA HELENA SILVA BARROS DE OLIVEIRA
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Coordenadora de Defesa Criminal da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

ISABEL SCHPREJER
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Subcoordenadora de Defesa Criminal na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

RAFAELA SILVA GARCEZ
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Mandado de Segurança Criminal - Trancamento / Investigação Policial

Defensor Público: DEFENSOR PÚBLICC
Impetrado: 1
Mandado de Segurança

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Alberto Fraga

Em 25/02/2022

Sentença

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Tiago Vianna Gomes, em que se aponta como autoridade coatora a 57° Delegacia Policial de Nilópolis.

Narra a inicial que:

"Conforme a folha de antecedentes criminais acostada ao presente mandamus, o impetrante, ten sido, desde o ano de 2016, investigado pela suposta prática de crimes de roubo majorado en inquéritos policiais originados na 57ª Delegacia de Polícia Civil. Nesse ensejo, foi denunciado pelc Ministério Público pelo crime de roubo por 9 (nove) vezes, sendo 8 (oito) delas na Comarca de Nilópolis.

Atualmente, há 4 (quatro) processos ainda em andamento, portanto sem formação definitiva de culpa, e, nos 5 (cinco) casos já encerrados, o impetrante foi definitivamente absolvido.

Assim, tem-se que Tiago jamais foi considerado culpado, de maneira definitiva, por nenhuma infração penal sequer. Interessante observar que o móvel para as diversas denúncias retrata as mesmas características: persecução penal que se inicia em razão de reconhecimento fotográficc realizado em Delegacia, sem a observância dos ditames do artigo 226 do Código de Processc Penal; falta de apreensão de quaisquer bens das vítimas ou arma em posse do impetrante; inquérito policial iniciado em razão de portaria da autoridade policial e nenhum indício colhido, além do reconhecimento fotográfico."

A inicial veio instruída com os seguintes documentos: acórdão (fls. 26), mosaico de suspeitos (fls. 27/32), FAC do impetrante (fls. 33/46), ofício à 57° DP para que fosse excluída as fotos do impetrante do álbum de suspeitos (fls. 47/48), além de outros documentos.

Instado a se manifestar, o Ministério Público apresentou parecer (fls. 64/86), no qual sustenta: a) não haver prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado; b) erro na indicação da autoridade coatora; c) impossibilidade de concessão de tutela de evidência em mandado de segurança; d) ausência de requisitos para a concessão da tutela de evidência; e) ausência de

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
358
Certificado Eletronicamente

requisitos para a concessão de tutela liminar.

Diante do parecer ministerial, os autos foram novamente encaminhados para a Defensoria Pública, que se manifestou (fls. 94/102), aduzindo: a) que pretende tão somente a retirada da foto do álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia, razão pela qual é o delegado de polícia daquela unidade a autoridade coatora; b)ser possível a concessão de tutela de evidência em sede de mandado de segurança, com fulcro no artigo 311, IV do CPC/15; c) estarem presentes os requisitos para a concessão de tutela de urgência.

Os autos retornaram ao Ministério Público, que apresentou novo parecer (fls. 138/165), no qual alega: a) incompetência do juízo, uma vez que a providência pretendida teria efeitos para além do âmbito de atuação da autoridade coatora; b) decadência do direito líquido e certo alegado; c) inépcia da inicial por ausência de pedido de intimação da pessoa jurídica à qual se acha vinculada a autoridade coatora; d) inépcia da inicial por ilegitimidade da autoridade coatora; e) ausência dos requisitos para a concessão da liminar pleiteada, notadamente diante do fato de o réu ter sido absolvido diversas vezes por insuficiência probatória e ainda ter em curso ação penal, pendente de recurso, na qual foi condenado em 2ª instância pelo TJRJ.

Dada nova oportunidade para a Defensoria Pública se manifestar (fls. 172/174), essa que repisou seus argumentos já existentes nos autos.

Decisão em que foi concedida a liminar para determinar ao delegado de polícia da 57ª Delegacia de Polícia a exclusão da imagem de TIAGO VIANNA GOMES do cadastro de suspeitos, vedando-se, a exibição de sua fotografia em qualquer procedimento referente a qualquer crime em apuração e que fosse cometido dentro do limite territorial da Comarca de Nilópolis, sob pena de multa diária de R$ 1000,00 (fls. 176/185).

A fls. 219 o MP informou a interposição de agravo contra a decisão de fls. 176/185, acostando sua inicial aos autos.

Informações prestadas pela autoridade coatora a fls. 301/303, em que afirma, em síntese, que os procedimentos legais foram adotados pela 57° Delegacia de Polícia Civil, incluindo a exclusão da foto de Tiago Vianna Gomes do álbum de fotografia de suspeitos.

Parecer de mérito do Ministério Público, promovendo pela não concessão da ordem (fls. 334/345).

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR:

A questão versa sobre a possibilidade de manutenção da foto de determinada pessoa no álbum de suspeitos da delegacia de polícia, malgrado tratar-se de pessoa que não ostente condenações e que foi reiteradamente absolvida por este juízo em procedimentos onde se constatou que a exibição da foto do impetrante se deu ao arrepio da norma insculpida no artigo 226 do Código de Processo Penal.

De início, destaque-se que a preliminar de incompetência do juízo suscitada pelo Ministério Público já fora afastada, consoante decisão de fls. 176/186, ao fundamento de que o impetrante esclareceu pretender a retirada de sua foto tão somente do álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia. Desta maneira, é o Delegado Titular daquela delegacia a autoridade coatora a ser indicada no presente mandamus, uma vez que é ele o responsável pelas investigações em curso no aludido órgão, bem como pela administração das atividades ali desenvolvidas, estando ai inserida a criação, guarda e exibição do álbum de pessoas suspeitas da prática de crimes na região onde tem atribuição para atuar.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
359
Carimbado Eletronicamente

Aqui, reitero que não foi alegado e muito menos demonstrado que a foto do impetrante vem sendo exibida em diversas delegacias de polícia ou que decorre de ordem emanada do Secretário de Estado de Polícia Civil, fato esse que, se comprovado, poderia ensejar a necessidade de readequação da indicação da autoridade coatora. Tampouco é pretendida a retirada da foto do impetrante dos cadastros da SEPOL ou da SEAP, o que, igualmente, imporia o deslocamento da competência deste juízo.

Acrescente-se que é fato notório que o chamado álbum de suspeitos é criado em cada delegacia e abrange pessoas que supostamente teriam atuação naquela área. Por isso, não há que se falar em qualquer alcance da presente decisão para além da área vinculada à esfera de atuação da autoridade coatora apontada na inicial, na medida em que não há sequer notícia de que a foto do impetrante esteja inserida e venha sendo exibida em álbuns de suspeitos de outras delegacias de polícia e muito menos que venha sendo utilizada em algum tipo de procedimento de responsabilidade do Secretário de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Diante dos fundamentos acima exposto, tem-se por correta a indicação da autoridade coatora sendo este juízo o competente para o julgamento do presente writ. Na mesma esteira e diante dos mesmos fundamentos, não há que se falar em inépcia da inicial.

Já afasta, ademais, a prejudicial de mérito de decadência, na medida em que a foto do impetrante, até a decisão que deferiu a liminar nestes autos, seguia sendo exibida em diversos procedimentos investigativos, como comprova a documentação de fls. 103/130. Mais que isso, o pedido de retirada da foto do requerente foi feito através do ofício constante a fls. 47/48, o qual sequer foi respondido pela autoridade coatora, de forma que sequer teria se iniciado o prazo decadencial para a reivindicação do direito líquido e certo mencionado na inicial.

Passando à análise do mérito, tenho que o pano de fundo da presente demanda é a contraposição do direito individual à imagem e a aplicação do princípio da não culpabilidade, com o direito do Estado exercer o seu poder punitivo, iniciando suas ações através de uma investigação que leve à delimitação da autoria de determinado delito, cuja punição se pretenda.

Como se sabe, o direito à imagem constitui direito da personalidade, estando consagrado no artigo 5º, inciso X da Constituição da República, que dispõe:

"X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Grifos nossos

Da mesma forma, o artigo 20 do Código Civil trata do tema, assim estabelecendo:

"Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais." Grifos nossos

Portanto, da leitura dos dispositivos destacados, pode-se dizer que o direito à imagem constitui direito individual, com proteção feita pela legislação constitucional e infraconstitucional, sendo, em regra, inviolável, salvo de houver a autorização ou se necessário à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

Não se trata, contudo, de direito absoluto, sendo que, além das hipóteses previstas no artigo 20 do Código Civil, tem-se por certo que pode ser relativizado em situações "voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, jornalístico), no âmbito do espaço público, especialmente de pessoas que exerçam atividades públicas ou famosas, sempre se vedando o abuso (ilustrativamente, STJ,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

4ª turma, REsp 1.594.865, rel. min. Luiz Felipe Salomão, por unanimidade, j. 18.08.17)."

No caso da criação de álbum de suspeitos, não há nenhuma dúvida de que o direito à imagem pode ser relativizado. Assim, os órgãos responsáveis pela administração podem criar um álbum de suspeitos e utilizá-lo para fins de delimitação da autoria de determinados delitos, passando a exibir fotos a quem for capaz de fazer o ato de reconhecimento do objeto mostrado. E aqui, deve-se anotar que recentemente a jurisprudência vem avançando muito na forma de realização do reconhecimento fotográfico durante a fase inquisitiva, ocasião em que já se sedimentou a necessidade de aplicação do artigo 226 do Código de Processo Penal .

Por isso, deve ficar claro que não se pode buscar impedir que haja um álbum de suspeitos a ser utilizado pela polícia civil ou pelo Ministério Público. Entretanto, deve-se aprofundar na forma que esse é álbum é feito, estabelecendo-se critérios que permitam avaliar a legalidade das fotografias ali inseridas, perquirindo-se os motivos que levaram àquela inclusão e também se buscando maiores informações sobre o tipo de foto que foi utilizada, a forma que foi tirada, a fonte de sua extração e a data. E tudo isso para saber se o direito à imagem poderia, naquele caso concreto, ser relativizado, com a preponderância do direito estatal de punir e de preservar a ordem pública violada através da prática de um crime.

Note-se que a prática na justiça criminal tem revelado que boa parte das fotografias utilizadas para a criação do álbum de suspeitos são aquelas tiradas quando, por algum motivo, determinada pessoa é presa ou conduzida à delegacia. Assim, aquela pessoa é recolhida a uma sala na delegacia policial responsável pela lavratura do flagrante ou pelo cumprimento do mandado de prisão preventiva, temporária ou prisão pena e em seguida é tirada uma fotografia. Essa, por sua vez, é feita da cintura pra cima e, geralmente, com uma fita métrica ao fundo, de forma que possa se saber a altura daquele acusado. Em seguida, aquela foto é lançada no portal de segurança, passando a ser utilizada para fins administrativos pela polícia civil, pelo Ministério Público e pela Secretaria de Administração Penitenciária. Entretanto, ao passo que aquela foto passa a ser utilizada para fins administrativos, ela também passa a ser utilizada no álbum de suspeitos, o que, como se verá, não é legal.

Com efeito, o artigo 20 do Código de Processo Civil admite que a foto de determinada pessoa seja utilizada se necessário à administração da justiça. Assim, clara está a possibilidade de que o preso seja fotografado para que seja adequadamente identificado nos registros policiais e para que possa ingressar e ser movimentado através do sistema carcerário. Todavia, o artigo 13 da 13.869/19 (lei de abuso de autoridade) possui a seguinte disposição:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a:
I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
III - (VETADO);
III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: (Promulgação partes vetadas)
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

Portanto, cotejando o artigo 20 do Código Civil com o artigo 13, inciso II da lei de abuso de autoridade, tem-se que, em sede policial, ninguém pode, sem que assim autorize, ter sua imagem captada para fins de que seja utilizada como meio de prova contra si, ficando aí abarcada a impossibilidade de utilização daquela foto para fins de inclusão em álbum de suspeitos.

É claro que haverá quem diga que o próprio artigo 20 do Código Civil admite a possibilidade de utilização de determinada fotografia para fins de manutenção da ordem pública, o que inegável. Entretanto, uma interpretação sistemática, baseada na análise do próprio artigo 20 do Código Civil, aliado ao artigo 13 da lei 13.869/19 e baseado no texto constitucional, que consagrada os

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
361
Certificado Eletronicamente

princípios da presunção de não culpabilidade, do devido processo legal e da não autc incriminação permite afirmar que a foto de determinada pessoa tirada em sede policial somente pode ser utilizada em álbum de suspeitos se o fotografado expressamente assim autorizar e após ser informado de seu direito constitucional a não auto incriminação.

Aqui, anoto que a lei 12.037/09 disciplina a identificação criminal do civilmente identificado, sendo que o artigo 3º, inciso IV estabelece que:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
IV - a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
O artigo 5º do mesmo diploma legal ainda estabelece que:
Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.
Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Com efeito, a análise dos dispositivos em comento releva que, quando não for para fins estritamente administrativos, poderá haver a identificação criminal, que se dará através de processo datiloscópico e fotográfico e que poderá ocorrer se essencial às investigações policiais, desde que haja despacho da autoridade judiciária competente.

Neste sentido, é possível concluir que, somente mediante despacho fundamentado, que obedeça ao disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil e que, além de não violar o artigo 13,inciso III da lei 13.869/19, ainda contenha a expressa autorização do fotografado e sua ciência que tem o direito de não produzir prova contra si mesmo, pode a autoridade policial fazer a foto e passá-la a incluir em álbum de suspeitos.

Lembre-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para fins de interrogatório, ocasião em que reconheceu que a regra do artigo 260 do Código de Processo Penal não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Assim, se determinada pessoa não pode ser conduzida coercitivamente para fins de interrogatório a ser feito em juízo ou em sede policial; se o direito constitucional ao silêncio e a não autc incriminação deve ser sempre observado, é claro que o preso não pode ser obrigado a se permitir fotografar com vistas a, sem seu consentimento, ter sua foto inserida em álbum de suspeitos, passando a ser apresentada indistintamente a toda pessoa que vá até a delegacia de polícia se dizendo vítima de um crime.

Também merece destaque a lei 10.709/19 (Lei Geral de Proteção de dados), que disciplina "o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" Naturalmente, a imagem de determinada pessoa se enquadra na ideia de dado pessoal, razão pela qual goza da proteção legal trazida pela lei 10.709/19, onde se consagra a ideia de inviolabilidade da imagem.

E assim, tem-se que, apesar de o artigo 4º, inciso III, alínea "a" da dita lei dizer que ela não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de segurança pública, o §1º do mesmo artigo 4º dispõe que:

"§1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei."

Portanto, de acordo com a Lei Geral de Proteção de dados, a utilização de uma imagem para fins de segurança pública deve ser feita através de medidas proporcionais, com a observância do devido processo legal e com a garantia dos direitos do seu titular.

Com efeito, para além de todas as questões que já foram levantadas até aqui e diante da ausência de regulamentação específica, é necessário que a jurisprudência se encarregue de traçar requisitos para que uma foto possa ser incluída no álbum de suspeitos e possa ser considerada, pois somente assim estará sendo observado o devido processo legal.

Neste caminhar, tenho que é essencial que a criação do álbum de suspeitos seja tratada como ato administrativo da autoridade policial, sendo que toda foto que ali venha a ser inserida deve ter sua inserção baseada em decisão fundamentada, que observe o devido processo legal e na qual restem resguardados os interesses individuais envolvidos.

Note-se que a criação do álbum de suspeitos e a inserção de uma determinada foto neste álbum constitui verdadeiro ato administrativo de cunho decisório, razão pela qual deve obedecer a todos os requisitos dos atos administrativos. Por isso, a criação do álbum de suspeitos somente será válida se for emanada da autoridade competente, que deverá agir da forma prevista em lei, com a indicação da finalidade para a qual o ato se destina, os motivos que levaram àquele ato e o seu objetivo.

Não por menos o artigo 48 da lei estadual nº 5427/09, a qual "estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências" preceitua que:

Art. 48. As decisões proferidas em processo administrativo deverão ser motivadas, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I. neguem, limitem, modifiquem ou extingam direitos;
II. imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
(...)
IX. tenham conteúdo decisório relevante;
(...)
§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato e deverão compor a instrução do processo. Grifos nossos

Portanto, a criação de um álbum de suspeitos e a inserção de uma foto naquele álbum não pode ocorrer da maneira que vem sendo usualmente feita, isto é, sem qualquer critério ou sem qualquer controle. Ao contrário, ela deve decorrer de processo administrativo instaurado em atenção às normas legais supra mencionadas, de modo que se permita que haja o controle de legalidade do ato administrativo, a ser feito pela autoridade judiciária competente.

Apenas para exemplificar, dentre os inúmeros dados que devem constar no procedimento administrativo de criação de álbum de suspeitos e de inclusão de uma foto, tenho que a indicação da origem da foto é fundamental para análise da legalidade de sua inserção. E assim ocorre, pois além das usuais fotos tiradas quando alguém é preso em flagrante ou vai à delegacia de polícia, também há fotos decorrentes de compartilhamento de informações de inteligência entre outros órgãos estatais e que somente poderiam ser compartilhadas se houvesse requerimento expresso

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
363
Certificado Eletronicamente

de compartilhamento, devidamente fundamentado. Por outro lado, poderia a autoridade policial se valer de fotos obtidas através de fontes abertas, sobretudo em redes sociais ou através de fotos feitos em locais abertos ao público ou através de mecanismos de reconhecimento facial por inteligência artificial, as quais prescindiriam de autorização do investigado para que fossem captadas e utilizadas.

Por isso, no que se refere às fotos tiradas durante uma prisão em flagrante ou por ocasião de comparecimento em sede policial, nenhuma dúvida tenho que de sua inserção no álbum de suspeitos somente pode ocorrer se o investigado tiver autorizado que fosse fotografado, sabedor de que aquela foto poderia ser utilizada em procedimento investigativo. Caso contrário, a foto tirada em delegacia somente pode ser utilizada para fins de identificação do acusado na via administrativa da secretaria de Administração Penitenciária ou afins. E mais: se a autoridade policial não adverte o acusado de que sua foto poderá ser utilizada em procedimento investigativo e, apesar disso, faz a fotografia e a insere em álbum de suspeito, poderá incorrer no crime de abuso de autoridade, pois uma vez preso ou conduzido à delegacia, o investigado tem naturalmente reduzida sua capacidade de resistência ao ato. Afinal, quem irá esconder o rosto ou dizer que não permite ser fotografado estando sozinho e sem assistência jurídica em uma delegacia repleta de policiais que, por necessidade de sua profissão, devem estar armados?

Já no caso de fotografias extraídas dos sistemas de inteligência dos diversos órgãos estatais, é fundamental que seja possível aferir a forma que foram compartilhadas com a autoridade policial. Assim, deve constar dos autos o requerimento de compartilhamento, a fim de que se verifique se havia, de fato, procedimento instaurado e se o requerimento foi individualizado ou se foi feito se forma genérica e indiscriminada, com a violação de diversos direitos individuais. Bom exemplo disso seria o compartilhamento das fotos utilizadas nas carteiras de identidade das pessoas, as quais, no Rio de Janeiro, são armazenadas pelo Detran e que somente poderiam ser utilizadas em um álbum de suspeitos se a autoridade policial solicitasse, de forma fundamentada, o compartilhamento da imagem. Assim, não pode a autoridade policial simplesmente ingressar no sistema do Detran e obter todas as fotos de pessoas civilmente identificadas. Muito menos, pode o Detran compartilhar indistintamente seus arquivos de identificação civil com a Secretaria de Segurança ou com a Secretaria de Administração Penitenciária, uma vez que o compartilhamento de informações de inteligência depende de procedimento onde haja fundamentação idônea à prática daquele ato.

Já no que se refere às fotos extraídas de fontes abertas, tais como redes sociais, nenhuma dúvida há de que podem ser utilizadas pela autoridade policial, independentemente do consentimento do investigado. Afinal, se foi o próprio quem publicizou sua imagem, não pode invocar o direito à privacidade e intimidade em seu favor, pois assim estaria se aproveitando de sua própria torpeza. Entretanto, caso a autoridade policial queira quebrar o sigilo de dados de algum perfil de uma rede social, também terá que fazer o requerimento ao magistrado responsável por aquela demanda.

De toda sorte, seja no caso de fotografias obtidas através de fontes fechadas ou através de fontes abertas, é essencial que a autoridade policial em seu despacho fundamentado insira a data em que a foto foi tirada ou, no caso de fotos extraídas de redes sociais, caso essa data não esteja disponível, que faça constar a data da publicação da imagem.

Por último, deve ser traçado o limite para que uma foto possa ser utilizada. É claro que apesar do princípio da não culpabilidade ser princípio constitucional, a formação de álbum de suspeitos não pode ser feita meramente com fotos de quem tenha condenação transitada em julgado. Por outro lado, não pode haver a inserção aleatória de fotos e tampouco a inserção de foto de alguém que nunca tenha notícia de ter praticado um crime similar ao que se investiga.

Com efeito, é importante para a legalidade do ato administrativo de criação do álbum de suspeitos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
364
Carimbado Eletronicamente

e de inserção de uma fotografia que a autoridade policial fundamente por escrito e através de procedimento próprio a fundada suspeita que a fez concluir que aquela pessoa deva ter sua foto veiculada no álbum da delegacia. Assim, como já dito, não se pode abrir mão da fundamentação do ato administrativo e que sua motivação possa ser acessada não apenas pelos responsáveis pela investigação e seu controle, mas também pela defesa e pelo magistrado, cabendo a este último fazer o controle de legalidade daquele ato administrativo.

Apenas a título de exemplo, não pode a autoridade policial inserir no álbum de suspeitos da prática de crime de homicídio alguém que tenha sido acusado de crime de estelionato, pois nenhuma relação há entre os dois crimes. Caso opte por fazê-lo, deve expressamente revelar as razões que levaram àquela inserção de foto, sob pena de violação ao devido processo legal e ao princípio da não culpabilidade.

De igual forma, não pode a autoridade policial manter no álbum de suspeitos alguém que foi absolvido em sentença penal transitada em julgado e que não tenha contra si qualquer processo devendo, neste caso, fazer a retirada da fotografia eventualmente existente no álbum, eis que o motivo ensejador do ato administrativo não existirá mais, aplicando-se para tanto a teoria dos motivos determinantes.

Neste ponto específico, tenho que seria de suma importância que o legislador se incumbisse de aprimorar o alcance do acesso e utilização de dados referentes a processos penais, de forma que determinada pessoa que porventura tenha sua foto nos cadastros dos órgãos de persecução pudesse mais facilmente postular a retirada de seus dados, evitando o seu compartilhamento e exibição de forma aleatória e indiscriminada.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que a formação do álbum de suspeitos e a inserção de fotos nesse álbum deve ser vista como ato administrativo, através do qual a autoridade policial, mediante decisão fundamentada, deverá aclarar os elementos que criaram a fundada suspeita de que aquela pessoa cuja foto se inseriu possa ser a autora de determinada espécie de crime, sendo que, nos casos de fotos extraídas de fontes fechadas, a foto deverá ser veiculada mediante autorização do fotografado, ocasião em que deverá haver o respeito aos princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade, dispensada tal autorização na hipótese de fotografias extraídas de fontes abertas, devendo, em qualquer hipótese, haver a indicação da data da foto ou de sua publicação e a forma pela qual foi obtida, ficando as razões do ato administrativo disponíveis para consulta junto à delegacia de polícia, conferindo ao álbum de suspeitos o mesmo acesso que é dado aos inquéritos policiais, inclusive com a possibilidade de requisição dos registros e das razões do ato durante o processo criminal em curso no juízo natural da causa, a fim de que haja o controle de legalidade do ato administrativo.

Feitas todas essas ponderações, passo ao caso concreto. De plano, cumpre destacar que foi negado provimento ao agravo interposto pelo Mistério Público contra a decisão que concedeu a tutela de evidência.

De igual modo, não há nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora qualquer elemento capaz de elidir os fundamentos da decisão que concedeu a tutela, limitando-se a autoridade policial a discorrer sobre a alegada correção dos reconhecimentos fotográficos levados a efeito na 57ª Delegacia de Polícia.

Com efeito, analisando-se os documentos juntados aos autos pela parte autora e aliando-se a isso o fato de que este magistrado é titular da única Vara Criminal da Comarca de Nilópolis, tendo julgado e absolvido o impetrante em diversas oportunidades, sendo que algumas delas foram colacionadas a fls. 123/128, percebe-se que a foto do impetrante seguia - até a ordem de retirada emanada destes autos - sendo reiterada e aleatoriamente veiculada pela autoridade coatora no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia Policial, mesmo após as diversas absolvições feitas por

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
365
Carimbado Eletronicamente

este juízo e também após a decisão dada pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 619.327/RJ, ocasião em que foi reconhecida a ilegalidade nos atos de reconhecimento do impetrante.

Note-se que a foto do acusado que é estampada no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia Policial não possui a indicação de onde foi retirada e tampouco a data em que foi feito o registro. Muito menos há qualquer menção de que o impetrante tenha consentido que aquela foto fosse retirada e viesse a ser compartilhada para fins de investigação penal.

A análise da FAC do impetrante indica que esse foi preso em flagrante uma única vez, sendo que tal fato ocorreu no dia 11.07.16. Assim, é bastante provável que a foto tenha sido obtida nesse dia motivo pelo qual não há motivo para que, quase 05(cinco) anos depois, a mesma foto siga sendo apresentada no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia.

Mas não é só. Ainda de acordo com a FAC do impetrante, esse foi absolvido por sentença transitada em julgado da imputação de receptação oriunda de sua prisão em flagrante, tendo aquela decisão transitado em julgado em 27.02.2020. Ademais, o impetrante foi absolvido diversas vezes por este juízo das acusações de roubo que decorreram do reconhecimento da foto inserida no álbum de suspeitos da 57ª delegacia de polícia.

A autoridade policial, tampouco o órgão ministerial, lograram apresentar justificativa idônea acerca da indagação de qual crime o Sr. TIAGO VIANNA GOMES é suspeito e por qual motivo sua foto ainda continua a ser exibida no álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia, mesmo após a solicitação de retirada feita pela Defensoria Pública. Tampouco foi esclarecido o critério adotado pela autoridade policial para tanto, assim como se álbum de suspeitos individualiza o crime do qual é pessoa é suspeita ou é apresentado indistintamente para qualquer vítima de qualquer crime.

Aqui, anoto que em julgamentos nesta comarca, já pude constatar que a foto do Sr. TIAGO VIANNA GOMES foi inserida até mesmo no mosaico de suspeitos de prática de crimes sexuais, sendo que, como bem mostram os mosaicos que instruem o presente mandado de segurança e os mosaicos de fls. 129/130, sua foto é exibida em diversos procedimentos, inclusive para fatos ocorridos no ano corrente, isto é, quase 05(cinco) anos após a foto de TIAGO ter sido tirada.

Acrescento, também, que embora não tenha sido possível, através deste processo, se ter absoluta certeza sobre a forma de inserção das fotos do impetrante no álbum de suspeitos, certo é que ao longo da carreira deste magistrado nunca verifiquei que alguém foi fotografado em sede policial mediante a assinatura de termo de consentimento e após ser informado sobre a possibilidade de se recusar e de não se auto incriminar. Da mesma forma, nunca tive conhecimento de que a criação do álbum de suspeitos de uma delegacia seja feita através de procedimento próprio e pormenorizado e que a inserção de uma foto tenha alguma formalidade ou muito menos motivação, ainda que sucinta.

Assim, é bastante provável que esse seja o caso de TIAGO, cuja foto constante no presente procedimento atende ao padrão clássico, consistindo em registro feito por ocasião de uma prisão em flagrante e para fins administrativos e que, sem o consentimento da pessoa e sem qualquer despacho fundamentado da autoridade policial acaba sendo inserida no álbum de suspeitos da delegacia, ali permanecendo por anos a fio.

Por oportuno, anoto que, dentre os inúmeros processos que o impetrante já respondeu, ainda há um onde ainda corre risco de ser condenado, não obstante tenha sido absolvido por este magistrado. E isso porque, no processo nº. 0019281-62.2019.8.19.0036, após ser absolvido em primeira instância, o impetrante foi condenado por 2 votos a 1 em 2ª instância. Assim, pendente está o julgamento de embargos infringentes, ocasião em que é possível que a sentença absolutória deste magistrado seja restabelecida.

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
366
Carimbado Eletronicamente

De toda sorte, o aludido processo apenas revela o tamanho do risco ao qual o impetrante vem se submetendo, dia após dia, e em razão do ilegal atuar da autoridade coatora. Ora, o impetrante é uma pessoa negra, de baixa renda e com características físicas similares a tantas outras pessoas que são igualmente negras e de baixa renda e que, por circunstâncias da vida, se envolvem em práticas criminosas.

Por isso, é natural que a exibição indistinta de sua foto nos inúmeros inquéritos policiais em curso na 57ª Delegacia de Polícia implicará, em muitas vezes, no seu reconhecimento fotográfico. E o mesmo poderia ocorrer com qualquer pessoa parecida com o impetrante, pois a falibilidade da memória humana, aliada à inobservância das normas processuais penais pela autoridade policial e à falta de investigação adequada do fato criminoso naturalmente levará a vários reconhecimentos ilegais, fazendo com que o impetrante siga, pelo resto de sua vida, respondendo a processos por roubo. E aí, naturalmente, em algum momento será reconhecido também em juízo e talvez condenado por quem não tem uma visão mais ampla do seu caso e está distante da Comarca, acreditando que o reconhecimento baseado em uma foto de 2016 e através da palavra exclusiva da vítima possa ser idôneo para condenação de quem reiteradamente foi declarado inocente.

Entretanto, a condenação do impetrante no processo nº 0019281-62.2019.8.19.0036 nada mais é do o infeliz resultado decorrente da materialização das arbitrariedades que o impetrante vem sofrendo em razão do ilegal atuar da autoridade coatora. E isso porque a cada exibição ilegal da foto do impetrante, esse se vê inserido involuntariamente em uma brincadeira de roleta russa. E nesse tipo de brincadeira, em algum momento o desfecho é trágico.

Pelas razões expostas, concluo pela existência do direito do Impetrante de ter sua foto excluída do álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia afirmado pelo(a) demandante (artigo 300, caput CPC), confirmando-se a liminar concedida.

Posto isso, julgo procedente o pedido, para conceder a ordem, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida, para determinar que o delegado de polícia da 57ª Delegacia exclua a imagem de TIAGO VIANNA GOMES do cadastro de suspeitos da da 57ª Delegacia de Polícia Civil, vedando-se, por consequência lógica, a exibição de sua fotografia em qualquer procedimento referente a qualquer crime em apuração e que tenha ocorrido dentro do limite territorial da Comarca de Nilópolis.

Intimem-se o Impetrante, a Defensoria Pública, o Ministério Público e o Ilmo. Delegado titular da 57ª Delegacia de Polícia.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

P.I.

Nilópolis, 28/03/2022.

Alberto Fraga - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Alberto Fraga

Em ____/____/_____

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
367
Carimbado Eletronicamente

Código de Autenticação: **4AEA.N49D.9JVA.L4B3**
Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ
110 ALBERTOFRAGA
ALBERTO FRAGA:29846
Assinado em 29/03/2022 13:39:43
Local: TJ-RJ

Apelação Criminal nº 0006376-54.2021.8.19.0036

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Apelado: TIAGO VIANNA GOMES
Relator: DESEMBARGADOR PETERSON BARROSO SIMÃO

A C Ó R D Ã O

APELAÇÃO CRIMINAL. Mandado de Segurança. Pleito de retirada de imagem fotográfica em álbum de suspeitos na 57ª Delegacia de Polícia Civil – Nilópolis. Afirmação de que foram abertos 9 processos criminais com base em reconhecimento fotográfico, com vulneração da presunção de inocência, do devido processo legal e da imagem do investigado. Sentença que concede a segurança afirmando que a autoridade policial necessita fundamentar a inclusão do investigado em álbum de fotografias de suspeitos e que deve haver a anuência do investigado para tanto, sob pena de fazer prova contra si mesmo. Apelação do Ministério Público com preliminar de ausência de prova pré-constituída e, no mérito, por entender que não houve desobediência ao art. 226 do CPP, havendo duas condenações contra o impetrante. Preliminar de ausência de prova pré-constituída que se afasta uma vez que foram juntadas provas suficientes para analisar se há o direito líquido e certo alegado. No mérito, a sentença deve ser mantida, porém com outro fundamento. A jurisprudência do STF e do STJ está firmada pela invalidade do reconhecimento fotográfico sem a observância das formalidades do art. 226 do CPP. Como o álbum de fotografia de suspeitos criado em delegacia policial tem a finalidade de fazer o reconhecimento pelas vítimas ou testemunhas de crime, o não atendimento dos ditames do art. 226

PETERSON BARROSO SIMAO:15631
Assinado em 05/10/2022 13:56:26
Local: GAB. DES PETERSON BARROSO SIMAO

do CPP leva à ilegalidade deste tipo de finalidade. O art. 5º da Lei 12.037/09 permite o procedimento fotográfico para fins de inquérito, processo ou investigação. Logo a fotografia deve ficar restrita a estes fins, não podendo ser utilizada para publicação a fim de veicular às vítimas ou testemunhas de crimes eventuais reconhecimentos que podem gerar falsas memórias ou erros judiciários como já reconhece a jurisprudência dos tribunais superiores, ainda mais quando não há outras provas de autoria. Do mesmo modo, a LGPD garante legislação específica para tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública ou investigação e repressão a infrações penais, que deverá levar em consideração medidas proporcionais e em conformidade com os princípios gerais de proteção e garantia de direitos fundamentais. Presente a ilegalidade e o direito líquido e certo. Vulneração no caso concreto da presunção de inocência, do devido processo legal e do direito à imagem, à intimidade e à privacidade. Concessão da segurança que se mantém, porém com outro fundamento. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº. **0006376-54.2021.8.19.0036**, cujo Apelante é **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e Apelado **TIAGO VIANNA GOMES**,

A C O R D A M os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **por unanimidade**, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em mandado de segurança

proposto por TIAGO VIANNA GOMES em face de EXMO. SR. DR. DELEGADO DE POLÍCIA DA 57ª DELEGACIA DE POLÍCIA CIVIL DE NILÓPOLIS.

Argumenta o impetrante que a autoridade coatora o incluiu em álbum de fotografias de suspeitos pela suposta prática de crimes de roubo majorado, vindo a ser denunciado 9 vezes. Afirma que há ainda 4 processos pendentes e 5 em que foi absolvido em razão de reconhecimento fotográfico com inobservância dos procedimentos do art. 226 do CPP sem nenhum outro indício ou prova. Sustenta que o caso foi amplamente noticiado na mídia após ter sido absolvido pelo STJ, já que vem passando por intenso sofrimento sem ter cometido crime algum apenas por constar de álbum de fotografias de suspeitos na delegacia de polícia indicada. Menciona que sua foto foi incluída neste álbum após ter sido acusado de receptação em 2016, tendo sido absolvido e que a Defensoria Pública já pleiteou a retirada de sua foto diretamente à autoridade coatora sem obter êxito ante a omissão de resposta. Aponta que o STJ tem amplamente reconhecido a nulidade do reconhecimento fotográfico sem as formalidades do art. 226 do CPP em sua jurisprudência e que o impetrante sofre violação do princípio da presunção de inocência, ainda mais quando está envolvida a questão da discriminação racial, acarretando seletividade penal. Defende que não há previsão legal para álbum de suspeitos, o que fragiliza tal prova, que não pode violar princípios constitucionais e direitos fundamentais, não sendo o poder discricionário da Administração Pública ilimitado de modo a causar prejuízo ante o uso abusivo da imagem do impetrante, não estando evidenciada a conveniência e a oportunidade da manutenção desta fotografia em álbum de suspeitos, gerando risco de prisões preventivas indevidas, condenações equivocadas e erros judiciários. Salienta que a Lei 12.037/09 regulamenta tal prova em relação à identificação civil por processo fotográfico, mas não a previu para fins investigatórios. Aduz haver coação ilegal e direito líquido e certo à retirada de sua fotografia do álbum de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia Civil de Nilópolis. Requer liminar para determinar a exclusão da imagem do impetrante do cadastro de suspeitos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, notadamente do álbum de suspeitos existente na 57ª Delegacia de Polícia Civil com confirmação e concessão da segurança ao final.

Manifestação do Ministério Público (ind. 64) com preliminar de inadmissibilidade da ação por ausência de prova pré-constituída. Suscita ainda preliminar de erro na indicação da autoridade coatora. Afirma ainda descaber tutela de evidência em mandado de segurança, sendo cabível apenas a tutela de urgência, pelo que o requerimento liminar deve ser afastado por ausência de requisitos, argumentando que o STJ tem mantido o procedimento do reconhecimento fotográfico e que, no caso concreto, o art. 226 do CPP foi

respeitado, inexistindo invalidade quando corroborado por outras provas da investigação. Sustenta que o ato administrativo possui presunção de legalidade e que a retirada da foto impedirá qualquer investigação, sendo que as absolvições não decorrem da nulidade do reconhecimento fotográfico, mas da insuficiência de outras provas que o ratifiquem. Aduz que não se pode proibir o reconhecimento fotográfico, mas dotar o processo de provas suficientes para o julgamento, inexistindo urgência na apreciação da liminar. Opina pelo não conhecimento do mandado de segurança ou pela emenda da inicial ou pelo indeferimento da liminar.

Manifestação da Defensoria Pública em réplica sobre as preliminares (ind. 94) com juntada de novos documentos (ind. 103-130).

Nova manifestação do Ministério Público (ind. 138) com preliminares de incompetência absoluta do juízo, de decadência e de inépcia da inicial, por falta de indicação da representação jurídica da autoridade coatora, por ilegitimidade da autoridade coatora e por inexistência de indicação do réu. Indica a impossibilidade de manifestação sem a notificação da autoridade coatora, não havendo *fumus boni juris* e *periculum in mor*a para a liminar, reiterando os argumentos anteriores.

Nova manifestação da Defensoria Pública (ind. 172).

Decisão pelo afastamento das preliminares de incompetência, de decadência e de inépcia da inicial e pela concessão da liminar (ind. 176 e 190).

Agravo de instrumento (ind. 219-273).

Indeferimento de oitiva da representação jurídica da autoridade coatora (ind. 290).

Informações da autoridade coatora (ind. 301).

Parecer do Ministério Público (ind. 334) em que sustenta a legalidade do álbum de fotografias como meio de prova, inexistindo desvio de conduta dos agentes de segurança pública envolvidos. Entende que não se pode reconhecer aprioristicamente que o procedimento do reconhecimento fotográfico gerará falsas memórias, não existindo razão lógica para que a vítima não pudesse reconhecer o autor do fato em álbum fotográfico. Narra que o STJ continua a permitir o procedimento, devendo ser feita uma distinção em relação ao presente caso concreto, pois neste, o art. 226 do CPP foi respeitado ante a utilização de mosaico de fotos, impondo-se apenas a

ratificação posterior. Informa que deve haver provas posteriores que corroborem o reconhecimento e que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, reiterando os argumentos expendidos na manifestação sobre a liminar, acrescendo não haver necessidade de anuência do investigado quanto à inclusão em álbum de suspeitos. Opina pela não concessão da segurança.

Notícia de desprovimento do agravo de instrumento (ind. 349).

Sentença de procedência (ind. 357) em que se reconheceu a possibilidade de criação do álbum de suspeitos e de relativização do direito à imagem do investigado. Entendeu, contudo, que a fotografia retirada para fins investigatórios não pode ser incluída em álbum de suspeitos, pois a utilização de foto sem autorização é produção de prova contra si mesmo, constituindo abuso de autoridade. Sustentou que a lei de identificação civil permite a fotografia para fins de investigação criminal, mas para inclusão em álbum de suspeitos deve haver, além de autorização do investigado, despacho fundamentado, e que a LGPD prevê que a utilização de imagens para segurança pública deve preservar a proporcionalidade, o devido processo legal e as garantias de direitos do titular. Compreendeu que, como ato administrativo, a inclusão no álbum deve ser motivada. Concluiu que a foto do investigado não possui a indicação de onde foi tirada ou a data do registro ou menção a seu consentimento para fins de investigação criminal, não havendo justificativa idônea da autoridade coatora para a manutenção da fotografia em álbum de suspeitos nem quanto ao critério adotado, reconhecendo o risco a que o impetrante vem sendo submetido e que eventual condenação é materialização de arbitrariedades que vem sofrendo, havendo direito líquido e certo a ser resguardado. Confira-se o dispositivo:

> Posto isso, julgo procedente o pedido, para conceder a ordem, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida, para determinar que o delegado de polícia da 57ª Delegacia exclua a imagem de TIAGO VIANNA GOMES do cadastro de suspeitos da 57ª Delegacia de Polícia Civil, vedando-se, por consequência lógica, a exibição de sua fotografia em qualquer procedimento referente a qualquer crime em apuração e que tenha ocorrido dentro do limite territorial da Comarca de Nilópolis.

Apelação do Ministério Público (ind. 400) em que reitera a preliminar de ausência de prova pré-constituída. No mérito, alega ser legal o procedimento de inclusão de fotos de suspeitos em álbum de fotografias, reiterando o parecer do índice 334. Requer a reforma da sentença com a denegação da ordem.

Contrarrazões do impetrante (ind. 428).

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do recurso (ind. 455).

É o relatório. Passo à fundamentação.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Trata-se de apelação em mandado de segurança com vistas a determinar a exclusão da imagem do impetrante do álbum fotográfico de suspeitos existente na 57ª Delegacia de Polícia Civil de Nilópolis.

Sustenta o impetrante que vem sofrendo prejuízos diante de reconhecimento fotográfico em delegacia de polícia que lhe imputa crime de roubo majorado, já tendo sido alvo de 9 processos criminais, estando quatro em andamento e cinco com absolvição, por inobservância dos procedimentos do art. 226 do Código de Processo Penal. Afirma, outrossim, que seu caso foi noticiado na mídia, havendo violação ao princípio da presunção de inocência e uso abusivo de sua imagem, não estando evidenciada a conveniência e a oportunidade da manutenção desta fotografia em álbum de suspeitos, gerando risco de prisões preventivas indevidas, condenações equivocadas e erros judiciários.

A autoridade coatora limitou-se a informar que a fotografia já foi excluída do álbum de suspeitos.

Já o Ministério Público opinou pela denegação da segurança, sustentando que o procedimento é legal e que o STJ continua a permiti-lo. Mencionou ainda que o caso é de distinção, pois não houve descumprimento das formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal no caso concreto, que exige ratificação em outras provas. Aduziu que os atos administrativos possuem presunção de legalidade e que não há necessidade de anuência do investigado em inclusão de álbum de suspeitos.

A sentença, por sua vez, reconheceu o direito líquido e certo do impetrante por entender que a fotografia não pode servir de prova contra si mesmo, necessitando de autorização do investigado para que seja incluída em álbum de suspeitos. Informou ainda a necessidade de motivação e despacho

fundamentado da autoridade policial para inclusão de fotografia de investigados no álbum.

O Ministério Público então recorreu, suscitando preliminar de ausência de prova pré-constituída e, no mérito, reiterando os argumentos de seu parecer final.

Em contrarrazões, o impetrante defendeu a manutenção da concessão da segurança.

Já a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso, a fim de que se reconheça a inexistência de prova pré-constituída. No mérito, compreendeu que não há necessidade de autorização para a inclusão da fotografia em álbum de suspeitos, não havendo direito líquido e certo, indicando que a LGPD não se aplica ao caso concreto, não havendo legislação específica que regulamente o tratamento de dados pessoais para fins de investigação penal ou de segurança pública, não podendo o Judiciário substituir o legislador e impor às autoridades policiais convicções pessoais sem amparo legal. Narra que o impetrante foi reconhecido em outras duas ações, havendo condenações e que não se pode confundir o direito de não ser investigado sem as formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal com o direito a não ser submetido por identificação em fotografia constante de álbum de suspeitos, devendo prevalecer o interesse público.

A questão posta a julgamento, portanto, é relativa à existência de direito líquido e certo à retirada de imagem fotográfica de álbum de suspeitos constante de delegacia de polícia civil e que vem servindo como indutor de inquéritos policiais criminais para o impetrante, com decretação de prisão preventiva e até condenação penal.

O mandado de segurança visa a proteger direito líquido e certo de pessoa em risco de violação ou em receio de sofrê-la por ato ilegal ou por abuso de poder proveniente de autoridades com múnus público. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência são assentes quanto à necessidade de haver prova pré-constituída do direito líquido e certo a ser discutido.

Assim, inicialmente, no que tange à preliminar de ausência de prova pré-constituída, esta deve ser rejeitada com base nos fundamentos a seguir.

O impetrante alega que a violação de seu direito é pertinente ao princípio de presunção de inocência e do devido processo legal. Para tanto,

juntou cópias de acórdão do STJ em que foi absolvido referente a uma das condenações com base apenas no reconhecimento fotográfico, o que foi considerado falho (índice 26 e 49). Juntou ainda cópias dos mosaicos de fotos em seis procedimentos investigatórios da 57ª Delegacia de Polícia Civil (índice 27), a FAC (índice 33) e ofício da Defensoria Pública encaminhado à 57ª Delegacia de Polícia Civil (índice 47).

Advertido pela manifestação do Ministério Público que opinava pela negativa da liminar, o impetrante também acostou aos autos os seguintes documentos: assentadas com depoimentos de várias instruções criminais e sentenças relativas a cinco processos, além de novos mosaicos de fotos (ind. 103 a 130).

Embora, realmente, não conste dos autos as duas eventuais condenações sofridas, sabe-se que uma delas foi desconstituída pelo STJ, como já esclarecido pelo próprio impetrante. Por sua vez, o próprio Ministério Público informou o resultado da outra condenação, havendo pendência de julgamento de embargos infringentes, ante votos divergentes no acórdão da apelação, exatamente em relação à possível precariedade do reconhecimento fotográfico. Tais embargos infringentes encontram-se pendentes de julgamento.

Frise-se que a eventual retirada da imagem não influenciará o julgamento dos embargos infringentes, já que são questões diferentes decididas em juízos também diversos.

Portanto, com as provas documentais constituídas nos autos é possível extrair se há ou não direito líquido e certo para o impetrante na forma pretendida, motivo pelo qual a preliminar é rechaçada.

No mérito, a discussão deve restringir-se a saber se o ato de inclusão da fotografia do impetrante, ora apelado, em álbum de suspeitos em delegacia de polícia é ilegal ou foi realizado com abuso de poder, gerando violação da presunção de inocência e do devido processo legal.

Verifica-se que a inclusão da fotografia do impetrante gerou, como por ele indicado, 9 processos criminais, todos com base em autoria por mero reconhecimento fotográfico sem a observância das formalidades legais previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, diferentemente do afirmado pelo Ministério Público, mesmo que aquele em que a condenação foi mantida tenha entendido pelo suprimento pela via do reconhecimento judicial.

A respeito do dispositivo legal supracitado, a jurisprudência dos tribunais superiores vem se firmando pela nulidade desta prova quando não atendidas as prescrições legais ali previstas. Confira-se o seguinte precedente analisado pelo STF recentemente:

> Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. **Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de "mera recomendação". Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, 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 e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.** Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria.
> (**RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022**)

No STJ, a matéria vem sendo constantemente veiculada em seus julgados, tendo, a princípio, o Tribunal da Cidadania abrandado os rigores do art. 226 do Código de Processo Penal para, atualmente, admitir, expressamente, a invalidade da prova sem que sejam observados os ditames legais para o reconhecimento pessoal. Observem-se os seguintes paradigmas:

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR

ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.
2. 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, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.
3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.
4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.
5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, consequentemente, de graves injustiças.
6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com

destaque para a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, II).
7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado.
8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo "processualmente admissível e válido" (Figueiredo Dias).
9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências do suposto reconhecimento - sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo - ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado.
10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.
11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito - conforme reconheceu o Magistrado sentenciante - emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância).
12. 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.
13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.
(**HC n. 598.886/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe de 18/12/2020**.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDA UNICAMENTE COM BASE EM RECONHECIMENTO EFETUADO PELA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.
1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas

corpus. (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)
2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017). Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.
3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa".
4. **Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).**
5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.
6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de

reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.
7. Caso concreto: situação em que a autoria de crime de roubo foi imputada ao réu com base exclusivamente em reconhecimento fotográfico e pessoal efetuado pela vítima em sede policial, sem a observância dos preceitos do art. 226 do CPP, e muito embora tenha sido ratificado em juízo, não encontrou amparo em provas independentes. Configura induzimento a uma falsa memória, o fato de ter sido o marido da vítima, que é delegado, o responsável por chegar à primeira foto do suspeito, supostamente a partir de informações colhidas de pessoas que trabalhavam na rua em que se situava a loja assaltada, sem que tais pessoas jamais tenham sido identificadas ou mesmo chamadas a testemunhar. Revela-se impreciso o reconhecimento fotográfico com base em uma única foto apresentada à vítima de pessoa bem mais jovem e com traços fisionômicos diferentes dos do réu, tanto mais quando, no curso da instrução probatória, ficou provado que o réu havia se identificado com o nome de seu irmão. Tampouco o reconhecimento pessoal em sede policial pode ser reputado confiável se, além de ter sido efetuado um ano depois do evento com a apresentação apenas do réu, a descrição do delito demonstra que ele durou poucos minutos, que a vítima não reteve características marcantes da fisionomia ou da compleição física do réu e teve suas lembranças influenciadas tanto pelo decurso do tempo quanto pelo trauma que afirma ter sofrido com o assalto.
8. Tendo a autoria do delito sido estabelecida com base unicamente em questionável reconhecimento fotográfico e pessoal feito pela vítima, deve o réu ser absolvido.
9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente.
(**HC n. 652.284/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 3/5/2021**.)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.
1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos

formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) 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; 1.2) 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; 1.3) 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 com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) 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.

2. **Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.**

3. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.

4. Em julgamento concluído no dia 23/2/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC n. 206.846/SP (Rel. Ministro Gilmar Mendes), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a

condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, 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 e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório.

6. Mais ainda, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento - tornando-o viciado - ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.

7. **Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o show-up (conduta que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.**

8. Em verdade, o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato,

as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos, aspectos geográficos etc.), a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc.

9. Sob um processo penal de cariz garantista (é dizer, conforme aos parâmetros e diretrizes constitucionais e legais), busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

10. **Adotada, assim, a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, é de se refutar que essa prova tão importante seja produzida de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias.**

11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

12. Sob tal perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a "utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente" (Ferrer-Beltrán).

13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal.

14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida - "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) -, mas a própria

> legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa preocupante realidade quanto ao reconhecimento pessoal de suspeitos. Práticas como a evidenciada no processo objeto deste writ só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do Ministério Público - a quem, como fiscal do direito (custos iuris), compromissado com a verdade e com a objetividade de atuação, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas - quanto do próprio Poder Judiciário, ao validar e acatar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.
> 15. Sob tais premissas e condições, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos.
> 16. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo n. 0014552-59.2019.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes - RJ, ratificada a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.
> (**HC n. 712.781/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022**.)

Desta maneira, considerando que a inobservância das formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal gera a invalidade dos atos de reconhecimento fotográfico em sede policial, ainda mais quando se trata de única prova a ensejar a condenação criminal, deve-se entender que o procedimento de reunião de fotos de suspeitos em álbum fotográfico para fins de reconhecimento sem que a prescrição legal seja atendida é ato também ilegal. E isto decorre do fato de que o fim pretendido pelo ato administrativo é, por si só, inválido, já que se direciona a não observar os preceitos legais do processo penal, ainda que o reconhecimento fotográfico seja dimensionado pela modalidade de mosaico de fotos.

Como bem ressaltado na jurisprudência acima mencionada, as fotografias nunca dão a dimensão real de uma pessoa, ainda mais quando ela não está totalmente definida no álbum. Não é por outro motivo que a própria lei exige que o depoente preste declarações sobre os caracteres físicos da pessoa a ser identificada antes de realizar o reconhecimento. E esta é a razão também pela qual a norma jurídica estipula a necessidade de o

reconhecimento ser realizado na forma pessoal e na presença de pessoas parecidas com o investigado.

Apesar destas colocações, o nobre magistrado sentenciante adentrou em questões sobre a forma como as identificações policiais devem ser realizadas, o que não parece ter sido objeto do processo. Até porque não é desarrazoado que a polícia trabalhe com álbum de suspeitos sem a anuência dos investigados.

O que é desproporcional e desconforme com a legalidade e com as garantias e direitos fundamentais é que este álbum seja tornado público de modo a ser utilizado pelos policiais para análise pelas vítimas ou testemunhas de crimes de possíveis identificações com intuito de reconhecimento e induzimento à autoria, as quais podem, no entender da jurisprudência dos tribunais superiores acima apontada, causar falsas memórias e possíveis erros judiciários.

Importante destacar que, da forma como a segurança foi concedida, concluir-se-ia pela necessidade de anuência do investigado em sua inclusão em álbum fotográfico de suspeitos, o que, na prática, faria com que tal procedimento deixasse de existir, pois qual investigado permitiria a inclusão de sua imagem para essa finalidade?

De outra sorte, não parece haver necessidade de fundamentação para a inclusão pela autoridade policial de fotografias em cadastros de suspeitos em relação aos investigados.

Neste ponto, por oportuno, o art. 5º da Lei 12.037/09 permite o processo fotográfico para fins de identificação criminal, o que não pode ser estendido, entretanto, para o fito de reconhecimento por parte da vítima ou testemunha de crimes. Esta fotografia, contudo, pode ser utilizada para o inquérito, para o próprio processo ou para investigações policiais. Jamais, repita-se, para fins de reconhecimento na forma do art. 226 do Código de Processo Penal.

Já a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/18, como bem apontado pela Procuradoria de Justiça, não se aplica para tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de segurança pública ou atividades de investigação ou repressão a infrações penais, na forma do art. 4º da indigitada norma jurídica. E o § 1º deste mesmo art. 4º menciona, expressamente, que este tratamento de dados se dará por legislação específica com medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público,

observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

Logo a orientação é a de preservação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual a interpretação direcionada ao reconhecimento pessoal é aquela que melhor se coadune com o asseguramento da presunção de inocência, do devido processo legal e da intimidade e privacidade do envolvido.

Ressalve-se que o impetrante, como demonstrado em sua inicial, teve seu caso divulgado pela mídia televisiva, impressa e digital do país em caso emblemático de utilização de registro fotográfico em sede policial como único meio de prova da autoria de crimes de roubo majorado, fato que foi reconhecido em sede de *habeas corpus* junto ao STJ.

Forçosa a conclusão, portanto, de que a publicação de álbuns fotográficos de suspeitos de crimes para possíveis vítimas ou testemunhas destes traduz-se em ilegalidade que vulnera os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal e viola o direito à imagem, à privacidade e à intimidade.

Dessa forma, a sentença deve ser mantida, ante a concessão da segurança, porém com o fundamento supramencionado, sendo possível e legal a elaboração do álbum fotográfico de suspeitos sem a anuência do investigado, vedada, entretanto, sua publicação para vítimas ou testemunhas de infrações penais com a finalidade de reconhecimento com a finalidade de afastar a forma preconizada pelo art. 226 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**. Mantém-se a sentença, porém com o fundamento supramencionado.

Rio de Janeiro, data da assinatura eletrônica.

Desembargador **PETERSON BARROSO SIMÃO**
Relator

PARECERES

voltar ao sumário

PARECER DO CEJUR QUE SUBSIDIOU ATUAÇÃO EXITOSA DA COORDENAÇÃO CÍVEL, LOGRANDO REVERTER DETERMINAÇÃO TERATOLÓGICA DE ARQUIVAMENTO DE EXECUÇÃO

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor Público no estado do Rio de Janeiro
Diretor-Geral do Centro de Estudos Jurídicos
Professor adjunto de direito processual civil da Faculdade de Direito da UERJ
Mestre em direito da cidade e doutor em direito processual pela UERJ
E-mail: jose.sousa@defensoria.rj.def.br

Resumo: Trata-se de bem-sucedida atuação conjunta do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) e da Coordenação Cível (COCIV), logrando reverter arquivamento verdadeiramente teratológico de cumprimento de sentença proposto por usuário da Defensoria Pública. Primeiramente, a questão chegou ao CEJUR, mediante consulta formulada pelo defensor público que atuava na causa. O Diretor-Geral do CEJUR elaborou parecer sobre a matéria, o qual subsidiou petição feita pela Coordenação Cível, designada para o caso (com o assentimento do defensor natural). Com essa atuação conjunta estratégica, conseguiu-se reverter o arquivamento da execução, sendo acolhido pelo juízo o argumento de que, em homenagem à coisa julgada material, o cumprimento de sentença poderia e deveria ser reaberto, mesmo à vista da preclusão – meramente formal – do provimento que determinou o seu arquivamento.

Palavras-chave: cumprimento de sentença; arquivamento; erro judicial; coisa julgada material; Defensoria Pública; atuação estratégica.

PARECER CEJUR/DPERJ 01/2021

EMENTA

- Consulta sobre o melhor encaminhamento a ser dado a processo em que título executivo judicial foi desconsiderado mais de uma vez na fase de cumprimento de sentença, com determinação ainda por cima de arquivamento, em provimentos aparentemente preclusos, gerando perplexidade e pondo em risco direitos relevantes e inquestionáveis do exequente, assistido pela Defensoria Pública.

- Condenação do Município do Rio de Janeiro, na fase de conhecimento, ao cumprimento de várias obrigações: ***i)*** *reparar a tubulação de água que deu causa aos imensos danos havidos na residência do autor (que foi inclusive interditada);* ***ii)*** *promover a total restruturação do imóvel, na forma prescrita no laudo pericial produzido no processo, até sua completa e segura reedificação;* ***iii)*** *pagar indenização ao autor, por danos morais, na importância de R$ 15.000,00, a ser corrigida e acrescida de juros moratórios.*

- Condenação do Município, ainda, a pagar honorários de sucumbência destinados ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - CEJUR, fixados em 20% sobre o valor da condenação (derivando daí o interesse do CEJUR no caso).

- Trânsito em julgado da condenação certificado em 12/12/16, sendo o Município do Rio de Janeiro intimado para dar cumprimento ao julgado em 10/05/17.

- Impugnação do Município versando exclusivamente sobre um suposto "excesso do cálculo", sem nada se opor ao cumprimento das obrigações de fazer.

- Pagamento pelo Município da indenização por danos morais, após decisão a respeito do quantum *correspondente.*

- Pagamento pelo Município, também, dos honorários de sucumbência, que entretanto foram calculados apenas sobre a indenização por danos morais, e não sobre a condenação plena, em desacordo com o título executivo, que não respalda minimamente a redução da base de cálculo praticada.

- Conduta processual do Município, no tocante ao cumprimento das obrigações de fazer a que foi condenado, procrastinatória e pouco reverente ao princípio da boa-fé, norma fundamental do CPC de 2015.

- Obrigação de reparar tubulação de água que foi completamente esquecida ao longo do processo, não se informando se foi cumprida ou não.

- Irrupção de provimentos judiciais que, a pretexto de chamarem o feito à ordem, cancelaram de ofício a obrigação de restruturação do imóvel e até mesmo eventual conversão em perdas e danos, sob o incompreensível fundamento de não residir o autor no imóvel, que está interditado e corre risco de desabamento!

- Fundamento que não faz sentido algum do ponto de vista da dogmática da responsabilidade civil, vai frontalmente contra a coisa julgada e, pior de tudo, exige do autor comportamento que põe em risco a própria vida.

- Infringências à coisa julgada que se manifestaram em pronunciamentos em cascata formalmente ordinatórios, não tendo sido proferida a sentença prevista no art. 925 do CPC.

- Inconformismo do autor expresso em várias petições, inclusive embargos de declaração (com fins infringentes), mas sem levar a questão à instância ad quem.

- Autor exequente que está até hoje morando de favor na casa da filha (passados mais de dez anos do fato objeto do processo), não tem qualquer condição econômica de fazer as reformas ingentes de que seu imóvel necessita e agora, não bastasse, vê esvaziado título executivo judicial que favorece o seu direito fundamental à moradia em virtude de falhas ocorridas no processo judicial.

- Resultado teratológico que não pode ser tolerado pela sistemática processual civil vigente, ancorada em princípios e direitos fundamentais, devendo a técnica e a hermenêutica processuais colocarem-se a serviço da correção das anomalias verificadas, sendo certo que o excesso de equívocos não pode ter o paradoxal efeito de complicar a solução do problema, mas sim o inverso.

- Alegada preclusão da ordem de arquivamento que não se sustenta por várias razões, a começar pela estabilidade mitigada das sentenças que extinguem execuções (conforme lições, entre outros, de Araken de Assis, Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart), o que dá ensejo a reaberturas e reexames, sobretudo se as obrigações exequendas não foram, em sua maior parte, cumpridas.

- Mais decisivo ainda é o fato de não ter sido proferida em nenhum momento a sentença prevista no art. 925 do CPC – sem a qual não há extinção minimamente eficaz de qualquer execução –, lastreando-se o arquivamento em pronunciamentos precários que, a rigor, sequer podem ser considerados autênticas decisões.

- Pronunciamentos precários formalmente e absurdos substancialmente, sem base legal – não correspondendo a nenhuma das hipóteses do art. 924 do CPC –, emitidos além disso de ofício, sem qualquer provocação da parte adversária.

- Impossibilidade de se desconstruir com tanta facilidade um título executivo judicial, sendo disparatado supor que a falta de impugnação recursal quanto à frágil ordem de arquivamento possa falar mais alto do que a rija força preclusiva de uma decisão de mérito transitada em julgado, em detrimento de cláusula pétrea constitucional (art. 5º, XXXVI).

- Inexistindo no processo a sentença do art. 925 do CPC, mostra-se possível, sem dúvida, a retomada das diligências visando ao cumprimento pleno, enfim, do título executivo.

- Recomendação de que seja apresentada nova petição ao juízo da execução frisando a inexistência da sentença do art. 925 do CPC e insistindo no cumprimento pleno do título executivo judicial, compreendendo as seguintes obrigações a cargo do Município executado: ***i)*** *"promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00";* ***ii)*** *"realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00" (ou então provar que realizou); e* ***iii)*** *pagar o valor correto da verba sucumbencial devida ao CEJUR, que deve ser calculada não apenas sobre o valor dos danos morais, mas sobre o valor total da condenação.*

- Acaso não aconteça a esperada volta da execução à normalidade, necessidade imperiosa de acessar o tribunal, podendo lançar-se mão não só do recurso de apelação, mas também de ações autônomas de impugnação, como a reclamação e a ação rescisória, dependendo a programação e sequência desses remédios, à evidência, da evolução concreta do processo.

- Firme impossibilidade, à vista da ordem jurídica vigente, de se trancarem as estradas capazes de levar o autor exequente à reversão das injustiças que pululam no processo, não podendo, de modo algum, a cumulação de equívocos e atecnias provocar o paradoxal efeito de estorvar a solução correta do caso.

- Caso que não tem repercussão coletiva, mas que, em função do vulto das injustiças cometidas contra a pessoa assistida pela Defensoria Pública, merece a atenção e o inconformismo da instituição, bem como um olhar de natureza estratégica.

- Recomendação de que um(a) defensor(a) seja designado(a) para atuar integralmente no caso, envolvendo não só o processo existente (ora arquivado), em todas as instâncias, mas também possíveis ações autônomas de impugnação, a exemplo da reclamação e da ação rescisória.

- Quebra meramente pontual do modelo tradicional de atuação segmentada da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e perfeitamente

justificável no caso em tela, destinando-se a propiciar maior chance de êxito à demanda do autor.

- Recomendação, ainda, de que se adote tal orientação em outros casos individuais que exijam – seja pela relevância, seja pela complexidade – atuação estratégica (o que implica logicamente coerência e uniformidade de ação).

1. A CONSULTA

O Dr. X, ilustre e zeloso defensor público, formula consulta acerca do encaminhamento a ser dado, pela Defensoria Pública, ao Proc. nº 0314325-50.2010.8.19.0001 (da 10ª Vara de Fazenda Pública da comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro), no qual a Defensoria defende os interesses do Sr. Y.

Salienta o consulente que o estágio atual do processo mencionado provoca grande perplexidade. O autor, assistido pela Defensoria, tem a seu favor uma condenação transitada em julgado, abarcando indenização por danos morais e obrigações de fazer. No entanto, esse título executivo judicial, no tocante às obrigações de fazer, foi desconsiderado mais de uma vez pelo juízo da 10ª Vara de Fazenda Pública, em provimentos aparentemente preclusos.

Aduza-se que o Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (doravante CEJUR), dirigido pelo subscritor do presente parecer, também é interessado no caso, pois até hoje, passados vários anos do trânsito em julgado da decisão que lhe concedeu verba sucumbencial, não recebeu a maior parte dessa verba.

Antes de demonstrar que o sistema processual brasileiro, sobretudo após o advento do CPC de 2015, tem mecanismos para corrigir plenamente as falhas clamorosas do caso, convém apresentar um minucioso histórico do processo.

É o que se verá a seguir.

2. HISTÓRICO DO PROCESSO

Y, representado pela Defensoria Pública, intentou, em 30/09/10, ação em face do Município do Rio de Janeiro, da CEDAE e da Fundação Rio Águas. Alegou que o imóvel de sua propriedade na rua Piaíba, em Brás de Pina, foi seriamente atingido, durante um temporal, pelo rompimento de manilha de escoamento de água existente no local, chegando o imóvel a ser interditado pela defesa civil. O autor foi forçado a deixar o imóvel (situação que perdura até hoje, passados mais de 10 anos).

Pediu então que os réus fossem condenados: **i)** à realização das obras de recuperação das manilhas de escoamento de águas públicas que passam sob o imóvel do autor; **ii)** à promoção da reestruturação do imóvel do autor, dada a incapacidade técnica e material dele para realizar o serviço; e **iii)** ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

O laudo pericial que se acha no índex 144 atestou os imensos danos causados ao imóvel do autor, bem como a responsabilidade do poder público:

> De acordo com o descrito na Vistoria de Emergência (Boletim de Ocorrência n° 05.749/2010) realizada pelo Departamento de Engenharia da Subsecretaria de Defesa Civil (fls. 21 dos Autos), o evento ocorreu quando do rompimento da tubulação da rede pública (0 + 1,00m) que canalizam as águas pluviais advindas à montante do imóvel, instalada ao longo da divisa entre os imóveis n° 235 e n° 243 da Rua Piaiba e que desemboca na galeria de águas pluviais deste logradouro.
>
> Devido ao grande volume de águas pluviais, foi carreada grande parcela do solo sob o imóvel, deixando a edificação (Casa I da vila n° 243) descalçada e em situação de risco de desabamento, com rachaduras em paredes internas e externas. Diante disto, o Poder Público providenciou o escoramento da mesma com toras de madeira arrumadas no formato de 'fogueira' e lavrou o Auto de Interdição n° 5460/2010 (fls. 20 dos Autos).

Em suas conclusões, afirmou o laudo:

> 6.1 - Os danos constatados no imóvel do Autor guardam relação direta de causalidade com o rompimento da tubulação da rede pública que canalizam as águas pluviais advindas à montante do imóvel, instalada ao longo da divisa entre os n°s 235 e 243 da Rua Piaiba, a qual deságua na GAP deste logradouro.
>
> 6.2 - Devido ao risco de desabamento da edificação, o poder público executou escoramento com peças de madeira arrumadas em forma de 'fogueira' em sua base.
>
> 6.3 - A edificação encontra-se com pisos desnivelados e paredes de sustentação (externas) e divisórias com grandes rachaduras evidenciando desaprumos e risco de desmoronamento.

Como não poderia ser diferente, a sentença, escorada no laudo pericial, foi de procedência, tendo sido condenada a ré CEDAE às seguintes obrigações (índex 250):

> 1) realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais); 2) promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais); e 3) compensar a parte autora pelos danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos de correção monetária a contar da presente data e juros a contar da data do evento (Súmula n° 54 do STJ).

Quanto à verba sucumbencial, devida ao CEJUR, foi de 20% sobre o valor da condenação. Aliás, destaque-se: "sobre o valor da condenação" e não apenas sobre o valor dos danos morais. **Como se verá à frente, um dos tantos erros que se veem no processo foi calcular a verba sucumbencial sobre o valor puramente dos danos morais, não se observando os termos literais do título executivo.**

Em grau de recurso, a condenação foi integralmente mantida pela 15ª Câmara Cível do TJ/RJ (sendo relator o Des. Gilberto Matos), mas se alterou a responsabilidade pelo seu cumprimento. Conforme o acórdão de p. 352/359, a CEDAE foi excluída da condenação, por esta passando a responder o Município do Rio de Janeiro.

Em 12/12/16 foi certificado o trânsito em julgado (p. 381).

Em 08/03/17, o autor, pela Defensoria, deu início à fase de cumprimento de sentença, requerendo a intimação do Município do Rio de Janeiro para solver as obrigações de fazer e pagar a que foi condenado, incluindo-se a obrigação de pagar ao CEJUR a verba sucumbencial estipulada.

Em resposta, despachou-se: "Intime-se o Município do Rio de Janeiro, por Oficial de Justiça, para que dê cumprimento ao julgado, nos termos da sentença e do acórdão, comprovando-se nos autos, no prazo de trinta dias, sob pena de configuração de improbidade administrativa" (p. 405).

Já aí se manifestou uma primeira dissonância em relação à decisão transitada em julgado. De acordo com a condenação, o não cumprimento do julgado, no que concerne às obrigações de fazer, sujeitaria o Município executado não à inadequada sanção (pessoal) da improbidade administrativa, mas sim a uma multa diária de R$ 500,00.

Seja como for, o Município foi intimado para dar cumprimento ao julgado em **10/05/17**, conforme certidão de p. 428 (relativo ao mandado de p. 429).

Antes da juntada da impugnação do Município, o autor exequente anexou ao processo um orçamento de reforma do imóvel danificado (p. 418/421). À época em que o orçamento foi elaborado (março de 2017), o valor orçado foi de R$ 159.320,00, abrangendo as obras necessárias ao cumprimento da obrigação de fazer a cargo do Município. O documento sinalizava o que seria necessário fazer para reestruturar o imóvel do autor, tal como previsto no título executivo judicial. Vale a ressalva de que não houve ali requerimento expresso de conversão em perdas e danos, mas apenas a juntada do orçamento.

Logo após, veio aos autos a impugnação do Município (p. 423/425), versando exclusivamente sobre um suposto "excesso do cálculo", sem nada se opor ao cumprimento das obrigações de fazer.

Para dirimir a questão relativa aos cálculos, os autos foram à contadoria judicial, que elaborou os cálculos de p. 447.

Seguiu-se decisão homologando os cálculos da contadoria (p. 463). **Na mesma decisão, olvidando-se por completo as obrigações de fazer, projetou-se a extinção da execução:** "Decorrido o prazo, sem pagamento, venham para bloqueio eletrônico. Com o pagamento, intime-se a autora para informar se dá quitação ao feito em cinco dias, valendo o silêncio como anuência com a extinção da execução."

Bem encaminhada a questão do pagamento da indenização (tendo sido o pagamento comprovado às p. 540/545), o autor reiterou a necessidade de cumprimento das obrigações de fazer (petições de p. 475 e 490).

No despacho de p. 494, determinou-se que o Município se manifestasse quanto ao cumprimento de sentença, "devendo comprovar nos autos, no prazo de 10 (dez) dias, o atendimento à intimação sob índice 429." A referência era à intimação do Município para cumprir o julgado, ocorrida em 10/05/17 (certidão de p. 428). **Estávamos em fevereiro de 2018 e não havia o menor sinal de cumprimento das obrigações de fazer.**

A manifestação do Município está à p. 504, onde se lê o seguinte:

> Foi apresentada a petição de fls. 418 indicando um valor para a reforma do imóvel, com o orçamento de fls. 419/421, subscrito por um engenheiro.
>
> Assim, o Município requer que a parte autora esclareça: se pretende a conversão em perdas e danos; e, se o valor apontado no orçamento expressa a pretensão indenizatória.
>
> Caso a parte autora pretenda a conversão em perdas e danos, requer que seja facultada a realização de vistoria no imóvel pelo Departamento Técnico da PGM, visando avaliar os mesmos itens que constaram do orçamento apresentado.

Após, o autor anexou novo orçamento, datado de 24/07/18, no valor atualizado de R$ 175.252,00 (p. 525/528), dessa feita associando expressamente a execução ao valor do orçamento.

Reeditando-se o equívoco ocorrido na decisão de p. 463, sobreveio à p. 547 uma decisão de extinção da execução, calcada exclusivamente na satisfação da obrigação de pagar (relativa à indenização por danos morais), mais uma vez sendo desconsideradas as obrigações de fazer constantes do título executivo judicial.

Sendo evidente a erronia material da decisão de p. 547, o processo seguiu como se ela não existisse. O autor tornou a peticionar (p. 553/554):

> [...] 6. Todavia, até a presente data não houve por parte do Município do Rio de Janeiro o início do cumprimento da obrigação de fazer, estando a casa do Autor nos mesmos moldes de dano desde 2010, causando ao Suplicante um desgaste emocional e psicológico sem medida por ver sua casa com os mesmos estragos e sem condições de proceder aos reparos, eis que o montante a ser gasto para tal fim se encontra na faixa de R$ 175.000,00;
>
> 7. A bem da verdade, a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, embora prevista em Lei, na prática imporá ao Autor, em tese, aguardar a liberação da verba por meio de precatório, o que implicará, na data de hoje, ter a sua disposição o valor somente em 2020, permanecendo assim um prejuízo por dez anos [...];
>
> 8. Assim, embora seja uma providência cabível e da qual o Autor nesse momento não a renuncie, rogamos de V. Exa. que se intime o Município para proceder ao cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa diária de R$ 15.000,00, visto que o sinistro tem dez anos de ocorrido e o Autor, como não tem condições de arcar com os gastos, vê dia a dia seu patrimônio perdendo o valor por conta da inércia do Réu [...].

À luz da manifestação do autor, foi despachado: "à Edilidade, para que promova a vistoria do imóvel, através de seu departamento técnico, fixado para tanto o prazo de 20 (vinte) dias" (p. 558). Tivemos, pois, mais um pronunciamento inadequado e infenso à condenação transitada em julgado. Ao Município competia cumprir as obrigações de fazer previstas no título executivo, e não proceder simplesmente a uma vistoria do imóvel.

O Município, à p. 572, requereu "que o Autor seja intimado para informar endereço em que reside atualmente, telefone e email, para que os técnicos possam entrar em contato para dar início às reformas determinadas na r. sentença, haja vista

que já foram feitas visitas ao imóvel objeto da lide, mas, como o imóvel encontra-se fechado, não foi possível realizar nem mesmo vistoria no local, razão pela qual não foi possível dar cumprimento à decisão judicial."

Atendendo ao solicitado pelo Município, o autor forneceu o seu endereço (p. 575), sobrevindo logo a seguir o despacho "À Edilidade" (p. 577). Mas o Município manteve-se inerte, conforme certificado à p. 582. Determinou-se então nova intimação do Município (p. 584), o que não foi capaz de tirá-lo do seu reiterado silêncio, conforme certificado à p. 590. Entre a intimação relativa ao despacho de p. 577 e a certidão de p. 590, mais de quatro meses se passaram. E se tratava de dar sequência a algo solicitado pelo próprio Município!

Nesse ponto, aos infortúnios do processo se somou mais um ingrediente: a postura procrastinatória do Município do Rio de Janeiro.

Mas os infortúnios do processo não tinham cessado ainda, muito pelo contrário. No momento em que o princípio da duração razoável do processo se via cada vez mais acossado, e o Município executado incorria em conduta processual pouco nobre, irrompeu o pronunciamento de p. 592:

> Chamo o feito à ordem. Não [sic] obrigação de fazer alguma a ser cumprida eis que o autor, como declara às fls. 575, nem mais reside no local. O que cabe é a conversão da obrigação em perdas e danos, caso o autor comprove que, enquanto residiu no imóvel, acabou por meios próprios por fazer nele as obras de reparo necessárias, sendo o documento de fls. 419/421 mero orçamento, sem prova do desembolso. Assim, aguarde-se a iniciativa do autor por 30 dias. Nada mais sendo requerido, dê-se baixa e arquive-se.

Sobre o provimento acima, muito se falará adiante. Mas é evidente que se trata de um provimento despido, no mínimo, de qualquer lógica jurídica. Para fins de cumprimento das obrigações de fazer a cargo do executado, qual a relevância de o autor exequente morar ou não no imóvel? Ainda que tivesse relevância – e não tem nenhuma –, o autor não mora no imóvel (até hoje) simplesmente porque ele está interditado, com risco de desabamento! Tornando o pronunciamento judicial ainda mais questionável, saliente-se que foi tomado de ofício, não correspondendo a qualquer manifestação do réu executado, que jamais refutou, na fase executória, as obrigações de fazer a que foi condenado (sem embargo da conduta procrastinatória assumida a respeito).

O autor reagiu com a petição de p. 600/601, na qual declarou inicialmente que não era possível (e realmente não era) entender a manifestação judicial. Na mesma petição, registrou-se também estranheza quanto ao comportamento processual do Município do Rio de Janeiro, que solicitou os contatos do autor e depois se calou por completo. Relatou o autor, ainda, ter ciência de que uma perícia já havia sido feita no seu imóvel por técnicos do Município do Rio de Janeiro, não podendo o laudo respectivo continuar a ser sonegado dos autos do processo.

Instado a se manifestar sobre as afirmações do autor, o Município, emergindo de um longo período de silêncio, confirmou a realização de uma vistoria no imóvel do autor, mas que "não foi destinada a avaliar eventual valor a ser despendido pelo

autor com reparos em sua residência, nem tampouco a extensão destes, não tendo como se dimensionar tal valor a partir da inspeção feita, a qual se destinou a avaliar aspectos técnicos relacionados aos sistemas de drenagem e esgotamento" (p. 609).

Repare-se que a manifestação do Município de p. 609, datada de 05/08/19, pôs-se em contradição com a manifestação de p. 572, do próprio Município (na qual solicitou os contatos do autor para realizar vistoria que possibilitaria o cumprimento da decisão transitada em julgado). Além disso, o Município continuou sonegando dos autos o laudo da vistoria/inspeção realizada. E, pior de tudo, a distraída petição de p. 609 não emitiu palavra alguma sobre o cumprimento das obrigações de fazer para o qual fora intimado o Município mais de dois anos antes (certidão de p. 428).

Não se deixe de assinalar que, notadamente em se tratando de um litigante público, é sem dúvida lamentável que esse comportamento processual pouco reto – que nada atende ao interesse público primário – continue acontecendo, em afronta direta ao fundamental princípio da boa-fé (art. 5º do CPC).

Depois de ouvido o Município, lançou-se o seguinte pronunciamento judicial (p. 612):

> Fls. 600: nada a prover, já estando decidida a questão do cumprimento da obrigação de fazer. No mais, visto que o autor não comprovou, até a presente data, que realizou as obras de reparo no imóvel enquanto nele residia, logo, não cabe a fixação de perdas e danos. Dessa forma, dê-se baixa e arquive-se.

Seguiram-se alentados embargos de declaração opostos pelo autor (p. 620/633), nos quais se atacou o incompreensível arquivamento da execução sem que o cumprimento da obrigação principal do executado – a restruturação completa da residência do exequente – tivesse sido sequer iniciado.

O provimento de p. 636 rejeitou os declaratórios sem qualquer fundamentação substancial: "Recebo os embargos de declaração opostos, pois tempestivos. No mérito, deixo de acolhê-los por não vislumbrar a existência de qualquer contradição, omissão ou obscuridade no julgado, devendo o embargante manifestar seu inconformismo através da via recursal adequada. Isto posto, REJEITO os embargos de declaração."

Da rejeição dos embargos de declaração a Defensoria Pública foi intimada (conforme certidão de p. 643), mas não apresentou qualquer recurso, o que levou ao arquivamento do processo.

O autor ainda tentou restabelecer a rota regular do processo com a petição de p. 650/654, na qual se requereu o chamamento do feito à ordem. Nessa petição, foi mais uma vez manifestada a perplexidade do autor com os rumos que o processo tomou a partir do provimento de p. 592 – "o paradigma do tumulto" –, que se pôs em contradição com determinações anteriores do próprio juízo (nesse sentido, confira-se a determinação de p. 558, no sentido de que o Município fosse intimado para promover a vistoria do imóvel no prazo de 20 dias, com vistas ao cumprimento da obrigação de reestruturá-lo). Reproduza-se o seguinte trecho da petição de p. 650/654:

> Não se é compreensível o motivo que encaminhou os autos sob o viés da inexistência da obrigação de fazer referida para podermos indicar melhor a linha obscura de raciocínio tomada no prosseguimento do feito a partir de então.

> Sucintamente evidenciamos que a partir da decisão de fl. 592 foi desconhecida enganosamente a obrigação de fazer referida. Acredita-se que aconteceu numa espécie de 'efeito cascata' que tenha levado os presentes autos aos sucessivos entendimentos enganosos que nos trouxeram até aqui.
>
> Portanto, vale ressaltar que o autor nunca deixou de ser o proprietário do imóvel, bem como nunca deixou de necessitá-lo para sua sobrevivência, BEM COMO SEU DOMICÍLIO ESTÁ DESTRUÍDO ATÉ A PRESENTE DATA.

Também essa tentativa de recolocar o processo nos trilhos não foi bem-sucedida. Segundo o pronunciamento de p. 662, "A questão sobre o cumprimento da obrigação de fazer já foi decidida às fls. 592, 612 e 636." E o processo foi novamente arquivado.

É o relatório.

3. PREMISSA FUNDAMENTAL: MAIS DO QUE NUNCA, O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO NÃO TOLERA SITUAÇÕES INJUSTAS E TERATOLÓGICAS

3.1. Recapitulação das falhas principais do processo

Acabou-se de fazer um histórico minucioso do processo. Em se tratando de um processo tão coalhado de falhas, esse detalhamento se fez necessário. São falhas numerosas e até surpreendentes, exigindo cuidadosa descrição do contexto processual em que foram produzidas.

A título de compilação, vale listar as falhas principais:

i) A intimação para o Município cumprir o julgado já foi realizada de maneira defectiva. Para a hipótese de não cumprimento das obrigações impostas, a decisão transitada em julgada previa multa cominatória de R$ 500,00. No entanto, determinou-se a intimação do Município para dar cumprimento ao julgado "sob pena de configuração de improbidade administrativa" (p. 405), cominação manifestamente inadequada (e que obviamente não surtiu qualquer efeito, não se tendo cumprido o julgado até hoje).

ii) A verba sucumbencial estipulada, em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública, foi de 20% "sobre o valor da condenação". Entretanto, a verba sucumbencial foi calculada e paga sobre o valor puramente dos danos morais, não se observando os termos literais do título executivo, o que traz grande perda para o CEJUR.

iii) Uma obrigação constante do título executivo judicial – "realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais)" – foi totalmente esquecida ao longo do processo, não se tendo a menor ideia se foi cumprida ou não.

iv) O cumprimento da obrigação mais importante do processo – "promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90

dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais)" – foi deletado pelo juízo da execução, apesar não ter sido sequer iniciado!

v) O processo foi arquivado, com a interdição das postulações do autor, sem que tenha sido proferida a sentença prevista pelo art. 925 do CPC ("A extinção só produz efeito quando declarada por sentença").

De todas as falhas listadas acima, a mais séria, inegavelmente, foi a desconsideração, calcada em fundamentação francamente incompreensível, da obrigação principal a que foi condenado o Município do Rio de Janeiro, em ousado repto a uma decisão transitada em julgado, afrontando-se diretamente o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição (na parte em que eleva a coisa julgada a garantia fundamental).

Dois foram os provimentos que causaram esse estrago (p. 592 e 612). Em ambos, está presente o mesmo raciocínio abstruso, qual seja, o cumprimento da obrigação de fazer não poderia ter curso, apesar de coberto pela coisa julgada, pelo fato de o autor não residir no imóvel danificado, o mesmo se podendo dizer da conversão em perdas e danos. Reproduzam-se novamente os termos utilizados para o cancelamento da obrigação de fazer (p. 592):

> [...] Não [há] obrigação de fazer alguma a ser cumprida eis que o autor, como declara às fls. 575, nem mais reside no local. O que cabe é a conversão da obrigação em perdas e danos, caso o autor comprove que, enquanto residiu no imóvel, acabou por meios próprios por fazer nele as obras de reparo necessárias [...].

Ora, esse raciocínio, além de agredir a coisa julgada – que evidentemente não impôs qualquer condição para o cumprimento da obrigação –, não faz sentido algum.

Para fins de cumprimento das obrigações a cargo do executado, qual a relevância de o autor exequente morar ou não no imóvel? Não morando no imóvel, o autor perde a sua propriedade? Perde o interesse na recomposição dos prejuízos que sofreu? Torna-se parte ilegítima na execução? As respostas, por demais óbvias, não precisam ser enunciadas.

Outrossim, só pode haver conversão em perdas e danos quando a parte prejudicada desembolsa adiantadamente o valor da obrigação? Não há manual de responsabilidade civil que prescreva essa impropriedade, até porque tal orientação esvaziaria profundamente o instituto da responsabilidade civil, sobretudo quando a pessoa lesada fosse carente, como é o caso do autor.

Além do mais – e aí já entramos definitivamente no terreno das teratologias –, o autor não mora no imóvel (<u>até hoje, está a morar de favor na casa da filha</u>) simplesmente porque a casa está arruinada e interditada, com risco de desabamento! O que se queria então? Que o autor arriscasse a vida para lhe ser concedida a graça do cumprimento de uma decisão transitada em julgado?

Tornando o pronunciamento judicial ainda mais questionável, saliente-se que foi tomado absolutamente de ofício, não correspondendo a qualquer manifestação do réu executado, que jamais refutou, na fase executória, as obrigações de fazer a que foi condenado. Sim, o Município do Rio de Janeiro assumiu reprovável conduta

procrastinatória em relação às obrigações de fazer que lhe competiam, mas em momento algum se atreveu a impugná-las.

O resultado de tão graves equívocos processuais é uma situação absurdamente injusta do ponto de vista substancial. O autor foi desalojado de sua casa – "asilo inviolável do indivíduo", nos termos do inciso XI do art. 5º da Constituição – em virtude de falhas do Estado-administração. E agora, pasme-se, o fato de ter sido desalojado de casa por culpa do Estado-administração está sendo invocado pelo Estado-juiz para inviabilizar a reconstrução do imóvel, ao mesmo tempo em que fica impune a conduta lesiva. Mais do que uma situação de enorme injustiça, esse é um roteiro autenticamente kafkiano.

3.2. A aversão da sistemática processual civil atual a situações teratológicas

Compilados e comentados os grandes equívocos do processo, indaga-se: ainda que não se tenha usado a farmacologia indicada para consertar os equívocos ocorridos, o sistema processual civil brasileiro pode conformar-se com quadros teratológicos tais?

Evidentemente que não, sobretudo à vista do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, um dos pontos altos do vigente CPC é o seu capítulo inicial, consagrado às normas fundamentais do processo civil e composto por 12 artigos, proclamando-se no primeiro deles, solenemente, que "[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República [...]".

Segue o estatuto processual, assim, os passos da Constituição de 1988, que, para não deixar dúvidas em relação às diferenças para o regime anterior, fez questão de puxar para o seu átrio (art. 5º) a declaração dos direitos e garantias, positivada pela Carta de 1969 no longínquo art. 153. Aliás, o revogado CPC de 1973 sequer possuía qualquer lista de normas fundamentais, o que aumenta ainda mais os méritos do CPC vigente no particular.

Mas qual o significado exato dessa opção legislativa? O que se pode extrair concretamente daí? Não se pode pensar que seja algo puramente ornamental, mera questão de estilo topográfico.

Indiscutivelmente, o sistema processual brasileiro, apoiado de forma tão incisiva em princípios e direitos fundamentais, ganha uma forte inclinação pela justiça substancial, o que não pode deixar de refletir-se no plano hermenêutico. Essa é a consequência clara de se ter construído, logo no começo do estatuto, um capítulo devotado às normas fundamentais do processo civil.

Se nada mais se houvesse alterado na legislação processual civil, já teria sido formidável a evolução[1].

Dado esse compromisso valorativo com a justiça substancial, o sistema tem como um dos seus grandes objetivos evitar, a todo custo, resultados iníquos e desarrazoados.

[1] Diz a propósito Arruda Alvim: "a grande ruptura [da nova sistemática processual] com o antigo consiste na maior especificação e grande objetividade na imposição dos princípios constitucionais, de modo a guiar os operadores do direito e dificultar subterfúgios à sua inobservância" (ALVIM, Arruda. Aspectos principiológicos no projeto do novo CPC. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). **O processo em perspectiva: IX Jornadas Brasileiras de Direito Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103).

É em tal sentido que deve ser orientada a técnica processual, perdendo esta, em situações de manifesta injustiça, o apego a formalismos e preclusões.

Positivou-se assim um garantismo eminentemente substancial, que aprofunda a já tradicional proposta instrumentalista do processo civil brasileiro. Dentro desse contexto positivo, ampliam-se meios e ferramentas destinados à reversão de erros e injustiças, ao mesmo tempo em que se reduz a força do formalismo paralisante.

No caso concreto, em que se produziu até agora resultado verdadeiramente teratológico – em detrimento de parte plurilesada –, aplica-se com intensidade máxima esse garantismo substancial trazido pelo CPC de 2015. Naturalmente, o excesso de equívocos não pode ter o paradoxal efeito de complicar a solução do problema, mas sim o inverso. O maior número possível de portas deve-se abrir para permitir a remissão das afrontas à legalidade e à razoabilidade.

Repita-se então. Dentro da sistemática atual, ancorada nas normas fundamentais do processo, resultados aberrantes não podem ser admitidos em hipótese alguma. Se o nosso raciocínio técnico não estiver vislumbrando um remédio idôneo e eficaz, algo estará errado com o nosso raciocínio[2].

Essa é, pois, a premissa que vai animar o desenvolvimento do presente parecer, uma premissa inteiramente apoiada na sistemática processual positivada em 2015.

4. A INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO QUANTO ÀS ORDENS DE ARQUIVAMENTO DA EXECUÇÃO

Com base em suposta preclusão, o processo objeto deste parecer está arquivado, não mais se admitindo qualquer postulação do autor exequente, muito embora não tenha sido sequer iniciado o cumprimento da obrigação principal do exequente. Passaremos a ver, em seguida, que a execução pode e deve prosseguir, tratando-se de mais um equívoco a invocação de preclusão.

4.1. A estabilidade mitigada das sentenças extintivas de execuções

De acordo com o art. 925 do CPC, "A extinção [da execução] só produz efeito quando declarada por sentença." Por seu turno, o art. 924 do CPC prevê (de forma não exaustiva), quatro hipóteses de extinção: **i)** indeferimento da petição inicial; **ii)** satisfação da obrigação exequenda; **iii)** obtenção pelo executado, "por qualquer outro meio", da extinção total da dívida; **iv)** renúncia do crédito pelo exequente; e **v)** ocorrência de prescrição intercorrente.

À evidência, a força preclusiva da decisão que extingue a execução, notadamente quando se tem extinção "normal" (pela satisfação da obrigação exequenda), não pode ser comparada à da decisão que julga o mérito de uma demanda de conhecimento. Não se quer dizer com isso que o processo de execução em sentido lato (envolvendo

[2] Oportuno, nesse ponto, rememorar conhecida lição de Barbosa Moreira: "quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28).

o módulo do cumprimento de sentença) não tenha mérito. Na verdade, o que não se costuma ter, no plano da execução, é julgamento do mérito. Esse mérito, consistente na realização de atos práticos visando à satisfação de um título executivo, tende a ser resolvido antes da sentença do art. 925 do CPC, que teria assim conteúdo meramente declaratório. É por tais motivos que se diz que tal sentença produz coisa julgada puramente formal.

É certo que, até em função da complexidade conceitual do que foi abordado no parágrafo anterior, grassa bastante controvérsia sobre a exata força preclusiva das decisões extintivas da execução.

De toda sorte, uma coisa é inegável. Como afirmado logo acima, a estabilidade dessas decisões não é tão rigorosa e inflexível quanto a das decisões que julgam o mérito, sob cognição exauriente e à luz de amplo contraditório, de uma demanda de conhecimento.

Sucintamente, colham-se algumas passagens doutrinárias abalizadas a respeito do assunto.

Em seu alentado *Manual da execução*, Araken de Assis aborda a discussão sobre a força preclusiva da sentença que extingue a execução e defende a seguinte posição:

> Fundamentalmente, a aquisição da autoridade da coisa julgada pelo provimento do art. 925, nos casos do art. 924, II a V, esbarra na ausência de cognição suficiente. Não há, a rigor dos princípios, julgamento acerca da existência do crédito. [...] O obstáculo não reside na circunstância de que, na maioria dos casos, o juiz não se pronunciará 'acerca da existência ou da inexistência do direito afirmado no processo de execução', e sim no fato de não lhe incumbir fazê-lo.[3]

Outro especialista no tema, Leonardo Greco, adota a mesma posição:

> A sentença no processo de execução, mesmo quando declara o direito material entre as partes, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, ou seja, não gera a certeza desse direito material que impeça volte ele a ser rediscutido em outro processo.
>
> Essa limitação sofrida pela sentença na execução é absolutamente coerente com a natureza da atividade jurisdicional exercida nesse tipo de processo: atividade coativa e satisfativa, não cognitiva, ou, no máximo, acompanhada de superficial e sumária atividade cognitiva.
> [...]
> O que sai definitivamente consolidado de qualquer processo executivo é o ato de pagamento coativo, de entrega forçada, aquele ato singular próprio daquele processo, livre ficando a discussão nos futuros processos, inclusive para eventuais pedidos de restituição ou de repetição de indébito.
>
> Somente haverá coisa julgada quanto ao direito material em decorrência da sentença nos embargos do devedor e nos limites desta[4].

É o caminho seguido também por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

[3] ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 639.

[4] GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 249-250.

> Tratando-se de sentença de mérito – possível nos casos de julgamento de impugnação ou no exame de objeção de pré-executividade –, é evidente que sobre ela incide a imutabilidade característica da coisa julgada. [...]
>
> [...] se a sentença que pôs fim à execução era *meramente extintiva* (daquelas de que trata o art. 795), nela não há decisão sobre o direito do credor ou sobre a importância da dívida. Esta sentença se limita a reconhecer ultimadas as providências da execução, determinando sua extinção. Assim, não se tratando de sentença de mérito, a sentença não se reveste de coisa julgada.
>
> Por isto, o possível saldo apurado pode ser exigido pelo credor, assim como o valor indevidamente pago pode ser repetido pelo devedor, desde que não haja causa impeditiva para tanto (*v.g.*, prescrição da pretensão, preclusão da matéria). O exercício desta pretensão há de ser feito no mesmo processo em que se instaurou a execução, até porque se trata de impugnar ato judicial ocorrido.[5]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça apresenta-se dividida. Há julgados que conferem a força da coisa julgada material a sentenças extintivas de execução (admitindo que em face delas se intente ação rescisória). Outros julgados, como os que serão citados logo abaixo, confirmam que a estabilidade associada a tais sentenças está sujeita a mitigações:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. MULTA DIÁRIA (CPC, ART. 461, §§ 4º E 6º). COISA JULGADA MATERIAL. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DE ANTERIOR EXECUÇÃO PELO PAGAMENTO DO PEDIDO PRINCIPAL RELATIVO À REPARAÇÃO POR DANO MORAL (CPC, ART. 794, I). SENTENÇA DECLARATÓRIA. POSSIBILIDADE DE NOVA EXECUÇÃO RELATIVA AO PLEITO REMANESCENTE, DE MULTA DIÁRIA. COISA JULGADA FORMAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DESNECESSIDADE. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL PARA EXECUÇÃO DE SEUS PRÓPRIOS JULGADOS. COMPETÊNCIA FIXADA PELO VALOR ORIGINAL DA CAUSA. IRRELEVÂNCIA DE SER O VALOR DA EXECUÇÃO SUPERIOR AO DE ALÇADA, EM DECORRÊNCIA DA INCIDÊNCIA DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO VALOR PELO JUIZ.
> 1. A sentença que extingue a execução tem conteúdo declaratório (art. 795 do CPC), nela ficando reconhecida a ocorrência do fato jurídico que deu causa ao encerramento da execução.
> 2. No caso dos autos, a execução foi extinta pelo pagamento (art. 794, I, do CPC), sendo que o crédito cuja extinção se declarou por sentença é aquele relativo à reparação por danos morais, no valor de quarenta salários-mínimos. Sobre esse fato jurídico recai a qualidade de coisa julgada material, sendo vedado ao credor, como não poderia deixar de ser, ingressar com nova execução para exigir o adimplemento dessa mesma obrigação.
> 3. No que respeita ao pedido remanescente, relativo à multa diária, imposta na ação de obrigação de fazer ou não fazer com base no art. 461 do CPC, não houve, porém, expressa manifestação do juízo exequendo acerca de seu adimplemento, não havendo como se reconhecer ter a sentença extintiva da execução, nessa parte, produzido coisa julgada material.
> 4. Ademais, a decisão que impõe ao réu a multa diária prevista no art. 461, § 4º, do CPC, por sua própria natureza, não produz coisa julgada material, podendo ser modificada a qualquer tempo, caso se revele insuficiente ou excessiva, conforme dispõe o art. 461, § 6º, do mesmo Código, até mesmo em exceção de pré-executividade ou em embargos do devedor. Precedentes.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Vol. 3 – Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 344.

> **5. Em tais condições, o recorrido ainda detém título judicial a amparar o manejo de nova execução, relativa ao recebimento da multa diária imposta ao réu, não sendo necessária a propositura de ação rescisória contra a sentença extintiva da anterior execução.** [...]
> 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
> (REsp 691.785/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 20/10/2010 – negritei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FUNDADA EM ERRO MATERIAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTENTE. INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO FAZENDÁRIO. INEXISTÊNCIA DE QUITAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRECEDENTES.
> I - Na origem, trata-se de ação de execução fiscal. Na sentença, julgou-se extinta a execução, com fundamento no integral pagamento do débito. Interposta apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu provimento ao recurso fazendário, para anular a sentença, considerando que está fundada em erro material ao extinguir a execução quanto a apenas parte do débito exequendo. Nesta Corte, negou-se provimento ao recurso especial.
> II - Sobre a alegada ofensa do art. 1.022 do CPC/2015, o recurso não comporta provimento. A recorrente aduziu, em suma, que o Tribunal de origem não apreciou a eficácia extintiva da sentença que homologou a manifestação fazendária favorável à quitação do débito exequendo. No presente caso, o Tribunal a quo decidiu que a sentença está fundada em erro material, pois extinguiu o feito apenas quanto à parte do valor exequendo, persistindo a discussão quanto ao pagamento, ou não, da dívida consubstanciada na CDA n. 40208000530-83. [...].
> **IV - No mérito, o recurso não comporta provimento. Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de que, diante da indisponibilidade do crédito fazendário exequendo, o Fisco tem interesse no prosseguimento do feito executivo quando inexistente quitação integral do débito, considerando que eventual erro cometido pela Fazenda Pública não tem aptidão jurídica para acarretar a extinção da execução fiscal.** A propósito: REsp 1.670.552/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017; REsp 1.364.444/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 18/6/2014 e REsp 854.926/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 2/12/2009.
> V - Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 1443688/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019 - negritei)

É de se destacar, sobretudo, a decisão logo acima citada, que perfilhou o entendimento de que a execução fiscal não pode ser extinta caso não se dê a quitação integral do débito, mesmo que a Fazenda Pública tenha cometido algum lapso. Apenas a indisponibilidade dos créditos fazendários não justifica plenamente esse entendimento, também devendo ser considerada a peculiar força preclusiva – sujeita a mitigações – das sentenças que extinguem execuções. Se fosse uma causa de conhecimento versando sobre pretensão fazendária, a indisponibilidade do interesse público estaria presente da mesma forma, mas uma eventual coisa julgada material desfavorável à Fazenda não poderia ser relativizada. Em se tratando porém de uma execução, outro é o enquadramento.

Em resumo, embora a coisa julgada material não seja um fenômeno de todo estranho à execução, ordinariamente as sentenças extintivas, nesse campo, apresentam estabilidade menos peremptória, o que dá ensejo a reaberturas e reexames.

4.2. A inexistência de preclusão no caso concreto

Voltando ao caso concreto, o que temos atualmente no processo? Das várias obrigações estipuladas na decisão transitada em julgado, a maioria não foi cumprida. De fato: **i)** sequer se iniciou o cumprimento da obrigação principal do Município executado, qual seja, "promover a total restruturação do imóvel do autor"; **ii)** não se tem notícia alguma no processo sobre o cumprimento da outra obrigação de fazer a cargo do Município, qual seja, "realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise"; e **iii)** em claro erro material, a verba sucumbencial devida ao CEJUR foi calculada apenas sobre o valor dos danos morais, e não sobre o valor total da condenação (muito mais elevado), trazendo grande perda para um órgão público.

Só a constatação dessas lacunas e lapsos já seria suficiente para permitir a continuação da marcha processual em direção ao cumprimento integral da decisão transitada em julgado, não obstante a inexistência de recurso quanto à rejeição dos alentados embargos de declaração de p. 620/633. A falta de recurso naquele momento processual foi realmente lastimável – e quiçá merecedora de apuração interna –, mas não se mostra tão prejudicial quanto seria se a ambiência fosse a de uma demanda cognitiva, justamente em função da estabilidade não raro mitigada dos provimentos que põem termo às execuções/cumprimentos de sentença.

Considere-se a propósito a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (mencionada acima) no sentido de que a execução fiscal não pode ser extinta caso não se dê a quitação integral do débito, mesmo que a Fazenda Pública tenha cometido algum lapso. No tocante ao CEJUR, a subsunção é plena, pois a verba de honorários a ele concedida, destinada a fundo orçamentário especial (Lei estadual nº 1.146/1987), também é timbrada pela indisponibilidade. Quanto ao autor, não se faz presente essa nota da indisponibilidade dos créditos públicos, mas valores ainda mais relevantes do ponto de vista constitucional estão em risco, a saber, a proteção à coisa julgada e o direito fundamental à moradia, componente crucial do direito à dignidade humana.

Considere-se ainda um princípio de grande importância no plano da execução, **o princípio do desfecho único**, segundo o qual "a função executiva termina de forma típica ou normal quando se prolata uma sentença que reconhece a satisfação do direito exequendo"[6], **sendo anômalo qualquer resultado diverso[7].** Para evitar esse

[6] ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 58-59.

[7] Sobre o princípio do desfecho único, confiram-se também as lições de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 153): "A destinação unilateral diferencia profundamente o processo de execução do cognitivo, onde tudo se predispõe ao exame e julgamento do mérito e todas as atividades convergem a este, o qual no entanto poderá ser favorável a *qualquer* das partes. O processo de conhecimento terá cumprido sua finalidade quando o mérito tiver sido julgado, sem importar em que sentido (procedência ou improcedência da demanda). O de execução, apenas quando o credor estiver satisfeito." Mais adiante, na mesma obra, aduz Dinamarco (p. 363): "diferentemente do que se dá no processo de conhecimento, nas hipóteses em que o processo executivo termina de modo favorável ao executado jamais ocorrem decisões de mérito: serão decisões meramente terminativas do processo executivo – por falta de condições da ação, ou por ausência de pressupostos processuais, ou por vício processual insanável. A única alternativa que o sistema executivo oferece é esta: o provimento *satisfativo*, que todo o processo de execução se destina a preparar, ou será dado ou não será dado, mas uma vez dado será sempre favorável ao exequente, satisfazendo o seu alegado direito."

tipo de anomalia, a execução deve prosseguir até a satisfação do direito (certificado) do exequente, até porque inexiste, como bem ressalta Michele Taruffo, um princípio fundamental que assegure ao devedor a faculdade de não adimplir[8].

Alguém poderia redarguir: todos os argumentos lançados são realmente ponderosos, mas infelizmente não há nada a fazer, porque a execução foi extinta sem que nenhum recurso tivesse sido interposto...

Chegamos então a um ponto decisivo. A execução foi extinta? Quando? Em algum momento foi proferida a sentença prevista no art. 925 do CPC?

Até agora, não.

Com efeito, denotando a ausência de cuidado com que o processo foi conduzido, em momento algum foi prolatada a sentença prevista no art. 925 do CPC. Isso faz toda a diferença! Significa que a suposta extinção da execução em tela, materializada canhestramente no arquivamento dos autos (eletrônicos), não surtiu qualquer efeito processualmente válido, abrindo caminho, sem a menor sombra de dúvida, para a retomada das diligências visando ao cumprimento pleno, enfim, do título executivo.

Nesse contexto, aduza-se, não têm relevância jurídico-processual, em termos de força preclusiva, os pronunciamentos de p. 592, 612 e 636, mencionados na última ordem de arquivamento (p. 662).

Na verdade, os pronunciamentos de p. 592, 612 e 636 sequer podem ser considerados, a rigor, verdadeiras decisões (muito menos, claro, podem suprir a sentença de que trata o art. 925 do CPC). O pronunciamento de p. 592 diz que não há obrigação de fazer a ser cumprida, mas sim conversão em perdas e danos, "**caso**" – condicionalidade incompatível com uma real decisão – o autor venha a comprovar que realizou obras no seu imóvel, abrindo prazo para tanto. O pronunciamento de p. 612 reporta-se ao de p. 592 e diz que também não cabe fixação de perdas e danos, tendo-se em vista que não foi comprovada, "**até a presente data**", a realização pelo autor de obras no seu imóvel. E o pronunciamento de p. 636, apoiado no de p. 612, consiste em mera rejeição, sem qualquer fundamentação substancial, de embargos de declaração opostos pelo autor.

Ou seja, o pronunciamento de p. 636 remete ao de p. 612, que por seu turno remete ao de 592, que é um provimento condicional. Houve alguma autêntica decisão aí? Só com muita boa vontade se poderia responder afirmativamente. Na verdade, trata-se de provimentos em cascata formalmente ordinatórios.

Evidentemente, seria um grande despautério que pronunciamentos tão precários, tomados ainda por cima de ofício, sem provocação da parte contrária, pudessem desconstruir com tanta facilidade uma sentença transitada em julgado (confirmada em grau recursal), em ofensa à cláusula pétrea constitucional (art. 5º, XXXVI).

Além disso, o conteúdo dessas ordens de arquivamento, como já assinalado anteriormente, é o mais desconcertante possível. O art. 924, II, do CPC prevê a extinção

[8] No original: "Sembra infatti evidente che l'autonomia del debitore non riceve alcuna diretta protezione costituzionale [...]; tanto meno appare possibile ritenere che un principio fondamentale assicuri la facoltà dell'obbligato di non adimpiere, o di convertire a proprio arbítrio l'obbligazione originaria in obbligo al risarcimento" (TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2007. Nota de rodapé n. 71, p. 76).

da execução em virtude da satisfação da obrigação exequenda, que vem a ser a hipótese mais corriqueira de extinção. Mas isso não aconteceu no processo. O arquivamento foi determinado não porque tenha havido a satisfação da obrigação, mas por outro motivo completamente à margem do ordenamento processual e que não encontra qualquer respaldo no art. 924 do CPC.

Insista-se. Não é minimamente razoável que a falta de impugnação recursal quanto à precária ordem de arquivamento fale mais alto do que a rija força preclusiva de uma decisão de mérito transitada em julgado.

Em suma, inexistindo no processo a sentença do art. 925 do CPC, mostra-se possível a retomada das diligências visando ao cumprimento pleno do título executivo, providência saneadora que não pode ser estorvada pelos pronunciamentos de p. 592, 612 e 636, frágeis sob o prisma formal e teratológicos do ponto de vista substancial.

5. AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA A REVERSÃO DO QUADRO E SALVAGUARDA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO AUTOR

Entra-se agora na parte culminante deste parecer. A existência de graves equívocos no processo em tela é óbvia, e talvez a sua demonstração nem demandasse tantas laudas. Mais relevante é delinear o que pode ser feito concretamente para atacar as anomalias apontadas.

Nesse ponto, convém tornar ao item 3 deste parecer, no qual se desenvolveu a premissa maior a ser utilizada no correto equacionamento do caso, qual seja: mais do que nunca, o sistema processual civil brasileiro não tolera situações injustas e teratológicas. Em consequência, o maior número possível de portas deve-se abrir para permitir a remissão das afrontas à legalidade e à razoabilidade verificadas.

Na dúvida, portanto, deve-se chancelar o meio processual escolhido. Dado o vulto dos erros verificados no processo em detrimento de direitos fundamentais do autor exequente, tem-se aqui um campo fértil para a "fungibilidade dos meios" sustentada em texto célebre por Teresa Arruda Alvim[9].

Sem embargo, serão mencionados abaixo apenas caminhos processuais que dificilmente poderão ser questionados (observadas eventualmente certas circunstâncias, como se verá). Não serão explorados, dessa forma, outros meios igualmente viáveis, porém mais sujeitos a controvérsias – a exemplo da querela de nulidade, invocável em tese não só para as hipóteses de vício de citação, mas também para outras situações processuais aberrantes.

Dentro do leque de providências que podem ser empregadas de maneira segura, a primeira já foi implicitamente sugerida no item anterior. Não tendo sido proferida

[9] "[...] nas zonas de penumbra, deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais sobressai a *operatividade do sistema*, como apta a gerar os fins para os quais foi criado. Não se pode, pois, jamais perder de vista que o processo foi concebido para 'dar' direitos a quem os tem: não para 'inventar' direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um 'fosso' entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente. [...]. A constatação no sentido de que raciocínios mais flexíveis podem levar-nos a melhores soluções, no plano do processo passa necessariamente pelo desprezo da regra no sentido de que 'não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar'". (ALVIM, Teresa Arruda. Fungibilidade de "meios": uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. *In:* NERY JR., Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1090-1091).

até hoje a sentença prevista no art. 925 do CPC, pode e deve, salvo melhor juízo, ser apresentada petição ao juízo da execução insistindo no cumprimento pleno do título executivo judicial, compreendendo as seguintes obrigações a cargo do Município executado: **i)** "promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00"; **ii)** "realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00" (ou então provar que realizou); e **iii)** pagar o valor correto da verba sucumbencial devida ao CEJUR, que deve ser calculada não apenas sobre o valor dos danos morais, mas sobre o valor total da condenação.

Sugere-se que tal requerimento, para não ter o destino da petição de p. 650/654, sublinhe fortemente a inexistência da sentença prevista no art. 925 do CPC, podendo a ele ser anexada cópia integral deste parecer.

Acaso não seja enfrentada a fundamentação alvitrada, haverá naturalmente a necessidade de oposição de embargos de declaração.

Espera-se que só essa primeira ordem de providências já seja suficiente para despertar a atenção do juízo da execução acerca dos equívocos cometidos, com a consequente reconsideração da ordem de arquivamento.

Caso todavia não seja suficiente, pelo menos duas outras medidas poderão ser utilizadas (mas não concomitantemente, como será esclarecido).

A reclamação é uma delas, tratando-se da clássica hipótese de reclamação para "garantir a autoridade das decisões do tribunal" (CPC, art. 988, II). De fato, o acórdão de p. 352/359 (oriundo da 15ª Câmara Cível do TJ/RJ), que substituiu a sentença que se acha no índex 250 (art. 1.008 do CPC), está sendo abertamente contrariado pelo juízo da execução. Em momento algum, o julgado condicionou o cumprimento da obrigação principal do Município executado ao fato de o exequente continuar morando em sua casa (que está interditada!). Além disso, a condenação em honorários deveria ter sido calculada sobre o valor da condenação, e não apenas sobre o valor dos danos morais.

Ainda sobre a admissibilidade da reclamação, saliente-se que não está presente o impedimento do art. 988, § 5º, I, do CPC, tendo-se em vista a inexistência da sentença do art. 925 do CPC, impedindo por completo a ocorrência de qualquer eficácia extintiva, sendo certo que os provimentos que determinaram o arquivamento da execução não têm aptidão formal ou idoneidade substancial, como já detidamente exposto, para a produção da coisa julgada.

Uma terceira possibilidade é a propositura de ação rescisória, calcada antes de tudo na ofensa à coisa julgada (produzida na fase de conhecimento). Vale ressalvar, porém, que essa terceira possibilidade estará condicionada a determinada evolução do quadro processual. Explique-se.

A jurisprudência brasileira admite largamente ação rescisória em face de sentenças que extinguem execuções com fundamento na satisfação da obrigação exequenda[10]. Ocorre que, no caso concreto, não existe sentença, o arquivamento não se deu com fundamento na satisfação da obrigação exequenda – muito pelo contrário – e também

[10] Exemplificativamente: REsp 885.713/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010; REsp 845.327/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010; AgRg no REsp 1.413.984/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 16/04/2015.

não houve trânsito em julgado (conforme frisado logo acima). No presente momento, portanto, não caberia a ação rescisória, notadamente pela ausência de sentença e de coisa julgada.

No entanto, a situação do processo está prestes a sofrer modificação, a partir do requerimento ao juízo da execução sugerido no presente parecer. Caso seja afinal proferida uma decisão idônea à produção de alguma estabilidade processual, a ação rescisória se tornará admissível.

E nem precisará ser, aduza-se, uma decisão de mérito, vez que o CPC de 2015 reconheceu a rescindibilidade das decisões transitadas em julgado que, embora não sendo de mérito, impeçam "nova propositura da demanda" (art. 966, § 2º, I).

O que se quis evitar claramente, com o dispositivo acima citado, foi o trancamento dos meios impugnativos da parte que tem contra si decisão transitada em julgado. Ou a parte deve ter a chance da repropositura da demanda ou a chance da ação rescisória. Privá-la das duas possibilidades atentaria, no nosso sistema, contra o direito fundamental à inafastabilidade substancial do controle jurisdicional (acesso substancial à justiça).

Tal *ratio*, por sinal, mostra-se caríssima ao caso. Não se podem trancar, de modo algum, as estradas capazes de levar o autor exequente à reversão das injustiças que pululam no processo. Sublinhe-se aliás: se esse trancamento materializar-se de fato, a via da ação rescisória estará autorizada, ainda que possa haver alguma dúvida quanto ao atendimento de algum dos seus requisitos de admissibilidade. Como já foi dito, a cumulação de equívocos e atecnias não pode ter o paradoxal efeito de estorvar a solução do problema, mas sim o inverso. A grande premissa a ser aplicada aqui, respaldada vivamente pelo sistema processual civil implantado em 2015, é, reitere-se, a aversão a resultados teratológicos, devendo a técnica e a hermenêutica processuais ser colocadas inteiramente à disposição dessa salutar finalidade.

Sugere-se, portanto, que inicialmente se torne a peticionar ao juízo da execução, insistindo no cumprimento das obrigações não adimplidas e frisando a inexistência da sentença prevista no art. 925 do CPC. Acredita-se que só isso já possa devolver a execução aos seus trilhos normais. Se a volta à normalidade não acontecer com essa primeira providência, o tribunal deverá ser acessado. Além de eventual apelação, poderão ser apresentadas (não concomitantemente) reclamação ou ação rescisória.

6. RECOMENDAÇÃO RELATIVA À ATRIBUIÇÃO FUNCIONAL PARA ESTE CASO (E OUTROS IGUALMENTE MERECEDORES DE ATENÇÃO ESPECIAL)

Encerro este parecer formulando recomendação relativa a aspectos internos, ligados à atribuição funcional.

Nos últimos anos, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro tem desenvolvido técnicas de ação estratégica, buscando dessa forma tornar mais eficaz a sua atuação, em benefício da imensa massa de pessoas e grupos vulneráveis atendidos pela instituição. O foco tem sido conflitos genuinamente coletivos ou que ao menos tenham alguma repercussão coletiva. É natural que o foco seja esse. Ainda assim, é preciso não esquecer das lides puramente individuais, como ocorre aqui.

De fato, o caso é individual e não tem repercussão coletiva. Mas estão sendo cometidas graves injustiças contra pessoa defendida pela Defensoria Pública. Além disso, trata-se de caso que, em virtude das falhas ocorridas no processo, ganhou complexidade, tanto assim que houve a consulta do competente e zeloso Dr. X. De mais a mais, essa desconcertante complexidade (que não deveria existir jamais em um prosaico cumprimento de sentença) suscita cardápio variado de opções processuais, envolvendo instâncias diversas. Parece-me o suficiente para incitar algum tipo de atuação estratégica.

É claro que o tema pede reflexão maior e talvez regulamentação interna. Mas já neste caso, independentemente de qualquer regulamentação, preocupações de ordem estratégica podem e devem ser consideradas, em prol da eficiência da atuação, imperativo de ordem constitucional. A própria consulta, seguida por este parecer, traduz um procedimento de natureza estratégica.

Especialmente a questão da atribuição funcional para atuar no caso merece olhar estratégico. O ideal é que um(a) defensor(a) seja designado(a) para atuar integralmente no caso, envolvendo não só o processo existente (ora arquivado), em todas as instâncias, mas também possíveis ações autônomas de impugnação, a exemplo da reclamação e da ação rescisória.

Em quem deve recair a designação? De preferência, em defensor(a) que não esteja em atuação junto ao juízo da execução, para evitar eventual desgaste decorrente de litigância inevitavelmente contundente, dada a necessidade de se exporem e atacarem os inúmeros equívocos judiciais que foram praticados ao longo do processo. Não obstante a sobrecarga da Coordenadoria Cível e da Subcoordenadoria, a designação poderia recair sobre uma das excepcionais defensoras que lá oficiam atualmente.

É certo que a sugestão de um(a) defensor(a) para o caso todo – atribuição integral – não observa o modelo tradicional de atuação segmentada da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (embora seja adotado por outras Defensorias do país). Mas se trata de uma quebra de modelo meramente pontual e, sobretudo, perfeitamente justificável, à medida que se destina a propiciar maior chance de êxito em casos que exijam – seja pela relevância, seja pela complexidade – atuação estratégica (o que implica logicamente coerência e uniformidade de ação).

De toda sorte, caso a sugestão do parecer seja adotada, convém colher a aquiescência do defensor abstratamente incumbido do processo, abrindo-se-lhe inclusive a possibilidade de participar dos esforços visando à reversão do quadro de injustiças sofridas pelo autor exequente.

7. FINAL

Ao final, descreva-se sucintamente o caminho trilhado neste parecer.

Inicialmente, fez-se um detalhado histórico do processo, revelando as graves falhas nele ocorridas, em detrimento de pessoa assistida pela Defensoria Pública.

Depois, abordou-se a dogmática processual e sua aplicação ao caso, sempre sob a premissa de que a sistemática vigente tem aversão a resultados teratológicos, devendo a técnica e a hermenêutica processuais ser colocadas a serviço da correção de anomalias.

Passou-se em seguida à parte mais importante do parecer, com a especificação das medidas que podem ser tomadas para que o direito manifesto do autor – certificado por título executivo judicial – possa enfim prevalecer.

Por último, formulou-se recomendação relativa à atribuição funcional para atuar no caso, sugerindo-se que um(a) só defensor(a) assuma a defesa, em todas as instâncias e graus.

Termino sublinhando a transcendência do caso. A questão é puramente individual, mas direitos fundamentais e evidentes de uma pessoa atendida pela Defensoria foram afrontados. A instituição não pode, positivamente, conformar-se com esse revés.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2021.

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUSA
Diretor-Geral do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública/RJ
Professor adjunto de processo civil da UERJ
Integrante do Grupo de Trabalho instituído pelo CNJ visando à modernização e efetividade dos processos de execução e cumprimento de sentença (Portaria nº 272/2020)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
731
Carimbado Eletronicamente

Processo: 0314325-50.2010.8.19.0001

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Procedimento Comum - Dano Moral Outros - Cdc; Dano Material - Cdc; Fornecimento de Água / Contratos de Consumo; Antecipação de Tutela E/ou Obrigação de Fazer Ou Não Fazer Ou Dar

Autor: HERNANI DE JESUS FERREIRA DA NETA
Réu: MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
Perito: ANTÔNIO RODRIGUES PEREIRA

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Aline Maria Gomes Massoni da Costa

Em 05/04/2021

Decisão

CHAMO O FEITO À ORDEM

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais proposta por HERNANI DE JESUS FERREIRA DA NETA em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

Acórdão em pdf. 352, condenando o Município a: "1) realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais); 2) promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais); e 3) compensar a parte autora pelos danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos de correção monetária a contar da presente data e juros contar da data do evento (Súmula n° 54 do STJ)."

Em pdf. 396, o autor deu inicio ao cumprimento de sentença requerento a intimação do executado nos seguintes termos: 1. Obrigação de fazer conforme itens 1 e 2 da r.sentença de fls.236; 2. Obrigação de Pagar o valor de R$ 26.672,11, conforme planilha de débito anexa; 3. Obrigação de Pagar honorários devidos ao CEJUR-DPGE no valor de 4.495,93.

Decisão, em pdf. 558, determinando a vistoria do imóvel pelo departamento técnico do MRJ, no prazo de 20 dias.

O Município, em pdf. 572, requer que o Autor seja intimado para informar endereço em que reside atualmente, telefone e email, para que os técnicos possam entrar em contato para dar início as reformas determinas na r. sentença, com manifestação da parte autora em pdf 575.

Em pdf. 592, restou decidido que não há obrigação de fazer alguma a ser cumprida eis que o autor, como declara às fls. 575, nem mais reside no local, sendo tal decisão mantida em pdf's. 612,

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
732
Carimbado Eletronicamente

636 e 662.

Nova petição da parte autora, em pdf. 679, requerendo a intimação do Município para que dê cumprimento imediato as obrigações remanescentes da sentença, quais sejam: a) promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, sob pena de multa diária de R$ 500,00; b) realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (ou então provar que realizou); e c) pagar o valor correto da verba sucumbencial devida ao CEJUR, que deve ser calculada não apenas sobre o valor dos danos morais, mas sobre o valor total da condenação.

Devidamente intimado, o Município se manifestou em pdf. 727, alegando, em síntese, que os argumentos meramente reeditados em fl . 679 e segs. não conduzem e nem poderiam conduzir uma nova discussão em torno de questão já definitivamente resolvida no processo.

É o relatório. Decido.

Compulsando os autos, verifica-se que a sentença e o Acórdão (pdf's. 250 e 352) restaram claros em condenar o Município a 1) realizar todos os reparos necessários na tubulação de águas ora em análise, no prazo máximo de 20 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais); 2) promover a total restruturação do imóvel do autor, na exata forma descrita e orientada pelo laudo pericial, até sua completa e segura reedificação, no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Diante do elucidade acima, constata-se que a decisão exarada por este Juízo, em pdf. 592, está manifestamente equivocada na medida em que concluiu pela não existência da obrigação de fazer, sustentada no fato de o autor não mais residir no local.

Frise-se, ainda, que foi a propria Edilidade que requereu a intimação do autor para informar endereço em que reside atualmente, telefone e email, para que os técnicos possam entrar em contato para dar início as reformas determinas na r. sentença.

Assim, em respeito ao instituto da coisa julgada, RECONSIDERO AS DECISÕES de pdf. 592, 612, 636 e 662, para determinar o prosseguimento do presente feito no que consiste no cumprimento imediato das obrigações remanescentes da sentença.

Diante do exposto, intime-se o Município para que cumpra a obrigação de fazer, conforme requerido pelo autor em pdf. 679.

Intimem-se.

Rio de Janeiro, 20/04/2021.

Aline Maria Gomes Massoni da Costa - Juiz em Exercício

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Aline Maria Gomes Massoni da Costa

Em ____/____/_____

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
733
Carimbado Eletronicamente

Código de Autenticação: **44S4.ADEQ.FGFP.WSX2**
Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

ALINE MARIA GOMES MASSONI DA COSTA:33078 Assinado em 20/04/2021 17:56:50
Local: TJ-RJ

TRABALHOS DE DEFENSORAS E DEFENSORES DO RIO DE JANEIRO PREMIADOS NO XV CONADEP (CONGRESSO NACIONAL DE DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS) - 2022

voltar ao sumário

O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (DPRJ): UMA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA PELA SUPERAÇÃO DE RETROCESSOS E DE NOVOS DESAFIOS NA LUTA PELA SAÚDE E PELA VIDA[1]

Thaísa Guerreiro de Souza
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Coordenadora de Saúde e Tutela Coletiva da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Saúde Coletiva

Alessandra Nascimento Rocha Glória
Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro
Em atuação na Coordenação de Saúde e Tutela Coletiva da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro desde 2019
Mestranda do Programa de Pós-graduação em direito constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC – UFF)

1. DESCRIÇÃO DA PRÁTICA

Atuar com saúde pública nunca foi tarefa fácil. Ser a última esperança dos que se encontram no epicentro de vulnerabilidades e reivindicam, de forma legítima, o respeito, a proteção e a garantia dos direitos humanos à saúde e à vida demanda de nós, Defensores Públicos, um exercício diário de superação de retrocessos, de fé e de renovação de forças para os novos desafios. Mas, nunca antes na história, a luta pela garantia do acesso à saúde foi tão sofrida como ao longo da pandemia da COVID-19. Na contramão das recomendações nºs 1 e 4 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[2], que reafirmam a importância do controle do Poder Judiciário e da garantia do acesso à justiça na pandemia, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 66/2020[3], orientando os magistrados de todo o país a avaliarem as demandas judiciais em saúde com deferência aos gestores públicos, e evitarem as intimações, sanções pessoais, multas e bloqueios de verbas públicas. Portanto, desde o início, já se esperava que a luta pela garantia do acesso à saúde e à vida dos "invisibilizados" seria, como nunca antes, contramajoritária.

Em fevereiro de 2020, quando a descoberta do novo coronavírus e o risco sério e grave de uma pandemia mundial invadiam os noticiários de todo o mundo, as principais preocupações dos Defensores Públicos eram: (i) diante de um cenário histórico de escassez em recursos humanos e materiais (leitos, equipamentos, insumos,

[1] Prática vencedora do Concurso de Práticas do XV Congresso Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP), realizado em novembro de 2022, em Goiânia, Estado de Goiás.

[2] Inteiro teor disponível em https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/decisiones/resolucoes.asp.

[3] Inteiro teor disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf.

medicamentos, dentre outros) no Sistema Único de Saúde (SUS), elaborar uma litigância estratégica efetiva que compelisse Estado e municípios ao adequado planejamento, monitoramento e execução de medidas de enfrentamento à pandemia que dessem conta da atual e da futura demanda por ações e serviços de saúde; (ii) robustecer a força de trabalho da DPRJ de modo a atender, com eficiência, as demandas da população de todo o Estado; e (iii) buscar uma atuação coordenada e estratégica com os demais órgãos de controle a fim de evitar ações contraditórias que confundem os gestores e enfraquecem a defesa dos mais vulneráveis.

Vislumbrou-se que, em busca da máxima eficiência institucional em um cenário de múltiplas vulnerabilidades, era preciso investir em um novo modelo de atuação, que se baseasse na racionalidade sanitária e no *modus operandi* da política pública de saúde e, sobretudo, motivasse e envolvesse todos os Defensores Públicos, a sociedade civil e os demais órgãos de controle. Assim, seria possível uma atuação combativa que não abrisse mão do importante diálogo com os gestores e demais atores do conflito coletivo, incutindo credibilidade e legitimidade na atuação institucional.

Por isso, já em 18.03.2020, tão logo se iniciaram os rumores sobre a chegada da pandemia da COVID-19 no Brasil, a Coordenadoria de Saúde da DPRJ criou grupos de *whatsapp* com os colegas que atuavam na tutela individual e coletiva da saúde, e instaurou um procedimento de instrução em tutela coletiva compartilhado com todos os Defensores Públicos interessados, com a finalidade de monitorar e fomentar, de forma coordenada, estrutural e estratégica[4] com todos os colegas, o planejamento e a execução da política pública de enfrentamento à COVID-19 no Estado, seguindo a lógica do planejamento ascendente e regionalizado do SUS (art. 36 da Lei nº 8.080/90). E assim apurar, com a máxima antecedência possível, a existência de risco de violação aos direitos humanos e coletivos à saúde e à vida, focando em uma atuação preventiva.

Compreendia-se que, somente a partir da elaboração dos planos municipais de contingência por todos os municípios, seria possível ao Estado identificar os vácuos assistenciais de referência para COVID-19 e coordenar um efetivo planejamento regionalizado, no âmbito das Comissões Intergestores Regionais – CIRs, e estadual, no âmbito da Comissão Intergestores Bipartite (CIB/RJ). Nesse passo, a DPRJ expediu recomendações a todos os 92 (noventa e dois) municípios fluminenses para fomentar extrajudicialmente a elaboração e a implementação dos Planos Municipais de Contingência, pautando-se nos 10 eixos de medidas de enfrentamento à COVID-19 previstas no Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus do Ministério da Saúde. **Acredita-se que o resultado foi positivo, pois muitos municípios não conheciam a política pública e ainda não tinham elaborado o seu plano de contingência (sob a alegação equivocada de que não possuíam ou eram poucos os casos confirmados de COVID-19). O fomento provocado pela atuação capilarizada e simultânea da DPRJ em todo o Estado impulsionou o planejamento local, regionalizado, e a primeira pactuação bipartite do**

[4] E aqui fazemos uma homenagem aos bravos colegas Tiago Abud, Raphaela Jahara, João Helvécio, Rodrigo Azambuja e Eliane Arese, que encararam, ao nosso lado, na tutela coletiva, o início do pior momento da pandemia. À Isabel Fonseca e Luiza Maciel, que vieram somar valorosos esforços. E aos nobres colegas Larissa Davidovich, Cristian Barcellos, Alessandra Bentes, Luiz Fabiano de Faria, Lúcio Campinho, Lucas Sant`anna, Mirela Assad, Andrea Carius, Marcílio Brito, Flavio Lethier, Renata Duarte, Andrea Vidal, Rita Franco e Bernardo de Castro, que, a partir de outubro de 2020, em um projeto de expansão da tutela coletiva da Defensoria Pública, somaram-se a essa jornada.

Plano de Resposta de Emergência ao Coronavírus no Estado do Rio de Janeiro (Deliberação Conjunta Cib/Cosems-RJ nº 71/2020)[5]. Uma vez monitorada, por intermédio dos Planos Municipais de Contingência, toda a assistência planejada e efetivamente implementada por cada município em cada região de saúde, a DPRJ conseguiu calcular, com base em parâmetros de cobertura assistencial no SUS e nas condições epidemiológicas e de organização local e regional dos serviços, os *déficits* de leitos de enfermaria e de terapia intensiva de cada município e de cada região de saúde. E cobrar, judicialmente, a suplementação de tais vácuos assistenciais dos municípios omissos e, principalmente, do Estado, a fim de garantir o direito humano e fundamental de acesso integral à saúde. Segue, abaixo, para melhor compreensão, um exemplo do cálculo minucioso do *déficit* de leitos de terapia intensiva elaborado em uma das ações coletivas:

MUNICÍPIOS DA BAIXADA LITORÂNEA	POPULAÇÃO ESTIMADA CENSO 2019	TOTAL DE LEITOS DE UTI NECESSÁRIOS[6]	LEITOS DE UTI NECESSÁRIOS NO SUS[7]	LEITOS DE UTI EXISTENTES NA REDE PÚBLICA[8]
Araruama	132.400	32	24	0
Armação de Búzios	33.870	8	6	0
Arraial do Cabo	30.349	7	5	8
Cabo Frio	226.525	54	40	14
Casimiro de Abreu	44.184	11	8	0
Iguaba Grande	28.310	7	5	0
Rio das Ostras	150.674	36	27	0
São Pedro da Aldeia	104.476	25	19	0
Saquarema	89.170	21	16	11
Total	**839.958**	**201**	**150**	**33**

À luz de tais parâmetros, verificou-se, por exemplo, que, nas regiões de saúde historicamente deficitárias, como Metropolitana I, II e Baixada Litorânea, nem mesmo os leitos suplementares programados pelo Estado nos hospitais de campanha seriam suficientes para acolher, com dignidade, todos os casos de COVID-19 que necessitassem de internação hospitalar. Tal constatação possibilitou que a DPRJ se antecipasse ao cenário de escassez e, no primeiro sinal de atraso na conclusão das obras dos hospitais de campanha, propusesse seis ações coletivas solicitando não só a implementação de todos os leitos planejados nos hospitais de campanha de Nova Iguaçu (incluindo o hospital modular), Casimiro de Abreu, Campos, São Gonçalo, Maracanã e Rio Centro (os quatro últimos, em parceria com o Ministério Público do Estado), como também a suplementação dos leitos transitórios mediante estratégias de contratualização no

[5] Inteiro teor disponível em http://www.cib.rj.gov.br/deliberacoes-conjuntas/346-cib-cosems/6767-deliberacao-conjunta-cib-cosems-rj-n-71-de-01-de-abril-de-2020.html.

[6] Segundo dados do estudo da AMIB.

[7] Segundo dados do estudo da AMIB.

[8] Informações retiradas dos dados do CNES e dos relatórios das vistorias realizadas pelo CREMERJ juntados nos autos das ações civis públicas distribuídas em face dos municípios que compõem a Baixada Litorânea.

setor privado, expansão de estruturas hospitalares existentes ou otimização de áreas ociosas. Além disso, a DPRJ interveio nas ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, cobrando a implantação do Hospital de Campanha de Nova Friburgo, e pelo Ministério Público Estadual, cobrando, dentre outros aspectos, a operacionalização dos leitos do Hospital de Campanha de Duque de Caxias. **Com tal estratégia, a DPRJ conseguiu cobrir as demandas de saúde de todo o território fluminense com medidas extrajudiciais e demandas coletivas e estruturais baseadas nas políticas públicas existentes**.

Diante do terceiro repique de casos e da resistência de alguns magistrados em efetivar as decisões já prolatadas nas ações anteriores, a DPRJ precisou, mais uma vez, reinventar-se, e ajuizou nova ação civil pública (nº 0072216-19.2021.8.19.0001) para que, agora, o Estado e o Município do Rio publicizassem um plano estadual de contingência adequado e atualizado, contendo todas as medidas adotadas e necessárias para a expansão da capacidade assistencial e do fornecimento de medicamentos para intubação de oxigênio aos cidadão fluminenses. O pleito foi acolhido, em parte, em sede recursal.

De outro lado, também perfilhando a lógica sanitária e o Plano Nacional de Enfrentamento ao Novo Coronavírus, era certo que a luta por uma melhor assistência não englobava apenas a expansão da oferta de leitos de referência para COVID-19. Era indispensável que Estado e municípios sincronizassem essa expansão com medidas de modulação do distanciamento social embasadas em evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde, como determinam o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020 e inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADIs nº 6341, 6343, 6422, 6421, 6428, 6425, 6427, 6431 e 6424) (STF, 2020). De fato, não há leito que baste se o Poder Público não intensificar as ações de vigilância em saúde, reforçar a estratégia de testagem de casos suspeitos e seus contatos e adotar medidas de restrição de atividades que promovam a interação e infecção de grupos suscetíveis. Por isso, mais uma vez de forma estratégica com todos os Defensores Públicos em atuação na área, a DPRJ monitorou a evolução da testagem, fomentou e participou da elaboração dos planos de retomada de diversos municípios fluminenses. Além de inúmeras reuniões que fomentaram a elaboração extrajudicial de planos de retomada, como em Nova Iguaçu e Búzios, foram ajuizadas 14 (catorze) ações civis públicas em face dos municípios que determinaram a reabertura das atividades comerciais de forma atentatória à legislação e às evidências científicas e informações estratégicas em saúde. Na capital, destacam-se duas ações coletivas propostas pela DPRJ em face do Estado e do Município do Rio (0068461-21.2020.8.19.0001 e 0117233-15.2020.8.19.0001), que, segundo importantes instituições científicas, iniciaram a flexibilização social de forma prematura, sem uma criteriosa análise do risco em saúde pública. **Também no tema, acredita-se que as atuações da DPRJ impulsionaram a elaboração pelos entes públicos de planos de retomada mais adequados, do ponto de vista técnico e científico. O Estado do Rio só elaborou e aperfeiçoou o seu plano de retomada após a judicialização do tema. Foram incorporados, por exemplo, alguns indicadores e estratégias citados como necessários pela DPRJ no curso do processo judicial: monitoramento das taxas de ocupação de leitos municipais e regionais (e não só dos estaduais) e dos atendimentos de**

casos suspeitos de COVID-19 nas unidades pré-hospitalares. Para demonstrar a importância desse segundo indicador, a DPRJ analisou, também de forma estratégica, informações encaminhadas por 111 (cento e onze) unidades públicas de saúde, básicas e pré-hospitalares, com relação a um período de 90 dias no período de abril a agosto de 2020. O relatório, que foi amplamente divulgado na mídia[9], constatou que 20% das unidades de saúde oficiadas não possuíam acesso ao Sistema Estadual de Regulação (SER); em 44,5% dos casos que necessitaram de transferência para um leito SRAG, os pacientes faleceram na unidade pré-hospitalar ou básica à espera da transferência ou durante o transporte; e em quase 3% dos casos, o óbito ocorreu antes mesmo que o paciente fosse inserido no SER. **Calculou-se, aproximadamente, 1981 mortes evitáveis em um curto período de 90 dias, que foram recentemente denunciadas pela DPRJ à CIDH**.

No final de 2020, foi proposta pela DPRJ mais uma ação coletiva no tema, pois o Município do Rio passou a modular o distanciamento social em desconformidade com as diretrizes do seu próprio corpo técnico e científico (0287500-20.2020.8.19.0001).

Por fim, não se pode olvidar a importância da imunização dos grupos mais vulneráveis ao agravamento e óbito por COVID-19 para a diminuição da pressão na rede assistencial e uma melhor assistência. Por isso, a DPRJ expediu ofícios e recomendações a todos os 92 (noventa e dois) municípios fluminenses para que fossem elaborados e executados os planos municipais de vacinação conforme os parâmetros do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (PNO) e monitora, até hoje, o processo de imunização em todo o Estado (comparando o quantitativo e a destinação social dos imunizantes encaminhados pelo Ministério da Saúde com o quantitativo distribuído a cada município pelo Estado e os calendários locais). Para garantir a segurança jurídica, a higidez e a eficiência do PNO em território estadual e nacional, a DPRJ postulou judicialmente, em parceria com o Ministério Público, a declaração de nulidade do Decreto Estadual nº 47.547/2021 (ERJ, 2021), que, em um cenário de escassez e sem qualquer motivação técnica (peculiaridades e especificidades regionais) e prévia pactuação em CIB/RJ, antecipou a vacinação dos profissionais das forças de segurança, salvamento, forças armadas e educação em detrimento dos grupos prioritários de idosos, pessoas com comorbidades e deficiência. A atuação culminou com o ajuizamento pela DPRJ da exitosa Reclamação nº 46.965 junto à Corte Maior, a qual assentou que qualquer decisão concernente à ordem de prioridade da vacinação deve estar embasada em critérios técnicos e científicos. A Reclamação serviu como importantíssimo precedente para as Defensorias Públicas e Ministérios Públicos que lutavam pela equidade no acesso às vacinas em outros estados do Brasil. A exemplo, citam-se os Estados de Goiás[10] e Distrito Federal[11].

---

[9] Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/8993381/programa/https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/11/6020578-pesquisa-aponta-morte-de-mais-de-18-mil-pacientes-de-covid-19-por-falta-de-leitos-no-rio.html https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10813-Pesquisa-da-DPRJ-aponta-pelo-menos-1891-mortes-por-falta-de-leitos/ https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/11/03/rj-teve-quase-19-mil-mortes-por-falta-de-leitos-na-pandemia-diz-defensoria-publica.ghtml.

[10] Fachin suspende decisão que permitia vacinação indiscriminada de forças de segurança e salvamento em GO. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=465342.

[11] Disponível em: https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/07/21/quase-30-mil-militares-das-forcas-armadas-foram-priorizados-na-vacinacao-contra-covid-19-no-df-mpf-investiga-fura-fila.ghtml.

Toda essa luta não seria possível sem o sentimento de solidariedade, empatia e cooperação que uniu todos os Defensores em prol de uma atuação harmônica voltada aos mais vulneráveis. Foi, ainda, de fundamental importância o fortalecimento do diálogo com as secretarias estadual e municipais de saúde, das parcerias já existentes com os Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Tribunais de Contas, Fiocruz[12], UFRJ, UERJ, UFF, Comissão de Saúde Pública da ALERJ e, é claro, com a sociedade civil e nossa ouvidoria externa.

2. CONCLUSÃO E DIÁLOGO COM O TEMA DO CONADEP

Em suma, não foram poucos os retrocessos e desafios enfrentados pelos Defensores Públicos que assumiram a luta por uma melhor assistência dos mais vulneráveis durante a pandemia da COVID-19. Mas se acredita que a união de esforços e a implementação de uma atuação coordenada e estratégica permitiu a otimização da força de trabalho da DPRJ, com o engajamento de inúmeros colegas imbuídos pelo mesmo espírito de solidariedade e empatia ao próximo e, assim, a multiplicidade de ações extrajudiciais e judiciais de forma simultânea, permanente e estrutural em todo o território do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, a atuação técnica, qualificada, baseada nas próprias normas e políticas públicas do SUS, a partir de uma atuação próxima da Coordenação de Saúde (que participava das reuniões, elaborava modelos de atuação e mantinha constante diálogo com todos os colegas, gestores e demais órgãos de monitoramento e proteção de direitos humanos) conferiu grande legitimidade, respeitabilidade e credibilidade à nossa atuação institucional. Ao contrário de outras instituições, como o Ministério Público, que atuavam de forma contraditória (promovendo ações coletivas, em um mesmo período de tempo, contra e a favor da abertura de escolas, por exemplo), a DPRJ se destacou pela combatividade, capilaridade, harmonia e coerência institucional.

Não se pode olvidar que, em um cenário de austeridade fiscal, de fortes atentados contra a Democracia, congelamento de gastos com políticas sociais, criação de advocacias dativas em detrimento dos investimentos nas Defensorias Públicas, e consequentes e múltiplas violações em direitos humanos, os Defensores Públicos precisarão, cada vez mais, atuar de forma integrada, coordenada, articulada, qualificada e harmônica, de molde a otimizar sua força de trabalho, fortalecer sua credibilidade e imagem institucional e tutelar com a máxima efetividade todos os direitos humanos e os objetivos e fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CRFB/88). Não se vislumbra, em um cenário tão arenoso e perverso, outro modo de atuar para uma efetiva superação dos retrocessos e dos novos desafios.

[12] A Fiocruz expediu relevantíssima nota técnica em apoio à demanda coletiva que buscou reestabelecer a eficácia do PNO no Estado do Rio.

ANEXO
(LISTA COM ALGUMAS AÇÕES)

Elaboração e implementação de Plano Municipal de Contingência de Enfrentamento ao Coronavírus:

1. Angra dos Reis - 0002633-72.2020.8.19.0003
2. Aperibé - 0001713-54.2020.8.19.0050
3. Araruama - 0004179-15.2020.8.19.0052
4. Areal - 0002607-88.2020.8.19.0063
5. Armação dos Búzios - 0000838-97.2020.8.19.0078
6. Arraial do Cabo - 0000524-79.2020.8.19.0005;
7. Barra do Piraí - 0000838-97.2020.8.19.0078;
8. Barra Mansa - 0006561-19.2020.8.19.0007;
9. Belford Roxo - 0005699-45.2020.8.19.0008;
10. Bom Jesus do Itabapoana - 0000969-82.2020.8.19.0010;
11. Cabo Frio - 0011892-67.2020.8.19.0011;
12. Cachoeiras de Macacu - 0001210-50.2020.8.19.0012;
13. Cambuci - 0002420-36.2020.8.19.0013;
14. Carapebus - 0000406-60.2020.8.19.0084;
15. Cardoso Moreira - 0000406-72.2020.8.19.0080
16. Carmo - 0000561-73.2020.8.19.0016
17. Casimiro de Abreu - 0000562-55.2020.8.19.0017
18. Conceição de Macabu - 0000274-07.2020.8.19.0018
19. Duque de Caxias - 0015816-56.2020.8.19.0021
20. Engenheiro Paulo de Frontin - 0000186-54.2020.8.19.0022
21. Iguaba Grande - 0000491-91.2020.8.19.0069
22. Italva - 0000405-87.2020.8.19.0080
23. Itaocara - 0000945-09.2020.8.19.0025
24. Itaperuna - 0003398-71.2020.8.19.0026
25. Itatiaia - 0001111-67.2020.8.19.0081
26. Japeri - 0001352-35.2020.8.19.0083
27. Laje do Muriaé - 0001008-28.2020.8.19.0027
28. Mangaratiba - 0001321-77.2020.8.19.0030
29. Maricá - 0004456-94.2020.8.19.0031
30. Mendes - 0000335-20.2020.8.19.0032
31. Mesquita - 0027208-39.2020.8.19.0038
32. Miracema - 0000802-90.2020.8.19.0034
33. Natividade - 0000797-65.2020.8.19.0035
34. Paracambi - 0000792-31.2020.8.19.0039
35. Paraty - 000698-77.2020.8.19.0041
36. Pinheiral - 0000402-29.2020.8.19.0082
37. Piraí - 0000549-75.2020.8.19.0043
38. Porciúncula - 0000520-22.2020.8.19.0044

39. Porto Real - 0000824-37.2020.8.19.0071
40. Quatis - 0000823-52.2020.8.19.0071
41. Quissamã - 0000405-75.2020.8.19.0084
42. Resende - 0002893-23.2020.8.19.0045
43. Rio Bonito - 0001347-27.2020.8.19.0046
44. Rio Claro - 0000297-60.2020.8.19.0047
45. Rio das Flores - 0000200-57.2020.8.19.0048
46. Rio das Ostras - 0002950-69.2020.8.19.0068
47. Santo Antônio de Pádua - 0001774-12.2020.8.19.0050
48. São Fidélis - 0000590-18.2020.8.19.0051
49. São Francisco do Itabapoana – 0000663-30.2020.8.19.0070
50. São João da Barra - 0000606-63.2020.8.19.0053
51. São João de Meriti - 0008160-46.2020.8.19.0054
52. São José de Ubá - 0003401-26.2020.8.19.0026
53. São Pedro da Aldeia - 0001280-35.2020.8.19.0055
54. Saquarema - 0001744-50.2020.8.19.0058
55. Silva Jardim - 0000415-97.2020.8.19.0059
56. Valença - 0001364-09.2020.8.19.0064
57. Varre-Sai - 0000795-95.2020.8.19.0035
58. Vassouras - 0000634-92.2020.8.19.0065

Leitos de hospital de campanha:

1. Estado e Município (hospital de campanha) - 0092893-07.2020.8.19.0001
2. Campos dos Goytacazes - 0011458-69.2020.8.19.0014
3. Casimiro de Abreu - 0000562-55.2020.8.19.0017
4. Nova Iguaçu - 0025192-15.2020.8.19.0038
5. São Gonçalo- 0011982-96.2020.8.19.0004

Medidas de isolamento social, incluindo fechamento do comércio:

1. Município do Rio de Janeiro - 0068461-21.2020.8.19.0001
2. Estado do Rio de Janeiro - 0117233-15.2020.8.19.0001
3. Angra dos Reis - 0002957-62.2020.8.19.0003
4. Duque de Caxias - 0014993-82.2020.8.19.0021
5. Italva e Cardoso Moreira - 0000452-61.2020.8.19.0080
6. Itaperuna - 0003447-15.2020.8.19.0026
7. Niterói (retorno das aulas presenciais) - 0028849-73.2020.8.19.0002
8. Nova Friburgo - 0003696-30.2020.8.19.0037
9. Porciúncula - 0000679-62.2020.8.19.0044
10. Quatis - 0067728-55.2020.8.19.0001
11. São Fidélis - 0000725-30.2020.8.19.0051
12. São Francisco do Itabapoana - 0000817-48.2020.8.19.0070
13. Três Rios - 0003432.32.2020.8.19.0063
14. Valença - 0001365-91.2020.8.19.0064

O DIREITO DE VIVER LIVRE DA FOME: A EXPERIÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO[1]

Rodrigo Azambuja Martins
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
Coordenador de Infância e Juventude da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

A pandemia provocada pelo novo coronavírus impactou diretamente a população mais vulnerável em razão da natural redução das atividades econômicas, por conta da implementação das necessárias medidas de isolamento social. Essas modificações na dinâmica social ocasionaram empobrecimento de muitas famílias, que passaram a permanecer em situação de insegurança alimentar.

Conforme apurado no Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, elaborado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional[2]:

> Os resultados deste inquérito mostram que, em 2020, a Insegurança Alimentar e a fome no Brasil retornaram aos patamares próximos aos de 2004. Mais que isso, foi anulado, para parcela significativa da população brasileira, o sucesso obtido entre 2004 e 2013 na garantia do direito humano à alimentação adequada e saudável. Os dados mostram que tivemos um retrocesso de 15 anos em apenas cinco; retrocesso ainda mais acentuado nos últimos dois anos, como apresentado na Figura 14. É necessário enfatizar que, no período entre 2013 e 2018, a IA grave, portanto, a ocorrência de fome, teve um aumento de 8,0% ao ano, conforme dados da PNAD, de 2013, e da POF, de 2018 (Salles- Costa et al., 2020). Esse aumento é acelerado e passa a ser de 27,6% ao ano entre 2018 e 2020, conforme dados da POF, de 2018, e da VigiSAN, para 2020.

Atualmente, ter acesso a alimentos em quantidade e qualidade suficiente, de forma regular e permanente, ainda não é uma realidade para muitos cidadãos brasileiros. E não há democracia quando se está com barriga vazia. Explico: o sujeito que não está livre da fome encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade. Seu corpo, para manter sua existência, apenas se dedica à busca de alimentos, e nada mais.

O direito humano à alimentação é, portanto, indispensável à realização dos demais. A existência humana, da forma por nós conhecida, é material. Sustenta-se na matéria, a partir da ingestão de alimentos. Sem acesso permanente a eles, a matéria se esvai, o corpo perece, a vida deixa de existir.

Por essa razão, a partir de 2020, a Defensoria Pública do RJ iniciou diversas atuações para tornar prático e efetivo o direito humano à alimentação e nutrição adequadas. A caminhada começou com a adoção de medidas – quase-judiciais e judiciais – para garantia da segurança alimentar dos estudantes da educação básica que tiveram as aulas suspensas como medida acertada para evitar o espalhamento da COVID-19.

---

[1] Prática agraciada com Menção Honrosa no Concurso de Práticas do XV Congresso Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP), realizado em novembro de 2022, em Goiânia, Estado de Goiás.

[2] Íntegra disponível em: http://olheparaafome.com.br/VIGISAN_Inseguranca_alimentar.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

Dentre as iniciativas da Defensoria do RJ, destacam-se o envio de recomendações a todos os municípios e ao Estado do RJ, o ajuizamento de ações civis públicas e uma constante articulação com a sociedade civil, que demandava dos administradores públicos o emprego de medidas adequadas para socorrer os estudantes durante o fechamento das escolas.

Importante pontuar que essa articulação foi fundamental para, por meio da participação social junto à Defensoria Pública, produzir uma litigância estratégica popular, com fiscalização capilarizada da implementação das políticas públicas de alimentação escolar, garantindo uma atuação institucional dinâmica e fundamentada não só na técnica jurídica, mas sobretudo na realidade vivida pela população titular desse direito.

Antes mesmo da publicação da Lei 13.987/2020, que inseriu o art. 21-A na Lei 11.947/2009, para, "durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública", autorizar "em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados [...] dos gêneros alimentícios [...]", a Defensoria Pública solicitou às secretarias de educação e de assistência social que encontrassem alternativas para manter segurança alimentar dos alunos, enquanto durasse a suspensão das aulas presenciais. A urgência da demanda era nítida, já que diversos movimentos de mães de estudantes das redes públicas denunciavam o risco à segurança alimentar de seus filhos.

Frente a essas reclamações e denúncias, a atuação da Defensoria Pública baseou-se no reconhecimento de que o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), mais do que mera complementação da educação, é política pública eficaz de combate à fome, servindo de modelo para a implantação de programas sustentáveis de alimentação escolar em diversos países do mundo, como reconhecido pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO).

Segundo o Programa Mundial de Alimentos da Organização das Nações Unidas (PM, ou WFP, na sigla em inglês)[3]:

> a alimentação escolar é uma estratégia reconhecida para melhorar a nutrição e a saúde, aumentar o acesso à educação e a frequência escolar, reduzir desigualdades na educação e melhorar o desempenho dos alunos. Quando está vinculada à agricultura local, a alimentação escolar também fortalece as economias locais e ajuda as famílias rurais a superar a pobreza e a fome.

Nessa seara, o Brasil desponta como

> um dos poucos países do mundo com um programa universal de alimentação escolar. Todas as crianças matriculadas em escolas públicas recebem uma refeição nutricionalmente balanceada e participam de atividades de educação alimentar e nutricional. Todos os dias, o Programa Nacional de Alimentação Escolar alimenta 43 milhões de crianças no Brasil.

Com a publicação da Lei 13.987/2020 – e o reconhecimento, pelo Poder Legislativo, da necessidade da execução do PNAE com o fechamento das escolas – e a edição da Resolução FNDE 02/2020, criando parâmetros para a execução da política pública, foram encaminhadas recomendações aos 92 municípios do estado do Rio

[3] Para conhecimento das iniciativas do PMA, inclusive a realização do Fórum Global de Nutrição Infantil, vide https://centrodeexcelencia.org.br/pb/school-feeding-developed-countries/. Para acesso às publicações das Boas Práticas em relação à alimentação escolar em todo o mundo, vide https://centrodeexcelencia.org.br/pb/biblioteca/.

de Janeiro, além do governo estadual. A recomendação consiste, como diz o nome, numa sugestão de implementação de determinado comportamento pelo ente público, uma vez constatada omissão. É um clássico instrumento quase-judicial que objetiva solucionar, sem recurso ao Poder Judiciário, a controvérsia.

A recomendação sugeria aos entes públicos, executores do PNAE, dentre outras medidas:

> A distribuição de gêneros alimentícios e/ou transferência de renda, correspondentes ao número de refeições normalmente realizadas na escola, para todos os alunos da educação básica da rede pública municipal, visando à manutenção da sua segurança alimentar e dos aportes nutricionais diários necessários para o seu desenvolvimento sadio.[4]

As prefeituras que não prestaram informações (sobre acolhimento ou não das medidas sugeridas), ou se recusaram ao fornecimento de kit merenda ou alternativas que assegurassem o direito à alimentação dos alunos, foram processadas, conforme tabela abaixo:

MUNICÍPIO	Nº DO PROCESSO
Angra dos Reis	0002928-12.2020.8.19.0003
Areal	0004184-04.2020.8.19.0063
Barra do Piraí	0002045-56.2020.8.19.0006
Barra Mansa	0008307-19.2020.8.19.0007
Belford Roxo	0125755-31.2020.8.19.0001
Cabo Frio	0012914-63.2020.8.19.0011
Cambuci	0002538-12.2020.8.19.0013
Cachoeiras de Macacu	0001314-42.2020.8.19.0012
Duque de Caxias	0021354-18.2020.8.19.0021
Guapimirim	0000968-05.2020.8.19.0073
Itatiaia	0002051-32.2020.8.19.0081
Itaboraí	0009371-16.2020.8.19.0023
Itaocara	0001116-63.2020.8.19.0025
Japeri	0001512-60.2020.8.19.0083
Mangaratiba	0001347-41.2021.8.19.0030
Mendes	0000373-32.2020.8.19.0032
Miracema	0001296-52.2020.8.19.0034
Nova Friburgo	0003967-39.2020.8.19.0037
Paraíba do Sul	0000676-22.2020.8.19.0040
Quatis	0000887-62.2020.8.19.0071
Queimados	0003324-88.2020.8.19.0067
São João de Meriti	0010124-74.2020.8.19.0054
São Pedro da Aldeia	0001459-66.2020.8.19.0055
Vassouras	0000696-35.2020.8.19.0065
Volta Redonda	0804145-28.2021.8.19.0066
Rio de Janeiro (Estado e Município)	0093472-52.2020.8.19.0001

[4] Seu inteiro teor pode ser acessado a partir da hiperligação: https://drive.google.com/file/d/1jc3MDbSuS8TP0x8U4SYg0vEIunlajZZt/view?usp=sharing.

Muitas das decisões favoráveis não foram cumpridas, tendo sido apresentados requerimentos de execução, inclusive com a fixação de multa, contra os administradores públicos (prefeitos, governador, secretários de educação). Aqui, vale destacar o papel decisivo cumprido pela sociedade civil, em especial pelos movimentos de mães de estudantes da rede pública. A partir de contato direto com a Ouvidoria Externa da Defensoria Pública[5], esses coletivos enviavam informações precisas sobre o cumprimento ou descumprimento das decisões, que funcionaram como contraprovas para a atuação judicial.

Essa relação produziu uma quantidade de informações relevantes, que permitiram à Defensoria levar aos processos a realidade concreta das famílias, muitas vezes diferente das versões oficiais alegadas em juízo pelos entes do poder público. Para se ter uma ideia do tamanho de informações que puderam ser coletadas pela Defensoria Pública, cita-se uma pesquisa iniciada pela Ouvidoria-Geral, com a utilização e disparo de um "Googleforms", a propósito da recarga de cartões alimentação distribuídos aos estudantes da rede municipal de ensino do Rio de Janeiro, que recebeu mais de 30 mil respondentes.

Especificamente em relação à cidade do Rio de Janeiro e ao governo estadual, a decisão liminar na ação civil pública concedeu 10 dias para implementação da distribuição dos kits merenda ou transferência de renda a todos os alunos. A intimação aconteceu em 25/05/20. E assim, em 05/06/20, foi apresentado o requerimento de execução.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, acolhendo pedido de algumas prefeituras e do governo estadual, suspendeu as liminares obtidas. Entendeu a Presidência daquela Corte que não cabia o Poder Judiciário imiscuir-se na questão:

> Não se ignora que a crise sanitária do novo coronavírus, ora vivenciada, atingiu o funcionamento de instituições tanto no setor privado quanto público, e, nessa medida, impôs alterações no cotidiano de todos. Também não desconsidero a relevância do direito cuja satisfação a decisão ora objurgada pretende garantir. Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas acerca das políticas públicas a serem adotadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir os gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.[6]

Contra a citada decisão foi interposto recurso de agravo. Nele, tentou-se demonstrar que estamos diante de direito humano fundamental: a alimentação adequada, que precisa ser prático efetivo, de maneira que os governos não podem se eximir do seu cumprimento com a mera alegação de insuficiência de recursos, ou em razão de uma crise sanitária, como relembra o Comitê sobre Direitos Econômicos e Sociais, em seu Comentário Geral 12.

Ao revés, manter a segurança alimentar da população é estratégia eficaz contra a crise sanitária, uma vez que um corpo saudável é menos suscetível de adoecimento.

---

[5] Fica o registro ao incansável trabalho do Sr. Guilherme Pimentel, Ouvidor-Geral, sem o qual esta prática exitosa jamais teria o alcance atingido.

[6] SL 1342, Min. Dias Toffoli, decisão proferida em 23/06/20. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343577171&ext=.pdf.

Os recursos nunca chegaram a ser julgados, pois, com o retorno ao atendimento educacional exclusivamente presencial, esses pedidos de contracautela acabaram perdendo a razão de ser e foram extintos.

Embora suspensas as liminares, e sem que tenha ocorrido julgamento definitivo de todas as ações propostas, houve avanços na execução da política pública, a partir de efeitos indiretos resultantes da propositura das demandas (diversos ajustes de conduta foram firmados), ao que se somou a luta popular pela implementação de direitos, muito apoiada pela mídia, que cuidou de cobrir amplamente as ações da Defensoria Pública do RJ nesse tema.

Não podemos perder de mira que a conquista normativa não encerra a luta pela sua implementação. O ajuizamento das ações coletivas, com ampla cobertura da imprensa, e a mobilização social das famílias dos alunos fizeram com que o estado de letargia, em muitas dessas cidades, fosse superado. Destacamos a importância da atuação da Passeata das Mães, Brigadas Populares, Movem, Mães de Itaboraí, Fórum Brasileiro de Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, Ação da Cidadania, além de alguns conselheiros municipais e estaduais de alimentação escolar. A repercussão dos resultados obtidos junto a esses grupos gerou um efeito mobilizador em outros municípios, agregando outros movimentos de mães e entidades da sociedade civil ligadas ao combate à fome. Estima-se, em vista do tamanho das redes de ensino, que pelo menos um milhão de crianças tenha sido diretamente impactado pela medida.

A experiência adquirida, e também em vista das conclusões do II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil[7], no sentido da existência de 33 milhões de brasileiros em situação de fome (insegurança alimenta grave), reclamou o alargamento do escopo das ações iniciais, inicialmente restritas ao fomento do PNAE.

Reconheceu-se a necessidade de articular diversos órgãos da Defensoria Pública do RJ, além de colaboradores voluntários, para fazer frente à fome. E assim, foi publicada a Resolução DPGERJ n° 1.138, de 10 de março de 2022, que criou o grupo de trabalho sobre o direito humano à alimentação e nutrição adequadas.

O citado grupo de trabalho tem-se dedicado a enfrentar seis temas: i) alimentação escolar; ii) política pública no SUS – PNAN (Portaria Ministério da Saúde 2.715/2011); iii) estruturação do SISAN em níveis estadual e municipal; iv) ações para segurança alimentar de aldeias e quilombos; v) ações para segurança alimentar de pessoas privadas de liberdade; vi) litigância estratégica nas Cortes Superiores (ADPFS).

Alguns resultados já estão materializados, como a coleta de material e aproximação com a academia, a realização de reuniões de trabalho, a aproximação com conselhos de alimentação escolar e CONSEA-RJ. Houve, nesse curto espaço de tempo, ocupação de espaços de discussão e mobilização até então desconhecidos da Defensoria Pública.

Mas, se por um lado o efeito dessas ações tem catalisado um entrosamento importante entre atuação judicial e mobilização social, por outro lado não se pode

[7] A íntegra do documento pode ser acessada em: https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf. Acesso em 22 jul. 2022.

dizer ainda que a atuação se logrou vencedora. Ainda é necessário assegurar uma ampla judiciabilidade/exigibilidade do direito humano à alimentação adequada. O Poder Judiciário precisa reconhecer seu papel de garantidor de direitos[8], em especial o de viver livre da fome, como já o faz em relação a outros direitos sociais, a exemplo da saúde, moradia (em menor grau), assistência social (em menor grau) e educação.

As Defensorias Públicas, como agências de promoção de direitos humanos, em especial daqueles que não possuem recursos materiais para acessar a justiça, têm papel fundamental na promoção e realização do direito à alimentação e nutrição adequadas, devendo criar em suas estruturas, assegurada a autonomia funcional e administrativa de cada uma delas, órgãos encarregados de garantir que todos estejam livres da fome, podendo replicar a experiência da DPRJ.

[8] É curioso pensar o porquê, mesmo havendo ampla e antiga jurisprudência internacional sobre o tema, a exemplo do Comentário Geral 12 já citado, ainda a matéria é desconhecida das Cortes nacionais, levando a resultados nada ortodoxos como aqueles proferidos pelo STF nos requerimentos de contracautela apresentados pelas Fazendas Públicas. Talvez porque essa realidade já não era mais conhecida em nosso país. Talvez porque os integrantes do sistema de justiça jamais estiveram em situação de insegurança alimentar. O escopo limitado deste trabalho nos impede de desenvolver mais o tema, digno, entretanto, de registro.

PRECISAMOS FALAR SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA: REFLEXÕES À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO[1]

Gustavo Augusto Soares dos Reis
Defensor público no Estado de São Paulo
Coautor de *Comentários à Lei da Defensoria Pública*
(2. ed., São Paulo: Saraiva, 2022)

José Augusto Garcia de Sousa
Defensor público no Estado do Rio de Janeiro
Doutor em direito processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Professor adjunto da Faculdade de Direito da UERJ

1. INTRODUÇÃO

O título do XV CONADEP – "Defensoria Pública, Futuro e Democracia: superação de retrocessos e novos desafios" – estimula teses ancoradas na história institucional. Sem essa perspectiva, não é possível refletir, proveitosamente, sobre a superação de retrocessos e os desafios do futuro. Em especial, não é possível desenvolver um pensamento estratégico atilado, capaz de discernir entre a hora de buscar conquistas novas e a hora, igualmente rica, de firmar e regular os avanços já obtidos.

Acresce que não estamos diante de uma história morna ou trivial, muito pelo contrário. Defendendo vulneráveis de forma ampla, a Defensoria brasileira ganhou relevância e voz inimagináveis em uma das sociedades mais desiguais do planeta. Trajetória tão extraordinária há de ser, sempre e sempre, levada em conta pela doutrina institucional.

Não faltam motivos, portanto, para este trabalho dialogar vivamente com a história, como de fato acontecerá. O que se pretende, justamente, é repensar um tema fundamental – os princípios da Defensoria Pública (e a maneira como se relacionam) – à luz da evolução histórica da instituição.

Quando os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional foram incorporados ao estatuto da Defensoria – por obra da Lei Complementar nº 80/1994 (doravante, LC 80/94) – e passaram a ser tratados doutrinariamente, a instituição era outra, com desafios bem distintos dos atuais. À vista do contexto presente, sem termo de comparação com o anterior, importa reexaminar e eventualmente atualizar a leitura dos três princípios institucionais – muito valorizados, de resto, pelo fato de terem sido constitucionalizados, graças à Emenda Constitucional nº 80/2014 (doravante, EC 80/14).

[1] Tese vencedora do Concurso de Teses do XV Congresso Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP), realizado em novembro de 2022, em Goiânia, Estado de Goiás.

Não se cuida, longe disso, de empresa meramente teórica. Nos últimos lustros, em razão do fortalecimento da Defensoria Pública e da expansão de suas funções, diversificaram-se bastante as possibilidades de ação institucional, sobretudo na área coletiva (em senso lato). Advieram, então, algumas atuações polêmicas em nome da Defensoria, com significativa repercussão[2], trazendo para a ribalta questões sem maior apelo em tempos passados.

Quais as iniciativas, judiciais ou extrajudiciais, que merecem ostentar o logotipo da Defensoria Pública? Como distinguir as ações institucionalmente legítimas das que não são? O que fazer para evitar ou neutralizar, de algum modo, atuações desvirtuadas?

Para bem enfrentar tais questões, é essencial, conforme será visto ao longo deste ensaio, trabalhar com os princípios institucionais. Mais do que nunca, esses princípios devem ser levados a sério, afigurando-se inadiável o aprofundamento do debate aqui proposto.

2. A DEFENSORIA PÚBLICA SE TRANSFORMA

A Defensoria Pública brasileira não nasceu em 1988. Antes disso, ela já funcionava em alguns estados da Federação. É inegável, porém, que a inclusão entre as funções essenciais à Justiça, no texto constitucional de 1988, representou marco crucial na história da instituição. Não fosse aquela averbação, ainda que tímida, a Defensoria provavelmente não vingaria no país, ou no máximo subsistiria de forma secundária, sem maior brilho. A positivação constitucional, além do mais, estipulou a edição de lei orgânica nacional, que viria em 1994. Apesar dos vetos apostos à LC 80/94 – 27 dolorosos vetos –, mais um marco significativo se cumpriu.

Posto que extremamente relevantes, a positivação de 1988 e a lei orgânica de 1994 referiam-se a uma instituição que não existe mais, voltada sobretudo para a tutela individual, no âmbito quase exclusivo do Poder Judiciário, em prol de pessoas necessitadas sob o ponto de vista econômico, raramente se considerando outros tipos de vulnerabilidade.

Daquele tempo aos dias de hoje, sensível foi a mudança[3], impulsionada por vários fatores, circunscritos ou não à esfera jurídica. A par das modificações no entorno (a exemplo da edição do Código de Processo Civil de 2015), acontecimentos diretamente ligados à Defensoria Pública contribuíram de forma decisiva para a consolidação da instituição e, ao mesmo tempo, para a aquisição de um novo perfil. Importa rememorar brevemente alguns desses fatos, seguindo a ordem cronológica.

Em 2007, por meio da Lei nº 11.448, positivou-se, finalmente, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a ação civil pública. É certo que essa legitimidade já

[2] A título de exemplo, confira-se texto crítico, estampado em jornal de grande circulação nacional, sobre atuação de defensores públicos federais: SOUSA, José Augusto Garcia de. Ser antivacina é indefensável. Jornal **O Globo**, 12/01/22, p. 2. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/ser-antivacina-e-indefensavel.html. Acesso em: 18 jun. 2022.

[3] A propósito, consulte-se: GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. *In*: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI**: novos horizontes e desafios. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

era exercitada[4]. Sem embargo, a previsão legal expressa conferiu mais segurança à atuação coletiva da instituição, já bem intensa naquela época.

Em 2009, foi editada a Lei Complementar nº 132 (doravante, LC 132/09), não só modificando amplamente a LC 80/94, mas também resgatando, com sobras, os amargos vetos impingidos ao diploma de 1994. As rodas da história funcionaram a todo vapor: com a Defensoria muito mais pujante nacionalmente, apenas três vetos, sem maior impacto, foram apostos em 2009.

Em 2014, foi promulgada a EC 80/14, que elevou, ao topo da pirâmide normativa nacional, preciosos enunciados trazidos pela LC 132/09, quais sejam, as incumbências da promoção dos direitos humanos e da defesa dos direitos coletivos, bem como a definição da Defensoria Pública como "expressão e instrumento do regime democrático". Da singeleza da redação original do art. 134 da Constituição, chegou-se, decorridos apenas 26 anos, a um perfil constitucional bastante rico, que dificilmente se achará, quanto a entidades congêneres, em qualquer outro país do mundo.

Em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (doravante, STF), à unanimidade, julgou improcedente o pleito de inconstitucionalidade objeto da ADIn nº 3.943/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), versando sobre o dispositivo que conferiu à Defensoria Pública, de maneira expressa, legitimidade para a ação civil pública[5]. A iniciativa tomada pela CONAMP prestou excepcional serviço à Defensoria e ao acesso à justiça no Brasil, consagrando definitivamente, e em ampla medida, a legitimidade coletiva da instituição.

Em consequência do amálgama desses e outros fatores, internos e externos, a Defensoria Pública transformou-se por completo, sobretudo no que diz respeito ao exercício das suas atribuições. Mas em que consistiu, exatamente, essa transformação tão profunda? Centrá-la no crescimento exponencial da atuação coletiva seria uma simplificação. Houve realmente tal crescimento – extensivo até mesmo à área penal[6] –, mas esse curso maior se fez acompanhar por afluentes que também cobram atenção.

Um dos desdobramentos mais notáveis foi a preocupação com o desenvolvimento da litigância estratégica na instituição[7]. É até possível se falar em algum tipo de litigância estratégica ligado à atuação tradicional da Defensoria, de cunho individualista, mas é evidente que a atuação coletiva e solidarista demanda apuro estratégico

---

[4] A ponto de ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: REsp 181.580, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. em 09/12/2003 (caso relativo à Procuradoria da Assistência Judiciária de São Paulo, que exercia as atribuições da Defensoria Pública antes da criação desta em solo paulista, criação só ocorrida em 2006); e REsp 555.111, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. em 05/09/2006.

[5] ADIn nº 3.943/DF (versando sobre o art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985, com redação da Lei nº 11.448/2007), rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 07/05/2015.

[6] Seja pela possibilidade de ações coletivas voltadas principalmente para a defesa de condições minimamente dignas para a imensa população carcerária do país, seja pela via do habeas corpus coletivo, inovação admitida pelo Supremo Tribunal Federal no histórico HC 143.641, impetrado pela Defensoria Pública da União em prol de "todas as mulheres submetidas a prisão cautelar no sistema penitenciário nacional que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade e das próprias crianças" (HC 143.641, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 20/02/2018).

[7] A propósito do tema, confira-se: AMORIM, Ana Mônica Anselmo de; MORAIS, Monaliza Maelly Fernandes Montinegro de. **Litigância estratégica na Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2019. Dizem as autoras na obra que acabou de ser citada (p. 58): "Litigar estrategicamente nada mais é que entender a dinâmica do litígio, seus personagens e saber traçar estratégias capazes de alcançar o maior número de pessoas possíveis, transformando positivamente o meio envolvido no conflito, seja através de uma vitória, por meio de um conveniente empate ou até mesmo de uma aparente derrota."

incomparavelmente maior, uma vez que as opções são muito mais vastas e as escolhas, logicamente, bem mais árduas e complexas.

Outra repercussão significativa foi o incremento das atuações em nome próprio. Se, antes, o(a) defensor(a) postulava quase sempre em nome da parte, multiplicaram-se os casos em que a parte (principal ou interveniente) é a própria Defensoria Pública. Em outras palavras, é o nome da instituição – bem como seu ethos, sua história – que passou a ser frequentemente empenhado.

Nesse contexto de múltiplas transformações, não se deixe de frisar, ainda, a pluralização dos modos de atuação e das ferramentas de trabalho ao dispor da Defensoria Pública. Vejam-se três exemplos expressivos: a atuação no IRDR em busca de precedentes favoráveis aos(às) usuários(as) da Defensoria[8]; a formação de grupos interdefensoriais em demandas complexas[9]; e a intervenção como *custos vulnerabilis* na defesa de valores caros à instituição[10].

Antes de seguir adiante, registre-se que nem tudo foram flores, naturalmente, nas estradas da Defensoria Pública. Ao lado de muitas conquistas, derrotas também compareceram, especialmente em tempos recentes. Em 2021, o STF reconheceu a constitucionalidade da "assistência jurídica municipal"[11]. Em junho de 2022, venceu o prazo de oito anos dado pela EC 80/14 para que houvesse defensores(as) em todas as unidades jurisdicionais do país, sem que a meta tenha sido alcançada. Não bastasse, assiste-se ao avanço da advocacia dativa sustentada por verbas públicas[12]. Ou seja, a crescente importância da Defensoria não a imunizou contra reveses bastante preocupantes.

3. OS PRINCÍPIOS DA UNIDADE, INDIVISIBILIDADE E INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL NA DOUTRINA INSTITUCIONAL: BREVE NOTÍCIA

Depois da sintética descrição das transformações experimentadas pela Defensoria Pública, convém passar em revista, de forma igualmente sucinta, o tratamento dado pela doutrina institucional aos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

---

[8] Vale, a respeito, a leitura da tese vencedora do XIII CONADEP: GUEDES, Cintia Regina. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da Defensoria Pública como porta-voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas:** Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017_alterado.pdf. Acesso em 19 jun. 2022.

[9] A propósito, consulte-se: BITTENCOURT, Fábio Ribeiro *et al*. A atuação do grupo interdefensorial do Rio Doce no reconhecimento do litoral do Estado do Espírito Santo e de suas comunidades como afetadas pelo desastre ambiental de Mariana/MG. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas:** Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017_alterado.pdf. Acesso em 19 jun. 2022.

[10] A intervenção como *custos vulnerabilis* consiste em criação doutrinária do defensor público Maurílio Casas Maia, exposta inicialmente em ensaios escritos em 2014. Apesar de subsistir alguma controvérsia em relação a tal figura, ela se disseminou entre as defensorias do país e chegou a ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no REsp 1.712.163, rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. em 25/09/2019).

[11] ADPF 279, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 03/11/2021.

[12] A propósito: **Consultor Jurídico.** Lei da advocacia dativa é aprovada pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, 08/06/2022. Disponível em: conjur.com.br/2022-jun-08/lei-advocacia-dativa-aprovada-camara-legislativa-df. Acesso em: 21 jun. 2022.

Iniciemos pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, geralmente tratados de forma conjunta, como princípios "irmãos"[13]. Conforme noção clássica, permitem a unidade e a indivisibilidade que os membros da Defensoria Pública se substituam uns aos outros, sem qualquer prejuízo para a atuação da instituição ou para a validade do processo, "porque cada um deles é parte de um todo, sob a mesma direção, atuando pelos mesmos fundamentos e com as mesmas finalidades." [14]

Ressalte-se que o princípio da indivisibilidade tem sido considerado secundário em relação ao princípio da unidade. Nesse sentido, Paiva e Fensterseifer entendem que "o segundo decorre do primeiro e o pressupõe"[15]. Esteves e Silva afirmam que a indivisibilidade "constitui verdadeiro corolário do princípio da unidade, formando com ele verdadeira relação de logicidade e dependência."[16] Rocha, por sua vez, diz que o princípio da indivisibilidade "vem a ser uma consequência do princípio da unidade; ou mesmo, simplesmente, outro olhar para ele, já que em algo uno não se pode admitir fracionamentos e a indivisibilidade tem a mesma motivação de viabilizar a integralidade a instituição"[17].

O princípio da unidade goza, compreensivelmente, de prestígio maior. Entretanto, sua eficácia normativa poderia, sem dúvida, ser mais fecunda. Até hoje, tem sido acanhada a contribuição do princípio na exegese de outras normas e na estruturação de procedimentos institucionais. Alguns fatores podem explicar esse baixo rendimento normativo, tais como uma certa indefinição conceitual[18], a dificuldade de harmonizar determinada vertente do princípio com o modelo federativo do país[19] e, ainda, o peso majoritário que se costuma dar aos aspectos orgânicos do princípio, em detrimento dos seus reflexos funcionais.

Esforço salutar para promover essa força normativa um tanto retraída partiu de Caio Paiva, que apresentou uma concepção tripartida do princípio, abrangendo a unidade hierárquico-administrativa, a unidade funcional e a unidade normativa[20].

Vistos os princípios da unidade e da indivisibilidade, passa-se ao da independência funcional, tradicionalmente o mais valorizado dos três, consistindo ao mesmo tempo

---

[13] A expressão se vê na seguinte obra: ROCHA, Amélia. **Defensoria Pública**: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013, p. 114.

[14] MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 22.

[15] PAIVA, Caio; FENSTERSEIFER, Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2019, p. 122.

[16] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 330.

[17] ROCHA, Amélia. **Defensoria Pública**: fundamentos, organização e funcionamento, cit., p. 113.

[18] "Há confusões doutrinárias quanto a este princípio institucional" (REIS, Gustavo; JUNQUEIRA, Gustavo; Zveibil, DANIEL. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 185).

[19] "É válido ressaltar que a unidade somente existe em cada ramo da Defensoria Pública (União, Estados e Distrito Federal), o que, noutros termos, implica dizer que cada especialização da Defensoria Pública possui a sua própria unidade." (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 98).

[20] PAIVA, Caio. **Prática penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 27-33. A primeira (hierárquico-administrativa) é a faceta mais conhecida do princípio, limitando-se porém a cada ramo federativo da Defensoria Pública. A unidade funcional incita atuação nacional conjunta e programada, destacando-se para tanto a importância do Colégio Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Federais (ANADEF). Pela unidade normativa, enfim, não se admitem assimetrias entre as normas gerais prescritas para as Defensorias dos Estados e a organização das Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal.

em princípio institucional e em garantia expressa dos membros das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados (arts. 43, I, 88, I, e 127, I, da LC 80/94).

Dada a importância do princípio, a doutrina institucional costumava enxergá-lo como "ilimitado"[21] e "inarredável diante de qualquer situação ou pretexto"[22], sujeitando-se o(a) defensor(a) apenas à lei e à sua consciência. Atualmente, porém, prevalece visão mais temperada da independência funcional. Por mais valiosa que seja a garantia, ainda mais para uma instituição com forte atuação contramajoritária, ponderam Reis, Junqueira e Zveibil que não existe poder livre no Estado Constitucional, subordinando-se a ação de qualquer agente público aos objetivos da República e de suas respectivas instituições[23].

Saliente-se, por outro lado, que os debates doutrinários sobre o princípio continuam focados amplamente nas atuações individuais. Exemplo disso é a discussão sobre os efeitos da objeção de consciência no plano funcional[24]. Segue pouco explorado o tema (fértil) da possível flexibilização da independência funcional no terreno da litigância coletiva.

4. A NECESSIDADE DE UM NOVO ARRANJO PARA OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

4.1. O fator histórico

Acabamos de ver que se alterou o olhar da doutrina institucional sobre o princípio da independência funcional. É natural que, em décadas anteriores, quando a Defensoria Pública se apresentava mais fragilizada e mais exposta a ingerências externas, fosse o princípio tão enaltecido, a ponto de se o considerar ilimitado. Com o passar do tempo e o fortalecimento da instituição, o princípio continuou essencial, mas outros valores de grande relevância foram detectados, forçando eventuais recuos da independência funcional. Nada a estranhar. Figuras jurídicas não devem ser fossilizadas, muito menos princípios.

De fato, a história, em boa medida, molda o direito. Exatamente por isso, os princípios institucionais da Defensoria Pública estão a carecer de um novo arranjo. É certo que alguns ajustes já foram efetuados, como na seara da independência funcional. De uma forma geral, entretanto, a dogmática dos princípios institucionais continua tendo como referência, quase exclusivamente, a atuação individualista tradicional da Defensoria. Ocorre que, conforme já foi visto, uma renovada e vibrante realidade assomou, mudando por completo a maneira de a instituição funcionar. É preciso, então, avançar na revisitação dos princípios institucionais, conectando-os à nova Defensoria. Esperar não se pode mais.

---

[21] MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 175.

[22] GALLIEZ, Paulo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 32.

[23] REIS, Gustavo; JUNQUEIRA, Gustavo; Zveibil, DANIEL. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**, cit., p. 552.

[24] A propósito: ALMEIDA, Vívian Silva de; SOUZA, Henrique da Fonte Araújo de. A impossibilidade de recusa de atendimento inicial pelo/a defensor/a público/a lastreada em convicções pessoais, morais ou religiosas, diante de grave violação a direitos humanos. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017_alterado.pdf. Acesso em 19 jun. 2022

Vale a ressalva de que a revisitação proposta não almeja, em absoluto, demolir a construção existente (que tem sido burilada por uma doutrina institucional cada vez mais refinada). O que se quer, em verdade, é agregar outros conteúdos e direções ao trato dos princípios institucionais, até porque a tutela individual continua – e será sempre – muito importante para a Defensoria Pública[25].

Esclareça-se ainda que o foco principal desse redimensionamento serão os princípios da unidade e da independência funcional. O princípio da indivisibilidade, como foi visto, é considerado tributário do princípio da unidade, e tal percepção procede. A indivisibilidade foi positivada no regime jurídico da Defensoria Pública por força da tradição, oriunda do Ministério Público[26]. Todavia, a normatividade atribuída ao princípio da indivisibilidade caberia perfeitamente dentro da que toca ao princípio da unidade. Qualquer princípio, deveras, tem força suficiente para zelar pela sua própria eficácia, não carecendo de um princípio auxiliar com tal propósito.

4.2. Caso recente que demonstra a imperiosidade do redesenho dos princípios institucionais

Para reforçar as considerações feitas no tópico anterior, no sentido do redesenho dos princípios institucionais, cite-se agora uma atuação institucional muito controvertida.

Em 5 de outubro de 2020, a Defensoria Pública da União ingressou com ação civil pública em face de Magazine Luíza S/A, questionando o programa de *trainee* da empresa, voltado exclusivamente para pessoas negras. Pediu-se então a suspensão do programa e a condenação da empresa ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em valor não inferior a dez milhões de reais, considerando-se, entre outros fatores, "a violação de direitos de milhões de trabalhadores (discriminação por motivos de raça ou cor, inviabilizando o acesso ao mercado de trabalho)"[27].

Consistindo a própria Defensoria Pública em uma ação afirmativa[28], mostra-se manifesta a incompatibilidade da ação com os objetivos institucionais positivados no art. 3º-A da LC 80/94, a começar pela "primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais". A defesa da igualdade formal, no caso, atentou contra a busca da isonomia material. Não se nega que no direito atual, caracterizado pela complexidade e pelo pluralismo, é extremamente árduo, na maioria dos casos, identificar uma única solução jurídica correta. Isso não infirma, porém, o fato de que não é lícito à Defensoria sustentar pretensões contra os seus próprios objetivos, contra a sua própria história. Mesmo porque é extenso o rol dos legitimados para a ação civil pública.

---

[25] Para Fensterseifer, a propósito, o que distingue "o modelo contemporâneo" de Defensoria Pública é a incorporação de um novo rol de funções ao seu regime jurídico sem que se tenha deixado de atuar ou sequer recuado nas matérias clássicas, como a defesa criminal e a atuação no direito de família (FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 232).

[26] A primeira lei orgânica nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 40/1981) previu, em seu art. 2º: "São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional."

[27] Proc. nº 0000790-37.2020.5.10.0015, distribuído à 15ª Vara do Trabalho de Brasília. O processo continua em andamento, sem ter sido sentenciado ainda. Está designada audiência para 30/09/2022, às 14h. Andamento processo disponível em: https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/captcha/detalhe-processo/0000790-37.2020.5.10.0015/1. Acesso em: 23 jun. 2022.

[28] FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**, cit., p. 239.

Como não poderia ser diferente, a iniciativa foi pessimamente recebida por defensores e defensoras do país todo, gerando mal-estar e constrangimento[29]. A própria Defensoria Pública da União foi obrigada a se manifestar a favor da política de cotas (ressalvando, porém, a necessidade de se garantir a observância do princípio da independência funcional)[30]. Sem embargo dessa desaprovação interna, viram-se tisnados o nome e a credibilidade da Defensoria Pública, como instituição comprometida com a redução das nossas imensas desigualdades sociais e envolvida no combate ao racismo estrutural oriundo do hediondo passado escravagista. Ao mesmo tempo, o dissenso interno provocou perplexidade. É certo que a Defensoria pode eventualmente, sobretudo na litigância individual, defender ambos os polos de uma contenda. Mas isso não deveria ocorrer jamais em uma questão coletiva tão cara aos objetivos institucionais.

4.3. O princípio da unidade redesenhado e valorizado

Interessa muito à Defensoria Pública, evidentemente, evitar atuações como a mencionada no item anterior. Todavia, como fazê-lo? A resposta não é simples. Determinados procedimentos podem colaborar para a contenção pretendida (o que se examinará mais à frente). Antes de tudo, no entanto, é necessário que se aponte a contrariedade a um comando normativo referente à instituição. Sem esse enquadramento, a independência funcional falará sempre mais alto e nada se poderá fazer, a não ser aguardar a repetição cada vez mais frequente das iniciativas indesejadas.

Entra aí, justamente, a conveniência de se redesenhar e se valorizar o princípio da unidade. Mesmo na formulação tripartida de Caio Paiva (exibida mais acima), o princípio da unidade não se mostra apto ao controle almejado. Pensando sobretudo na litigância coletiva da instituição, é preciso reconhecer um novo sentido para o princípio.

Antes de tratar desse novo sentido, porém, não se perca a oportunidade de enfatizar a importância, na atual fase histórica, da unidade institucional. Por um lado, multiplicaram-se as possibilidades de intervenção – em nome próprio – da Defensoria Pública, sobretudo no âmbito da tutela coletiva em senso lato (incluindo qualquer atuação com potencial repercussão coletiva). Por outro lado, a instituição vive momento preocupante: além do não cumprimento da meta estipulada pela EC 80/14, assiste-se ao crescimento da advocacia dativa e das assistências jurídicas municipais. Mais do que nunca, uma atuação coesa se faz imperiosa, apesar de todas as possibilidades de dispersão. Para que a Defensoria conserve o prestígio social duramente amealhado e resista às intempéries que a espreitam, é fundamental que sua marca – uma instituição sempre ao lado de pessoas e grupos vulneráveis e defensora intransigente dos direitos

[29] Para ficar em apenas uma das manifestações de inconformismo, colha-se o trecho final de artigo versando sobre a "independência funcional suicida": "[...] ao tentar privatizar uma instituição pública submetendo os princípios desta aos seus próprios interesses e peculiares visões de mundo, o defensor em questão terminou escancarando a gravidade destes tempos, em que empresas parecem ter mais senso de justiça social que agentes públicos por lei comprometidos com esse ideal." (COSTA, Domingos Barroso da; MELO, Andrey Régis de; CARRIELLO, Pedro; RAPHAELLI, Rafael. Entre afirmações, negações e aventuras jurídicas: a independência funcional suicida. **Consultor Jurídico**, 23/10/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-23/opiniao-entre-afirmacoes-negacoes-aventuras-juridicas. Acesso em: 23 jun. 2022).

[30] SANTOS, Rafa. Após defensor pedir multa contra Magazine Luiza, DPU defende política de cotas. **Consultor Jurídico**, 06/10/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-06/defensor-pedir-multa-magazine-luiza-dpu-defende-cotas. Acesso em: 17 jul. 2022.

humanos – seja a todo custo preservada, evitando-se ações contraditórias e/ou que possam frustrar as legítimas expectativas nela depositadas.

Cite-se, a propósito, a tese apresentada por Renata Tavares no XII CONADEP, "Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri" [31]. A limitação à defesa criminal preconizada pela tese é polêmica. Mas Renata teve o grande mérito de sublinhar a imprescindibilidade da coerência – unidade – na atuação da (única) entidade escalada expressamente pela Constituição para a defesa dos direitos humanos.

Constatada a necessidade de reforçar o princípio da unidade, diga-se que, além das três categorias já percebidas por Caio Paiva, uma nova especificação do princípio deve ser reconhecida, de fundamental importância na esfera da litigância coletiva da instituição: a unidade *finalística*.

Qual o exato significado da unidade finalística? Dotada de substrato próprio – que não se confunde com a unidade funcional (uma das três categorias de Paiva) –, a unidade finalística demanda atuações que não discrepem e não reneguem, em forma ou em conteúdo, os objetivos institucionais. Ela deriva, conforme se pode facilmente perceber, da positivação, pela LC 132/09, dos objetivos da Defensoria Pública (art. 3º-A da LC 80/94), previsão inédita entre as carreiras jurídicas[32]. Não teria maior utilidade o arrolamento desses objetivos se eles não vinculassem a atuação institucional. Fica vedada, assim, a assunção de posições esquizofrênicas (expressão utilizada por Renata Tavares), a exemplo da ação civil pública contrária a uma ação afirmativa endossada e louvada pela própria Defensoria.

Realçando ainda mais a importância da unidade finalística, insere-se em seu bojo a atuação estratégica, decorrência direta do princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da Constituição). Explique-se bem a associação. A par de atuações manifestamente contrárias aos objetivos institucionais, também devem ser evitadas inciativas que, embora textualmente pautadas no ideário da Defensoria, revelem-se estrategicamente desorientadas, apresentando chance considerável de resultados contraproducentes, ou seja, resultados concretamente adversos aos fins institucionais. Dessa forma, o reconhecimento da unidade finalística serve igualmente para impedir ou ao menos desestimular atuações voluntaristas, carentes de articulação e/ou coordenação e desprovidas de informações suficientes sobre o alvo da intervenção.

4.4. O princípio da independência funcional redesenhado, especialmente no que toca ao seu pontual abrandamento

No que toca ao princípio da independência funcional, a quadra evolutiva da instituição não pede uma releitura de conteúdo, mas sim um rearranjo de caráter

[31] COSTA, Renata Tavares. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Paraná, 2015. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Teses_e_Pr_ticas_Exitosas_-_p_gina_dupla.pdf. Acesso em: 23 jun. 2022. Segundo a tese, defensores(as) devem abster-se de suscitar, no júri, a tese da legítima defesa da honra, a qual deve ser substituída pelo argumento de que o agressor é "uma espécie de vítima cultural". Afinal, "o Defensor não pode ter a esquizofrênica posição de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos."

[32] PAIVA, Caio; FENSTERSEIFER, Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública,** cit., p. 149.

extrínseco, ligado ao seu relacionamento com o princípio da unidade. Trata-se de passar a analisar com redobrada atenção, notadamente na litigância institucional coletiva, a interação entre os dois princípios e os frutos daí advindos, como a possibilidade de ponderações e compressões. De uma forma geral, princípios convivem e limitam-se mutuamente. Por que seria diferente na hora dos princípios institucionais da Defensoria?

Até aqui, o princípio da unidade permaneceu eclipsado, na maior parte das vezes, pelo da independência funcional. Defendemos enfaticamente que essa situação, a bem da instituição e dos(as) seus(suas) destinatários(as), não pode perdurar. Se os dois princípios surgiram entrelaçados (no horizonte institucional) e se constitucionalizaram juntos, ocupando o mesmíssimo patamar normativo, nada justifica que um tenha primazia apriorística sobre o outro.

Em consequência, não há como o princípio da independência funcional ficar indiferente à imprescindível valorização do princípio da unidade. Ganhando este um novo sentido – que enfatiza o aspecto finalístico e preocupações estratégicas –, altera-se inevitavelmente o regime da independência funcional na Defensoria Pública.

Ao passar a aceitar a relativização episódica da independência funcional, a doutrina institucional já abriu as portas para o tratamento percuciente da interação entre os dois princípios. Cumpre agora, em bases dogmáticas mais sólidas, avançar nessa empreitada, com os olhos postos principalmente na atuação coletiva da Defensoria[33].

5. PROPOSTAS PARA EVITAR OU MITIGAR O CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA UNIDADE E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

A nova concepção dos princípios institucionais aqui defendida, voltada sobretudo para a atuação coletiva, valeria pouco se não tivesse meios para se implementar, praticamente, na vida da Defensoria Pública. Passa-se agora a esse aspecto tão relevante: a concretização do novo arranjo.

Para valorizar o princípio da unidade – em especial, a unidade finalística – na sua interação com o princípio da independência funcional, pode-se cogitar de mecanismos preventivos e repressivos. Dadas as limitações de espaço, não trataremos dos meios repressivos, que são mais intuitivos, embora apresentem eficácia duvidosa[34]. Focalizaremos, então, mecanismos preventivos, consistentes em medidas de ordem procedimental (*lato sensu*) que visam, em última análise, evitar ou suavizar choques entre os princípios da unidade e da independência funcional.

Saliente-se que, na ambiência dos meios preventivos, múltiplas são as possibilidades. Considerada uma vez mais a extensão limitada do texto, selecionamos para o debate três propostas, sem prejuízo da existência de várias outras aplicações. As propostas que desenvolveremos sucintamente são as seguintes: a) valorização do curso de preparação à carreira; b) formatação dos núcleos especializados e dos núcleos regionais de tutela

[33] Embora ainda de forma tímida, a abordagem da interação entre os princípios da unidade e da independência funcional já marca presença na doutrina institucional. Esteves e Silva trazem, a propósito, hipótese bastante singular: havendo defensores(as) em lados opostos de um processo no juizado especial cível, pode o(a) defensor(a) da parte recorrida alegar a intempestividade do recurso interposto no prazo em dobro? (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**, cit., p. 346).

[34] Entre outras questões problemáticas, a abertura de um procedimento disciplinar, em tempos tão polarizados, pode até ser capitalizada politicamente pelo(a) autor(a) da infração ao princípio da unidade.

coletiva para que exerçam, de modo preferencial, a legitimidade coletiva; c) definição da atribuição relativa aos casos que envolvam a Defensoria Pública como instituição.

5.1. Proposta primeira: a valorização do curso de preparação à carreira

A LC 80/94 prevê a obrigatoriedade de o(a) defensor(a) público(a) passar por um "curso oficial de preparação à Carreira" (arts. 26-A e 112-A[35]); no entanto, ela é vaga quanto aos conteúdos respectivos. Se essa exigência é realmente relevante, a ponto de possuir previsão na lei orgânica, pensamos que o curso de preparação à carreira deve estimular a *consciência institucional* dos(as) membros(as) da Defensoria Pública, a qual pode ser conceituada como a compreensão do papel historicamente desempenhado pela instituição na sociedade brasileira. Na grade do curso, não podem deixar de figurar: a) a evolução histórica da assistência jurídica no Brasil, do modelo caritativo ao estágio atual da Defensoria Pública; b) a reflexão sobre o papel dos(as) defensores(as) públicos(as) como servidores(as) públicos(as).

No tocante ao item 'a', a abordagem não há de se limitar ao âmbito normativo, o que, por vezes, esconde as contribuições não oficiais e os percalços dessa evolução. A memória oral se afigura crucial, devendo-se incentivar o diálogo entre os ingressantes na carreira e aqueles, inclusive já aposentados, que respiraram ares diferentes da instituição em tempos remotos. Deve ser lembrada, também, a luta da Defensoria Pública da União e das Defensorias estaduais para se constituírem e se afirmarem em suas respectivas áreas de atuação. Não pode faltar, ainda, a evocação de ícones do acesso à justiça e da cidadania no Brasil, como Luiz Gama e Esperança Garcia.

No que diz respeito ao item 'b', é preciso estimular a compreensão acerca do papel da Defensoria Pública, seja em relação às demais funções essenciais à justiça, seja quanto à sociedade civil, sobretudo a organizada. Com isso, almeja-se a reflexão sobre os potenciais e as limitações da Defensoria Pública. Aqui, dois assuntos são muito importantes.

O primeiro deles é o papel distinto exercido pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público no plano coletivo (embora possa haver confluência em certas situações). A propósito, temas como ações coletivas e a teoria do *custos vulnerabilis* devem ser discutidos levando em consideração que a Defensoria não é uma ilha autossuficiente.

O segundo tema de grande interesse, dentro do item 'b', são os modos de interação da instituição com a sociedade civil. O escopo principal deve ser a sensibilização para a importância dessa interação, tendo-se em vista que a Defensoria Pública depende consideravelmente de sua legitimidade junto à sociedade civil. Ao mesmo tempo, importa avivar a percepção sobre os limites da Defensoria, bem como maneiras de exposição de tais limites para a sociedade civil organizada. Inegavelmente, a instituição tem um compromisso solene com inúmeras lutas contramajoritárias, mas isso não implica dar as costas para a temperança e o pragmatismo, sobretudo na litigância estratégica coletiva.

[35] É idêntico o texto dos dois dispositivos: "Aos aprovados no concurso deverá ser ministrado curso oficial de preparação à Carreira, objetivando o treinamento específico para o desempenho das funções técnico-jurídicas e noções de outras disciplinas necessárias à consecução dos princípios institucionais da Defensoria Pública."

Essa é, em termos sucintos, a primeira proposta, destinada a valorizar o princípio da unidade – em especial a unidade finalística – sem o estabelecimento de qualquer tensão diante do princípio da independência funcional. As próximas propostas, contudo, tomarão rumo diverso.

5.2. Proposta segunda: a formatação dos núcleos especializados e dos núcleos regionais de tutela coletiva para que exerçam, de modo preferencial, a legitimidade coletiva

Carece a legislação orgânica nacional da Defensoria de regramento mais completo e esclarecedor sobre os núcleos em geral. Há, é certo, diversas menções aos núcleos na LC 80/94[36]. Entretanto, em apenas um dispositivo é feita referência aos núcleos especializados, sem porém qualquer explicitação do seu papel ou disciplinamento da sua atuação[37]. Além disso, não há qualquer alusão à possibilidade de criação de núcleos regionais voltados exclusivamente para a tutela coletiva.

Ocorre que os núcleos especializados (em determinada área ou matéria) e os núcleos regionais de tutela coletiva (ou seja, voltados exclusivamente para esse tipo de tutela) são, sem dúvida, os órgãos em melhores condições para o exercício da litigância coletiva estratégica. Diversamente dos demais órgãos, eles possuem certa discricionariedade em sua atuação, podendo não apenas selecionar casos, como também controlar sua agenda. Não bastasse, tendem a acumular um cabedal muito maior de informação sobre as questões coletivas do que, por exemplo, defensores(as) em atuação junto a juízos ordinários e soterrados de processos individuais.

Dada a lacuna normativa existente, a regulamentação desses importantes órgãos de atuação coletiva fica entregue principalmente a deliberações internas[38]. Indaga-se então: a fim de ponderar satisfatoriamente os princípios da unidade e da independência funcional, quais as linhas básicas que tal regulamentação deve conter?

Antes de mais nada, os núcleos especializados e os núcleos regionais de tutela coletiva devem ter garantida a sua independência funcional interna. Contudo, a garantia não pode deixar de conviver com diretrizes que busquem preservar, igualmente, a unidade finalística, aí incluído o componente estratégico. Poderes maiores trazem, simetricamente, maiores ônus e responsabilidades.

Assim, a organização desses núcleos, talhados por excelência para a tutela coletiva, há de prever que as suas atuações, sobretudo as judiciais, sejam precedidas de um razoável grau de discussão e deliberação (salvo naturalmente na hipótese da necessidade de obtenção de medidas de urgência). Nessa faixa preparatória, recomendam-se quase sempre, entre outras providências, a tentativa de composição extrajudicial e a realização de audiências públicas. Reduz-se dessa forma, a bem do

---

[36] Arts. 5º, II, *b*; 16; 17; 53, II, *b*; 62, 63, 66; 67, 98, II, *b*; 107; e 111.

[37] Art. 107. A Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.

[38] É o que acontece, por exemplo, na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que disciplinou o "sistema integrado de tutela coletiva" por meio da Deliberação CS/DPGE nº 125, de 20 de dezembro de 2017. Íntegra disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Deliberacao.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

princípio da unidade finalística, o espaço para iniciativas voluntaristas, que, mesmo sendo bem-intencionadas, podem carrear sérios prejuízos à instituição.

Por outro lado, é nas mãos dos núcleos especializados e dos núcleos regionais de tutela coletiva – onde uns e outros existirem e estiverem funcionando regularmente – que a atuação coletiva deve preferencialmente se concentrar, afastando-se a atribuição dos(as) defensores(as) que não estejam nesses órgãos[39]. Diante do imperativo de uma litigância coletiva estratégica e coordenada, limita-se a liberdade de atuação – leia-se, a independência funcional – dos(as) defensores(as) que, em princípio, não guardam as melhores condições estratégicas e informacionais para funcionar no caso coletivo. Tem-se aí o inevitável rearranjo dos princípios institucionais demandado pela atuação coletiva, o tema principal deste ensaio.

Para referendar a aplicação acima mencionada, pense-se na seguinte hipótese, de resto nada implausível. Em uma vara do interior, o(a) diligente defensor(a) percebe que existem, ali, repetitivos processos envolvendo medicamentos. Imbuído das melhores intenções, resolve, sem consultar qualquer colega ou coordenador – até porque está muito sobrecarregado –, intentar uma ação civil pública, por meio de petição inicial vazada em linguagem virulenta nas referências à gestão municipal. Mal sabe ele que um excelente convênio estava sendo fechado – depois de longas tratativas – entre o núcleo especializado de saúde da Defensoria Pública e o município, convênio este que poderá ser abortado depois que o prefeito tomar conhecimento do adjetivado libelo defensorial.

5.3. Proposta terceira: definição da atribuição relativa aos casos que envolvam a Defensoria Pública como instituição

Não obstante a pluralidade de sentidos que acompanha o princípio da unidade, um deles é basilar: o princípio diz respeito à Defensoria *como instituição*. Dessa forma, a bem mais uma vez do princípio da unidade, devem merecer tratamento especial os casos nos quais esteja em jogo esse prisma institucional. Nossa proposta é no sentido de que esses casos não fiquem à mercê ou sobre os ombros de um órgão de execução isoladamente considerado.

Corroborando a proposta, os arts. 8º, II, 56, II, e 100 da LC 80/94 preveem caber aos Defensores Públicos-Gerais a representação, judicial ou extrajudicial, das respectivas instituições. Portanto, se a atuação disser respeito integralmente a um tema institucional, a lei orgânica já traz, claramente, a regra de que a atribuição é do(a) Defensor(a) Público(a)-Geral. Da mesma forma que a violação ao defensor natural pode consubstanciar a violação de um dever funcional, a atuação isolada em tema que compete ao(à) Defensor(a) Público(a)-Geral desconsidera que este(a) é o defensor natural *para aquele determinado assunto*.

Convém reparar que nem sempre o tema em jogo será *exclusivamente* institucional. De fato, o interesse institucional pode estar imbricado com a assistência jurídica prestada no plano individual ou coletivo. É uma hipótese de maior complexidade,

[39] Esse é, basicamente, o modelo fluminense, corporificado na mencionada Deliberação CS/DPGE nº 125, de 20 de dezembro de 2017.

que pede normatização interna cautelosa, para que não haja indevida compressão do princípio da independência funcional. Solução que parece equilibrada é a previsão da necessidade de a Defensoria Pública-Geral ser notificada da existência do caso relativo ao interesse institucional, a fim de que possa assumir aquela atuação ou, então, deixá-la nas mãos de quem já está funcionando no caso, nesta segunda hipótese prestando todo o apoio possível.

Seja como for, saliente-se que não se se trata de autêntica avocação por parte do(a) Defensor(a) Público(a)-Geral, já que estamos diante de atuações que, direta ou indiretamente, impactam a Defensoria como instituição[40]. Aí se põe, novamente, a questão da desejável conciliação entre os princípios da unidade e da independência funcional, que têm o mesmo status normativo.

Mais uma situação concreta pode ser invocada em abono às nossas propostas. Em 18 de junho de 2009, defensor público do Estado de São Paulo (à época) representou à Procuradoria-Geral da República pela inconstitucionalidade de leis de Diadema (SP) que preveem a prestação de assistência jurídica pelo município. Levada a questão ao STF, em 2021 foi julgada improcedente a ADPF proposta, com a afirmação da constitucionalidade da assistência jurídica municipal (decisão já mencionada na parte inicial deste trabalho).

Tivemos na origem, portanto, atuação individual em tema nitidamente institucional. Como jamais existiu normatização interna das Defensorias Públicas a esse respeito (nada obstante os já citados artigos 8º, II, 56, II, e 100 da LC 80/94), não há como sustentar a "ilegitimidade" dessa atuação isolada. Pode-se até vislumbrar zelo no oferecimento da representação, que veiculou tese cara à instituição. Ocorre que casos como esse demandam forte atuação estratégica, avaliando-se tanto o cenário atual como também perspectivas futuras. Às vezes, como se diz na área do direito ambiental, pode ser urgente esperar (ao passo que, em outras ocasiões, como canta Chico Buarque na música *Bom conselho*, "aja duas vezes antes de pensar").

Decididamente, a iniciativa, em casos assim, não pode ser isolada ou solitária. O argumento constitucional utilizado na representação que gerou a ADPF 279 era claro, mas se exigia também olhar estratégico, que vai além da questão meramente jurídica: se julgada improcedente a ADPF (como aconteceu), o risco para a instituição seria a chancela da assistência judiciária municipal; por outro lado, se procedente, poderia suscitar para a Defensoria Pública um sério problema real no "dia seguinte" – com os municípios proibidos de atuar, a instituição deveria dar conta do vácuo resultante.

6. FINAL

Até pela extensão limitada do trabalho, não foi possível aqui esgotar o assunto, longe disso. Mas esperamos ter levantado questões, com lastro na história institucional, que se afiguram muito relevantes para o futuro da Defensoria Pública e do seu projeto solidarista e emancipacionista.

[40] Evidentemente, a atuação do Defensor(a) Público(a)-Geral fica passível de questionamento, formando-se um verdadeiro conflito de atribuições, a ser apreciado pelo Conselho Superior, que poderá afirmar que, naquele caso específico, o defensor natural não é o(a) Defensor(a) Público(a)-Geral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vívian Silva de; SOUZA, Henrique da Fonte Araújo de. A impossibilidade de recusa de atendimento inicial pelo/a defensor/a público/a lastreada em convicções pessoais, morais ou religiosas, diante de grave violação a direitos humanos. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de; MORAIS, Monaliza Maelly Fernandes Montinegro de. **Litigância estratégica na Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2019.

BITTENCOURT, Fábio Ribeiro *et al*. A atuação do grupo interdefensorial do Rio Doce no reconhecimento do litoral do Estado do Espírito Santo e de suas comunidades como afetadas pelo desastre ambiental de Mariana/MG. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017.

COSTA, Domingos Barroso da; MELO, Andrey Régis de; CARRIELLO, Pedro; RAPHAELLI, Rafael. Entre afirmações, negações e aventuras jurídicas: a independência funcional suicida. **Consultor Jurídico**, 23/10/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-23/opiniao-entre-afirmacoes-negacoes-aventuras-juridicas. Acesso em: 23 jun. 2022.

COSTA, Renata Tavares. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Paraná, 2015.

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

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

GALLIEZ, Paulo. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública nos 30 anos de Constituição: uma instituição em transformação. *In*: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI**: novos horizontes e desafios. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GUEDES, Cintia Regina. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o papel da Defensoria Pública como porta-voz dos direitos dos litigantes individuais na formação da tese jurídica vinculante. *In*: ANADEP. **Livro de teses e práticas exitosas**: Congresso Nacional dos Defensores Públicos – Santa Catarina, 2017.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

MAIA, Maurílio Casas (org.). **(Re)pensando *custos vulnerabilis* e Defensoria Pública***:* por uma defesa emancipatória dos vulneráveis. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

MORAES, Guilherme Peña de. **Instituições da Defensoria Pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**: Lei Complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAIVA, Caio. **Prática penal para Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAIVA, Caio; FENSTERSEIFER, Tiago. **Comentários à Lei Nacional da Defensoria Pública.** Belo Horizonte: CEI, 2019.

REIS, Gustavo; JUNQUEIRA, Gustavo; Zveibil, DANIEL. **Comentários à Lei da Defensoria Pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROCHA, Amélia. **Defensoria Pública**: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Rafa. Após defensor pedir multa contra Magazine Luiza, DPU defende política de cotas. **Consultor Jurídico**, 06/10/2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-06/defensor-pedir-multa-magazine-luiza-dpu-defende-cotas. Acesso em: 17 jul. 2022.

SOUSA, José Augusto Garcia de. Ser antivacina é indefensável. Jornal **O Globo**, 12/01/22, p. 2. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/ser-antivacina-e-indefensavel.html. Acesso em: 18 jun. 2022.

AFASTA DE MIM ESSE CÁLICE: SOBRE A NECESSIDADE DE CONFERIR PROTAGONISMO AO OFENDIDO NO PROCESSO PENAL[1]

Helena Morgado
Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Resumo: O presente trabalho aborda, em um primeiro momento, a posição da vítima no modelo estatal e verticalizado de resposta às controvérsias criminais. Almeja-se demonstrar que o confisco do conflito pelo Estado excluiu o ofendido da solução fornecida para o seu caso concreto, relegando-o a mero coadjuvante no processo penal. Ato contínuo, será estudado o papel da Defensoria Pública enquanto instituição democrática e promotora de direitos humanos. Nesse contexto, demonstrar-se-á que, dentre as funções atípicas da instituição, encontra-se a defesa das vítimas de atos delituosos. Ao final, sugerem-se sete estratégias a serem adotadas pela Defensoria Pública com vistas a reintroduzir a vítima no gerenciamento de situações criminalizadas, democratizando a tomada de decisões e reduzindo a aflitividade inerente às agências do sistema penal tradicional.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de justiça criminal vigente apresenta-se incapaz de cumprir seus objetivos declarados. A seletividade do sistema desconstrói o argumento intimidatório das teorias prevencionistas gerais da pena. A conflitividade social, inerente às sociedades capitalistas, vai de encontro à suposta necessidade de manutenção da higidez do corpo social. Os réus não são harmonicamente reintegrados no seio social como pretende a Lei de Execução Penal. Ao invés de solucionar problemas, o processo penal integra engrenagem violenta criada para perpetuar uma ordem social seletiva e estigmatizante.

Uma das principais características desse sistema criminal tradicional consiste em converter os conflitos entre as partes em uma relação entre um dos envolvidos e o Estado. O ofensor passa a ser o objeto de estudo, de manipulação e de controle pelas ciências criminais e pelo poder punitivo. A vítima, a seu turno, perde duas vezes: primeiro, ao sofrer a ofensa; depois, ao ter seu direito de participação na solução da controvérsia negado. Como resume Nils Christie[2], "a vítima perdeu o caso para o Estado" e "resta reduzida a uma não-entidade".

Não por outra razão, é curiosa a posição topográfica do capítulo dedicado ao ofendido no Código de Processo Penal, que se encontra inserido no título VII, que trata das "provas". Urge, pois, repensar o lugar de fala das vítimas na *praxis* criminal. Aqueles que vivenciaram o trauma sofrido não podem ser meros coadjuvantes do debate.

---

[1] Tese agraciada com Menção Honrosa no Concurso de Teses do XV Congresso Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (CONADEP), realizado em novembro de 2022, em Goiânia, Estado de Goiás.

[2] CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **British Journal of Criminology**, London, 17(1), 1977. P. 5.

2. CONFISCO COMPULSÓRIO DO CONFLITO: VÍTIMA NA PERIFERIA DA COMPOSIÇÃO DA RESPOSTA INSTITUCIONAL

Contemplando-se as formas de gestão de conflitos criminalizados ao longo da história, é possível notar uma alternância entre um modelo horizontalizado, em que as próprias partes envolvidas chegam a uma solução, e um sistema de imposição verticalizada da decisão tomada por um terceiro alheio à contenda. Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista[3] descortinam que a linha demarcatória entre esses modelos sempre perpassa pela posição da vítima.

Significa dizer que a história das respostas dadas às controvérsias sociais é a "história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização deste poder confiscatório [...] sempre em benefício do soberano ou do senhor"[4]. Assim, é inviável pensar em uma trajetória sequencial, como um mero esquema de sucessão de dados alinhados por uma suposta ideia de progresso.

Realizadas tais advertências, é possível afirmar, como também o fizeram Michel Foucault[5], Zaffaroni[6] e Anitua[7], que foi no século XIII europeu que se produziram importantes mudanças no cenário político cujos reflexos nas instituições, em geral, e na política criminal, em particular, perduram até os dias atuais.

O surgimento da ideia de Estado culminou na utilização das práticas punitivas como principal instrumento de controle dos poderes locais e de fortalecimento do poder unificado central[8]. Por conseguinte, a denominada "racionalização"[9] da gestão dos conflitos sociais afastou a vítima dos mecanismos de resolução de controvérsias: o delito passou a ser visto como manifestação de inimizade ao soberano, abandonando-se a noção de dano ao particular.

Nessa seara, em detrimento da reparação e da resolução efetiva do conflito, passou-se a almejar a neutralização do ofensor por meio da pena[10]. Em verdade, o que se buscava era a imposição da disciplina e da obediência às leis do soberano pela

---

[3] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 384.

[4] *Ibid*. P. 385.

[5] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

[7] ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

[8] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. P. 25.

[9] Um dos intuitos da designação, pela historiografia tradicional, do termo "racionalização" para este processo foi tentar demonstrar que, com ele, houve a substituição de formas violentas, primárias e "medievais" por outras, jurídicas e neutras, com vistas à resolução de conflitos penais. No entanto, como se tentará demonstrar adiante, ousa-se discordar e defender a tese de que, em verdade, a centralização do poder punitivo acarretou o aumento da violência, e não a sua diminuição. Tal aspecto será analisado em minúcias ao longo do presente trabalho.

[10] Ideia semelhante foi desenvolvida por Rousseau: o infrator, por ser inimigo da sociedade, deveria ser exilado ou morto. Transcreve-se o pensamento do filósofo: "De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito da guerra matar o vencido" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Ridendo Castigat Mores, 2005. P. 49).

ameaça de sanção. Vera Malaguti Batista ensina que esse sistema de confisco configura um "desenho de poder punitivo estabelecido através de uma relação entre as noções de delito e castigo que instaurará os conceitos de infração e pena pública"[11].

Nessa conjuntura, foi criada a figura do procurador do rei: com a ocorrência de um crime, ele se apresentaria na qualidade de representante do monarca que sofrera a ofensa. A vítima direta, definitivamente, restou afastada de qualquer posição relevante para resolver suas próprias contendas, cabendo ao procurador não apenas averiguar o ocorrido, como também estabelecer uma eventual punição ao investigado.

Verifica-se, assim, que o papel do ofendido nas ciências criminais é secundário: quando muito, no que diz respeito "ao processo criminal, testemunha de acusação ou ator civil; no que toca ao Direito Penal substantivo: mero sujeito passivo ou objeto material do delito"[12]. A satisfação de seu interesse perde lugar para o cumprimento da norma por meio da condenação do "delinquente".

Sem espaço para se manifestar no campo criminal, o ofendido resta neutralizado pela racionalidade penal moderna. Com efeito, afirma-se que as vítimas são as "notas de rodapé do processo criminal"[13]: relegadas a segundo plano, não possuem participação ativa no processo. Como conclui Shecaira, "a vítima resulta sendo vítima também do sistema punitivo"[14]. Foi nesse sentido que Nils Christie afirmou serem as vítimas "duplas perdedoras"[15].

Faz-se necessário sublinhar que, além de ter sido excluído do âmbito do direito e do processo penal, o ofendido, nos crimes processados mediante ação pública incondicionada, não possui condições sequer de determinar se sofreu algum dano ou não, cabendo tal conclusão exclusivamente ao membro do Ministério Público. Trata-se de prática paternalista que retira, por completo, a autonomia do principal interessado na resolução do conflito.

Almeja-se, neste trabalho, conclamar a atuação da Defensoria Pública para inversão desse paradigma de alienação da vítima, trazendo-a do estado de desconhecimento ao de conhecimento. Isso porque, como explicam Caroline Eliacheff e Daniel Soulez Larivière, "é sabido que a ausência de reconhecimento pode provocar feridas tão intensas quanto o próprio traumatismo. Suportar não permite obter reparação"[16]. Rechaça-se a posição do ofendido enquanto mero objeto passivo sobre o qual incide, primeiro, o delito e, depois, o processo penal.

Para a superação deste estado de coisas e desenvolvimento de um novo modelo de gestão de controvérsias, o primeiro "requisito será outorgar à vítima um protagonismo cuja defecção é exatamente o elemento histórico-estrutural que caracteriza o modelo punitivo ('confisco do conflito')"[17]. É preciso que se dê mais atenção àquele que foi

---

[11] BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 31.

[12] CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 45.

[13] ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 31.

[14] SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 310.

[15] CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **British Journal of Criminology**, London, 17(1), p. 1-15, 1977.

[16] ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 49.

[17] BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. *In*: **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P. 92.

lesado pela prática do crime, auscultando-o e dando voz nas decisões "sobre o seu destino, com o objetivo máximo de encontrar respostas positivas e benefícios para as partes envolvidas e, assim, aproximar-se da Justiça"[18].

A Defensoria Pública, como expressão do regime democrático, possui papel crucial na elaboração de práticas emancipatórias. Nesse contexto, deve se valer das contribuições trazidas pela denominada "vitimologia crítica", a qual, fortemente influenciada pelo pensamento feminista, procura demonstrar a seletividade dos processos de vitimização[19]. Debate-se o papel do Estado e da própria lei na construção de estereótipos sobre os quais se aliena a vítima da discussão e a converte em uma espécie de "consumidor". Neste sentido, ensina André Giamberardino[20] que essa vertente teórica

> visa superar o debate se as vítimas teriam "necessidades ou direitos", ambas respostas reducionistas, se isoladas. A primeira tende à monetarização do dano sofrido e da experiência de vitimização, enquanto a segunda é em regra contraposta, ideologicamente, aos "direitos do réu".

Ao contrário do que parece prevalecer no senso comum, pesquisas empíricas demonstram[21] que a "a expectativa da vítima não pode ser reduzida *a priori* à vingança e tampouco à mera reparação do dano"[22]. Estudo conduzido pela Universidade de São Paulo com vítimas de violência doméstica concluiu que as principais expectativas das vítimas giravam em torno de "proteção estatal, resolução do conflito e reparação"[23]. Significa dizer que "o interesse da vítima é encontrar uma cena adaptada a cada aspecto de seus danos, uma cena na qual seja tratada em seu benefício psicológico, moral ou patrimonial"[24]. É preciso, portanto, refutar a falsa ideia de que a vítima sempre almeja o castigo e a imposição de sofrimento ao ofensor.

É indubitável, pois, que o Estado, não raramente, deixa de atender aos interesses dos ofendidos em prol da análise fria da norma e da persecução criminal do ofensor. Muitas vezes a vítima sequer consegue acompanhar o desenvolvimento das etapas

---

[18] KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 150.

[19] Discorda-se, veementemente, da vertente vitimológica que preconiza o denominado "princípio da autorresponsabilidade", isto é, a visão da vítima-culpada. "Os esforços deste setor têm-se dirigido à elaboração de um princípio, o denominado 'princípio da autorresponsabilidade', através do qual se sustenta que a vítima tem um dever de autoproteção. Esse dever, certamente, não alcançaria níveis desmedidos, restringindo-se à adoção de medidas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis. A partir daí, a omissão das mencionadas medidas implicaria, para a vítima, o não merecimento ou a falta de necessidade de proteção penal. Em suma, se a vítima, podendo e devendo autoproteger-se, nos termos antes mencionados, não o fez, o autor pode chegar a ficar isento de toda a pena pela conduta delituosa". Configura-se, pois, a revitimização. A vítima, que já se configura como dupla perdedora no processo tradicional (perde, primeiro, ao sofrer a ofensa, e, depois, ao ser objetificada no curso do procedimento criminal), perderia mais uma vez com a defesa do princípio da "autorresponsabilidade" (SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010. P. 61).

[20] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 44.

[21] *Ibid*. P. 47.

[22] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. O confisco do conflito na historiografia penal. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Disponível em: file:///C:/Users/helzani/Downloads/3483-15749-2-PB.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

[23] ALVAREZ, Marcos; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; JESUS, Maria Marques de; MATSUDA, Fernanda; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 86, 2010, p. 86.

[24] ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. São Paulo: FAP-Unifesp, 2012. P. 203.

processuais e tampouco compreende a linguagem forense e os trâmites burocráticos. Nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, os debates legais são "protagonizados por advogados e agentes estatais que se encarregam de traduzir as demandas para a linguagem jurídica. Os direitos humanos judicializados, segundo essa leitura crítica, encerram o risco de restarem subservientes à configuração legalista e estatista que o processo impõe"[25]. Nessa senda, conclui Giamberardino que, "com a profissionalização do sistema de justiça criminal, a vítima, o acusado, seus próximos, todos são apartados da própria possibilidade de compreensão do que se passa"[26].

Dessarte, o que se pretende é reintroduzir a vítima na gestão dos conflitos para que ela própria possa ter voz ativa na construção da solução para o seu caso concreto. Para alcançar esse objetivo, tem-se por essencial a atuação proativa da Defensoria Pública, como se verá a seguir.

3. A DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA E PROMOTORA DE DIREITOS HUMANOS: ATUAÇÃO EM PROL DAS VÍTIMAS EM CONSONÂNCIA COM AS TEORIAS DESLEGITIMANTES DA PENA E COM O *STANDARD* REDUTOR DO PODER PUNITIVO

Incumbe à Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, a promoção dos direitos humanos, na forma do art. 134 da Constituição Federal e do art. 1º da Lei Complementar nº 80/1994. Vale dizer, sendo objetivo da instituição a prevalência e efetividade dos direitos humanos (art. 3º-A, III, LC n. 80/1994), faz-se necessário que o órgão fomente o respeito não apenas às garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico interno, como também aos tratados e normativas internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

Dentre as funções institucionais elencadas no art. 4º da LC n. 80/1994, encontra-se a atuação do Defensor Público "na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas" (inciso XVIII). O referido comando legal, ao dispensar a exigência de aferição de hipossuficiência, consubstancia função eminentemente atípica: "na hipótese, a atuação da Defensoria Pública é desencadeada pela vulnerabilidade decorrente da vitimização, segundo os ditames das 100 Regras de Brasília (Regras nº 10 e nº 11)"[27].

Cumpre destacar a Resolução nº 60/147 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que trata dos "princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos

[25] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 29, p. 127-157, 2016. P. 129.

[26] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 43.

[27] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da Defensoria Pública no processo penal – múltiplas funções. *In*: **O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2020. P. 118.

humanos e de violações graves do direito internacional humanitário"[28]. No referido documento, consta que "as vítimas devem ser tratadas com humanidade e respeito pela sua dignidade e pelos seus direitos humanos, devendo ser adotadas medidas adequadas a fim de garantir a sua segurança, o seu bem-estar físico e psicológico e a sua privacidade, bem como a das suas famílias", e que o ofendido possui os seguintes direitos: (i) acesso efetivo à justiça; (ii) reparação adequada, efetiva e rápida do dano sofrido; e (iii) acesso à informação pertinente sobre as violações e os mecanismos de reparação.

Como bem sintetizado por Franklyn Roger e Diogo Esteves[29]:

> [...] a atuação da Defensoria Pública na efetiva proteção jurídica contra a violação dos direitos das vítimas materializa previsão constante na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo VII e VIII), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigos 2º, 3), na Carta da Organização dos Estados Americanos (artigo 45, i), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 25) e nos Princípio e Diretrizes da ONU Sobre Acesso à Assistência Legal nos Sistemas de Justiça Criminal (Princípio 4).

No Brasil, foi aprovada, em novembro de 2021, a Lei nº 14.245/2021, que alterou a legislação ordinária para, entre outras modificações, consignar a obrigatoriedade, por todos os sujeitos processuais, de "respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa".

A seu turno, a Lei nº 14.321/2022 incluiu o art. 15-A na Lei de Abuso de Autoridade, tipificando o crime de violência institucional para o agente que "submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade, a situação de violência ou outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização".

A Lei nº 11.340/2006, por sua vez, contém dispositivos específicos que garantem à mulher em situação de violência doméstica o acesso aos serviços da Defensoria Pública, em todos os atos processuais e extraprocessuais. Trata-se da figura da "assistência qualificada", que tem como principal escopo a orientação da mulher sobre seus direitos e sobre as consequências de suas decisões, evitando-se qualquer tipo de pressão indevida.

Inconteste, portanto, ser função institucional atípica da Defensoria Pública a atuação em favor das vítimas de fatos criminalizados.

Esse encargo, porém, não pode contribuir para a mitigação do sistema acusatório e das garantias processuais penais dos réus. A atividade defensorial deve pautar-se em uma dogmática funcional teleológica redutora, afastando-se da crença generalizada na pena como remédio miraculoso para todos os males.

Aqui, cumpre transcrever o fino alerta de Nilo Batista[30]:

---

[28] Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf. Acesso em: 1 jul. 2022.

[29] ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da Defensoria Pública no processo penal – múltiplas funções. *In*: **O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública**. Belo Horizonte: CEI, 2020, P. 118-119.

[30] BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022. P. 254.

> Se o penalista quiser continuar acreditando nas funções idealizantes que as penas jamais cumpriram, boa viagem; e já que aprecia tanto a ficção, introduza o boto na dogmática dos crimes sexuais na Amazônia e pense na responsabilização omissiva imprópria do padre pelos crimes da mula-sem-cabeça. Está encerrada a idade da inocência.

A defesa em favor da vítima deve atentar para não corroborar o populismo penal, assim entendido como o conjunto de discursos que, em nome da "proteção da vítima", busca radicalizar e ampliar as formas de punição. Nessa senda, pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça constatou que "juízes têm agravado penas e regimes de condenados, recorrendo a jargões e a um discurso do medo e da insegurança no qual a figura simbólica da vítima é sempre evocada e instrumentalizada"[31].

A restrição do uso da prisão e do poder punitivo a hipóteses excepcionais precisa ser pauta comum de toda agenda progressista "do *pessoal* dos direitos humanos", seja na defesa do ofensor, seja na defesa do ofendido. Do contrário, estar-se-á diante do que Maria Lúcia Karam denominou de "esquerda punitiva"[32], setor que não percebe que a pena é um discurso de poder – e que, ao bradar pelo "castigo" do ofensor, acaba por legitimar o exercício de um poder intrinsecamente autoritário e seletivo.

Isso não significa, em absoluto, que a vítima terá sua assistência jurídica relegada a segundo plano: pelo contrário. O ponto nodal deste trabalho é demonstrar que o ofendido nada ganha com a simples inflição de dor ao ofensor – mas em muito se beneficia com uma atuação defensorial que o recoloque no papel de protagonista na solução das controvérsias penais, como se pretende demonstrar a seguir.

4. PROPOSTAS

Em linhas de conclusão, sugerem-se algumas propostas a serem adotadas pela Defensoria Pública com intuito de democratizar o gerenciamento de situações criminalizadas e, por conseguinte, superar a aflitividade intrínseca às agências do sistema penal tradicional, a partir do protagonismo das vítimas.

4.1. Primeira proposta: ampliação das hipóteses de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça e contravenções penais. Analogia e proporcionalidade

Como é cediço, a Lei nº 13.964/2019 introduziu o parágrafo quinto no art. 171 do Código Penal para estabelecer, como regra geral, a representação do ofendido como condição de procedibilidade à persecução criminal nos crimes de estelionato. Ao

[31] Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/24Pensando_Direito3.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

[32] "Chega a ser espantoso que forças políticas que se dizem (ou, pelo menos, originariamente, se diziam) voltadas para a luta por transformações sociais prontamente forneçam sua adesão a um mecanismo tão eficaz de proteção dos interesses e valores dominantes de sociedades que supostamente deveriam ser transformadas" (KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, nº 1, 1º semestre de 1996. P. 30).

assim proceder, o legislador positivou um mecanismo que submete, dentro de certos limites, a atividade persecutória deste delito patrimonial à esfera de disponibilidade do ofendido.

Reputa-se viável, neste contexto, a ampliação da exigência de representação da vítima para outros crimes patrimoniais perpetrados sem violência ou grave ameaça, como furto, apropriação indébita e receptação, com fundamento nos princípios da razoabilidade, da isonomia e da legalidade, na dimensão da analogia *in bonam partem*. Em última análise, o que está a se defender é a coerência do ordenamento jurídico.

A ideia ora defendida não consiste em inovação radical ou invencionismo teórico, notadamente porque há enunciado normativo semelhante, corporificado no art. 170 do CP, que autoriza a aplicação da mesma *ratio* do furto privilegiado aos crimes de apropriação indébita.

No mesmo sentido, o art. 17 do Decreto-Lei nº 3.688/1941, ao estabelecer que a natureza da ação penal nas contravenções sempre será pública incondicionada, não sobrevive ao crivo da proporcionalidade. É paradoxal, para dizer o mínimo, que a persecução criminal da contravenção de vias de fato se faça por ação penal pública incondicionada e a persecução da lesão corporal leve se condicione à representação do ofendido (art. 88 da Lei nº 9.099/1995).

Não é preciso muito esforço argumentativo para concluir ser irrazoável que a vítima de uma lesão corporal leve possa optar pela não intervenção estatal no seu conflito, enquanto a vítima de vias de fato fique sujeita à formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público.

4.2. Segunda proposta: possibilidade de retratação da representação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Revogação do art. 25 do CPP e do art. 16 da Lei nº 11.340/2006

Entrementes, sugere-se uma atuação coordenada das Defensorias Públicas para que seja reconhecida a possibilidade de realização do juízo de retratação da representação do ofendido até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Isso porque não se vislumbra fundamento idôneo para que a manifestação de vontade da vítima, nas ações penais públicas condicionadas à representação, reste limitada temporalmente pelo oferecimento ou recebimento da denúncia.

Assim, o art. 25 do CPP, que dispõe que "a representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia" e o art. 16 da Lei nº 11.340/2006, no trecho que estabelece que "só será admitida a renúncia à representação [...] antes do recebimento da denúncia", devem ser objeto de litigância estratégia para que sejam revogados, seja pela via legislativa, seja pela via judicial, de forma a permitir a realização do juízo de retratação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4.3. Terceira proposta: desinteresse do ofendido na persecução penal como escusa absolutória supralegal. Isenção de pena

Tese possível de ser sustentada pelos Defensores Públicos nos casos de desinteresse do ofendido na persecução penal consiste na isenção de pena em razão de escusa absolutória supralegal.

Trata-se de condição negativa de punibilidade erigida em questão de política criminal, a saber, utilidade e conveniência – ou, nos dizeres de Regis Prado, "causas de impunidade *utilitatis causa"*[33]. Em sentido similar, Zaffaroni desenvolve a tese da inexistência de "condição de operatividade da coerção penal"[34] para justificar o impedimento à aplicação da sanção penal a hipóteses semelhantes à presente.

4.4. Quarta proposta: derrotabilidade do enunciado normativo quando a pretensão acusatória se demonstrar contrária aos interesses da vítima. *Distinguishing*

Não se olvida, ainda, a possibilidade de ser suscitada a teoria da derrotabilidade do enunciado normativo para acomodar a sua não aplicabilidade em casos penais específicos. Assim, em hipóteses de relevância casuística, notadamente quando a pretensão acusatória se demonstrar contrária aos interesses da vítima, o Defensor Público pode pugnar pelo afastamento da lei penal diante da ausência da efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado.

O Supremo Tribunal Federal se valeu desta teoria quando decidiu que a interrupção voluntaria da gravidez no primeiro trimestre de gestação não pode ser criminalizada (HC nº 124.306/RJ).

Esse entendimento também foi aplicado em 20/08/2021 pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento unânime prolatado no AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, afastou, de forma excepcional, a incidência da norma penal consolidada no art. 217-A do CP por não se revelar adequada, necessária nem justa, "porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar".

No caso em julgamento, o acusado fora condenado pelas instâncias ordinárias à pena de 14 anos de reclusão por ter se relacionado sexualmente, de forma consentida, com uma menina de 12 anos. A prática sexual resultou no nascimento de uma criança e na constituição de união estável entre ofensor e ofendida, que se manifestou nos autos informando que não almejava a punição do seu companheiro e que "deseja viver com ele para criarem o filho juntos".

O relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, analisou as nuances do caso concreto e propôs a realização do *distinguishing,* entendendo que "proclamar uma

---

[33] PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, 2000, p. 46.

[34] "Isto significa que a coerção penal pelo delito atua somente sob certas condições, que, genericamente, chamamos de 'condições de operatividade da coerção penal'. O lugar adequado para o seu tratamento não pode ser outro que não o da própria teoria da coerção penal. Preferimos o nome de 'condições da operatividade da coerção penal'" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 345).

censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente".

No ponto que interessa especificamente para este trabalho, assim constou da ementa:

> que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar 'seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana'.
> A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.

Entendimento similar pode ser extraído de outros julgados da 5ª Turma do STJ. Cito, a título exemplificativo, o AREsp 1.555.030/GO e o REsp 1.524.494/RN, ambos de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, que assim destacou:

> estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização.
> Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual.
> Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressalto) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.

4.5. Quinta proposta: criação da figura do "defensor da vítima". Vedação à revitimização

Sugere-se, também, a criação da figura da "Defensoria da Vítima" – não apenas nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, cuja figura da "assistência qualificada" encontra previsão específica nos arts. 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006, como dito alhures, mas em todos os processos criminais com vítimas individualizadas –, com o intuito de garantir que os direitos do ofendido, que muitas vezes colidem com a pretensão acusatória, sejam observados. A base normativa a amparar essa atuação institucional atípica encontra-se descrita no art. 4º, XVIII da LC nº 80/94, conforme explicitado no terceiro capítulo deste trabalho.

Trata-se de atuação como *custos vulnerabilis* que possui bastante similitude com a "Defensoria da Criança", implementada em algumas instituições[35] como forma de garantir a real participação da criança dentro do processo.

O "Defensor da Vítima" teria como principal função prestar atendimento integrado ao ofendido, garantindo o acesso efetivo à justiça e à informação adequada e evitando a revitimização do usuário dos serviços da Defensoria Pública no curso do

[35] Para maiores informações, veja-se, por exemplo, a iniciativa da DPE-AM: https://www.defensoria.am.def.br/post/defensoria-da-crian%C3%A7a-e-do-adolescente-no-amazonas-vai-refor%C3%A7ar-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-vulner%C3%A1veis. Acesso em: 10 jul. 2022.

processo judicial. Incumbiria a este órgão, em suma, zelar para que a vítima fosse tratada como sujeito de direitos, e não como simples objeto sobre o qual recai a intervenção estatal.

Nesse sentido, a partir de uma representação técnica adequada, o ofendido teria direito ao contraditório, à reação e, em última análise, a participar da construção democrática da decisão judicial que vai influenciar, direta ou indiretamente, a sua vida. Tal mister deve, necessariamente, ser exercido pela Defensoria Pública, diante da atribuição legal e constitucional para a tutela de direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade – em nada se confundindo com a atuação do Ministério Público como órgão acusatório.

A criação de figura distinta do defensor criminal que atual em prol do acusado configura, ainda, medida de cautela contra eventual imputação de tergiversação ou patrocínio simultâneo (art. 355, p.u., CP).

Outrossim, tendo como motes o princípio da unidade da Defensoria Pública (art. 134, § 4º, CF) e a necessidade de prestação jurídica integral e humanizada, esse órgão seria o responsável por pleitear medidas e até ajuizar demandas de natureza cível para além da ação civil *ex delicto* disposta no art. 68 do CPP[36]. Assim, e a título meramente exemplificativo, seria atribuição do Defensor da Vítima a elaboração de ação de alimentos e a formulação de medidas protetivas de urgência, além do encaminhamento do ofendido à rede especializada.

Por derradeiro, cumpre salientar que a figura ora sugerida em nada se assemelha ao "assistente de acusação" previsto no art. 268 do CPP, cuja constitucionalidade permanece duvidosa mesmo após a decisão do STF no HC n. 102.085/RS[37]. Isto posto, para atuar na qualidade de Defensor da Vítima, são prescindíveis a autorização judicial e a prévia manifestação do Ministério Público.

4.6. Sexta proposta: garantia do exercício do direito ao silêncio do ofendido que quiser emudecer. Impossibilidade de condução coercitiva

É imperioso, ainda, que seja garantido o exercício do direito ao silêncio nas hipóteses em que o ofendido não desejar prestar declarações em juízo.

Como é cediço, a vítima e a testemunha são atores processuais distintos, ocupando posições topográficas próprias no Código de Processo Penal. Não por outra razão, o ofendido presta "declarações" (art. 201, CPP) e não depoimento, e não pode ser sujeito passivo do crime de falso testemunho (art. 342, CP), na medida em que não presta compromisso em dizer a verdade e que inexiste, no Brasil, o crime de perjúrio.

Se a vítima não é testemunha, pode se recusar a prestar declarações sem se sujeitar a qualquer sanção processual. Nem se diga que a negativa em testemunhar ensejaria apuração de sua responsabilidade penal pela falsa comunicação de crime (art.

---

[36] Sobre a legitimidade da Defensoria Pública e a declaração de inconstitucionalidade progressiva do referido dispositivo, leia-se o RE nº 135.328/SP, Pleno do STF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 29/6/1994.

[37] Sobre o tema, veja-se: COSTA, Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. *In*: **A Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher.** Rio de Janeiro: DPGERJ, 2017. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

340, CP), diante da vedação à autoincriminação prevista no art. 8.2, "g" da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Qualquer entendimento em contrário, obrigando a vítima a prestar declarações, está baseado em uma percepção utilitarista do processo penal, vislumbrado equivocadamente como um meio para obtenção de um decreto condenatório – posição que, inegavelmente, vulnera os direitos humanos da vítima, em vez de protegê-los.

Tratando especificamente da mulher em situação de violência doméstica, Simone Estrellita[38] é certeira: "obrigar a mulher-vítima a prestar declarações significa desprotegê-la. Significa vilipendiar sua dignidade, tratando-a como objeto de direitos cujo único fim é o deslinde processual e não como sujeito de direitos". E arremata:

> Respeitar o direito ao silêncio das vítimas na hipótese de violência doméstica e familiar contra a mulher é possibilitar a não perpetuação do drama criminal a que ela se encontra submetida. Do contrário, estaríamos gerando para todo um sistema protetivo a que ela está inserida, enquanto vítima de violência de gênero, uma instransponível incoerência.

Na mesma direção, o Enunciado nº 50 do FONAVID dispõe que "deve ser respeitada a vontade da vítima de não se expressar durante seu depoimento em juízo, após devidamente informada dos seus direitos".

Rubens Casara e Antonio Pedro Belchior vão além e sustentam que "a condução coercitiva da vítima para depor, contra a sua vontade, sobre fatos que preferia esquecer, representa nova violação aos seus interesses, nova violação a seu desfavor"[39]. Os autores concluem: "todo e qualquer ato estatal que importe em vitimização secundária (nova lesão à vítima) é ilegal, por violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana".

De fato, se a vítima possui direito a permanecer em silêncio, inexiste justificativa a legitimar sua condução coercitiva para prestar declarações – devendo sua ausência, quando devidamente intimada, ser interpretada como desinteresse em depor.

Nesse sentido, pode ser sustentada a não recepção do art. 201, § 1º, do CPP pela Constituição Federal, evitando-se, assim, a vitimização secundária, na esteira do entendimento prolatado pelo STF em relação à condução coercitiva do acusado para interrogatório (ADPF 395/DF e 444/DF).

4.7. Sétima proposta: efetivação da justiça restaurativa

Por fim, mas não menos importante, compreende-se que uma valorosa estratégia para conferir protagonismo ao ofendido consiste na utilização de mecanismos restaurativos para solucionar conflitos criminalizados.

A justiça restaurativa compreende, em síntese, programas que visam à promoção da democracia participativa na área da justiça criminal: o delito é visto não como uma

---

[38] ESTRELLITA, Simone. Vítima não é testemunha! Breves considerações a respeito do depoimento da vítima nos processos julgados pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. *In*: **A Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher.** Rio de Janeiro: DPGERJ, 2017. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

[39] CASARA, Ruben R. R.; BELCHIOR Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 40.

ofensa ao Estado, mas como uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade. A partir da participação direta e voluntária dessas personagens, são identificadas as necessidades e obrigações oriundas do conflito.

O Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), com o intuito de estabelecer princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, editou a Resolução nº 2002/2012[40]. Ao concitar os Estados Membros a desenvolverem práticas restaurativas e enfatizar que se trata de uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade entre as pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social, a referida Resolução consiste, indubitavelmente, em um importante incentivo ao emprego de mecanismos restaurativos no cenário mundial.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a "Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário" com a publicação da Resolução nº 225/2016, cujo art. 1º, § 2º, dispõe que "a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional".

Inobstante a existência de regulamentação interna e de implementação consolidada de projetos restaurativos em 19 estados da federação[41], chama atenção a atuação tímida, para não dizer praticamente inexistente, da Defensoria Pública nesse particular.

Corroborando a percepção acima exposta, relatório analítico coordenado pela Prof. Vera Regina Pereira de Andrade[42] concluiu que há um "protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, seus atores e órgãos conexos (juízes, desembargadores, psicólogos, assistentes sociais, equipes técnicas, sistema de justiça, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça) no Brasil, ao qual se deve acrescentar o adjetivo personalizado" na implementação de programas restaurativos.

Some-se a este fato a constatação empírica de que os ciclos de palestras, cursos e projetos sobre o tema são capitaneados por magistrados, promotores de justiça e servidores dos tribunais.

Já passou da hora de a Defensoria Pública tomar para si a responsabilidade e o protagonismo na estruturação e na expansão dos mecanismos restaurativos no país, por ser uma das principais interessadas da contenção do poder punitivo irracional e na delegação de autonomia aos envolvidos nos conflitos.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVAREZ, Marcos; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; JESUS, Maria Marques de; MATSUDA, Fernanda; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo

[40] Disponível em: <http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/ UN%20Resolutions/ECOSOC%20resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2022.

[41] Informações disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

[42] Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf. Acesso em: 05 jul. 2022.

penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 86, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. *In*: **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. Adesão subjetiva à barbárie. *In*: BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASARA, Ruben R. R.; BELCHIOR Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, v. 17. 1977.

COSTA, Renata Tavares da. O papel do assistente da mulher previsto no artigo 27 da Lei Maria da Penha nos crimes de feminicídio no Tribunal do Júri. *In*: **A Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher**. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.

ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. São Paulo: FAP-Unifesp, 2012.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A assistência jurídica da Defensoria Pública no processo penal – múltiplas funções. *In*: ***O processo penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública***. Belo Horizonte: CEI, 2020.

ESTRELLITA, Simone. Vítima não é testemunha! Breves considerações a respeito do depoimento da vítima nos processos julgados pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. *In*: **A Defensoria Pública e a atuação**

na defesa da mulher. Disponível em: https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.

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

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. O confisco do conflito na historiografia penal. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Disponível em: file:///C:/Users/helzani/Downloads/3483-15749-2-PB.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 35, dez./jan. 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, nº 1, 1º semestre de 1996.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008.

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MORGADO, Helena Zani. **Direito Penal restaurativo**: em busca de um modelo adequado de justiça criminal. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 29, p. 127-157, 2016.

PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. **Revista dos Tribunais**, v. 776, 2000.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Ridendo Castigat Mores, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, criada em 1988, tem sido o meio tradicional de divulgação da doutrina e das lutas institucionais. Não se trata, vale ressaltar, de um veículo neutro, pelo simples fato de que a Defensoria não é, longe disso, uma instituição neutra.

A **Revista** nº 32, que ora temos a alegria de apresentar, não foge à regra. Nos 16 trabalhos que a compõem, divididos em quatro seções – artigos doutrinários, peças processuais, pareceres e, por último mas não menos importante, teses e práticas fluminenses premiadas no XV Congresso Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (2022) –, o que sobressai é o compromisso visceral da instituição, imposto constitucionalmente, com as demandas de pessoas e grupos vulneráveis, no contexto de um país tragicamente desigual.

(Trecho extraído da **Apresentação** da *Revista*)

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