REVISTA DE DIREITO

DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

29

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

29

Rev. Dir. Def. Públ. Rio de Janeiro
Ano 28 | Nº 29
p. 01 a 302 | 2019

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, 3° ANDAR, CENTRO, RIO DE JANEIRO-RJ, CEP 20.020-080

EQUIPE CEJUR

José Augusto Garcia de Sousa
Diretor Geral

Adriana Silva de Britto
Diretora de Capacitação

Antonio Gonçalves
Assistente (Biblioteca)

Jacqueline de Brito
Residente Jurídica

Leandra Bernardina da Silva Vieira
Assistente (Biblioteca)

Luciana Tubino Morand
Técnica Média

Michele Cristina Soares Silveira
Técnica Média

Miranilza Maria Biba Mariano
Bibliotecária

Pedro Ferreira
Assistente (Biblioteca)

Raíssa de Araujo Teixeira
Assistente

Roberta Bacha de Almeida
Técnica Superior

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

© 2019 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. 28, n. 29 – Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2019.

302 p.

Anual. Esta edição abrange o período de 2019
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

NILTON MANOEL HONÓRIO
Corregedor-Geral

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA
Subcorregedor-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 **08**

DOUTRINA **11**

O desafio da tutela do direito à maternidade das mulheres em situação de rua na cidade do Rio de Janeiro: o papel da Defensoria Pública no acesso à justiça de grupos vulneráveis
Carla Beatriz Nunes Maia
Marcia Mesquita Barros
Ana Rosenblatt **12**

O direito ao confronto na produção probatória penal no Brasil
Daniel Diamantaras de Figueiredo **26**

Tecnologia e precedentes: do portão de Kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria
Erik Navarro Wolkart
Daniel Becker **56**

Qual é o propósito do pedido de esclarecimentos ou ajustes do pronunciamento saneador, previsto no artigo 357, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil brasileiro?
Felippe Borring Rocha
Bárbara Fonseca de Moura **71**

Grades invisíveis: uma pesquisa empírica sobre mulheres de presos, suas dores e demandas
Isabella Maria Pereira Prestes **103**

Histórias do/no cárcere: memórias do Programa Monitoramento Carcerário
Lucas Henrique Justino de Souza **137**

Violências e resistência no Brasil contemporâneo
Luiz Eduardo Soares **155**

O direito sucessório dos nascidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*
Maria de Fátima Abreu Marques Dourado **163**

A compatibilização entre os estándares interamericanos do "direito ao tempo adequado para preparar a defesa" e da "defesa diligente e efetiva" nos processos do tribunal do júri
Renata Tavares da Costa **203**

PEÇAS PROCESSUAIS ***216***

O direito a "existir": o reconhecimento da personalidade jurídica e a efetivação do direito à saúde das pessoas em situação de sub-registro
Beatriz Carvalho de Araujo Cunha ***217***

Habeas corpus em caso de expedição de mandado de prisão sem prévia designação de audiência admonitória pelo juízo do conhecimento em caso de condenação a regime inicial aberto
Bruna Martins Amorim Dutra ***234***

Habeas corpus em caso de tortura por ocasião da prisão em flagrante
Fabio Amado de Souza Barretto
Mariana Castro de Matos
Carla Vianna Lima
Daniel Lozoya Constant Lopes
Lívia Miranda Müller Drummond Cásseres
Pedro Paulo Lourival Carriello ***243***

Responsabilidade civil do Estado em caso de flagrante forjado
Mariana Castro de Matos ***273***

XXVI CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ***297***

Discurso de posse no XXVI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 27/08/19, na Sala Cecília Meireles
Maísa Alves Gomes Sampaio ***298***

Juramento na solenidade de posse popular do XXVI Concurso para Ingresso na Defensoria Pública, realizada em 27/09/19, no Centro de Artes da Maré, Complexo de Favelas da Maré ***301***

APRESENTAÇÃO

Entre os objetivos institucionais da Defensoria Pública, previstos no art. 3º-A da Lei Complementar nº 80/1994 (acrescentado pela Lei Complementar nº 132/2009), figuram a "primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais", "a afirmação do Estado Democrático de Direito", "a prevalência e efetividade dos direitos humanos" e ainda "a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório". Na busca da concretização desses objetivos, a Defensoria mostra-se cada vez mais desenvolta. E tem a sua voz crescentemente ouvida e repercutida, não apenas no mundo jurídico, mas também nos meios social e político da comunidade nacional.

Dois breves exemplos recentes confirmam o que acabou de ser dito.

Primeiro exemplo. Em agosto de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, provocada pela Defensoria Pública fluminense, notificou o governo brasileiro para a tomada urgente de providências em relação aos presos da Penitenciária Evaristo de Moraes, no Rio de Janeiro, a começar pelas "medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde das pessoas privadas de liberdade" naquele estabelecimento (Resolução nº 40/2019 na Medida Cautelar nº 379/19). Em sua petição à Comissão, destacou a Defensoria o alto índice de óbitos por causa desconhecida entre os presos da Penitenciária.

Segundo. No julgamento do Supremo Tribunal Federal que mais mobilizou a população brasileira em 2019, a Defensoria Pública da União e as Defensorias estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo intervieram na condição de *amici curiae*, em prol da impossibilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação. Frisaram os defensores públicos, em suas sustentações orais perante o plenário do Supremo, que não se pode admitir qualquer relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, tese que ao final saiu vitoriosa.

A *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* nº 29 (2019), que tenho a satisfação de apresentar, espelha bem o momento atual da instituição. Ao lado de textos dogmáticos de alta qualidade técnica, a *Revista* exibe, de maneira multifacetada, o enorme empenho da Defensoria em fazer valer a dignidade e os direitos fundamentais das parcelas mais vulneráveis da nossa sociedade, em meio a um contexto cada vez mais perturbador e propício a abusos de toda sorte.

Nesse sentido, o artigo que abre a parte doutrinária da *Revista* – assinado pelas defensoras fluminenses Carla Beatriz Maia, Marcia Mesquita e Ana Rosenblatt – analisa a tutela do direito à maternidade das mulheres em situação de rua e narra um caso dramático acompanhado pelo Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria do nosso Estado, o *caso Maria*. Ao final, conclui-se: "A maternidade

de rua não pode gerar, como resposta automática, o afastamento compulsório e generalizado entre mães e bebês. [...] A vivência inédita do acesso ao direito por Maria vale mais do que mil palavras escritas em lei. Trata-se de conquista relevante e emancipadora para aquele grupo social."

A duríssima realidade do sistema penitenciário nacional, vitimando todos aqueles que de alguma forma com ele convivem, é outro assunto destacado pela *Revista*.

Isabella Maria Pereira Prestes, ex-estagiária da Defensoria do Rio de Janeiro, apresenta relevante pesquisa empírica que teve como foco "personagens constantemente estigmatizadas e, ao mesmo tempo, silenciadas pela sociedade e pelo Estado" – as mulheres de presos. A pesquisa retrata em detalhes o sofrimento e as humilhações rotineiras passadas por essas valentes mulheres, cujos direitos parecem até mais invisíveis do que os dos maridos, companheiros e filhos presos. Tal narrativa deixa claro que, contrariando o art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República, "a pena ultrapassa – e muito – a pessoa do condenado".

Ainda na seção doutrinária, texto de Lucas Henrique Justino de Souza, sagrado vencedor do *III Prêmio Jurídico Fabiano de Carvalho Oliveira para Estagiários da Defensoria Pública* (edição 2019), aborda o Programa Monitoramento Carcerário da Defensoria fluminense. Com base em sua participação no Programa – vivenciando de perto os horrores das masmorras estaduais – e escudado em rica doutrina, o autor faz reflexões sobre o sistema que não podem deixar de ser escutadas. Para Lucas Henrique, "a aparente disfuncionalidade é, na verdade, a regra geral", correspondendo a "um projeto de desumanização em curso na sociedade brasileira". Finaliza advertindo: "Os efeitos desumanos que afetam os encarcerados, em algum momento, irão atingir aqueles que vivem, com liberdade, na cidade. E, tão logo, o paradigma do Estado democrático de direito dará lugar a um Estado de exceção. E quando a exceção se torna a regra significa dizer que a barbárie se institucionalizou."

Como não poderia ser de outra forma, igualmente a seção de peças processuais evidencia a luta intransigente da Defensoria Pública em prol dos direitos humanos e contra práticas intoleráveis postas em prática pelo aparato estatal de segurança. Versando sobre essa temática, foram incluídas na seção um *habeas corpus* endereçado ao Supremo Tribunal Federal em caso (amplamente noticiado) de tortura na prisão em flagrante – peça firmada pelos defensores/as Fabio Barretto, Mariana Castro, Carla Vianna, Daniel Lozoya, Lívia Cásseres e Pedro Carriello – e uma petição inicial, elaborada pela defensora Mariana Castro, pleiteando a reparação civil devida pelo Estado do Rio de Janeiro em virtude de flagrante forjado que desgraçou a vida de um jovem absolutamente inocente.

Ainda na seção de peças processuais, chama a atenção a ação proposta pela defensora Beatriz Cunha em defesa de mulher refém de situação genuinamente kafkiana: pelo fato de não ter registro de nascimento (objeto de processo judicial extremamente moroso), ela estava há anos internada em um hospital estadual sem receber alta médica, embora já apta a tratamento ambulatorial, sofrendo todos os males e riscos de uma internação prolongada, aí incluído logicamente o afastamento do convívio familiar.

Prosseguindo, a *Revista* reproduz o vigoroso discurso de posse da primeira colocada no XXVI Concurso para Ingresso na Classe Inicial da Carreira da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Maísa Sampaio, e também o juramento proferido pelas novas defensoras e defensores na primeira posse popular da história da Defensoria fluminense, ocorrida no Centro de Artes da Maré, Complexo de Favelas da Maré.

Por derradeiro, não é possível deixar de destacar as excelentes contribuições oferecidas pelos pensadores convidados a participar da nossa *Revista*.

Os juristas Erik Navarro Wolkart e Daniel Becker dissertam com grande conhecimento de causa sobre o impacto, na área processual, da jurimetria e da inteligência artificial. Eis aí assunto que, evidentemente, interessa cada vez mais à Defensoria Pública. É com o aporte da inteligência artificial que a instituição poderá se desincumbir a contento das suas múltiplas e crescentes atribuições, servindo com eficiência ao seu imenso público-alvo.

Outro convidado, o renomado antropólogo Luiz Eduardo Soares, apresenta reflexões acuradas sobre um tema fundamental para os defensores de um país (muito) mais humano e menos bárbaro: "Violências e resistência no Brasil contemporâneo". Ao lado de análises as mais preocupantes, Soares não deixa de passar uma palavra de alento: "O futuro, sempre incerto, parece mais obscuro do que nunca no Brasil e, se enxergamos viradas promissoras adiante, talvez seja mais por *wishfull thinking* do que por análise objetiva da conjuntura concreta. No entanto, seguimos, porque o processo também se faz com profecias que se autocumprem, isto é, com *wishfull thinking* e uma boa dose de esperança."

Enfim, mais uma publicação do nosso Centro de Estudos Jurídicos com a cara e o perfume inconfundíveis da Defensoria Pública. Diante de um cenário cada vez mais assustador para pessoas e grupos vulneráveis, inconformismo e luta não podem faltar, seja na atuação prática diária da instituição, seja na trincheira acadêmica.

RODRIGO BAPTISTA PACHECO

Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro

DOUTRINA

O DESAFIO DA TUTELA DO DIREITO À MATERNIDADE DAS MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO: O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ACESSO À JUSTIÇA DE GRUPOS VULNERÁVEIS

THE TUTELA CHALLENGE OF WOMEN'S RIGHT TO MATERNITY IN THE STREET CITY IN RIO DE JANEIRO CITY: THE ROLE OF PUBLIC DEFENSE IN ACCESS TO JUSTICE VULNERABLE GROUPS

Carla Beatriz Nunes Maia
Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro, titular do Núcleo de Diretos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
cbeatriznm@gmail.com

Marcia Mesquita Barros
Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa e defensora pública do Estado do Rio de Janeiro
marciamesquita@globo.com

Ana Rosenblatt
Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro e mediadora de conflitos
anarosenb@yahoo.com.br

Resumo: Analisa a tutela do direito à maternidade das mulheres em situação de rua e, para tanto, narra um caso concreto acompanhado pelo Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Se a população de rua já se encontra em situação de extrema vulnerabilidade, que dizer das mães e gestantes inseridas nesse grupo em franca expansão? No presente artigo, essa vulnerabilização é trazida à luz por meio da experiência de Maria, cuja trajetória denuncia inúmeras ausências na tutela dos direitos fundamentais. Busca-se a quebra da invisibilidade dessa população para reivindicar a democratização do acesso à justiça. O afastamento compulsório de filhos de suas mães em situação de rua suscita o debate sobre a justiça a que se tem acesso na realidade de Maria.

Palavras-chave: Maternidade. Situação de rua. Gênero. Vulnerabilidade social. Defensoria Pública.

Abstract: It analyzes the protection of the right to motherhood of homeless women and, than narrates a concrete case accompanied by the Human Rights Center of the Public Defender's Office of the State of Rio de Janeiro. If the people on street situation are already extremely vulnerable, why not explore the situation among the mothers and the pregnant women in this rapidly expanding group?

In the present article this vulnerabilization is brought to light through the experience of Mary, whose trajectory denounces countless absences on the protection of fundamental rights. The aim is to rupture the invisibility of this population to demand the democratization of access to justice. The compulsory removal of children from their mothers on street situation raises the debate about the justice that is available in the reality of Maria.

Keywords: Maternity. Street situation. Genre. Social vulnerability. Public Defense.

1. O CASO MARIA

Sexta-feira, 14 horas.

A defensora pública trabalhava no pedido de registro de um homem de 40 anos que não tinha sequer certidão de nascimento – situação bastante corriqueira no Núcleo Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública (NUDEDH).[1] O celular tocou. Era Maria.[2] Seu maior medo se tornava realidade: "Doutora, a senhora precisa vir agora. Estão tirando o Tiago[3] de mim".

A defensora pública conheceu Maria em maio de 2016. Em um auditório lotado por mais de 300 pessoas em situação de rua, a Defensoria promovia uma audiência pública para dar voz àquela população, ouvir suas demandas, traçar estratégias de atuação. Era a primeira vez que uma instituição do sistema de garantias de direitos do Estado do Rio de Janeiro abria as portas para pessoas em situação de rua.

Foram muitos os relatos inflamados naquela tarde. Ouviram-se histórias de pessoas que têm por rotina serem despertadas de seu sono com água fria ou quente; de doentes que, ao procurar auxílio médico, escutam comentários de profissionais de saúde como: "É morador de rua, tomara que morra"; de mulheres que temem ser separadas de seus bebês ao dar à luz. A defensora pública ficou ligeiramente incrédula acerca dessa última prática, pois parecia um tanto absurda e da qual nunca havia tido notícia.

Pessoas em situação de rua, em regra, são extremamente sensíveis, com dificuldade relacional. São pessoas que foram expulsas ou simplesmente preferiram abandonar famílias ou comunidades disfuncionais por não conseguirem lidar com enfrentamentos. Salvo em caso de distúrbios psíquicos ou de uso de drogas,

[1] O tema da pessoa em situação de rua ganhou pauta própria na Defensoria Pública do Rio de Janeiro a partir de 2014, quando se implementou um defensorar atento às peculiaridades específicas desse grupo, por meio de uma política de proximidade que atende plenamente aos ditames do art. 134 da Constituição Federal.

[2] Os nomes e alguns detalhes do caso foram alterados para preservar a identidade dos envolvidos.

[3] Nome fictício dado a um personagem real com a intenção de protegê-lo e à sua família.

têm por característica serem desprovidas de agressividade. Como estratégia de sobrevivência, costumam dormir durante o dia (a noite lhes reserva inúmeros perigos e precisam estar alertas).

Durante a audiência pública, Maria chamou atenção. Falou ao microfone de maneira coerente, veemente, corajosa. Sabia se colocar. Ao final do evento, procurou a defensora pública que organizou o evento. Pediu desculpas por ter sido tão exaltada, deixando a defensora pública constrangida, sentindo-se que ela que devia pedir desculpas, por pensar ser uma engrenagem do sistema que tão pouco lhe oferecia.

Maria passou a ser acompanhada pela Defensoria Pública. Alguns óbices tiveram que ser superados para que exercesse os direitos que lhe eram garantidos por lei. Por exemplo: como portadora de uma deficiência física, fazia jus a benefício previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Foi preciso uma intervenção *in loco* do defensor público federal junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para ultrapassar a questão da exigência, pela autarquia, de um comprovante de residência. Maria passou a receber o benefício e foi encaminhada para um abrigo municipal.

Aquela mesma defensora pública, ao participar de um evento representando o NUDEDH, voltou a encontrar Maria, que, agora grávida, comentou ter ouvido de funcionários do abrigo que seu filho seria entregue para adoção, já que ela "não tinha condições" de criar a criança. Novamente, a defensora pública se recusou a acreditar nessa possibilidade e atribuiu a fala a um devaneio de Maria. Depois, pôde perceber o tamanho da sua ingenuidade.

Durante a gravidez, Maria e seu companheiro conseguiram alugar uma quitinete no centro da cidade. A pouca mobília chegou por meio de doações. A expectativa era muita para o nascimento do bebê. Viviam do benefício do governo, de doações e dos "bicos" que seu companheiro conseguia. Poucos dias depois do nascimento de Tiago, a defensora pública foi visitar mãe e filho em casa, juntamente com uma voluntária que trabalhava com população de rua. As dificuldades eram muitas e evidentes. A família contava com cestas básicas e outros tipos de doações para atender suas necessidades. Tão palpável quanto as dificuldades socioeconômicas era a conexão de Maria com seu bebê. Onde faltava dinheiro, sobrava amor. Maria estava feliz. Amamentava, cuidava de seu filho, fazia planos. Cerca de uma semana depois da visita, veio o telefonema: "Doutora, a senhora precisa vir agora. Estão tirando o Tiago de mim".

Maria precisou realizar alguns exames por causa de uma complicação da cesariana. Foi atendida na mesma maternidade em que dera à luz alguns dias antes. Chegou ao local acompanhada de seu bebê e, para sua surpresa, foi informada de que, como o exame era demorado e ela não tinha com quem deixar Tiago, o recém-nascido seria levado para um abrigo. Maria entrou em pânico e telefonou para a defensora. Ao ouvir seu desespero do outro lado da linha, imediatamente, a defensora pulou da cadeira e entrou num táxi.

Na maternidade, se apresentou às enfermeiras como defensora pública e acompanhante de Maria. O ambiente tornou-se imediatamente hostil. Segurou Tiago no colo durante o tempo em que Maria precisou fazer exames. Horas se passaram. O bebê, que a princípio dormia tranquilo, começou a chorar de fome. Nenhuma enfermeira se disponibilizou a coletar leite materno ou ofereceu outro tipo de alimento ao pequeno. Logo após o exame, Tiago foi imediatamente para o peito da mãe.

Dias após esse episódio, recebeu um novo telefonema. Dessa vez, o serviço de assistência social da maternidade convidava a defensora pública para uma reunião sobre o "caso Maria". Na reunião, deparou-se com um grupo de seis mulheres da área da saúde e de assistência social que tinham a intenção de, com o aval da Defensoria Pública, decidir sobre o destino do bebê de Maria. Apresentaram um discurso alinhado: Maria não tinha condições de exercer a maternidade, e era preciso traçar estratégias para retirar Tiago de seus cuidados.

O grupo afirmava basicamente que não só Maria apresentava comprometimento psíquico, como residia próximo a uma "boca de fumo", o que inviabilizava que a equipe técnica acompanhasse seu caso. A defensora argumentou que o comprometimento de Maria era de grau leve, que ela não usava drogas, tampouco apresentava comportamento agressivo. Ora, a existência de um leve comprometimento psíquico não justifica a perda do poder familiar, mas, sim, a prestação dos cuidados necessários por parte do Estado. No mais, a própria defensora havia estado em sua casa, e, da mesma forma, parceiros de ações sociais frequentavam o local, inexistindo razão para que a equipe técnica de atendimento não o fizesse. Por fim, o grupo argumentou que Maria não teria condições de cuidar de seu filho porque este apresentava assaduras, ao que a defensora respondeu que cabia à equipe de saúde dar à recém-mãe noções de puericultura.

As colocações da defensora não foram suficientes em face da implacabilidade e da inflexibilidade daquelas profissionais. Diante desse quadro, a defensora argumentou que estavam diante de uma mãe amorosa e desejosa de cuidar de seu filho recém-nascido, e a Defensoria Pública jamais chancelaria a conduta inconstitucional pretendida por aquele grupo de profissionais.[4] O clima esquentou, e a reunião foi encerrada.

Maria voltou para casa com Tiago naquela tarde. Relatou ter escutado da equipe de saúde que só levava o filho porque "tinha gente por detrás". Contou que, naquele mesmo dia, uma amiga sua, também em situação de rua, não teve a mesma sorte e deixou o hospital sem seu bebê. Com o passar do tempo, a mesma defensora pública se deparou com casos de inúmeras mulheres que, entre culpadas e constrangidas, relataram ter sofrido a mesma violação. Algumas delas tentavam, com um sorriso, mascarar a dor do olhar.

[4] O art. 227 da Constituição Federal é categórico ao determinar o direito da criança de permanecer com a família de origem e a obrigação correlata do Estado e de seus agentes de atuar nesse sentido.

2. POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA: HISTÓRICO E PROPOSIÇÕES

Até o ano de 2004, a invisibilidade das pessoas em situação de rua junto ao Estado era quase total. Essa situação mudou após um trágico evento. Naquele ano, no mês de agosto, sete pessoas em situação de rua foram brutalmente assassinadas na Praça da Sé por policiais e seguranças do comércio da região. A barbárie gerou grande comoção. Como há muitos catadores de materiais recicláveis em situação de rua, esse público formou uma comissão para dirigir-se ao presidente Lula, aproveitando a ExpoCatadores, evento em que o presidente tradicionalmente tomava café da manhã com catadores no final do ano, em São Paulo. Demandaram medidas em prol da autonomia e inserção social do grupo.

De início, o presidente Lula delegou ao então ministro de Desenvolvimento Social, Patrus Ananias, a avaliação das possibilidades de ação voltada às demandas existentes. A comissão pontuou, então, o fato de que só o olhar da assistência social não seria suficiente, porque a população em situação de rua tem inúmeras demandas, por vezes complexas, o que sugeria ação intersetorial e pelo viés dos direitos humanos. Foi criado, assim, um grupo de trabalho interministerial para estudar o tema e construir políticas públicas que atendessem os interesses do recém-criado Movimento Nacional de População de Rua (MNPR).

A partir desse grupo de trabalho e dos espaços de debate recém-criados, foi reforçada a necessidade de uma pesquisa nacional sobre população em situação de rua. Publicada pelo Ministério de Desenvolvimento Social (MDS), em cooperação com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) em 2008,[5] trata-se da única pesquisa até o momento.[6] À época, os números apontavam para 31.922 pessoas em situação de rua, cobrindo 71 municípios dos 5.570 existentes no país e excluindo grandes metrópoles como São Paulo, Belo Horizonte e Recife. Estimativas recentes do Instituto Brasileiro de Georgrafia e Estatística (IBGE, 2016) apontam para números superiores a 100 mil pessoas nessa situação no país.[7]

O grupo de trabalho interministerial reuniu-se durante cinco anos e, no dia 23 de dezembro de 2009, foi publicado o Decreto nº 7.053, criando a Política Nacional para a População em Situação de Rua e o Comitê Interministerial

[5] BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Brasília: MDS, SAGI, META, 2008.

[6] BARBOSA, José Carlos Gomes. **Implementação das políticas públicas voltadas para a população em situação de rua:** desafios e aprendizados. IPEA: Brasília, 2018, 60 p.

[7] NATALINO, Marco Antônio Carvalho (org.). **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: http://www. ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

Nacional.[8] Ali se prevê a necessidade de os entes federativos aderirem a essa política e criarem comitês locais, intersetoriais, com a participação da sociedade civil, com destaque do MNPR.[9]

O Município do Rio de Janeiro foi o 17º município a aderir à Política Nacional para a População em Situação de Rua. O Comitê Municipal do Rio de Janeiro foi criado em 7 de agosto de 2018, por meio do Decreto nº 44.857,[10] após a articulação da rede de atendimento à população de rua. Esse é o primeiro passo para um trabalho intersetorial que alcance um número expressivo de pessoas, considerando o fato de que hoje, no Rio, há, no mínimo, 12.000[11] pessoas em situação de rua.

Esse número vem crescendo vertiginosamente por ausência de um olhar político dotado de transversalidade. Paradoxalmente, a invisibilidade desse segmento da sociedade é também crescente. A inefetiva tutela de direitos humanos para esse grupo vulnerável,[12] embora possa ser facilmente constatada, não causa alarde. O cuidado com as necessidades específicas dessas pessoas seria um contrassenso em um espaço público avesso à inclusão.

Se a população de rua já constitui, por si só, um grupo em situação de extrema vulnerabilidade, o que dizer das mães e gestantes inseridas nesse contexto?

---

[8] BRASIL. **Decreto nº 7.053,** de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

[9] WWP/MUNDO SEM POBREZA. **A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. 2015. Disponível em: https://wwp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Pesquisa-Nacional-sobre-a-Popula%C3%A7%C3%A3o-de-Rua-Relato-de-Uso-WWP-_-PORT.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

[10] RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 44.857**, de 7 de agosto de 2018. Institui a Política Municipal para a População em Situação de Rua e seu Comitê Gestor Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2018/4486/44857/decreto-n-44857-2018-institui-a-politica-municipal-para-a-populacao-em-situacao-de-rua-e-seu-comite-gestor-intersetorial-de-acompanhamento-e-monitoramento-e-da-outras-providencias. Acesso em 20 ago. 2018. A adesão à política nacional de pessoas em situação de rua do município do Rio de Janeiro ainda não foi totalmente efetivada em razão de um conflito de competências instaurado entre a Câmara Municipal e a Prefeitura.

[11] Os censos municipais não conversam entre si, apontando para números que vão de 5 a 14 mil. A pesquisa mais recente publicada, datada de 2016, traz o número de 14.279 pessoas em situação de rua (PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Abordagem social**: Programa de apoio e inclusão social à pop. Rua (Creas/ Centro Pop). Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos/ Subsecretaria de Proteção Social Especial, 2017, 29 p.).

[12] O olhar sobre o acesso à justiça para a tutela dos direitos humanos no Brasil é atualizado com a perspectiva de efetividade garantida pelo tratado internacional denominado **100 Regras de Brasília**. Firmado pela Cúpula Judicial Ibero-Americana no ano de 2008, o documento dispõe acerca do acesso à justiça por "pessoas em situação de vulnerabilidade", estabelecendo que "poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade" (capítulo I, seção 2ª, 1). O diploma dispõe ainda que a concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, inclusive do seu nível de desenvolvimento social e econômico. Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/pb/100-regras-de-brasilia-e-outros-documentos/. Acesso em: 1º abr. 2018.

A vulnerabilidade das ruas, a falta de acesso a serviços básicos de higiene, a privação alimentar ou má alimentação, o estigma social, as agressões físicas, verbais e psicológicas e a negação da cidadania – tal como o "direito a ter direitos" –[13] são ainda mais latentes quando é feito um recorte de gênero. Vivendo os mesmos riscos que os homens, as mulheres, em vulnerabilidade sobreposta, também são vitimizadas por violências sexuais, relacionamentos abusivos e negação da maternidade.

A pesquisa nacional sobre população em situação de rua de 2008, acima mencionada, no capítulo referente às mulheres em situação de rua, não aborda a delicada questão da maternidade nas ruas e seus desdobramentos. Apenas menciona que 20% das mulheres entrevistadas se declararam responsáveis por alguma criança e/ou adolescente. O censo publicado pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social (SMDS) do Rio de Janeiro, em 2013, também não aborda esse subgrupo feminino, em que pese à sua extrema vulnerabilidade. A literatura sobre o tema é escassa, reforçando a invisibilidade social desse grupo.

O *Relatório de pesquisa sobre a primeira infância e maternidade nas ruas de São Paulo*,[14] elaborado pela Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama, traçou um panorama acerca do tema naquela cidade e delineou as distorções encontradas. Ali se identificou algo grave: não existe um protocolo oficial de atendimento e encaminhamento de mães em situação de rua e seus bebês. O documento ressaltou também que as decisões dos processos judiciais de destituição do poder familiar (atitude denominada de adoção compulsória) são influenciadas por visões cristalizadas sobre uso de drogas e/ou situação de rua e dispensam a garantia constitucional do contraditório.[15]

No Rio de Janeiro, a situação é muito semelhante. Em dezembro de 2017, a Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (Alerj) realizou audiência pública[16] para tratar do tema do afastamento compulsório de recém-nascidos de mães em situação de rua. Na ocasião, foi apresentado o Projeto de Lei nº 3.565/2017, do deputado Carlos Minc. O projeto, reproduzido na íntegra no anexo do presente artigo ao final do texto, dispõe acerca do direito inalienável da mulher a exercer sua maternidade, salvo em situações de maus-tratos e

---

[13] Referência ao panorama do acesso à tutela dos direitos humanos diante do não pertencimento do indivíduo a uma comunidade que o reconheça como cidadão (ARENDT, 1990, p. 330).

[14] GOMES, Janaína Dantas G. (coord.). **Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, 106 p. Disponível em: https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Primeira-infancia-e-maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.

[15] GOMES, Janaína Dantas G. (coord.). **Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, 54 p. Disponível em: https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Primeira-infancia-e-maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.

[16] ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO DE JANEIRO – ALERJ. **Comissão sugere medidas contra o afastamento compulsório de mães e filhos**. 15/12/2017. Disponível em: http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/42047?AspxAutoDetectCookieSupport=1. Acesso em: 15 ago. 2018.

comprovada negligência. O projeto de lei dá destaque prioritário às mulheres em situação de rua e seu direito aos serviços públicos, abarcando todas as fases da gestação, desde o pré-natal e passando, inclusive, pela inserção em programas habitacionais. O projeto de lei determina ainda que, antes do afastamento de um filho de sua mãe, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a família sejam sempre ouvidos, valendo ressaltar que, segundo o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90),[17] a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. A audiência pública da Alerj resultou também na criação do Grupo de Trabalho Afastamento Compulsório, que pretende gerar estatísticas, discussão e soluções para o tema.

As situações em que agentes do Estado têm a iniciativa de retirar recém-nascidos dos cuidados de suas mães de forma compulsória e ao arrepio constitucional se amparam na omissão estatal em proporcionar condições mínimas que deem opção a essas mulheres de cuidar de seus filhos. A açodada conclusão de que mulheres em situação de rua são mães negligentes ou pessoas desprovidas de sentimentos maternais é desumanizadora e preconceituosa. Se, por um lado, essa quebra da unidade familiar gera intenso sofrimento às mulheres, por outro, não há notícias das consequências psicológicas causadas naqueles que foram compulsoriamente afastados de suas mães e famílias biológicas e cujo destino é incerto. O que se observa é uma licenciosidade generalizada quando se trata de bebês nascidos nessas circunstâncias.

Considerando esse contexto, bem como a gravidade multifacetada da questão da maternidade nas ruas e levando-se em conta ainda o princípio da proteção integral no que tange aos bebês, sugere-se que a abordagem dos comitês intersetoriais estaduais e municipais criados com base no Decreto nº 7.053/2009[18] seja exercida por meio de grupos de trabalho com essa especialidade. Um grupo de trabalho com foco no tema maternidade nas ruas, que considere como sujeitos de direito tanto as mães quanto os bebês, com participação de profissionais de saúde, assistência social, do MNPR e das Defensorias Públicas, certamente, promoverá grande avanço nas delicadas questões que tangenciam o tema.

O olhar intersetorial permitirá analisar as peculiaridades dessa situação, que envolve inúmeros vieses: dependência química, comprometimento psíquico e/ou psicológico, baixa escolaridade, falta de capacitação para o mercado de trabalho, necessidade de percepção de algum tipo de auxílio social etc.

---

[17] BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

[18] BRASIL. **Decreto nº 7.053**, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 19 jul. 2018.

O grupo de trabalho deve desenvolver protocolos de atendimento para atuação junto às mulheres e suas famílias, desde a identificação da demanda, passando por exames pré-natais, parto, alta hospitalar e, finalmente, criação de condições para o exercício pleno de sua autonomia e cidadania, incluindo planejamento familiar. Faz-se necessário também estabelecer critérios objetivos para a confecção de relatórios sociais atentos para as peculiaridades de cada caso, evitando-se, assim, visões cristalizadas e "recomendações generalizantes que propõem um afastamento automático".[19-20]

Todo o trabalho do grupo deve ser norteado pelo art. 227 da Constituição Federal, que garante à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e obriga o Estado a "promover programas de assistência integral à saúde da criança", assim como pelo ECA e pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016),[21] valendo destacar a redação do art. 19 do ECA, alterado pelo Estatuto da Primeira Infância: "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral."

CONCLUSÃO

A população em situação de rua, além de não exercer, desconhece seus direitos – ou não os exerce justamente por desconhecê-los, o que é mais grave, pois denota uma ignorância que se reproduz em renovadas ausências de interação dessas pessoas com as garantias legais. A falta de percepção acerca dos direitos e garantias fundamentais, à luz de uma "sociologia de ausências",[22]

---

[19] Como exemplo de iniciativa de sucesso no cuidado com a maternidade de rua, destaca-se o Espaço Eloos, que infelizmente teve curta duração. Inaugurado em maio de 2017, esse espaço, uma iniciativa da Prefeitura do Rio de Janeiro e da ONG Viva Rio, foi a primeira casa de acolhimento do município para mulheres grávidas e recém-mães usuárias de álcool ou outras drogas, sobretudo em situação de rua. O projeto buscava dar condições para que essas mulheres reconstruíssem suas vidas juntamente com seus filhos e contava com a atuação de profissionais da área de saúde, saúde mental e assistência social. O espaço tinha capacidade para atender 20 pessoas, entre mães e seus filhos até 11 anos de idade. A curta experiência do projeto revelou que as mulheres que tiveram oportunidade de cuidar de seus filhos de maneira digna permaneceram longe das drogas. O projeto teve duração de cinco meses, quando as verbas federais que o mantinham foram cortadas.

[20] VIEIRA, Tais Soares. A convivência familiar como direito fundamental das mães em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus filhos. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 27, 2017.

[21] BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

[22] O termo foi cunhado por Boaventura de Souza Santos (2002, *on-line*) para denominar a "investigação que visa demonstrar que o que não existe, é na verdade reproduzido activamente como não existente, isto é, como uma alternativa não credível ao que existe".

se sedimenta a ponto de tornar o não acesso a tais direitos a única opção crível. Maria e outras tantas mulheres em situação de rua, ao engravidar, não veem outro destino que serem afastadas de seus bebês.

Nesse sentido, a Defensoria Pública vem desempenhando papel contra-hegemônico, atuando junto àqueles cidadãos que não têm consciência dos seus direitos até mesmo para a percepção da sua violação. Tendo por certo que "a primeira forma de defesa dos direitos é o seu conhecimento",[23] a atuação do NUDEDH vem se consolidando no sentido da superação dessa "sociologia de ausências". O caso de Maria reverberou tanto no meio jurídico quanto entre seus pares, provocando uma onda de conscientização acerca da injustiça outrora naturalizada. Nas palavras de Boaventura Souza Santos:

> Cabe aos defensores públicos aplicar no seu quotidiano profissional a sociologia de ausências, reconhecendo e afirmando os direitos dos cidadãos intimados e impotentes, cuja procura por justiça e o conhecimento do/s direito/s têm sido suprimidos e activamente reproduzidos como não existentes.[24]

Não se pretende, com o relato do caso de Maria, trazer respostas prontas, mas, sim, perguntas e reflexões por meio de um olhar que expõe o contexto dos invisíveis. Para problemas difíceis, não podemos esperar soluções fáceis, simplistas, hegemônicas. A maternidade de rua não pode gerar, como resposta automática, o afastamento compulsório e generalizado entre mães e bebês. O acesso à justiça não é aqui entendido como o simples acesso a algo que já existe, a uma justiça de soluções prontas, em exercício de mais uma burocracia "desdemocratizante" do Estado.[25] Ou, novamente conforme Boaventura Souza Santos: "Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar".[26]

O autor se refere à Revolução Democrática da Justiça, tarefa extremamente exigente na qual "faz sentido que se tome como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça".[27] Trata-se da necessidade de politização do direito, que adquire caráter revolucionário. O direito assume,

---

[23] MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Lisboa: Universidade Católica, 2016, 312 p.

[24] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 53.

[25] BARATA, André. **Primeiras vontades** – Da liberdade política para tempos árduos. Lisboa: Documenta, 2012, p. 12-13.

[26] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 39.

[27] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 39.

nesse aspecto, sua característica imanente e ontológica de instrumento de luta contra injustiças sociais.

A atuação do NUDEDH no caso Maria é no sentido de garantir o poder emancipador do direito de liberdade como força capaz de impulsionar os métodos de resistência social e de acesso à lei escrita. Esses métodos só poderão ser construídos como um instrumento da luta por justiça de todos a partir da experimentação concreta do direito por alguns. A vivência inédita do acesso ao direito por Maria vale mais do que mil palavras escritas em lei. Trata-se de conquista relevante e emancipadora para aquele grupo social.

A atuação estratégica da Defensoria Pública no caso de Maria parte da convicção de que os direitos e garantias constitucionais são imediatamente aplicáveis para todos, gerando a inclusão do vulnerável e, com isso, o aperfeiçoamento de todo o corpo social, que passa a ser mais bem representado em sua pluralidade. Em última análise, o que vemos é um árduo caminhar em direção ao aperfeiçoamento da democracia, o que requer uma vontade política forte e articulada. Resta a afirmação de uma ideia tão simples quanto tão revolucionária, novamente na voz de Boaventura Santos: "sem direitos de cidadania efectivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada".[28]

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo –** antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO DE JANEIRO – ALERJ. **Comissão sugere medidas contra o afastamento compulsório de mães e filhos**. 15/12/2017. Disponível em: http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/42047?AspxAutoDetectCookieSupport=1. Acesso em: 15 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO IBERO-AMERICANA DE DEFENSORES PÚBLICOS. **Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011 /10/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

BARATA, André. **Primeiras vontades** – da liberdade política para tempos árduos. Lisboa: Documenta, 2012.

[28] SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 147.

BARBOSA, José Carlos Gomes. **Implementação das políticas públicas voltadas para a população em situação de rua:** desafios e aprendizados. IPEA: Brasília, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.053,** de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. Ministério de Desenvolvimento Social. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Brasília: MDS, SAGI, META, 2008.

CÚPULA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. **100 Regras de Brasília**. 2008. Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/pb/100-regras-de-brasilia-e-outros-documentos/. Acesso em: 1º abr. 2018.

GOMES, Janaína Dantas G. (coord.). **Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo.** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, 106 p. Disponível em: https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Primeira-infancia-e-maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf. Acesso em: 13 jul. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito constitucional**. Lisboa: Universidade Católica, 2016.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho (org.). **Estimativa da população em situação de rua no Brasil**. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Censo da População de Rua.** Rio de Janeiro: IETS/SMDS, 2013. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4576565 /4118206/PesquisaCenso.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

PREFEITURA DO RIO DE JANEIRO. **Programa de Apoio e Inclusão Social à População de Rua**. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos/Subsecretaria de Proteção Social Especial, 2017.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 44.857**, de 7 de agosto de 2018. Institui a Política Municipal para a População em Situação de Rua e seu Comitê Gestor Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a1/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2018/4486/44857/decreto-n-44857-2018-institui-a-politica-municipal-para-a-populacao-em-situacao-de-rua-e-seu-comite-gestor-intersetorial-de-acompanhamento-e-monitoramento-e-da-outras-providencias. Acesso em 20 ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais** [online], 2002, n. 63. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Para%20uma%20sociologia% 20das%20ausencias_RCCS_63.pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

VIEIRA, Tais Soares. A convivência familiar como direito fundamental das mães em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus filhos. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 27, 2017.

WWP/MUNDO SEM POBREZA. **A Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. 2015. Disponível em: https://wwp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Pesquisa-Nacional-sobre-a-Popula%C3%A7%C3%A3o-de-Rua-Relato-de-Uso-WWP-_-PORT.pdf Acesso em: 10 ago. 2018.

ANEXO

PROJETO DE LEI Nº 3565/2017

EMENTA: Dispõe sobre o direito humano fundamental e inalienável da mulher a exercer sua maternidade e dá outras providências.

Autor(es): Deputado Carlos Minc

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RESOLVE:

Art. 1º – As mulheres terão direito a exercer a maternidade, resguardados seus direitos básicos de autonomia e convivência familiar, não devendo ser submetidas à violência institucional motivada por desigualdades oriundas de seu estado de saúde ligado a doenças, ao uso de drogas, à sua condição étnico-racial e/ou econômica.

Parágrafo Único – Este direito será garantido às mulheres a menos que tenham efetivamente submetido o filho a maus-tratos e comprovada negligência.

Art. 2º – Ficam vedadas as decisões arbitrárias de afastamento das crianças de suas mães, sem o devido acompanhamento e apoio antes, durante e após o nascimento, por equipes de saúde: unidades básicas de saúde (UBS), consultórios de rua, centros de atenção psicossocial.

Parágrafo Único – O processo de adoção acontecerá apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança na família natural ou extensiva, ouvidos obrigatoriamente a Defensoria Pública do Estado e o Ministério Público do Estado.

Art. 3º – Em caso de ausência de condições para o exercício da maternidade, a mulher tem a prerrogativa de decidir livremente, junto à sua família extensiva e pessoas de sua confiança, o destino de seu filho, de acordo com o tripé cooperativo família, sociedade e Estado, conforme disposto no art. 227 da Constituição Federal.

Art. 4º – Às mulheres e adolescentes gestantes em situação de rua será garantido o acompanhamento da gestação por meio do pré-natal, orientações sobre os cuidados necessários nessa fase, a vinculação ao local do parto, a garantia de acesso a um parto humanizado, a atenção ao recém-nascido, a continuidade da atenção à mulher no puerpério, os cuidados relativos à escolha de um método contraceptivo, as articulações com serviços multiprofissionais de acordo com suas demandas, a assistência social e inserção em programas habitacionais.

Art. 5º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Carlos Minc
Deputado Estadual

O DIREITO AO CONFRONTO NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA PENAL NO BRASIL

THE RIGHT OF CONFRONTATION AND ITS RELATION TO THE PRODUCTION OF THE CRIMINAL EVIDENCE IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Daniel Diamantaras de Figueiredo
Defensor público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Autor de obras jurídicas
daniel.diamantaras@gmail.com

Resumo: O presente estudo tem como propósito analisar o direito ao confronto e sua relação com a produção da prova penal no ordenamento jurídico brasileiro. De forma geral, trata-se do direito fundamental do acusado de confrontar as testemunhas de acusação no processo criminal. Tal direito se desdobra e se relaciona com outros importantes direitos: (i) produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) presenciar a produção da prova testemunhal (*right to be present*); (iii) produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis no momento de sua produção; (vii) comunicação reservada, livre e ininterruptamente com seu defensor durante a produção da prova oral; (viii) influência na produção da prova. Daí que denominamos, numa visão macro, como o *paradigma do direito ao confronto*. Serão analisados os fundamentos desse direito e conteúdo, bem como sua relação com o contraditório. Após, ingressaremos no estudo da prova no Código de Processo Penal sob a luz dos ditames do direito ao confronto, incluindo uma análise no procedimento do tribunal do júri.

Palavras-chave: Direito ao confronto. Declarações no inquérito. Produção probatória. Prova. Contraditório. Testemunha.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the right to confrontation and its relation to the production of the criminal evidence in Brazilian legal system. In general, it is the fundamental right of the accused to confront prosecution witnesses in criminal proceedings. This right unfolds and relates to other important rights: (i) to produce testimonial evidence in a public hearing; (ii) to witness the production of testimonial evidence ("right to be present"); (iii) to produce testimonial evidence before the judge handling the case; (iv) to assert the witnesses' commitment to speak the truth; (v) to unveil the true identity of the witnesses;

(vi) to examine the unfavorable sources of evidence at the time of its production; (vii) to communicate freely and uninterruptedly with his or her public defender/advocate during the production of the oral evidence; (viii) to influence in production of oral evidence and the final decision. Hence, we call, in a macro view, the paradigm of the right to confrontation. We will analyze the content of the right of confrontation, as well as its legal basis. Afterwards, we will enter the study of the evidence in the Code of Criminal Procedure under the light of the right to the confrontation, including an analysis in the Jury procedure.

Keywords: Right of confrontation. Rules of evidence. Evidence. Witness. Jury.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito analisar a incidência do direito ao confronto[1] no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na produção da prova penal.

O processo penal, no contexto de um Estado democrático de direito, é um instrumento para assegurar os direitos e garantias do acusado, na persecução penal, que busca a reconstrução de um fato ocorrido no passado, tendo como limite, nessa busca da "verdade", os direitos fundamentais do acusado, razão pela qual a doutrina denomina essa verdade de "verdade processualmente válida".[2]

O direito ao confronto é um desses direitos fundamentais que devem ser assegurados ao acusado na persecução penal, notadamente no momento da produção da prova penal. De forma bem geral, trata-se do direito do acusado de confrontar ou interrogar as testemunhas de acusação, implicando, ainda, a garantia de diversos outros direitos, daí por que denominamos esse conjunto de direitos e garantias de *paradigma do direito ao confronto*.

---

[1] Também o chamaremos de direito à confrontação ou *right of confrontation*.

[2] Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal I**. Coimbra: Coimbra Editora: 1974, p. 194; MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Ano 20, n. 4, p. 555-578, out.-dez 2010. "Assim, a reconstituição que se vai fazer dos factos não é uma reconstituição histórica dos factos mas uma reconstituição judicial em que vai ser declarado o que é verossímil que tenha sido verdade". CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. *In:* MONTE, Márcio Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa (coord.). **Que futuro para o direito processual penal?** Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 366 – essa reconstituição dos fatos "não pode escapar à subjectividade não só do juiz, mas também de cada um dos indivíduos que intervém, seja como testemunhas, peritos etc, no processo dirigido a esclarecer o que sucedeu exactamente num momento que, por não ser já presente, não pode ser captado em toda a sua plenitude". GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 129-132.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) prevê em seu art. 8, nº 2, *f*, que o acusado tem o direito de "inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos também dispõe de norma semelhante em seu art. 14, nº 3, *e*.

A questão de fundo no presente tema diz respeito à ausência das testemunhas no juízo oral (seja em audiência, seja no julgamento) quando estas prestaram declarações em sede policial ou apenas na primeira fase do procedimento do júri, o que impede o acusado de confrontá-las em julgamento perante o juiz que vai analisar o mérito, neste último caso. Pergunta-se: essas declarações são admissíveis? Qual é o valor das declarações prestadas anteriormente para efeito de formação da convicção do tribunal?

Antes de adentrar nas questões probatórias reguladas pelo Código de Processo Penal e nas implicações do direito ao confronto, será abordado o fundamento do direito ao confronto no ordenamento jurídico brasileiro. Após, é pertinente discorrer brevemente sobre sua estrutura e diferenciá-lo do contraditório, já que são semelhantes em alguns aspectos. Ato contínuo, o foco recairá no estudo da prova regulada no Código de Processo Penal e na análise de tais normas à luz do direito ao confronto. Nesse ponto, serão analisadas as peculiaridades do procedimento do tribunal do júri e as consequências no tema da valoração probatória diante dos ditames do direito ao confronto.

1. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO CONFRONTO

1.1. Fundamento convencional

As normas da CADH foram incorporadas pelo Brasil em seu ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678/92 e, desde então, estão em vigor na ordem jurídica interna. No art. 8 da CADH, foram positivadas várias garantias defensivas relacionadas aos processos criminais, entre elas o direito ao confronto, que foi incorporado a partir de forte influência do processo penal adversarial norte-americano.

Além da CADH, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP) em vigor desde 24 de abril de 1992 e promulgado pelo Decreto nº 592/92, que contém em suas disposições o direito ao confronto.

Há divergência sobre a qualidade das normas que ingressam no Brasil por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, salientando que, quanto aos tratados internacionais comuns, o *status* é de lei ordinária após o procedimento estabelecido na Constituição da República.[3] Tal controvérsia não

[3] STF, *HC* Nº 77.631-5/SC (Relator Ministro Celso de Mello), de 19.08.1998; STF, RE (recurso extraordinário) nº 349.703-1/RS (Relator Ministro Celso de Mello), de 12.03.2008.

se findou com a inclusão da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, momento em que foi acrescido o § 3º no art. 5º, dispondo sobre o procedimento de internalização dos tratados de direitos humanos para fins de concessão a tais normas de *status* constitucional.[4]

Diante disso, surgiram controvérsias sobre os tratados de direitos humanos incorporados anteriormente a essa emenda. Parte da doutrina entendeu que tais tratados já incorporados, muito embora não sejam formalmente constitucionais, são materialmente constitucionais.[5]

Basicamente, existiam quatro correntes na interpretação das normas dos tratados de direitos humanos quanto à sua natureza dentro do ordenamento jurídico brasileiro: (i) uma primeira posição sustentava a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos;[6] (ii) outra, que as normas de tais tratados teriam o *status* de lei ordinária;[7] (iii) a terceira corrente pregava o *status* normativo supralegal;[8] e (iv) a última entendia que têm valor constitucional.[9]

Atualmente, prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, apesar de alguns ministros entenderem pela hierarquia constitucional de tais tratados.

Será adotada no presente artigo, por se entender mais acertada, a posição de que as normas de tratados de direitos humanos têm dignidade constitucional. Isso porque o § 2º do art. 5º ampliou o elenco dos direitos fundamentais não especificados no texto constitucional com a inclusão daqueles constantes em tratados de que o Brasil seja parte.

Assim, por uma interpretação sistemática e teleológica da CRFB, na qual o valor da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de princípio fundamental (art. 1º, inciso III) e tido como parâmetro de orientação

---

[4] Art. 5º, § 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

[5] PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 153, p. 08-09, 2005. Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal entende que tais tratados têm *status* supralegal. Ver STF, RE 466.343, voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009, e *HC* 95.967, Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, *DJe* de 28.11.2008.

[6] MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. *In:* TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

[7] Decisão antiga do STF, mas que foi seguida inclusive posteriormente à Constituição. STF RE 80.004/SE, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, *DJ* 29.12.1977.

[8] STF, RE 466.343-1/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, de 03.12.2008; STF, *HC* nº 87.585, Relator Ministro Marco Aurélio, de 03.12.2008; STF, RE 349.703/RS, Relator Ministro Ilmar Galvão, de 05.06. 2009.

[9] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-96; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

do sistema constitucional a partir de 1988 e de todo ordenamento jurídico, é possível afirmar que a opção do constituinte foi dar um tratamento diferenciado a essas normas.[10] Não se pode olvidar, nessa esteira marcadamente protetiva, a prevalência dos direitos humanos, prevista no art. 4º, inciso II, como também um princípio fundamental da República.[11]

Trata-se das chamadas normas de direito materialmente fundamentais, pois, muito embora não constem do texto expresso da Constituição, possuem um sentido material de direito fundamental. Ao comentar o artigo da Constituição portuguesa semelhante ao § 2º do art. 5º, Miranda e Medeiros defendem que se trata de cláusula aberta, "uma noção material de direitos fundamentais, derivada da própria ideia de dignidade da pessoa humana, cuja realização está para além de qualquer catálogo fixo".[12]

Assim, no texto constitucional brasileiro, os direitos e garantias têm três vertentes, quais sejam: (i) direitos e garantias expressos na Constituição; (ii) direitos e garantias implícitos, entendidos como aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição; e (iii) direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte.[13]

Assim, por meio de tais tratados de direitos humanos, o direito ao confronto está incorporado ao direito brasileiro, especificamente com aplicação nos processos criminais,[14] diante desse pilar jurídico-convencional.

---

[10] PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 18 jun. 2016.

[11] Sobre a prevalência dos direitos humanos, o art. 29, *c*, da CADH dispõe que: "Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.". MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**: crucial rights and their theory and practice. Translated by Peter Krupa. Cambrigde, Antwerp, Portland: Intersentia, 2014, p. 178.

[12] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 138. Sobre a dimensão material, cf. também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 404. "A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais".

[13] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 83.

[14] Note-se que, aos direitos decorrentes de tratados internacionais, aplica-se a previsão do § 1º do art. 5º, tendo aplicabilidade imediata, e também a regra do art. 60, § 4º, IV, que veda a abolição de direitos e garantias fundamentais (BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º, parágrafos 1º ao 3º. *In:* BONAVIDES, Paulo; MIRANDA; Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 332-333, constituindo-se, portanto, o direito ao confronto como cláusula pétrea.

1.2. Fundamento constitucional

Nada obstante esse fundamento *convencional*, o direito ao confronto encontra assento a partir de um *fundamento jurídico-constitucional* pela norma contida no art. 5º, § 2º, da CRFB que dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Nesse ponto, é garantida a aplicabilidade ao direito ao confronto, tanto por estar previsto nos tratados internacionais de que o Brasil é parte (CADH e PIDCP) como em função da primeira parte desse dispositivo ("não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados"). Isso porque a CRFB adota o princípio acusatório – apesar de não constar expressamente em seu texto –,[15] visto que a doutrina entende que, pelos princípios e normas ali consagrados, o referido princípio é o escolhido pela nossa Carta Constitucional.[16]

O princípio acusatório é o princípio orientador do qual decorrem outras normas e princípios fundamentais que, em conjunto, formam o sistema acusatório[17] e confere a estrutura acusatória do processo penal no Brasil.

O direito ao confronto se desenvolveu e se firmou no processo penal norte-americano, o qual é denominado como sendo um acusatório mais forte, e um dos seus propósitos foi assegurar a própria estrutura acusatória do processo penal. Com efeito, pela análise dos fundamentos políticos e históricos, a inclusão do direito ao confronto na *Bill of Rights* foi uma opção dos *Framers* de proteger e garantir a estrutura adversarial do processo e limitar o uso abusivo do poder estatal.[18]

---

[15] Em Portugal, por exemplo, este princípio está expressamente previsto em sua Constituição.

[16] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195 ("Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não diga expressamente, a Constituição da República o adotou"). Cf. também CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de.; BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais penais do Brasil e de Portugal: estudo comparado. In CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal**: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira. Coimbra: Almedina, 2009, p. 63.

[17] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104. A crítica tecida pelo autor é que, porém, na prática tal sistema ainda não vige de forma efetiva no Brasil, tendo o sistema processual penal brasileiro meramente uma "aparência acusatória", devido a utilização de diversos mecanismos que se opõem ao acusatório no cotidiano brasileiro (p. 195).

[18] Um dos motivos que serviram de impulso à constitucionalização do direito ao confronto nos Estados Unidos foi para conter os abusos na utilização de mecanismos inquisitoriais, como ocorreram nas Treze Colônias, onde, em alguns tribunais (*admitalty courts*), não eram aplicadas normas clássicas do processo adversarial e não eram garantidos aos colonos os mesmos direitos dos cidadãos ingleses (POLLITT, Daniel H. The right of confrontation: its history and modern dress. **Journal of Public Law**, n. 8, 1959, p. 388-389. GRAHAM, Kenneth. Confrontation stories: Raleigh on the mayflower. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 3, 2005-2006, p. 220. WALKER, Samuel. **Popular justice**: a history of american criminal justice. New York: Oxford University Press, 1980, p. 44.

Assim, no Brasil, ao se adotar um sistema acusatório e sendo o direito ao confronto decorrente da própria estrutura conferida por tal sistema, dúvidas não há sobre a vigência desse direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, entende-se que o direito ao confronto encontra respaldo no inciso LV do art. 5º da Constituição da República,[19] que assegura ao acusado a ampla defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes". O exercício do direito ao confronto pelo acusado é também uma forma de garantir efetivamente a ampla defesa. Em outras palavras, deve-se conceder ao acusado e à sua defesa todas as oportunidades para contrariar a acusação,[20] o que significa que o Estado deve assegurar, entre outros direitos e garantias, o *right of confrontation* ao acusado.

É possível afirmar, ademais, que o direito ao confronto decorre do direito à prova no processo penal na perspectiva da defesa – é o *direito de defender-se provando* como pressuposto de um processo justo e como condição indispensável para obter legitimamente a prova que poderá ser valorada pelo julgador na formação da sua convicção.

Sendo o acusado no sistema atual um sujeito processual, e não somente um objeto do processo, devem-lhe ser asseguradas todas as formas de questionar a acusação. Só com tal participação na produção da prova oral por meio do direito ao confronto é que lhe será permitido "co-determinar ou conformar a decisão final do processo".[21]

Diogo Malan, ao levar em consideração a natureza de direito fundamental do direito ao confronto, afirma que este impõe ao Estado o dever de assegurar ao acusado todos os componentes do direito ao confronto, o qual chamamos de *paradigma do direito ao confronto*.[22]

Portanto, tanto pelas normas convencionais quanto pelas normas constitucionais, o direito ao confronto pode e deve ser aplicado no processo criminal brasileiro, orientando toda a produção da *prova oral* e impedindo, como será visto, que elementos produzidos anteriormente ao processo e sem observar o paradigma do direito ao confronto possam ser utilizados pelo julgador na sentença condenatória.

---

[19] Art. 5º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

[20] MEDEIROS; Rui. MIRANDA, Jorge. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2. ed. rev. actual. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.710.

[21] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal, 1974, p. 159. Cf. também DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova Constituição da República e o processo penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 36, 1976, p. 108.

[22] Assim, deve ser assegurado: (i) produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) presenciar a produção da prova testemunhal (*right to be present*); (iii) produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção; (vii) comunicação livre, reservada e ininterrupta com o defensor, durante a produção da prova testemunhal; e (viii) influir na produção da prova e na decisão final, tendo como consequência do cumprimento de todos estes componentes a proibição de utilização de declarações anteriores ao processo produzidas no inquérito ou em procedimentos não judiciais.

2. CONTEÚDO E SENTIDO DO DIREITO AO CONFRONTO

O direito ao confronto, numa visão mais tradicional, tem dois propósitos: (i) assegurar ao oponente realizar o exame cruzado (*cross-examination*) e (ii) permitir ao julgador observar o comportamento da testemunha enquanto depõe, o que enseja um efeito moral ou uma certa pressão sobre a testemunha.[23]

Note-se que o direito ao confronto não se confunde com o *cross-examination*, sendo este um método (técnica) processual de inquirição das testemunhas característico do sistema anglo-americano e que pode ser utilizado também pelo órgão acusatório, enquanto o direito ao confronto é um direito fundamental apenas do acusado.[24] O direito ao confronto pode ser materializado pelo direito do acusado de inquirição cruzada das testemunhas de acusação, mas não se esgota nele.

Com efeito, entende-se que o direito ao confronto possui outro sentido que vai além dos acima mencionados. Como reconhece a doutrina, o direito ao confronto se desmembra em alguns outros direitos, quais sejam: (i) produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) presenciar a produção da prova testemunhal (*right to be present*);[25] (iii) produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção;[26] (vii) comunicar-se, reservada, livre e ininterruptamente, com seu defensor durante a produção da prova oral.[27]

Em nossa concepção, também decorre do direito ao confronto o *direito de influência* na produção da prova penal e na decisão judicial, não apenas pela oportunidade de a parte apresentar argumentos e se manifestar sobre as provas produzidas, mas também pela participação ativa na formação da prova que será objeto de valoração pelo julgador.[28]

---

[23] WIGMORE, John Henry. **A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, v. 5, § 1397, 1940, p. 122-127. Para o autor, um dos maiores tratadistas sobre prova e processo penal americano em geral, o primeiro componente é o principal e essencial, ao passo que o segundo é secundário e dispensável.

[24] MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, p. 10-11.

[25] ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure and the Constitution**: leading Supreme Court cases and introductory text. St. Paul: Thomson Business, 2004, p. 754. LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KEER, Orin S. **Principles of criminal procedure**: post-investigation. 2nd ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 560-561. HALL, Daniel E. **Criminal law and procedure**. 6th ed. New York: Delmar CENGAGE Learning, 2011, p. 523.

[26] MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, p. 37-43.

[27] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 86.

[28] Sobre esse novo sentido do contraditório no Novo Código de Processo Civil brasileiro e sua influência no Direito Processual Penal, cf. SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no Direito Processual Penal. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 19-48.

Neste último caso, trata-se de uma dimensão constitucional do direito ao confronto como expressão do Estado democrático de direito. Isso porque a exigência de participação das partes nos diversos campos sociais traduz-se, no presente caso, na possibilidade de a parte influir na decisão judicial mediante um comportamento ativo do acusado e de sua defesa na produção e formação da prova.[29]

Analisando sob o aspecto epistemológico, esse direito fundamental à confrontação também visa assegurar a melhor prova a ser utilizada no procedimento criminal. Ou seja, funcionará para averiguar a confiabilidade de um elemento de prova, a fim de atender a exatidão, a correção (*accuracy*) do julgamento na busca da verdade. Trata-se de uma preocupação epistemológica, visando incrementar a qualidade da prova.[30]

No entanto, além de ser um aferidor gnosiológico, o direito ao confronto tem por objetivo impedir o uso abusivo dos poderes governamentais na produção de declarações na fase inquisitorial para sua utilização no julgamento do acusado. Consequentemente, o direito ao confronto cria um ônus de produção (*confrontation´s burden of production*) aos órgãos acusatórios de produzir a testemunha no julgamento de todos os casos criminais,[31] o que permitirá que o acusado fique diante da testemunha e a interrogue perante o julgador da causa.

Assegurar o direito ao confronto, portanto, é priorizar uma política processual que assegure valores dialético-argumentativos na produção das provas decorrentes de fonte pessoal.

Em suma, o direito ao confronto visa coibir a produção de declarações testemunhais ocultas e de forma unilateral em razão do indiscutível caráter inquisitorial.[32] Reflete também a transparência do procedimento, em que se verificará

---

[29] Sobre direito de influência, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LX, n. 2, Aprile-Giugno 2005, p. 456-459.

[30] Nesse sentido, para fins de ilustração, o art. 102 da *Federal Rules of Evidence* (normas probatórias do direito americano) dispõe que: "These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination." Cf. FORTY-FOURTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE. **The Georgetown Law Journal**, v. 103, 2015, p. 783 e nota 2010, que elenca alguns casos julgados nesse sentido.

[31] JACKSON, John D.; SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation of criminal evidence**: beyond the common law and civil law traditions. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 349.

[32] FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. **The Georgetown Law Journal**, v. 86, 1998, p. 1025-1026; MALAN. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 78. Com relação a críticas sobre a grande influência que as declarações dadas na fase de investigação têm na formação da sentença, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministério fiscal: estructura, organización y atividades. Tradução para espanhol por Mariana Sacher, Universidad de Múnich. Título original: "Die Deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organization und Tätigkeiten"). *In*: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Obras,** tomo II. Colección Autores de Derecho penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 451-483.

que o depoimento testemunhal não será produto de coerção ou tortura.[33] Além do mais, o direito à confrontação proporcionará ao acusado que explore a fragilidade de um depoimento testemunhal contra si prestado, realçando as contradições eventualmente existentes, bem como desencoraja falsos testemunhos ou permite sua detecção mais facilmente e permite ao julgador da causa observar o comportamento da testemunha (suas expressões faciais ou a forma de falar), importante para avaliar a credibilidade das declarações.[34]

Por fim, tem o propósito simbólico de que um confronto face a face entre acusador e acusado é essencial para um processo criminal justo.[35]

3. DIREITO AO CONFRONTO *VERSUS* CONTRADITÓRIO

O direito ao confronto e o contraditório são semelhantes em alguns aspectos, mas há algumas diferenças importantes.

Enquanto o contraditório pode ser exercido por todas as partes processuais,[36] o direito ao confronto é de titularidade exclusiva do acusado.[37] Diogo Malan defende, do ponto de vista da aplicabilidade, que o direito ao confronto tem sua incidência sobre atos processuais de produção de prova pessoal (oral), ao passo que o contraditório, a par da sua aplicação à produção de prova oral, também se aplica aos demais atos da instrução (p. ex. produção de prova documental e pericial) ou a outras fases processuais (alegações finais, p. ex.).[38]

---

[33] FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. **The Georgetown Law Journal**, v. 86, 1998, p.1025-1026.

[34] FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. **The Georgetown Law Journal**, vol. 86, 1998, p. 1025-1026.

[35] FRIEDMAN, Richard. The confrontation clause re-rooted and transformed. **Cato Supreme Court Review**, v. 2003-2004, p. 441-443.

[36] STF, HC 76.240/SP, 2ª Turma, Ministro Relator Mauricio Corrêa, DJ 14/08/1998; STF, Pleno, RHC 104.2161/ES, Ministro Relator Dias Toffoli, julgamento 15/03/2012, DJe 07/08/2012. Silva afirma que o contraditório implica que acusador e acusado devem ter a possibilidade de apresentar provas sobre o mesmo tema probatório; cada prova deve formar-se através da atividade de todos os sujeitos processuais; na motivação, o juiz deve dar conta da relevância para a decisão das provas que estão em contradição (SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. vol. II. 4. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008, p. 156). Outros autores incluem o juiz como destinatário do princípio do contraditório no sentido de que este tem o dever e o direito de ouvir as razões das partes em relação aos assuntos que tenha que proferir uma decisão (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 523).

[37] FENNER, Michael G. Today's confrontation clause (after Crawford and Melendez-diaz). **Creighton Law Review**, v. 43, 2010, p. 40-41.

[38] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 98-104.

O contraditório, portanto, tem amplitude maior, diferentemente do direito ao confronto, que fica restrito aos atos de produção da prova oral incriminadora, na qual também incide o contraditório.[39]

Nada obstante tal incidência mais ampla, o direito ao confronto, quanto aos atos de produção da prova oral, garante proteção *mais intensa* do que aquele, em razão de todos os corolários supramencionados,[40] compondo o que se denomina de *paradigma do direito ao confronto*.

Contrapondo o direito ao confronto com o contraditório, pode-se afirmar que aquele tem relação mais próxima com o contraditório para o elemento de prova[41] (*contraddittorio per l'elemento di prova*),[42] uma vez que este exige efetiva participação do acusado na produção probatória (presença e participação no momento da colheita de depoimento testemunhal – sendo um contraditório forte. Por outro lado, o direito ao confronto se afasta do contraditório sobre o elemento de prova (*contraddittorio sull'elemento di prova*),[43] eis que, nesse caso, apenas será garantido ao acusado se manifestar posteriormente sobre o elemento de prova já produzido, sem participar de sua produção, inviabilizando-se portanto o exercício do seu direito de confrontar esse elemento no momento da produção.

Apesar das diferenças, um não anula o outro; pelo contrário, tais institutos se complementam, tendo em vista que o contraditório assegurará ao acusado a possibilidade de se manifestar sobre "(i) elementos de prova de outra natureza (pericial ou documental) produzidos; (ii) a prova já produzida, em sede de alegações finais; (iii) a valoração do resultado da prova efetuada pelo juiz, em sede recursal".[44]

Em suma, o direito ao confronto, especificamente na sua vertente do direito de interrogar as testemunhas de acusação, não decorre do contraditório, tampouco se confunde com ele. Este último, além de não se restringir aos meios de prova pessoal, apenas impõe que se conceda às partes, para grande parte da doutrina, uma ampla e efetiva possibilidade de *discutir* o elemento de prova contra si dirigido antes de qualquer decisão do juiz, considerando-se respeitado

---

[39] MALAN. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 104.

[40] MALAN. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 104. QUIROGA, Jacobo López Barja de. **La cláusula de confrontación en el proceso penal**. 1. ed. Civitas Ediciones, 2013, p. 20.

[41] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 103.

[42] Distinções feitas pela doutrina italiana. Cf. UBERTIS, Giulio. Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, vol. LXIV (II serie), n. 1, Gennaio-Febbraio 2009, p. 40. UBERTIS, Giulio. **Argomenti di procedura penale**, III, Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 136. Confira, ainda, SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no Direito Processual Penal. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 23.

[43] UBERTIS, Giulio. Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, vol. LXIV (II serie), n. 1, Gennaio-Febbraio 2009, p. 40.

[44] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 104.

com a mera audição da parte sobre o elemento já produzido. É uma concepção clássica ou meramente formal do contraditório.[45]

Assim, sob a luz do contraditório, a utilização de declarações prestadas em sede policial não geraria sua violação, porquanto seria possível *contraditar/impugnar* posteriormente uma declaração escrita prestada na fase inquisitorial por uma testemunha que não compareceu ao julgamento. Em outras palavras, dando-se a oportunidade à parte de ser *ouvida*, esse princípio se consideraria satisfeito.[46, 47]

Não se pode olvidar que existe entendimento doutrinário e mais atual que sustenta âmbito e limite mais amplo do princípio do contraditório, exigindo um alto grau de contraditoriedade dos elementos de prova, no entanto, como dito, há doutrina tradicional mais *restritiva* e que se satisfaz com o direito de audiência sobre os elementos já produzidos. Daí a importância de dar prioridade ao direito ao confronto quando abordamos a produção probatória penal.

4. PRODUÇÃO DA PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A LUZ DO DIREITO AO CONFRONTO

Em 2008, foram promulgadas as leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, que alteraram o Código de Processo Penal (CPP). No tocante ao aspecto probatório, o art. 204[48] concretizou o princípio da oralidade ao referido diploma legal, determinando que o meio adequado para produção da prova testemunhal é a audiência de forma oral. Ademais, após a mencionada reforma, o procedimento para produção da prova testemunhal passou a prever que as perguntas sejam feitas diretamente pelas partes (art. 212 do CPP).[49]

Ato contínuo, o art. 403 do CPP passou a determinar a concentração dos atos e a unicidade da audiência de instrução e julgamento, na qual,

---

[45] Sobre esse assunto, cf. PICARDI, N. Auditur et Altera Pars, le Matrici Storico-Culturali del contradittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 07-22, 2003.

[46] Na Itália, após a reforma constitucional de 1999, em que foram incluídos no art. 111 da Constituição os princípios do devido processo (*giusto processo*) e notadamente o princípio do contraditório na formação da prova (art. 111, nº 4), não é suficiente que as partes sejam apenas *ouvidas* sobre os resultados obtidos anteriormente ao julgamento, não resultando de forma idônea uma reconstrução dos fatos (cf. ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. *In:* WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 151).

[47] Lógico que, neste caso, estamos nos referindo a um contraditório diferido, o que é aceito por parcela da doutrina.

[48] Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.
Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

[49] "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida".

imediatamente após a oitiva das testemunhas e o interrogatório do acusado, as partes apresentarão suas alegações finais oralmente, e o juiz proferirá a sentença.

Registre-se que o procedimento previsto para a colheita da prova testemunhal no CPP obedece, de forma geral, ao *paradigma do direito ao confronto*, como se pode observar: (i) oralidade (art. 204); (ii) presença do acusado (art. 217); (iii) presença do julgador do mérito da causa (art. 212); (iv) imposição do dever de dizer a verdade às testemunhas (art. 203); (v) conhecimento da identidade das testemunhas pelo acusado (art. 203 e 205); (vi) inquirição direta das testemunhas pelo defensor do acusado no momento da produção da prova (art. 212).[50]

Não obstante tais normas, o CPP não proíbe a admissão e valoração de elementos produzidos anteriormente ao processo, sobretudo daqueles decorrentes de prova testemunhal que deveriam respeitar o paradigma do direito ao confronto. Com efeito, o art. 155 do CPP possibilita a condenação com base em elementos colhidos no inquérito (inclusive, de forma *preponderante*), o que gera grave violação ao direito ao confronto, que é esvaziado em sua essência.[51]

A referida norma determina que, em regra, toda prova seja produzida em contraditório judicial, não descartando, porém, a possibilidade de o juiz fundamentar a sentença condenatória em elementos informativos do inquérito, desde que não seja de forma exclusiva.

É certo que a regra é a produção da prova de forma dialética com a participação do acusado, mas não se desconhece que, para alguns elementos de prova, isso não será possível, como ocorre com provas documentais que existem anteriormente ao processo (por ex.: recibos, contratos), garantindo-se ao acusado exercer o contraditório diferido.

O problema surge quanto às provas de fonte pessoal, cuja produção deve contar com a participação do acusado de forma momentânea, a fim de que se respeite o paradigma do direito ao confronto. Ao permitir que o juiz admita tais elementos e valore em sua sentença, haverá inegável violação ao direito ao confronto. Não há dúvidas, pois, que os elementos informativos de fases anteriores servem apenas para fundamentar a admissibilidade da acusação e o juízo acerca de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias,[52]

---

[50] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 90.

[51] "Importante notar que o Projeto de Lei 37, de 2007 (nº 4205, de 2001 na origem), foi encaminhado pelo Executivo ao Congresso Nacional com a previsão de que a prova fosse produzida toda em contraditório judicial, porém, na Câmara dos Deputados, foi emendado para constar o termo "exclusivamente" no art. 155.

[52] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 124. Nesse sentido, foi a exposição de motivos do PL 4205/2001, que posteriormente ensejou a Lei 11.690/08 (que alterou artigos do CPP brasileiro): "Pelos abalizados argumentos trazidos pela douta Comissão para justificar sua proposta, permito-me transcrevê-los, na íntegra: A Constituição

pelo que se considera que tais elementos deverão ser reproduzidos na fase processual para aí, sim, já como provas, serem capazes de servir à formação do convencimento judicial.[53]

Só assim se pode falar em um processo justo, democrático, no qual o acusado participará da produção da prova, influirá no julgamento, na convicção do julgador e na decisão final do caso que terá efeitos sobre si.

A questão é que, pela leitura do art. 155 do CPP, apesar de ser vedado que a condenação se baseie "exclusivamente" em elementos colhidos na fase de inquérito, a norma admite que a condenação possa se fundamentar de forma *preponderante* em tais elementos que, frise-se, o acusado não teve oportunidade de confrontar, questionar ou testar as testemunhas.

A verdade, pois, é que há uma *fraude de etiquetas*[54] para legitimar uma condenação que está baseada em elementos produzidos de forma unilateral no inquérito. Isso porque tais elementos são trazidos na sua integralidade para dentro do processo, e este acaba por ser uma repetição ou "encenação da primeira fase"[55] no sentido de que parece que a maior preocupação é tentar comprovar a todo custo a veracidade do conteúdo desses elementos do que dar a devida importância à produção da prova com a participação do acusado e seu direito de confrontar as testemunhas.

Daí a importância da distinção entre atos de prova e atos de investigação. Os elementos colhidos no inquérito são meros atos de investigação de "validade limitada",[56] já que desprovidos da incidência do contraditório e do

---

de 1988, ao garantir 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa' (art. 5°, inciso LV), assegura às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente aquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão. Por esse motivo, o anteprojeto propõe nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal, deixando bem claro que não podem ser reconhecidos como provas – e portanto capazes de servir à formação do convencimento judicial –, os elementos colhidos sem aquelas garantias, como ocorre em relação aos dados informativos trazidos pela investigação, que devem servir exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e à concessão de medidas cautelares pelo juiz". LOPES JR., Aury; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2014, p. 322.

[53] MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, Coimbra: editora Almedina, 2014, p. 48. AMBOS, Kai. **Processo penal europeu:** preservação das garantias e direitos individuais: princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Cf. também SUMMERS, Sarah. **Fair trials**: the european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 50.

[54] Expressão de LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154.

[55] LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154. Expressões comuns utilizadas pelo julgador são, por. ex., "a prova do inquérito é corroborada pela judicializada", "cotejando a prova policial com a judicializada". Fica clara, portanto, a importância dada aos elementos inquisitoriais do que a própria prova produzida em audiência e que deveria ter um valor superior ou autônomo em relação àqueles.

[56] AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória:** perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 52.

direito ao confronto. Ainda que se reconheça que determinadas provas (exames periciais ou provas técnicas) ou outras provas pré-constituídas (recibos, contratos etc.) são definitivas e irrepetíveis na fase judicial[57] e, por isso, se satisfazem com o contraditório posterior, notadamente quanto à produção da prova oral, que tem a incidência do direito ao confronto, esta deve ser repetida em juízo para ser considerada prova em sentido técnico e possibilitar sua valoração judicial.

Dessa forma, o melhor entendimento é que nenhuma declaração anterior de testemunha dada no bojo do inquérito possa ser utilizada na formação da convicção do julgador,[58] sendo que o ideal ainda seria que essa parte do inquérito fosse descartada dos autos principais do processo.

Lendo esse artigo à luz da CADH e do PIDCP, é possível afirmar que ele é inconvencional,[59] já que viola o direito ao confronto do acusado expresso no art. 8, nº 2, *f*, e no art. 14, nº 3, *e*.

Vale registrar que a própria CIDH já decidiu sobre o controle de convencionalidade entre as normas internas de um país e a CADH. No caso *Almonacid c. Chile*, reafirmou-se que os países signatários devem adequar seu direito interno às disposições da CADH para garantir os direitos nela consagrados[60] e que deve ser feito um controle de convencionalidade entre tais normas, levando em conta não somente o tratado, mas a interpretação que a CIDH faz desse tratado.[61]

Infelizmente, o STF tem aceitado o uso pelo julgador de elementos colhidos na fase de inquérito, desde que a sentença condenatória não seja baseada exclusivamente nesses elementos.[62] É certo que a abertura que essa norma concede para valoração de elementos anteriores ao processo é bastante ampla, o que enseja a violação do direito ao confronto.

---

[57] AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória:** perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

[58] No mesmo sentido, BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e gestão da prova**: os novos arts. 155 e 156 do código reformado (Lei 11.690/2008). Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11593/processo-penal-e-gestao-da-prova. Acesso em: 10 jul. 2019.

[59] Para aqueles que entendem a CADH como tendo caráter supralegal – abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, Jorge de Miranda menciona o controle de convencionalidade, a par do controle de constitucionalidade e da legalidade (MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 5. ed., rev. e atual. Cascais: Princípia, 2012, p. 181).

[60] CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, de 26 set 2006, §§ 117-118.

[61] CIDH, caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, de 26 set 2006, §124. CIDH, caso *Boyce y otros c. Barbados*, 20 nov 2007, § 78. Cf. também CIDH, caso *Andrade Salmón c. Bolivia*, de 1 dez 2016, § 93.

[62] STF, AP 470/MG "Mensalão", Plenário, relator Ministro Joaquim Barbosa, fls. 54.050-54.052; STF, HC 114.592 – MT, 2ª Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 26 mar 2013. Cf. ainda STF, HC 125.035 – MG, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, de 10 fev 2015: "2. O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de seu convencimento, utilize elementos de informação colhidos na fase extrajudicial, desde que se ajustem e se harmonizem à prova colhida sob o crivo do contraditório judicial. Precedentes [...]".

No notório caso *Mensalão*,[63] os ministros do STF enfrentaram tal questão sobre o uso de elementos anteriores ao processo na formação da convicção do julgador. No voto do ministro Luiz Fux,[64] este entendeu que:

> [...] há que se ter em mente que o mesmo art. 155 do CPP apenas proíbe que o juiz fundamente 'sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação', não impedindo a utilização de elementos pré-processuais quando acompanhados e corroborados por provas produzidas em juízo. Esta também a pacífica jurisprudência deste Pretório Excelso [...].

Como se observa, o art. 155 do CPP é utilizado como fundamento pelo STF para que se admita que elementos anteriores ao processo possam embasar uma decisão condenatória do julgador quando corroborados por outros elementos produzidos em juízo.

Tal entendimento é passível de críticas, haja vista que, adotando essa posição do STF, o acusado poderá ser condenado por uma sentença que se estruturou *preponderantemente* em elementos produzidos de forma unilateral pelos órgãos de persecução penal e que não contou com a presença do acusado. Inegável, pois, a violação ao direito ao confronto e, consequentemente, o prejuízo à defesa do acusado e a um processo justo.

Interessante registrar a opinião de Schünemann acerca de uma necessária reforma na fase de investigação preliminar e algumas soluções para garantir uma influência maior da defesa na produção da prova. Dentre os princípios destacados pelo autor, impende citar: (i) a criação de uma nova instituição sem vínculo com o Ministério Público nem com a justiça criminal que atue em todas as investigações no interesse apenas defensivo (proto ou pré-defensor); (ii) a gravação em vídeo de todas as inquirições das testemunhas, a fim de avaliar a fidedignidade dos depoimentos; e (iii) garantir ao advogado um direito de inquirição própria privada das testemunhas.[65]

Outro ponto que é importante trazer à discussão é a utilização dos elementos anteriores ao processo quando a prova é renovada em juízo. Em outras palavras, seria possível a utilização pelo julgador de declarações anteriores ao processo de testemunhas quando estas comparecem em juízo para dar seu depoimento? De que forma podem ser utilizadas tais declarações anteriores: apenas para aferir a credibilidade das testemunhas ou também para fundamentar a decisão condenatória?

---

[63] STF, Ap 470/MG, Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa.

[64] STF, Ap 470/MG, Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, fl. 53.123.

[65] SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio. *In:* GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). **Direito penal como crítica da pena:** estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 645-648.

Esse ponto também foi objeto de parte do voto do relator do caso *Mensalão*, ministro Joaquim Barbosa:

> Depoimentos prestados na fase da investigação, em inquérito policial ou por Comissão Parlamentar, devem ser renovados em Juízo, possibilitando às partes o exame direto e o cruzado. Vencida essa condição, ou seja, oportunizado o exame direto e cruzado pelas partes em Juízo, as declarações pretéritas, prestadas na fase da investigação, podem ser consideradas para a valoração das provas, especialmente para eventuais questionamentos acerca da credibilidade de seu conteúdo em caso de alterações de versão [...].[66]

É comum na prática forense contrapor as declarações dadas pelas testemunhas na fase de inquérito com aquelas em juízo. Tanto pelas partes, em suas alegações, para enfraquecer o valor probatório de um depoimento testemunhal, quanto pelo julgador, ao valorar o conjunto probatório. No Brasil, o entendimento jurisprudencial, referendado pelo STF, é a possibilidade de utilização/valoração de tais elementos pelo julgador não apenas para aferir a credibilidade, mas também para permitir a formação da convicção do juiz, conforme interpretação literal da norma do art. 155 do CPP, que, como visto, autoriza que a decisão se baseie em elementos anteriores ao processo, desde que não seja exclusivamente.

A título de ilustração, em Portugal, as exceções à produção da prova sob o prisma da contraditoriedade em juízo oral e público são mais detalhadas do que no Brasil. O art. 356, nº 3, alíneas *a* e *b*, permite a utilização das declarações anteriores (vale lembrar: só aquelas dadas perante o Ministério Público e o juiz, não admitindo as obtidas perante a polícia) na fase de julgamento, quando for para avivar a memória da testemunha ou para esclarecer contradições entre os depoimentos.

A título de ilustração, vale informar que o tema é controvertido na doutrina portuguesa, havendo posição doutrinária no sentido de que, presente a hipótese fática da norma de exceção, o juiz poderá valorar as declarações anteriores na formação da sua convicção, visto que a testemunha estará presente na audiência e poderá esclarecer qualquer fato dito anteriormente.[67]

Por outro lado, há doutrina com interpretação mais restritiva que sustenta que declarações anteriores terão como propósito apenas comprovar a veracidade do depoimento dado em juízo, e não a veracidade das declarações anteriores,

---

[66] STF, Ap 470/MG, Plenário, Relator Ministro Joaquim Barbosa, fl. 52.696.

[67] ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 914. Cf. também os comentários de MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 599, nota 268 e p. 602-605 e notas 272 e 273.

de tal sorte que está vedada a utilização de tais elementos para formação da convicção do juiz, funcionando apenas como um aferidor de credibilidade das declarações dadas em audiência.[68] Em outras palavras, os elementos anteriores ao processo (e nos limitamos às provas pessoais), para essa corrente, só serão utilizados para enfraquecer ou fortalecer a prova produzida em audiência, o que permitirá ao juiz dar maior ou menor valor probatório à prova.

De toda forma, no ponto sobre a utilização de declarações anteriores para aferir a credibilidade apenas ou não, o fato é que a testemunha estará presente na audiência, e a restrição ao direito ao confronto não será tão grande quanto no caso em que a testemunha sequer comparece, e suas declarações dadas no inquérito, por exemplo, são utilizadas sem nenhum controle por parte do acusado na formação da prova.

Nos Estados Unidos, não há restrição para que as declarações anteriores contraditórias de testemunhas (*prior inconsistent statements*) possam ser valoradas para formação da convicção judicial, desde que o acusado tenha a possibilidade de confrontar a testemunha presente no julgamento.[69]

Em nosso entender, não deixa de ser razoável sustentar que tal limitação não esvazia por completo o direito ao confronto, podendo considerar que, apesar de haver uma restrição, esta não é intolerável. Isso porque o acusado terá a possibilidade, em audiência e diante da testemunha,[70] de realizar a inquirição cruzada, questionar a testemunha, sendo-lhe permitido participar da produção da prova penal.

Assim, a interpretação mais adequada ao art. 155 do CPP é de que se deve permitir que o acusado tenha a possibilidade de confrontar as testemunhas e, somente após esse procedimento, será possível a valoração da prova pelo julgador. Tal interpretação torna-se necessária diante do comando normativo do art. 8, nº 2, *f*, da CADH e do art. 14, nº 3, *e*, do PIDCP, sem prejuízo dos outros fundamentos constitucionais vistos acima.

Daí que declarações anteriores de testemunhas que não comparecerem ao julgamento deverão ser consideradas inadmissíveis e, portanto, proibido ao julgador valorá-las na sentença.

---

[68] CUNHA, José Damião da. O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts, 356º e 357º do CPP). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 7, 1997p. 417-418. Em sentido semelhante, SILVA, Germano Marques. Produção e valoração da prova em processo penal. **Revista do CEJ**, n. 4, 2006, p. 42.

[69] MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, p. 23, nota 81. Caso *Crawford v. Washington*, 124 S.Ct. 1354 (2004). ador da causa. aléso (idem, p. 999).iva witness against him"ante o julador da causa (als fatos, jhahaha uto da Corte Especial de

[70] E em observância aos corolários do direito ao confronto: juízo oral, público, na presença do julgador da causa, imposição do compromisso de dizer a verdade à testemunha, conhecer a identidade desta e inquirir no momento de produção da prova.

Outro problema que deve ser objeto de análise refere-se à exceção contida no final do art. 155 do CPP. A norma dispõe que não é possível o juiz fundamentar a condenação *exclusivamente* em elementos colhidos na investigação, "ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". *A contrario sensu*, o juiz pode condenar com base exclusivamente em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Quanto à prova antecipada, não surgem grandes problemas, já que o contraditório será antecipado, e a produção ocorrerá perante a autoridade judicial em razão da urgência em produzir aquela prova. A prova cautelar, diante do risco de perecimento, é produzida sem a participação do acusado (posteriormente, será submetida ao contraditório).

Ocorre que, no que concerne a uma prova irrepetível (por ex. uma testemunha prestou declarações na fase de inquérito, mas faleceu e não depôs em juízo, ou a testemunha não foi encontrada em seu endereço, estando em local incerto e não sabido), caso se adote uma interpretação literal do art. 155 do CPP no sentido de ser possível condenar o acusado com base nesse elemento de forma *exclusiva*, violar-se-á o direito do acusado ao confronto.[71]

Então, há algumas soluções. Para parte da doutrina, melhor interpretação seria que fosse vedado ao juiz se basear de forma exclusiva ou preponderante em tais declarações, seguindo interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos do art. 6, nº 3, *d*, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), que tem norma idêntica ao CADH e PIDCP sobre o direito de confrontar do acusado.[72]

Na mesma linha, em caso de falecimento da testemunha, o italiano Stefano Maffei entende que é possível restringir nesse caso o direito ao confronto e condenar o acusado com base em declarações anteriores, sob o argumento de que o custo de excluir tais declarações seria arcado integralmente pela parte acusadora, que nada fez para concorrer com esse fato.[73-74] De toda forma,

---

[71] Entendendo também que, referente à prova não repetível, não poderia o juiz se valer exclusivamente dessa prova, mas sob o argumento de violação ao contraditório, cf. MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 160 ("Não teria sentido em considerar que a mera impossibilidade de repetição pudesse transmudar essa prova de "não apta" para "apta" a fundamentar um decreto condenatório. Do contrário, qualquer elemento de informação colhido durante o inquérito teria a aptidão de levar à condenação, desde que se tornasse impossível a sua repetição em juízo").

[72] BADARÓ, Gustavo. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html. Acesso em: 28 dez. 2015. Vale notar que esse entendimento do TEDH foi alterado no caso *Al-khawaja e Tahery v. Reino Unido*, julgamento em 15 dez 2011, em que se permitiu a condenação, ainda que de forma exclusiva, em elementos que o acusado não pode confrontar, desde que se adotem medidas de contrabalanceamento que compensem os prejuízos da defesa.

[73] MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, p. 49.

[74] Diferente seria o caso de haver previsão de um possível falecimento da testemunha por conhecimento prévio de sua condição de saúde. Neste caso, a acusação poderia ter solicitado uma antecipação de prova e, se assim não procedeu, a uso das declarações anteriores seria vedado.

entende que o uso de tais declarações não pode ser feito de forma irrestrita, mas em obediência a alguns critérios, quais sejam, o menor valor probatório de tais declarações e conceder a oportunidade ao acusado de rebater tais declarações.[75]

No entanto, há quem entenda que não seria possível admitir tais declarações, ainda que seja por imprevisível falecimento da testemunha, já que a transmissão do saber testemunhal ao julgador deve ocorrer na presença e contar com a participação do acusado. Diogo Malan sustenta que não há qualquer exceção contida nos tratados internacionais de direitos humanos que asseguram o direito ao confronto quando da indisponibilidade de testemunhas, bem como que, pelos motivos históricos e fundamentos político-criminais que deram origem ao direito ao confronto, o objetivo é evitar condenações baseadas em elementos produzidas na ausência do acusado.[76]

Corroborando essa posição, Summers defende que, para se assegurar o *fair trial*, é essencial que todas as testemunhas de acusação sejam confrontadas pelo acusado ou, ao menos, que lhe seja dada a possibilidade para isso, independentemente se o depoimento é decisivo ou único para a condenação.[77]

Ainda, há entendimento no sentido de que se devem avaliar os motivos que levaram à impossibilidade de repetição da prova testemunhal. Se havia a previsibilidade de perecimento da prova e o órgão acusador deixou de requerer a produção antecipada da prova, o ingresso dos "elementos informativos" (declarações testemunhais dadas em sede policial) não deve ser permitido. No entanto, se era imprevisível a perda da prova, o uso dos elementos informativos seria permitido, mediante a exceção contida no art. 155 do CPP.[78]

A posição mais acertada é aquela sustentada por Diogo Malan.[79] A par dos fundamentos históricos com fins de evitar condenações baseadas em elementos colhidos sem a presença do acusado ou em segredo, típico de um sistema inquisitorial, deve-se ter em mente que as leis ordinárias, entre elas o CPP e seu art. 155, têm que ser interpretadas conforme a Constituição, a CADH e o PIDCP, e não ao contrário.

---

[75] MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing, 2012, p. 54.

[76] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 162. A única exceção seria por uma conduta ilícita do acusado contra a testemunha que a impedisse de depor, sendo que nesse caso o acusado não poderia requerer o exercício deste direito, sob pena de se beneficiar de sua própria conduta de má fé (idem, p. 163).

[77] SUMMERS, Sarah. **Fair Trials**: the european criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 140-143.

[78] ZILLI, Marcos. O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de CPI. **Revista eletrônica Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** – www.zis-online.com, ZIS n. 6, 2014, p. 267.

[79] MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

Não é por outro motivo que Aury Lopes Jr. afirma que há uma crise da teoria das fontes em que uma lei ordinária vale mais do que a própria Constituição.[80] Acrescenta que as leis ordinárias devem guardar dupla conformidade: com a Constituição e com a CADH.[81]

Caso seja adotado entendimento diverso, esvazia-se demasiadamente o conteúdo do direito do acusado de confrontar as testemunhas, como determinado na CADH e no PIDCP.

5. SOBRE A ADMISSÃO DE DECLARAÇÕES ANTERIORES NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

Tratando-se de procedimento submetido ao tribunal do júri, em que vige o princípio da íntima convicção, e prescindindo o conselho de sentença, formado pelos jurados, de fundamentar sua decisão, a questão se torna um pouco mais complexa.

Com a Lei nº 11.689/2008, foi também reforçada a oralidade do procedimento do júri, limitando a possibilidade de leitura de depoimentos anteriores pelas partes no momento do julgamento. E, como oralidade e direito ao confronto andam lado a lado e se complementam, este último também ficou fortalecido.

O art. 473, § 3º, do CPP permite que as partes possam requerer a leitura de peças que se refiram às provas produzidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis.[82] Numa interpretação *a contrario sensu*, não poderão requerer (ou efetivamente proceder à leitura) declarações prestadas na fase de investigação e até mesmo na primeira fase do procedimento.[83]

O objetivo da reforma foi impedir práticas correntes nos julgamentos de processos pelo tribunal do júri, nos quais as partes se valiam de leitura e exibição das declarações anteriormente prestadas por testemunhas em substituição à sua produção no julgamento.

Cabe lembrar que, anteriormente à reforma, o Código permitia que fossem dispensadas as testemunhas já ouvidas na primeira fase (antigo art. 561, nº IV), bem como era facultativo arrolar testemunhas no libelo e na contrariedade

---

[80] LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 32.

[81] LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

[82] "Art. 473, § 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis."

[83] Nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p. 698.

ao libelo, sendo, na prática, o julgamento realizado com base em provas escritas constantes dos autos, produzidas na fase anterior do procedimento – na ausência dos jurados – e/ou no inquérito policial.

Tal fato não passou despercebido pela jurisprudência, que, a partir do voto do então desembargador Geraldo Prado, no Processo nº 246643-78.2010.8.19.0001, considerou que "a primeira etapa do procedimento do júri sofreu verdadeira blindagem e a nítida e rigorosa divisão entre o *antes* e o *depois* da pronúncia marcou, também, a distinção do papel da prova em ambas as etapas".[84]

No tocante à norma do art. 155 do CPP, já verificada acima, que, a princípio, autoriza o juiz se valer na sentença condenatória de elementos de informação do inquérito, desde que não seja exclusivamente, nada obstante todos os argumentos tecidos à luz do paradigma do direito ao confronto, não pode ser aplicada ao procedimento do júri pelo simples motivo de não haver permissão legal de leitura perante os jurados de elementos colhidos no inquérito (mais especificamente, declarações testemunhais), diante da interpretação do art. 473, § 3º, do referido Código.[85]

Ademais, se se permitisse que as partes lessem declarações de testemunha, os jurados poderiam considerar exclusivamente essas informações na condenação, e, como as decisões não são fundamentadas, seria impossível saber se os juízes leigos basearam-se apenas nas declarações anteriores ou em outras provas produzidas em julgamento, de tal sorte que poderia restar violado o direito ao confronto do acusado em condenações delineadas em elementos de prova que não passaram pelo escrutínio do acusado e do paradigma do direito ao confronto.[86]

Especificamente quanto à leitura no julgamento de depoimento das testemunhas prestadas na primeira fase do procedimento, é preciso tecer alguns comentários. Nesse caso, o acusado teve a oportunidade de confrontar

---

[84] TJRJ, Correição Parcial nº 246643-78.2010.8.19.0001, Relator Desembargador Geraldo Prado, 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 28/11/2011. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B8791F30EBC148CC3D5C9CD60A883D3E3FC434366115&USER=. Acesso em: 5 jul. 2019.

[85] Em sentido contrário, Mendonça entende que peças do inquérito não poderiam ser lidas durante a instrução em plenário (antes das alegações orais das partes) pelo escrivão, mas que essas peças poderiam ser lidas pelas partes no tempo que lhes couber durante os debates orais, posição com a qual não concordamos (MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 93).

[86] Importante registrar que os elementos da fase inquisitorial são obtidos/produzidos amplamente sem a participação defensiva, razão pela qual a doutrina inicia a discussão sobre uma participação maior da defesa nessa fase. Cf. SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive*. *In*: MALAN, D. MIRZA, F. (coord.). **Advocacia criminal**: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 96-120, 2014.

as testemunhas numa audiência pública, oral e contraditória, perante um juiz togado. Todavia, este não será o juiz que julgará os fatos.

Como visto, o respeito ao paradigma do confronto exige que a produção da prova seja realizada perante o julgador que irá julgar os fatos, e, nesse caso, o juiz togado apenas realizará a admissibilidade ou não da acusação e remeterá os autos para julgamento pelo Conselho de Sentença.

Surge, pois, a indagação. Ao aceitarem-se declarações anteriores de testemunha, haverá violação ao direito ao confronto? Essa análise deve passar pela presença ou não da testemunha no dia do julgamento.

Se a testemunha comparece em julgamento, o acusado, por meio da sua defesa, poderá confrontar a testemunha perante os jurados (juízes da causa). Mas, com relação ao depoimento anterior, este poderá ser lido aos jurados nesse caso? A princípio, por uma leitura mais restritiva do art. 473, § 3º, somente podem ser lidas peças exclusivamente referentes às provas cautelares, antecipadas e provas irrepetíveis. Se a testemunha comparece, não poderia ser permitida a leitura do depoimento anterior prestado na primeira fase do procedimento.

Entretanto, a melhor posição é que, se a testemunha comparece, não há óbice à leitura do depoimento anterior da testemunha (aquele prestado na primeira fase, e não o eventualmente dado na fase de inquérito), uma vez que o acusado terá a oportunidade de, em audiência e perante os julgadores da causa, testar a credibilidade da testemunha, realizar a inquirição cruzada, alterar eventual posicionamento anterior da testemunha e, consequentemente, o caminho do depoimento, assim como destacar contradições existentes entre os depoimentos. Resumindo: o acusado influirá na produção e formação da prova, não havendo qualquer violação ao direito ao confronto em nosso entendimento.

Por outro lado, se a testemunha não comparece em julgamento, o panorama se torna mais complexo. Pela leitura do art. 473, § 3º, é permitida a leitura de provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis. Quanto às duas primeiras, não surgem maiores problemas, como já nos manifestamos anteriormente, ao abordar as exceções do art. 155 do CPP. Todavia, quanto à prova irrepetível, o fato é que um dos componentes do paradigma do direito ao confronto será atingido: produção da prova perante o juiz que julgará o mérito. Resta saber se tal restrição é intolerável ou não.

Apesar de uma indiscutível restrição ao direito ao confronto, sua essência foi mantida e, portanto, pode-se dizer que a restrição é tolerável. Isso porque todos os outros componentes do paradigma do confronto foram respeitados, já que o acusado teve a possibilidade de participar da produção da prova (ainda que perante o juiz que não julgará a causa) em audiência pública, contraditória e oral, com claras possibilidades de influir na formação do depoimento testemunhal.

Acrescente-se que se trata de exceção aceitar essa tolerável restrição do direito ao confronto (prova irrepetível), porém, estando a testemunha disponível, esta deve ser intimada a comparecer ao julgamento ou, ainda, na situação que

era previsível a indisponibilidade futura da testemunha e o órgão de acusação deixou de requerer a antecipação da prova, também não há que se aceitar a leitura do depoimento anterior, haja vista não poder ser o acusado penalizado por algo com que não contribuiu.

Vale registrar que tal situação difere daquela em que analisamos o art. 155 do CPP e como ficaria a solução quanto à prova irrepetível, tendo em vista que lá as declarações dadas pela testemunha que, por acaso, venha a falecer foram prestadas na fase de inquérito, e não numa audiência pública, oral e contraditória e perante um juiz togado, ou seja, sem preencher minimamente as exigências do paradigma do direito ao confronto.

Atualmente, com o avanço da tecnologia, os depoimentos prestados na primeira fase do procedimento passaram a ser gravados em mídias audiovisuais,[87] o que contribui ainda mais para assegurar a fidelidade do depoimento (e maior aproximação com a realidade) em eventual exibição no dia do julgamento, permitindo aos jurados observar o comportamento e a expressão facial e corporal da testemunha quando inquirida pelas partes no momento processual anterior, assim como visualizar eventuais contradições.

Assim, a utilização de ferramentas tecnológicas para gravação dos depoimentos enseja, na perspectiva do juiz, maior fortalecimento do princípio da imediação, e, na do acusado, ter-se-á maior densidade do direito ao confronto. Isso não significa, contudo, que, havendo gravação audiovisual do depoimento, poder-se-ia dispensar a presença da testemunha em julgamento, mas que apenas, como medida de exceção em se permitir o uso do depoimento anterior, o mecanismo tecnológico, sem dúvidas, permite melhor avaliação da prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao confronto é um direito fundamental com previsão em tratados internacionais de direitos humanos, encontrando base legal em normas convencionais, bem como implicitamente na própria Constituição Federal, devendo ser aplicado na produção da prova penal.

---

[87] Art. 405, § 1º "Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações". Art. 475. "O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova". Ainda, Resolução 16/2013, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ Nº 16/2013), em seu art. 7º, dispõe que: "Nos processos criminais, observar-se-á o disposto no § 2º do art. 405 do Código de Processo Penal, inclusive nas instruções em plenário do júri, sempre que neste houver registro por meio audiovisual, observados os termos dos §§ 5º e 6º do art. 1º."

A análise deve ser feita levando em conta todos os componentes do direito ao confronto, os quais denominamos de *paradigma do direito ao confronto*.

Além de assegurar uma melhor qualidade da prova a ser utilizada no procedimento criminal (preocupação epistemológica), sendo verdadeiro aferidor gnosiológico, a incidência do direito ao confronto cria um ônus de produção aos órgãos acusatórios de produzir a testemunha na audiência de instrução e julgamento, bem como em plenário no procedimento do júri, o que permitirá que o acusado fique diante da testemunha e a confronte perante o julgador da causa.

Com efeito, deve-se possibilitar que o acusado exerça seu direito defensivo de forma ampla e efetiva, questionando e enfrentando a prova colocada em seu desfavor pela acusação, de tal sorte que participe da produção probatória.

Na verdade, o exercício do direito do acusado de confrontar a prova diante de si e participar da produção probatória faz parte da busca por um processo equitativo que permitirá a correção do julgamento (*accuracy*) e, ao mesmo tempo, assegurará a legitimidade do processo criminal ao garantir as oportunidades processuais defensivas em pé de igualdade com a acusação.

O acusado deve exercer o direito à confrontação no momento da produção da prova, e não após as declarações serem prestadas, o que burlaria seu direito, já que apenas teria possibilidade de discutir aquela prova, e não influir na sua formação.

Em suma, o respeito ao paradigma do confronto em sua concepção de possibilidade de influência (sem prejuízo de seus outros componentes) permite, com a participação do acusado, auxiliar na formação do conhecimento, ser um controle epistêmico da prova produzida e, ao mesmo tempo, legitimar democraticamente o processo penal.

Assim, na produção da prova penal, mormente na formação da prova testemunhal, deve-se garantir ao acusado a participação ativa e efetiva, o que logicamente leva à conclusão de que elementos anteriores ao processo, notadamente aqueles decorrentes de fonte de prova pessoal, não possam ser utilizados pelo julgador na formação de sua convicção. O correto seria excluir os autos do inquérito que contenham tais elementos, principalmente nos processos sob o rito do tribunal do júri, em que os jurados não motivam suas decisões.

Com as reformas ocorridos no processo penal em 2008 e a importância dada à imediação, concentração, oralidade e publicidade, favorece-se o direito ao confronto. No entanto, não há dúvidas sobre a necessidade de nova reforma no Código de Processo Penal para que as atuais exceções à regra não esvaziem o conteúdo do direito fundamental ao confronto e que, na prática jurisdicional, sejam cumpridas as normas da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Somente assim será alcançado um processo penal justo com respeito à dignidade humana do acusado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 4. ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória:** perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMBOS, Kai. **Processo penal europeu***:* preservação das garantias e direitos individuais: princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo. **Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: http://badaroadvogados.com.br/prova-emprestada-no-processo-penal-e-a-utilizacao-de-elementos-colhidos-em-comissoes-parlamentares-de-inquerito.html. Acesso em: 28 dez. 2015.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e gestão da prova**: os novos arts. 155 e 156 do código reformado (Lei 11.690/2008). Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11593/processo-penal-e-gestao-da-prova. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Artigo 5º, parágrafos 1º ao 3º. *In:* BONAVIDES, Paulo; MIRANDA; Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LX, n. 2, Aprile-Giugno, 2005.

CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal. *In:* MONTE, Márcio Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa (Coord.). **Que futuro para o direito processual penal?** SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, POR OCASIÃO DOS 20 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**. Vol. I. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de.; BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais penais do Brasil e de Portugal: estudo comparado. *In*: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal**: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira. Coimbra: Almedina, 2009.

CUNHA, José Damião da. O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts, 356º e 357º do CPP). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, n. 7, p. 417-418, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A nova Constituição da República e o processo penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 36, 1976.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal I**. Coimbra: Coimbra Editora: 1974.

FENNER, Michael G. Today's confrontation clause (after Crawford and Melendez-diaz). **Creighton Law Review**, v. 43, 2010.

FORTY-FOURTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE. **The Georgetown Law Journal**, vol. 103, 2015.

FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. **The Georgetown Law Journal**, vol. 86, 1998.

FRIEDMAN, Richard. The confrontation clause re-rooted and transformed. **Cato Supreme Court Review***,* vol. 2003-2004, 2004.

GRAHAM, Kenneth. Confrontation stories: Raleigh on the mayflower. **Ohio State Journal of Criminal Law**, v. 3, 2005-2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUIRÃO, Rafael Alcácer. La devaluación del derecho a la contradicción em la jurisprudência del TEDH. **InDret** 4/2013. Disponível em: www.indret.com. Acesso em: 10 jul. 2019.

HALL, Daniel E. **Criminal law and procedure**. 6th ed. New York: Delmar CENGAGE Learning, 2011.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. *In:* WINTER, Lorena Bachmaier (coord.). **Proceso penal y sistemas acusatorios**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LaFAVE, Wayne R. **Criminal procedure and the Constitution**: leading Supreme Court cases and introductory text. St. Paul: Thomson business, 2004.

JACKSON, John D., SUMMERS, Sarah J. **The internationalisation of criminal evidence**: beyond the common law and civil law traditions. New York: Cambridge University Press, 2012.

LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KEER, Orin S. **Principles of criminal procedure**: post-investigation. 2nd ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2009.

LOPES JR., Aury; GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAFFEI, Stefano. **The right to confrontation in Europe**: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing, 2012.

MALAFAIA, Joaquim. A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Ano 20, n. 4, out.-dez 2010.

MALAN, Diogo. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS; Rui. MIRANDA, Jorge. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 2. ed., rev., actual. e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MEDINA, Cecilia. **The American Convention on Human Rights**: crucial rights and their theory and practice. Translated by Peter Krupa. Cambrigde, Antwerp, Portland: Intersentia, 2014.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal. *In:* TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, Coimbra: editora Almedina, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MESQUITA, Paulo da. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo I. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 5. ed., rev. e atual. Cascais: Princípia, 2012.

PICARDI, N. Auditur et Altera Pars, le Matrici Storico-Culturali del contradittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 153, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. s.d. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_tratados_sip_stf.pdf. Acesso em: 18 jun. 2016.

POLLITT, Daniel H. The right of confrontation: its history and modern dress. **Journal of Public Law**, n. 8, 1959.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **La cláusula de confrontación en el proceso penal**. 1. ed. Civitas Ediciones, 2013.

SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua possível "influência" no Direito Processual Penal. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (coord.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 13, Salvador: Juspodivm, 2016.

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive*. *In*: MALAN, D. MIRZA, F. (coord.). **Advocacia criminal**: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio. In GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). **Direito penal como crítica da pena:** estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. La policía alemana como auxiliar del Ministério fiscal: estructura, organización y atividades. Tradução para espanhol por Mariana Sacher, Universidad de Múnich. Título original: "Die Deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organization und Tätigkeiten"). *In*: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Obras**, tomo II. Colección Autores de Derecho penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. vol. II. 4. ed., rev., actual. Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Germano Marques. Produção e valoração da prova em processo penal. **Revista do CEJ**, n. 4, 2006.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SUMMERS, Sarah. **Fair Trials**: the european criminal procedural tradition and the european court of human rights. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

UBERTIS, Giulio. **Argomenti di procedura penale**, III, Milano: Giuffrè Editore, 2011.

UBERTIS, Giulio. Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo équo": riflessi sul processo penale italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, vol. LXIV (II serie), n. 1, Gennaio-Febbraio 2009.

WALKER, Samuel. **Popular justice**: a history of american criminal justice. New York: Oxford University Press, 1980.

WIGMORE, John Henry. **A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, v. 5, § 1397, 1940.

ZILLI, Marcos. O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de CPI. **Revista eletrônica Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** – www.zis-online.com, ZIS n. 6, 2014.

TECNOLOGIA E PRECEDENTES: DO PORTÃO DE KAFKA AO PANÓPTICO DIGITAL PELAS MÃOS DA JURIMETRIA

Erik Navarro Wolkart
Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia. Juiz Federal, Doutor em Direito (UERJ/HARVARD LAW SCHOOL). Diretor da The Future Society (Brazilian Chapter, powered by Harvard Kennedy School). Coordenador Pedagógico do Instituto New Law e do Curso Ênfase

Daniel Becker
Sócio de Resolução de Disputas no Lima ≡ Feigelson Advogados e Diretor de Novas Tecnologias do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Organizador dos livros **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao Professor Richard Susskind, **Regulação 4.0** e **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**, todos publicados pela Revista dos Tribunais

INTRODUÇÃO

Nós brasileiros estamos acostumados a uma Justiça lenta, ineficiente e imprevisível. Tal como em "O processo", de Kafka, somos todos Josefs, olhando em pânico para um imponente portão que guarda um mecanismo jurisdicional complexo, opaco e ineficiente.

Nos últimos anos, o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os 2% de gastos com o PIB pelo Poder Judiciário, inobstante alarmantes, felizmente caíram na boca da comunidade jurídica. O que era mera estatística anual virou dor de cabeça, que, por sua vez, converteu-se em cinética.[1] Afinal, o CPC/2015, sozinho com suas inúmeras inovações, até tentou, mas não se mostrou capaz – e nem poderia – de alterar a realidade da crise no sistema de Justiça. Negócios processuais, unificação de procedimentos e sistema de precedentes, sendo esses últimos objeto deste artigo, precisam de mudanças culturais e tecnológicas para emplacarem.

É evidente que a mera ampliação da parafernália jurisdicional ou o aumento do número de juízes e advogados não será suficiente para acelerar a resolução das demandas, garantir segurança jurídica e promover o acesso à justiça.[2]

Neste artigo, procuramos demonstrar que o tratamento correto de dados e sua análise *jurimétrica,* impulsionada pela tecnologia, são capazes de

[1] WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

[2] WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Entre gritos e sussurros. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-gritos-e-sussurros-28032018. Acesso em: 20 out. 2019.

derrubar o vetusto portão da Justiça, transformando-a em um *panóptico*,[3] ou seja, em uma estrutura acessível, compreensível e verificável por todo cidadão.

No Brasil, os robôs Alice[4], Sofia[5] e Monica[6] vêm sendo empregados pelo Tribunal de Contas da União para, respectivamente, examinar milhares de editais de licitação e atas de preços em busca de fraudes e irregularidades, analisar e sugerir aprimoramentos em relatórios internos[7] e acompanhar todas as compras públicas, inclusive as decorrentes de contratação direta. Por seu sucesso, outros órgãos de controle já os estão utilizando, como é o caso de Tribunais de Contas estaduais, Ministério Público, Polícia Federal e Controladoria Geral da União.

O Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente anunciou a criação de um sistema de inteligência artificial desenhado a partir de uma parceria com a Universidade de Brasília (UnB), batizado de Victor.[8] Referido como o 12º Ministro, o programa, em sua fase inicial, terá a missão de ler todos os recursos extraordinários, automatizando parte da sua análise de admissibilidade.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) lançou o Projeto Sócrates, ferramenta de inteligência artificial, que fornece informações relevantes aos relatores, como, por exemplo, se determinado caso se encaixa na categoria de demandas repetidas, as referências legislativas, a listagem de processos semelhantes e até sugestões de decisão.[9]

O implacável engolimento do sistema jurídico por *softwares* impacta a forma como gerimos documentos e casos, resolvemos disputas e, principalmente, como as prevenimos. Não à toa, uma das maiores promessas da tecnologia aplicada ao direito é, sem dúvidas, a jurimetria combinada com aplicações de inteligência artificial – que é o principal objeto de estudo deste texto, haja vista sua intrínseca relação com a sistemática de precedentes do CPC/2015.

---

[3] "Em uma série de cartas escritas em 1787, Jeremy Bentham desenvolveu o conceito de Panóptico. Trata-se de um sistema de vigilância, estruturado de forma circular em torno de uma torre, que permite a um único agente observar todos os que estão a sua volta, sem que estes saibam se estão sendo vigiados ou não. O receio e a sensação de estarem sendo fiscalizados, então, levaria esses agentes (prisioneiros, alunos, pacientes, trabalhadores, a depender da aplicação da estrutura panoptical) a adotarem o comportamento desejado pelo observador. Por demandar um menor número de vigilantes, esse sistema ainda teria a vantagem de ser mais barato do que os demais, segundo Bentham." (FERRARI, Isabela. O panóptico digital: como a tecnologia pode ser utilizada para aprimorar o controle da administração pública no estado democrático de direito *In:* FEIGELSON, Bruno, BECKER, Daniel, RAVAGNANI, Giovani (org). **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao Professor Richard Susskind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

[4] Alice é um acrônimo para Análise de Licitações e Editais.

[5] Sofia é um acrônimo para Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor.

[6] Monica é um acrônimo para Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições.

[7] GOMES, Heitor Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml. Acesso em: 16 out. 2019.

[8] O nome é uma homenagem ao Ministro Victor Nunes Leal, principal responsável pela criação das súmulas, que sistematizaram a jurisprudência do STF, facilitando a aplicação de precedentes.

[9] CONJUR. Primeiro ano da gestão de Noronha no STJ é marcado pela inovação. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/primeiro-ano-gestao-noronha-stj-marcada-inovacao. Acesso em: 16 out. 2019.

1. JURIMETRIA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para os menos versados no tema, jurimetria é um neologismo cunhado por Lee Loevinger nos anos 60, mas que jamais fora aplicado na prática pelo seu criador. No Brasil, ele foi oficialmente tropicalizado pelo professor Marcelo Guedes Nunes, hoje presidente da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), e definido como o casamento entre o direito e a estatística. Consiste em mensurar fatos e conflitos, antecipar cenários e planejar condutas para advogados, legisladores e gestores públicos.[10]

O estudo tradicional do direito trafega em um plano teórico e abstrato. A lei é uma aspiração teórica, cujas interpretações são realizadas pelo Poder Judiciário, entes da Administração, juristas e pelos jurisdicionados. Após essa filtragem, a lei resulta em algo concreto. Dito de outra forma, ao interpretar o conjunto de normas de acordo com diversos fatores de influência, tais como pressões sociais e vieses, os agentes criam o direito além da previsão mecânica e abstrata prevista na legislação. A jurimetria é, portanto, ferramenta para a compreensão desse processo.[11]

Hoje, a jurimetria, impulsionada pela inteligência artificial, pode fazer "quase milagres". Como o oxímoro "inteligência artificial" impede qualquer classificação estática para o fenômeno[12], para fins deste artigo tratamos inteligência artificial como o subcampo da ciência da computação conhecido como aprendizado das máquinas (*machine learning*).

O *machine learning* opera de forma probabilística e seus algoritmos são autoprogramáveis, isto é, "aprendem" por conta própria, sem a necessidade de programação prévia e explícita.[13] Alan Turing, no seminal *Computing machinery and intelligence*, escrito em 1950, ao comentar a computação tradicional, propunha que, no lugar de imitar o cérebro de um adulto, programando todas as operações a serem realizadas, seria mais produtivo adotar estratégia diversa:

---

[10] NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[11] SOARES, Fábio Lopes; LISBOA, Roberto Senise. Jurimetria e sociedade da informação: do custo da reclamação nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 103, jan. 2016.

[12] Inteligência artificial seria qualquer sistema computacional que funciona, nas palavras de John McCarthy, criador do termo em 1956 (BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela; ARAÚJO, Bernardo. Regulation against the machine. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulation-against-the-machine-26092019).

[13] FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Algoritmo e preconceito. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017. Acesso em: 16 out. 2019.

simular o cérebro de uma criança.[14] Algoritmos criando outros algoritmos. Como destaca Pedro Domingos, o computador escreve a própria programação, de forma que humanos não tenham que o fazer.[15] As máquinas desenvolvem modelos e fazem predições automática e independentemente de nova programação.

A técnica computacional, portanto, depende do *input* de dados que funcionam como combustível para a sua aprendizagem.[16] Dito de outra forma, os dados alimentam o computador, o algoritmo de programação é aplicado e daí surge o resultado esperado.[17] Milhares de dados analisados no limite da cognição humana dizem muito pouco se comparados às respostas extraídas de bilhões de dados analisadas pela *quase* ilimitada cognição artificial.[18]

A forma mais simples de *machine learning* é aquela que emprega *algoritmos supervisionados*, na qual o sistema é alimentado com dados lapidados e previamente escolhidos por seres humanos. Nesse caso, o conjunto de dados rotulados e a saída desejada são carregados no sistema. Enquanto é treinado, o modelo ajusta as suas variáveis para mapear as entradas para a saída correspondente. Um exemplo são os algoritmos utilizados pelos bancos para aprovar a concessão de empréstimos. Nesse caso, os dados analisados serão referentes ao histórico de crédito do cliente e as informações utilizadas para treinar o sistema são dados já rotulados como positivos ou negativos para a concessão de crédito.

Uma espécie de estruturação algorítmica que pode funcionar de forma supervisionada são as redes neurais artificiais (com *back propagation error*). Inspiradas no cérebro humano, essas estruturas têm modelo de aprendizado baseado em erros e acertos, com reforço paulatino dos caminhos e decisões mais corretas para atingir determinados objetivos.

O sistema é carregado com um objetivo e vários *inputs*, que são testados em vários caminhos. Quando se chega ao resultado desejado, o caminho mais assertivo recebe um peso maior (na conta matemática). Assim, as camadas neurais internas (*hidden layers*) passam a dominar a tarefa e a entregar resultados mais

[14] TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. **Mind**, New Series, vol. 59, n. 236, p. 433-460, out. 1950.

[15] DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015, p. 6.

[16] BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **A segunda era das máquinas**: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015, p. 84-85.

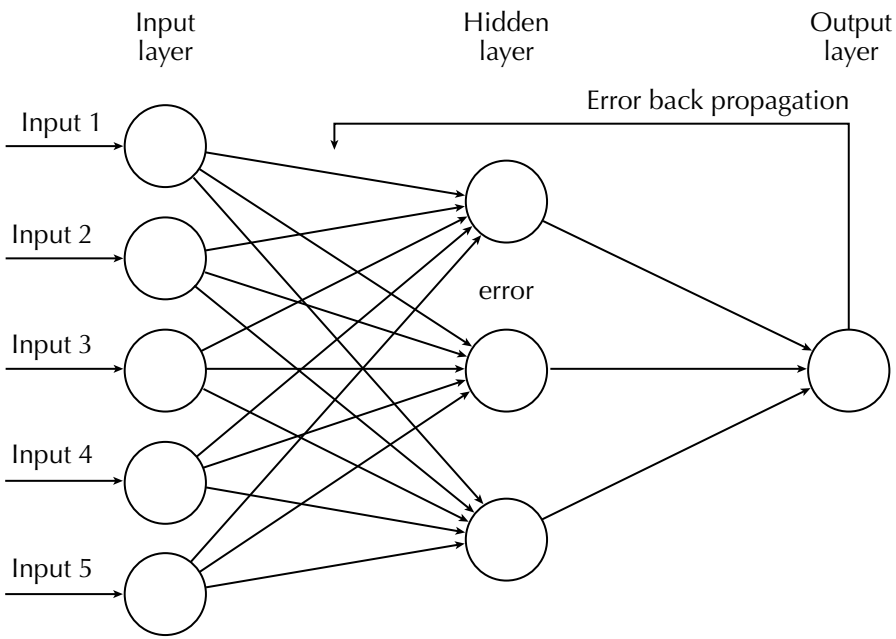
[17] DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015, p. 1-2.

[18] KASPAROV, Garry. **Deep thinking**: where machine intelligence ends and human creativity begins. Public Affairs: Nova York 2017, p. 247.

precisos na medida em que o algoritmo confere um peso maior às conexões que apresentam resultados mais próximos dos desejados[19-20-21].

Uma segunda categoria relevante é a dos algoritmos não supervisionados *(non-supervised learning algorithms)*. Nesse caso, os dados que alimentam o sistema não são rotulados, deixando o algoritmo de aprendizado encontrar, por conta própria, estrutura nas entradas fornecidas. Dessa forma, esses algoritmos têm a capacidade de organizar amostras sem que exista uma classe pré-definida. O aprendizado não supervisionado é útil quando for necessário descobrir padrões em um determinado conjunto de dados não rotulados, e pode ser um objetivo em si mesmo ou, ainda, um meio para atingir determinada finalidade. Essa técnica é empregada, por exemplo, no reconhecimento e identificação de faces e de vozes, além da criação de sistemas de tomada de decisão em curto espaço de tempo, viabilizando invenções disruptivas tais como a construção de carros e *drones* autônomos[22].

[19] Sua operação pode ser esquematizada da seguinte forma:



[20] Os pesos algorítmicos para os caminhos neurais do sistema computacional que obtiveram os resultados mais próximos do desejado equivalem à dopamina do cérebro humano quando percebemos que conseguimos cumprir determinadas tarefas difíceis (ITO, Joi; HOWE, Jeff. **Whiplash**: how to survive our faster future. New York; Boston: Grand Central, 2016, p. 240-241).

[21] RUMERLHART, David E.; HILTON, Geoffrey E. e WILLINANS, Ronald J. Learning representations by back-propagating errors. **Nature**, vol 323, issue 9, out. 1986, p. 533.

[22] WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil**: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro – Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 683.

Finalmente, uma terceira categoria corresponde aos *algoritmos de reforço* (*reinforced learning algorithms*). Esses algoritmos são treinados para tomar decisões, e recebem um *feedback* sobre o sucesso ou erro da saída, que será utilizado para aprimorar o algoritmo, modificando sua estratégia de forma a alcançar a recompensa mais alta. Diferente dos algoritmos supervisionados e não supervisionados, os de reforço não estão direcionados a gerar *outputs* "corretos", mas enfocam a questão da performance, comportando-se de forma muito semelhante aos seres humanos, que aprendem com base em consequências positivas ou negativas. Uma criança que coloca o dedo na tomada logo percebe que essa não é uma ação inteligente, o algoritmo que toma uma decisão errada e percebe a punição, também.

A técnica de *machine learning,* e suas evoluções, para fins deste texto, têm relevância enquanto forma para coletar e interpretar quantidades massivas de dados, fazendo predições estatísticas sobre determinados fenômenos.

A análise de *big data* resolve deficiências qualitativas e quantitativas da cognição humana. Estamos limitados por nossa capacidade de observação: posto que um profissional experiente possa estar familiarizado com centenas, senão milhares, de eventos anteriores, ele provavelmente não terá observado dezenas de milhares, centenas de milhares ou milhões de situações passadas a um palmo de sua visão. Contudo, mesmo que alguém tenha acesso a toda essa informação, sem a ajuda da tecnologia, seu cérebro falhará miseravelmente em processar e armazenar esses dados relevantes de forma fidedigna por conta de limitações e vieses cognitivos, tais como heurística de disponibilidade, otimismo, ancoragem, viés de confirmação e ilusões de validade e frequência.[23]

2. APLICAÇÕES PRÁTICAS DA JURIMETRIA: ABRINDO FRESTAS NO PORTÃO DE KAFKA

Iniciativas disruptivas dificilmente surgem dentro de sistemas herméticos, pois eles tendem a perpetuar as próprias estruturas. Não poderia ser diferente com o Poder Judiciário. Enclausurado pelos pesados portões aqui já referidos, era de esperar-se que as primeiras frestas nessa arquitetura fossem abertas por iniciativas externas. Assim se deu.

De forma macroeconômica, a Associação Brasileira de Jurimetria, por exemplo, utilizando jurimetria como ciência, tem alcançado resultados interessantes no âmbito da política judiciária. Um bom exemplo é o estudo realizado sobre volume estimado de trabalho proporcionado pelos processos de matéria empresarial na comarca de São Paulo. Verificou-se, na ocasião, um problema de

[23] KATZ, Daniel Martin. *Quantitative legal prediction*. **Emory Law Journal**, nº 62, 2013.

distribuição, haja vista que, em linhas simples, para fins de alocação de trabalho, um processo envolvendo protesto detinha o mesmo peso que uma recuperação judicial – o que, por óbvio, resultava numa discrepância em volume de trabalho e ineficiência.[24] A análise culminou, entre outros resultados positivos, na inauguração, na comarca de São Paulo, da 1ª e 2ª Varas Empresariais e de Conflitos Relacionados à Arbitragem.[25]

Outro interessante exemplo de jurimetria aplicada é o projeto Supremo em Números, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). O estudo, com edições anuais quase desde o início da década e inspirado no Justiça em Números do CNJ, propõe-se a estudar a curva do tempo no recebimento, processamento e julgamento de processos pelo STF. A pesquisa, que responde questionamentos como "quanto tempo decorre entre o início do processo e a decisão liminar?" e "qual a média de tempo entre o julgamento e a publicação do acórdão?", funciona como fonte de informações para o aprimoramento da Suprema Corte brasileira.

No âmbito da iniciativa privada, vale mencionar o *marketplace* argentino Mercado Livre, fundado no apagar das luzes do último milênio, que opera em 19 países e possui quase 200 milhões de usuários, sendo considerado o site de *e-commerce* mais popular da América Latina.

Com o uso de ferramentas estatísticas, em estudo realizado em 2017, a empresa compreendeu que aproximadamente 40% dos usuários que ajuizavam ações contra a companhia não haviam informado sua pretensão, *id est* sequer tentavam resolver amigavelmente a disputa.[26] Eram demandas simples e evitáveis. Por isso, optou-se por criar uma ferramenta chamada "Compra garantida", na qual o usuário, caso atendidos determinados requisitos e respeitado o prazo da reclamação, recebe seu dinheiro de volta. Na hipótese de o método não resolver a questão, a plataforma disponibiliza um *chat* para comprador e vendedor tentarem uma composição, podendo contar ou não com a ajuda de um terceiro, o mediador, que pode vir a participar do processo.

Até aqui o Mercado Livre alcançou 98,9% de desjudicialização, utilizando técnicas de promoção das melhores experiências para seus consumidores e usuários.[27] Tudo isso guiado por célula de inteligência jurídica (*legal intelligence*) que

---

[24] ABJ. Estudo sobre varas empresariais na Comarca de São Paulo. Associação Brasileira de Jurimetria. **Jota**. Disponível em: https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_varas_empresariais_tjsp.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

[25] CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; NUNES, Marcelo Guedes. Um ano e meio das varas empresariais de São Paulo: uma iniciativa de sucesso. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-empresariais-sucesso-05082019. Acesso em: 16 out. 2019.

[26] MIGALHAS. Mercado Livre cria canal para facilitar acordos e promover a desjudicialização. **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI286497,71043-MercadoLivre+cria+canal+para+facilitar+acordos+e+promover+a. Acesso em: 15 out. 2019.

[27] FREITAS, Tainá. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de "desjudicialização" na resolução de conflitos. **Starse**. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito. Acesso em: 15 out. 2019.

utiliza ciência de dados para trazer mais efetividade ao programa de prevenção e resolução de conflitos.

O banco Olé Consignado, que surgiu de uma *joint venture* entre os Bancos Santander e o antigo Banco Bonsucesso, hoje BS2, recentemente criou o projeto "Inteligência de entradas: alertas diários com base em dados estruturados". O plano tem como objetivo identificar variações e concentrações referentes a processos judiciais ajuizados contra o banco. Através de ferramentas de análise de dados, a célula de inteligência do banco estuda e compara cenários, identificando atuações suspeitas e mapeando riscos para sugerir estratégias de resolução de conflitos. Entre as vantagens obtidas, vale mencionar o aumento de êxito das ações em aproximadamente 20%, bem como a economia financeira de R$ 23 milhões.[28]

A despeito de incríveis iniciativas como as mencionadas, é preciso pensar no uso microeconômico da jurimetria *vis-à-vis* o sistema de precedentes obrigatórios que vem sendo incorporado vagarosamente ao nosso sistema processual.

O efetivo respeito a um sistema estável de precedentes acaba com o hermetismo da Justiça, transformando aquela estrutura kafkaniana em panóptico, uma vez que torna seu funcionamento claro e previsível, permitindo comportamento estratégico por parte do cidadão, que passa a saber exatamente como será tratado caso seu conflito adentre ao sistema de justiça

São várias as reformas graduais que nos trouxeram a cultura dos precedentes. Contudo, foi o CPC/15 que propôs sua organização em um sistema estruturado. Entre as novidades, destacam-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que tem como pressuposto a efetiva repetição de processos e o risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica (CPC, artigo 976 e ss.), bem como as previsões dos artigos 926 a 928, que escancaram a necessidade de uniformização, estabilidade e coerência das decisões nos tribunais.

3. DESAFIOS PARA A JURIMETRIA NO BRASIL: ALGUMAS TRANCAS NO PORTÃO DE KAFKA

Posto isso, perguntamos: é possível pensar em aplicação ampla, precisa e intensiva de precedentes no Brasil, tal como previsto pelo CPC/15, sem o auxílio da tecnologia? A resposta é não. O principal problema é que ainda estamos longe de aplicar a jurimetria de forma pulverizada na resolução de disputas no país, não por falta de tecnologia, mas sim por falta de dados estruturados – ou seja,

[28] INTELIJUR. Entrevista com finalista: Olé Consignado. **Inteligência Jurídica**. Disponível em: https://www.intelijur.com.br/gejur/noticias/entrevistas/entrevista-com-finalista-ole-consignado. Acesso em: 18 out. 2019.

dados que estejam organizados e prontos para serem analisados em conjunto com outros por técnicas de correlação, por exemplo.

A maioria dos dados do Poder Judiciário é não estruturada ou semi-estruturada, o que dificulta o armazenamento em banco de dados relacionais ou processados. O motivo é simples, mas expõe o atraso e a falta de preocupação de gestores públicos com o problema.

São 91 tribunais no Brasil, nos quais considerável parte do acervo encontra-se em meio físico e outra parte está digitalizada, mas não digital. Não para por aí. Hoje, com a Lei do Processo Eletrônico e mais de 40 plataformas de gestão de processos – às vezes, um único tribunal tem mais de um sistema operante[29] –, é impossível que haja uma coerência, por exemplo, no cadastramento de processos por parte dos mais de 1 milhão de advogados.

Explicamos. Antes, o cadastramento processual era realizado por serventuários da Justiça. Com o início da implantação do processo eletrônico, os próprios advogados passaram a classificar suas "ações". Na prática, ações idênticas são classificadas de forma completamente diferente e aleatória. Tomemos como exemplo uma ação judicial com pretensão indenizatória por danos materiais. Ela pode ser identificada e classificada como "ação de indenização", "ação indenizatória", "ação de responsabilidade civil", "ação de procedimento comum", "ação de reparação de danos" *et cetera*.

Como se a situação não fosse caótica o suficiente, até pouquíssimo tempo o *software* Processo Judicial eletrônico (PJe), bastante utilizado no Brasil, só permitia que advogados cadastrados no processo pudessem acessar os autos. No início de 2019, foi publicada a Lei nº 13.793, que teve como objetivo "assegurar a advogados o exame e a obtenção de cópias de atos e documentos de processos e de procedimentos eletrônicos." A nova legislação diz o óbvio: ela repete o que a Constituição da República, o Estatuto da Advocacia e o CPC já previam.[30]

Especificamente, no caso do CPC, em referência ao inciso I do artigo 107, que autoriza o advogado a "*examinar, em cartório de fórum e secretaria de tribunal, mesmo sem procuração, autos de qualquer processo, independentemente da fase de tramitação, assegurados a obtenção de cópias e o registro de anotações*", a lei incluiu um parágrafo para estender o dispositivo, pasmem, aos processos eletrônico. Procura-se, em vão, por um sinal de maior ironia.

Enquanto isso, os processos físicos seguem mais acessíveis que os processos eletrônicos. Para analisar um processo digitalizado, é necessário ser advogado

[29] GRILLO, Brenno. Excesso de plataformas de processo eletrônico atrapalha advogados. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-03/excesso-sistemas-processo-eletronico-atrapalham-advogados. Acesso em: 18 out. 2019.

[30] WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Injustiça digital: o processo é público, só que não. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/injustica-digital-o-processo-e-publico-so-que-nao-23012019. Acesso em: 18 out. 2019.

inscrito na Ordem. Já para manusear um processo físico, basta qualquer pessoa, independente de filiação à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), apresentar-se no balcão e mostrar sua identidade. A inovação no Poder Judiciário, salvo louváveis exceções, vem funcionando como se levássemos lenha para a floresta.

E ainda há um *coup de grâce*. Hoje, no âmbito do CNJ, discute-se a criação de norma para fechamento dos dados dos tribunais ou, pelo menos, a limitação de seu uso. *Absit iniuria*, a desculpa para tanto é que o uso de robôs por empresas de tecnologia para tratar dados do Poder Judiciário estaria sobrecarregando sua infraestrutura tecnológica.[31] Nada mais aterrorizante. É bom lembrar que, na França, tipificou-se criminalmente a conduta de circular informação sobre o perfil decisório dos membros do Poder Judiciário[32], o *profiling* dos juízes.

O professor escocês Richard Susskind, ao analisar a realidade do sistema de justiça da Inglaterra e do País de Gales em 2000, previu que, em cinco anos, mais pessoas teriam acesso à internet do que acesso à justiça – o que se confirma hoje.[33] Com o perdão do truísmo, a Justiça é um sistema – e um problema – de todos, pelo que não podemos manter suas instituições sob um véu opaco em uma torre de marfim distante da sociedade.

A estatística, a inteligência artificial e a jurimetria são dependentes dos dados; sem *input*, não há *output*. Considerando que o Brasil possui, de longe, a maior massa de processos do mundo, não podemos desperdiçar a oportunidade única de transformar um dos nossos maiores custos no maior *datalake* jurídico do mundo. É desarmar uma bomba nuclear e colocá-la para gerar energia.

Estruturados os dados e vencida essa tragédia, que não é daquelas gregas, pois tem solução, a jurimetria será capaz de revolucionar a prática jurídica, facilitando e democratizando o acesso às tendências jurisprudenciais, maximizando o bem-estar social. O acesso à informação jurídica – pensado não só como disponível, mas também estruturado –, exige que o sistema jurídico seja de fácil navegação[34]; a assimetria de informação jurídica é a antítese do ideal do acesso à justiça.

---

[31] RACANICCI, Jamille. CNJ fará norma sobre acesso a dados pessoais extraídos de tribunais, diz Toffoli. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/justica/cnj-norma-dados-pessoais-tribunais-27052019. Acesso em: 18 out. 2019.

[32] BECKER, Daniel; BRÍGIDO, João Pedro. Ne le laissez pas profiler: a França e o seu 'coup de grâce' na jurimetria. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/ne-le-laissez-pas-profiler-a-franca-e-o-seu-coup-de-grace-na-jurimetria-16062019. Acesso em: 18 out. 2019.

[33] SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's lawyers**: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 84.

[34] WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

Com acesso amigável aos entendimentos pacíficos e à jurisprudência dominantes, o número de acordos será substancialmente elevado, gerando sugestões de ofertas ótimas, com grandes chances de concordância pelos litigantes. Ademais, antes disso, bem calculadas as chances de sucesso e o "valor esperado" de uma demanda, libera-se o potencial para evitar o ajuizamento de novas ações judiciais.[35]

Mas não é só. A jurimetria aplicada aos precedentes é a única forma de garantir *accountability* ao Poder Judiciário, seja jurídico-decisional ou comportamental. Quando se fala em *accountability* jurídico-decisional, apontamos para a fiscalização do cumprimento dos deveres do magistrado, aí incluído o respeito aos precedentes. Já por *accountability* comportamental temos a análise de critérios como integridade e produtividade no âmbito do Poder Judiciário[36].

A jurimetria, exponencializada pela tecnologia, tem capacidade para identificar quebras de padrão, incoerências, vazios de integridade e de isonomia, gerando incentivos para que juízes respeitem os precedentes para proteger a própria reputação (*creadible threat*).

Explicamos. Protegidos pelo hermetismo dos portões de Kafka, juízes veem-se livres para ignorar precedentes importantes, fazendo prevalecer sua opinião ao arrepio do sistema. Com os portões derrubados pela marreta *tecno-jurimétrica,* os magistrados ficam expostos, nus sob sua toga. Para evitar tal constrangimento, uma vez que qualquer desvio de padrão será identificável (e os juízes saberão disso), eles passam a respeitar os precedentes para proteger a própria reputação. É o que, em teoria dos jogos, denomina-se *credible threat*.[37] Nada mais natural e eficiente.

CONCLUSÃO

Ao longo do texto, discorremos sobre os conceitos de jurimetria e inteligência artificial aplicada.

Em seguida, apresentamos situações em que o emprego de jurimetria de forma macroeconômica e pontual tem sido bem-sucedido para sugerir avanço a fim de que a prática seja disseminada pelo Brasil também de forma microeconômica. Contudo, apontamos que a ausência de consistência, padronização, legibilidade

[35] Sobre o tema, ver o nosso WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[36] TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL, Ilton Norberto Filho. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, Curitiba, mar. 2013.

[37] SCHELLING Thomas C. **The strategy of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960, p. 35-36.

e interoperabilidade dos Tribunais brasileiros é um dos grandes entraves para a jurimetria e, por consequência lógica, para o *stare decisis* em nosso país.

Dados estruturados e analisados de forma correta representam uma fonte de conhecimento que transcende a capacidade humana de produção. O primeiro passo para ampliar o acesso à Justiça é dar acesso estruturado à informação e previsibilidade ao jurisdicionado. É transformar a Justiça em panóptico, derrubando os portões herméticos de Kafka.

Falar sobre precedentes sem tecnologia? *Vox clamantis in deserto*. Por que, então, não usamos esse poder para gerar incentivos que criem uma real cultura de precedentes em respeito ao CPC/15 e aos clamores da sociedade por uma jurisprudência estável, previsível e segura?

A chance de derrubar os portões opressores nunca foi tão grande. É bom aproveitarmos a oportunidade, Josef K. agradece.

REFERÊNCIAS

ABJ. Estudo sobre varas empresariais na Comarca de São Paulo. Associação Brasileira de Jurimetria. **Jota**. Disponível em: https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/01/ABJ_varas_empresariais_tjsp.pdf. Acesso em: 16 out. 2019.

BECKER, Daniel; BRÍGIDO, João Pedro. Ne le laissez pas profiler: a França e o seu 'coup de grâce' na jurimetria. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/ne-le-laissez-pas-profiler-a-franca-e-o-seu-coup-de-grace-na-jurimetria-16062019. Acesso em: 18 out. 2019.

BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela; ARAÚJO, Bernardo. Regulation against the machine. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulation-against-the-machine-26092019.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **A segunda era das máquinas**: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; NUNES, Marcelo Guedes. Um ano e meio das varas empresariais de São Paulo: uma iniciativa de sucesso. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-empresariais-sucesso-05082019. Acesso em: 16 out. 2019.

CONJUR. Primeiro ano da gestão de Noronha no STJ é marcado pela inovação. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/primeiro-ano-gestao-noronha-stj-marcada-inovacao. Acesso em: 16 out. 2019.

DOMINGOS, Pedro. **The master algorithm**: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world. Nova York: Basic Books, 2015.

FEIGELSON, Bruno, BECKER, Daniel, RAVAGNANI, Giovani (org.). **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao Professor Richard Susskind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FERRARI, Isabela. O panóptico digital: como a tecnologia pode ser utilizada para aprimorar o controle da administração pública no estado democrático de direito. *In*: FEIGELSON, Bruno, BECKER, Daniel, RAVAGNANI, Giovani (org.). **O advogado do amanhã**: estudos em homenagem ao Professor Richard Susskind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Algoritmo e preconceito. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017. Acesso em 16 out. 2019.

FREITAS, Tainá. Como o Mercado Livre atingiu 98,9% de "desjudicialização" na resolução de conflitos. **Starse**. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito. Acesso em: 15 out. 2019.

GOMES, Heitor Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. **G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml. Acesso em: 16 out. 2019.

GRILLO, Brenno. Excesso de plataformas de processo eletrônico atrapalha advogados. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-out-03/excesso-sistemas-processo-eletronico-atrapalham-advogados. Acesso em: 18 out. 2019.

INTELIJUR. Entrevista com finalista: Olé Consignado. **Inteligência Jurídica**. Disponível em: https://www.intelijur.com.br/gejur/noticias/entrevistas/entrevista-com-finalista-ole-consignado. Acesso em: 18 out. 2019.

ITO, Joi; HOWE, Jeff. **Whiplash**: how to survive our faster future. New York; Boston: Grand Central, 2016.

KASPAROV, Garry. **Deep thinking**: where machine intelligence ends and human creativity begins. Public Affairs: Nova York, 2017.

KATZ, Daniel Martin. Quantitative legal prediction. **Emory Law Journal**, n. 62, 2013.

MIGALHAS. Mercado Livre cria canal para facilitar acordos e promover a desjudicialização. **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI286497,71043-MercadoLivre+cria+canal+para+facilitar+acordos+e+promover+a. Acesso em: 15 out. 2019.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RACANICCI, Jamille. CNJ fará norma sobre acesso a dados pessoais extraídos de tribunais, diz Toffoli. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/justica/cnj-norma-dados-pessoais-tribunais-27052019. Acesso em: 18 out. 2019.

RUMERLHART, David E.; HILTON, Geoffrey E. e WILLINANS, Ronald J. Learning Representations by back-propagating errors. **Nature**, vol 323, issue 9, out. 1986.

SCHELLING Thomas C. **The strategy of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

SOARES, Fábio Lopes; LISBOA, Roberto Senise. Jurimetria e sociedade da informação: do custo da reclamação nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 103, jan. 2016.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's lawyers**: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Lima; ROBL, Ilton Norberto Filho. *Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013.

TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. **Mind**, New Series, vol. 59, n. 236, out. 1950.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Entre gritos e sussurros. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-gritos-e-sussurros-28032018. Acesso em: 20 out. 2019.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Injustiça digital: o processo é público, só que não. **Jota**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/injustica-digital-o-processo-e-publico-so-que-nao-23012019. Acesso em: 18 out. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil**: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro - Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

QUAL É O PROPÓSITO DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS OU AJUSTES DO PRONUNCIAMENTO SANEADOR, PREVISTO NO ARTIGO 357, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?

WHAT'S THE PURPOSE OF THE REQUEST FOR CLARIFICATION OR SETTLEMENTS OF THE PRE-TRIAL PROCEDURE, PROVIDED FOR IN ARTICLE 357, FIRST PARAGRAPH, OF THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE?

Felippe Borring Rocha
Mestre em Direito (UNESA/RJ) e doutor em Direito (UFF). Professor de Direito Processual Civil. Defensor público do Estado do Rio de Janeiro
fborring@gmail.com

Bárbara Fonseca de Moura
Bacharelanda em Direito (UNESA/RJ)

Resumo: O objetivo do presente texto é identificar as principais características do pedido de esclarecimentos ou ajustes do pronunciamento saneador, previsto no artigo 357, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil brasileiro e, diante do seu ineditismo e da reduzida regulamentação, apresentar algumas propostas para permitir seu adequado funcionamento, com foco na segurança jurídica e na efetividade da tutela dos direitos.

Palavras-chave: Direito. Processo civil. Pronunciamento saneador. Pedido de esclarecimento ou ajustes. Código de Processo Civil.

Abstract: The purpose of this text is to identify the main characteristics of the request for clarification or settlements of the pre-trial procedure provided for in article 357, first paragraph, of the Brazilian Code of Civil Procedure, and, given its novelty and limited regulation, to enable it to function properly, focusing on the legal certainty and the effectiveness to legal remedies.

Keywords: Law. Civil procedure. Pre-trial procedure. Request for clarification or settlements. Code of civil procedure.

INTRODUÇÃO

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), foi inaugurada uma nova era no direito processual civil brasileiro, marcada pela

reestruturação dos institutos processuais já existentes e pela inclusão de algumas figuras novas, tais como o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137), a audiência preliminar de conciliação ou mediação (art. 334) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987). Nesse universo de novidades, merece destaque um instituto de inédita previsão no ordenamento processual civil brasileiro, que foi incluído no projeto que deu origem ao Novo CPC pela Câmara dos Deputados, durante a revisão legislativa do texto originalmente aprovado pelo Senado[1], o pedido de esclarecimentos e ajustes do pronunciamento saneador[2] (PEAS), regulado no art. 357, § 1º, do CPC/2015. *In verbis*:

> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
> [...]
> § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

De plano, em rápida leitura do conteúdo do dispositivo, fica claro que o legislador não se preocupou em fornecer informações detalhadas sobre o PEAS. Não obstante, ao contrário de outras inovações que foram pouco regulamentadas pelo Código, como os negócios jurídicos processuais (art. 190), o PEAS não tem despertado maior interesse nos meios jurídicos, abrindo caminho para o surgimento de inúmeras dúvidas sobre o seu funcionamento.

Por certo, é natural que os novos institutos previstos na legislação processual exijam um tempo significativo de maturação científica, permeado pelo

---

[1] O art. 354 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que tratava do saneamento, dizia apenas que "não ocorrendo nenhuma das hipóteses das seções deste Capítulo, o juiz, declarando saneado o processo, delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento". Essa redação foi ampliada e aprimorada, tendo se transformado nos arts. 342 e 343 do projeto originalmente aprovado pelo Senado (PLS nº 166/2010). Destarte, o PEAS somente foi introduzido no projeto de lei na Câmara dos Deputados (art. 364, § 1º, do PLC nº 8.046/2010). É esse texto, posteriormente mantido pelo Senado, que estampa o art. 357, § 1º, do CPC/2015.

[2] No direito processual civil brasileiro e português, a doutrina tradicionalmente nomeava o ato judicial de saneamento com sendo o "despacho saneador". Neste sentido, veja-se: LACERDA, Galeno. **Do despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 55. Ocorre que, com o passar do tempo, verificou-se que a nomenclatura era tecnicamente incompatível com o regramento previsto no art. 162 do CPC/1973, pois no "despacho saneador" estavam contidas decisões interlocutórias. Por isso, a doutrina passou a falar em "decisão saneadora". Neste sentido, veja-se: THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 55. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 457. Essa terminologia se manteve com a edição do CPC/2015. Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 701. Na nossa opinião, o ato judicial descrito no *caput* do art. 357 do CPC/2015 não pode ser rotulado como "despacho" ou "decisão interlocutória". Nele estão contidos, simultaneamente, despachos e decisões interlocutórias. Por isso, com espeque no *caput* do art. 203 do CPC/2015, optamos por falar em "pronunciamento saneador".

debate acadêmico e pela prática forense, até que possam exercer com segurança e eficiência os papéis para os quais foram pensados ou para os quais têm aptidão jurídica para cumprir. Ainda assim, passados três anos da entrada em vigor do CPC/2015, o PEAS permanece com a sua atuação comprometida pela falta de maior e mais detalhada reflexão sobre seu regulamento, bem como pela presença de orientações pontuais e coflituosas na doutrina e nas decisões judiciais.

Por isso, o objetivo do presente texto é identificar as principais características do PEAS e, analisando as mais debatidas questões sobre o tema, apresentar uma linha argumentativa coerente e coesa sobre como deveria ser o seu funcionamento, com vistas à promoção da segurança jurídica e da efetiva tutela dos direitos deduzidos em juízo.

1. AS INFORMAÇÕES BÁSICAS SOBRE O PEAS PRESENTES NO CPC/2015

Analisando o texto do art. 357, § 1º, do CPC/2015, é possível extrair cinco informações básicas sobre o PEAS. São elas:

a) o PEAS é cabível em face do pronunciamento saneador do processo;
b) são as partes que têm legitimidade para apresentar o PEAS;
c) o PEAS pode servir para solicitar esclarecimentos ou ajustes;
d) o prazo de cinco dias para interposição do PEAS é comum para ambas as partes;
e) se o PEAS não for apresentado, o pronunciamento saneador se torna "estável".

Por certo, como dito, essas informações não são suficientes para permitir o adequado funcionamento do PEAS, levando em consideração a extensa margem para diferentes interpretações deixadas pelo legislador. Assim, elaboramos uma lista das questões que, na nossa visão, merecem ser enfrentadas de forma mais minuciosa, bem como as nossas opiniões sobre cada uma delas.

2. AS PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ENFRENTADA SOBRE O PEAS

2.1. A natureza jurídica do PEAS

O nosso ponto de partida para a análise do PEAS é a busca pela definição de sua natureza jurídica. Trata-se de passo importante, na medida em que tal conceito permite estabelecer o regime jurídico aplicável ao instituto. Não

obstante, é preciso reconhecer que a doutrina pátria, na maioria absoluta das vezes, não se animou a enfrentar a questão, ao menos de forma explícita. De fato, parcela significativa dos estudiosos se limita a afirmar que o PEAS não se confunde com um recurso e, mais especialmente, com uma modalidade especial de embargos de declaração. Nesse sentido, vejam-se as seguintes manifestações:

a) Alexandre Freitas Câmara:

> Não se trata, aqui, de admitir a oposição de embargos de declaração (art. 1.022), mas de permitir a apresentação de uma simples petição em que as partes poderão requerer ao juiz que esclareça melhor algum ponto desta decisão de organização do processo ou que nela faça algum ajuste.[3]

b) Cassio Scarpinella Bueno:

> Não se cuida, a despeito da coincidência do prazo, de embargos de declaração (art. 1.022, caput). Trata-se, bem diferentemente, de pedido que as partes – e eventuais terceiros que tenham sido admitidos no processo, não há por que se esquecer deles – formularão ao magistrado para esclarecer ou ajustar a decisão que declara saneado o processo e que, nos termos do caput do dispositivo, o ordena para ingresso na fase instrutória.[4]

c) Haroldo Lourenço:

> A solicitação das partes pode ser feita por petição simples, não se tratando de embargos de declaração, sendo, portanto, prescindíveis maiores formalidades. No mesmo sentido, o mencionado pedido não se confunde com pedido de aditamento da inicial (Enunciado 428 do FPPC).[5, 6]

---

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 194-195.

[4] BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 357. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562.

[5] Diz o Enunciado 428 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: "A integração e o esclarecimento das alegações nos termos do art. 357, § 3º, não se confundem com o aditamento do ato postulatório previsto no art. 329". Parece-nos que o autor se equivocou na menção deste enunciado, pois ele trata dos pedidos de integração ou esclarecimento formulado pelas partes durante o saneamento compartilhado, previsto no art. 357, § 3º, e não do PEAS, previsto no § 1º do mesmo artigo.

[6] LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

d) Marcelo Abelha:

> Como se vê, o legislador permitiu, de forma muito inteligente, o direito de esclarecimento sobre a decisão de saneamento, tudo para evitar que a decisão interlocutória de saneamento seja objeto de impugnação recursal, ou seja, previu o artigo 357 § 1º, o direito das partes de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes na decisão saneadora, dizendo que apenas após esse prazo é que ela se torna preclusa.[7]

e) Daniel Amorim Assunção Neves:

> A previsão é importante porque a decisão de saneamento e organização do processo não está prevista no art. 1.015 do Novo CPC como recorrível por agravo de instrumento, de forma que esse pedido de esclarecimento e ajustes será a única forma de as partes se insurgirem contra a decisão, indiscutivelmente de natureza interlocutória. A exceção fica por conta do capítulo referente à distribuição do ônus da prova (mas apenas nos casos em que haja a redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 373, §1º), recorrível por agravo de instrumento nos termos do inciso XI do art. 1.015 do Novo CPC.[8]

f) Elpídio Donizetti:

> Esse pedido não deve ser confundido com a interposição de embargos de declaração. A hipótese aqui aventada é mais ampla que a aludida modalidade recursal.[9]

g) Fredie Didier Jr.:

> A estabilidade da decisão de saneamento é fundamental para evitar retrocessos processuais. Por isso, o legislador autorizou que as partes solicitem ajustes ou esclarecimentos, em cinco dias. Isso pode ser feito por uma petição

[7] ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 526.

[8] NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil:** volume único**.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 697.

[9] DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 512.

> simples – não se trata de embargos de declaração, razão pela qual não se devem exigir maiores formalidade.[10]

Antes de apresentar nossa posição, no entanto, é preciso sublinhar que o objetivo do PEAS seria, à luz do princípio da colaboração, promover um diálogo diferenciado (comparticipativo) entre as partes e o juízo sobre o pronunciamento saneador do processo, para torná-lo mais plural e efetivo.[11] Destarte, a criação de um novo instituto teria mirado substituir os mecanismos regulares de controle do pronunciamento saneador, notadamente os instrumentos de índole recursal, que têm imagem normalmente associada à litigiosidade, por algo novo e de coloração neutra.[12]

Desse modo, em nosso sentir, o PEAS, previsto no art. 357, § 1º, do CPC/2015, tem natureza jurídica de meio específico e típico de impugnação,[13] formador de um incidente processual endógeno (instalado dentro do procedimento), concebido, sob a ótica de um modelo comparticipativo de processo (art. 6º do CPC/2015), para promover esclarecimentos ou ajustes no pronunciamento saneador proferido pelo juízo por escrito.

A partir dessa concepção, como bem sublinhado pelos estudiosos citados, é preciso deixar claro que o PEAS não se confunde com um recurso. De fato, para ser considerado como recurso, o PEAS teria que estar incluído no rol do art. 994 do CPC/2015 ou, ao menos, identificado no dispositivo legal como recurso, em razão do princípio da taxatividade recursal.[14] Embora possa parecer um formalismo, entendemos que a taxatividade recursal tem papel fundamental no sistema processual brasileiro, na medida em que confere segurança e previsibilidade aos modelos recursais.[15] Ademais, se o PEAS fosse recurso, haveria clara sobreposição de funções com os embargos de declaração.

---

[10] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 703.

[11] Nesse sentido, vejam-se FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Comentários ao art. 357. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 974; e BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 357. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562.

[12] Nesse sentido, veja-se ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 526.

[13] Nesse sentido, vejam-se FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 299; e LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi,** v. 4, n. 2, jul./dez 2017, p. 133.

[14] Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: "O pedido de esclarecimentos e ajustes previsto no § 1º do art. 357 do CPC/15 não possui natureza recursal, pois só são recursos aqueles taxativamente previstos como tal na lei processual" (TJDF – 3ª Turma Cível – AgInt no AI 0034741-41.2016.8.07.0000 – Rel. Des. Maria de Lourdes Abreu, j. em 02/02/2017).

[15] Sobre a importância do princípio da taxatividade, vejam-se ROCHA, Felippe Borring. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2008, p. 62; e ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 103.

Por outro lado, o PEAS também não pode ser visto como um simples pedido de reconsideração.[16] O pedido de reconsideração não demanda a existência de pontos de esclarecimento ou ajuste, pois representa um requerimento para que o magistrado reflita uma segunda vez sobre a decisão proferida, municiado ou não de novos argumentos. É preciso ponderar, ainda, que a identificação do PEAS como um pedido de reconsideração seria capaz de gerar insegurança jurídica, pois, sendo desprovido de efeito interruptivo, não obstaria os prazos eventualmente decorrentes do pronunciamento saneador.

2.2. Os objetivos do PEAS

O PEAS, como o próprio nome deixa claro, pode visar à obtenção de esclarecimentos ou de ajustes do pronunciamento saneador. Em primeiro lugar, importante frisar que esses termos – "esclarecimentos" e "ajustes" – não podem ser vistos como sinônimos ou como simples expressões de reforço recíproco.[17] De fato, "esclarecer" significa tornar claro, compreensível, evidente, ou seja, transmitir melhor o sentido de algo, ao passo que "ajustar" significa corrigir, reparar, adequar, isto é, modificar o sentido de algo. São, portanto, termos com objetivos diferentes.[18]

Diante da falta de regulamento mais detalhado, entendemos que o pedido de esclarecimento deve mirar omissão, obscuridade, contradição ou erro material no pronunciamento saneador, por interpretação analógica à hipótese de cabimento dos embargos de declaração, presentes no art. 1.022 do CPC/2015. Isso porque, como será visto mais à frente, entendemos que a previsão do cabimento do PEAS afasta, por completo, o cabimento dos embargos de declaração. Para que isso seja possível, é preciso que o PEAS tenha, no mínimo, os mesmos objetivos dos embargos de declaração, para que possa substituí-lo eficazmente.

---

[16] Em sentido contrário, afirmando que o PEAS é um pedido de reconsideração, veja-se: "PLEITO DE ADEQUAÇÃO EQUIVALENTE A PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DIANTE DO SEU NÍTIDO CARÁTER DE INCONFORMISMO VISANDO ALTERAR O QUE RESTOU DECIDIDO. INAPLICABILIDADE AO CASO DA REGRA PREVISTA NO § 1º, DO ART. 357, CPC. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO QUE NÃO SUSPENSE OU INTERROMPE O PRAZO RECURSAL. DECISÃO ANTERIOR PRECLUSA QUE POR PRIMEIRO CAUSOU GRAVAME À RECORRENTE. INSURGÊNCIA INTEMPESTIVA. NÃO CONHECIMENTO" (TJPR – 14ª Câmara Cível – AI 0010388-77.2019.8.16.0000 – Rel. Des. João Antônio de Marchi, j. em 19/03/2019).

[17] Nesse sentido, veja-se BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 357. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562.

[18] Em sentido contrário, aparentemente sustentando que "esclarecer" e "ajustar" seriam sinônimos, veja-se: "*In casu,* em que pese o embargante sustente de que se trata de um pedido de esclarecimento ou solicitação de ajuste do saneador, a pretensão da petição de mov. 48.1 não se amolda ao pleito de adequação previsto no § 1°, artigo 357, do Código de Processo Civil, vez que apresenta unicamente mero inconformismo com a deliberação proferida na decisão de saneamento, possuindo, portanto, roupagem de pedido de reconsideração" (TJPR – 10ª Câmara Cível – AI 0046995-26.2018.8.16.0000 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/04/2019).

Por outro lado, em relação ao pedido de ajustes, defendemos que sua meta é promover tanto a reforma,[19] no caso de um *erro in judicando* (erro na aplicação do direito material), quanto a invalidação, diante de um *error in procedendo* (erro na aplicação do direito processual), de algum ponto do pronunciamento saneador.[20] Com isso, a previsão do PEAS pode afastar o cabimento dos recursos de interposição imediata (agravo de instrumento e agravo interno), sem perda para a tutela do direito das partes e com a vantagem de ser julgado, rapidamente e sem custos, pelo próprio órgão prolator da decisão impugnada.

Nesse passo, é preciso sublinhar que o PEAS pode visar apenas esclarecer ou ajustar o pronunciamento saneador, bem como cumular tais funções, seja em relação a um mesmo ponto, seja em relação a diferentes pontos. A possibilidade de cumulação de objetivos do PEAS dependerá, exclusivamente, da presença ou não dos vícios supramencionados no pronunciamento judicial. Assim, apenas a título ilustrativo, basta pensar num pronunciamento saneador que indefere a redistribuição do ônus da prova, apesar da presença dos requisitos legais, e defere a produção de prova oral, sem especificar o tipo de prova oral deferida. Nessa hipótese, a decisão sobre a redistribuição do ônus da prova desafiará pedido de ajuste, e a decisão sobre a prova oral, pedido de esclarecimentos.

2.3. A decisão sujeita ao PEAS

Em nossa visão, o PEAS é cabível exclusivamente em face do pronunciamento saneador do processo (art. 357 do CPC/2015), não apenas pela disposição literal do artigo, mas também pela insegurança jurídica que geraria a discussão sobre a utilização da medida em face de outras decisões. Assim, mesmo que uma decisão promova algum tipo de organização processual ou probatória (aspecto material), não desafiará o PEAS se não estiver rotulada como decisão de saneamento (aspecto formal) e tiver sido proferida após o encerramento da fase postulatória e antes do início da fase instrutória, nos termos do art. 357 do CPC/2015 (aspecto procedimental ou topográfico). Mesmo em procedimentos especiais, o PEAS somente será cabível se a fase de saneamento for derivada da aplicação subsidiária do rito comum.

---

[19] Em sentido semelhante, veja-se LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 132.

[20] Em sentido contrário, afirmando que o PEAS não pode ventilar pretensão de correção do pronunciamento saneador, veja-se: *"In casu,* infere-se que a pretensão do recorrente não era a de obter esclarecimentos ou solicitar ajustes relativos ao saneamento do processo, tratando-se, a meu sentir, de verdadeiro pedido de reconsideração. O pedido de reconsideração não é tido como recurso e, portanto, não suspende o prazo recursal. Assim, para fins de contagem do prazo recursal, considera-se a data da primeira decisão" (TJMG – 7ª Câmara Cível – AgInt no AI 1.0433.14.007846-3/003 – Rel. Des. Wilson Benevides, j. em 17/07/2018).

Note-se que o CPC/2015 prevê, dentro da estrutura do rito comum, três formas de elaboração do saneamento:[21]

a) o saneamento por escrito, feito pelo magistrado, sem a participação direta das partes (art. 357, *caput*);

b) o saneamento consensual, feito pelas partes e homologado pelo juiz (art. 357, § 2º);

c) o saneamento comparticipativo, feito pelo magistrado em audiência, com a colaboração das partes, se a causa apresentar "complexidade em matéria de fato ou de direito" (art. 357, § 3º).

Em nossa opinião, apenas o saneamento feito pelo juiz fora de audiência, por escrito, se sujeita ao PEAS, uma vez que, em relação ao saneamento consensual, o art. 357, § 2º, do CPC/2015 afirma que, uma vez homologado pelo julgador, o ato de saneamento "vincula as partes e o juiz". No que toca aos esclarecimentos e ajustes que se façam necessários, no caso de saneamento comparticipativo, estes devem ser feitos oral e imediatamente, em homenagem ao princípio da oralidade e em observância ao comando contido na parte final do art. 357, § 3º, do CPC/2015.[22] De fato, dispõe a parte final do art. 357, § 3º, do CPC/2015 que, no saneamento comparticipativo, as partes serão convidadas pelo juiz a integrar ou esclarecer as suas alegações em audiência.[23] De modo que, após a audiência, o ato de saneamento restará precluso, inclusive em relação ao magistrado.

---

[21] Trata-se de uma classificação bastante similar àquelas que vêm sendo defendidas na doutrina. Nesse sentido, veja-se LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 127: "A decisão de saneamento e organização do processo poderá ser proferida de três maneiras, todas destinadas, especialmente, em delimitar e fixar as questões de direito, sendo elas, por decisão unilateral do juiz (em gabinete), por homologação do negócio jurídico processual bilateral e na audiência de saneamento compartilhado (oralmente reduzido a termo)".

[22] Nesse sentido, vejam-se também LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339; DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 703; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante o procedimento comum. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 162; e LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 133. Em sentido contrário, afirmando que o PEAS é cabível em face da decisão contida em qualquer tipo de pronunciamento saneador, veja-se ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 526.

[23] Dispõe o art. 357, § 3º, do CPC/2015: "Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações".

2.4. O juízo competente para a apresentação do PEAS

Tratando-se de meio impugnativo próprio, entendemos que o PEAS deve ser apresentado diretamente ao juízo que proferiu o pronunciamento saneador, ainda que o procedimento seja da competência originária dos tribunais.[24] Para tanto, basta que o procedimento em curso na instância superior esteja aplicando o rito comum e que o pronunciamento saneador seja proferido com base no art. 357 do CPC/2015.

2.5. Os legitimados para apresentar o PEAS

Muito embora o art. 357, § 1º, do CPC/2015 diga que são as partes que têm o direito de apresentar o PEAS, é preciso perquirir sobre o alcance de tal comando. Além das partes da demanda, seja autor ou réu, sustentamos que também os intervenientes especiais podem apresentar PEAS, tais como a Curadoria Especial (art. 72), o assistente (arts. 121 a 124 do CPC/2015), o denunciado (arts. 125 a 129 do CPC/2015), o chamado (arts. 130 a 132 do CPC/2015), o *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015),[25] o Ministério Público, quando atuando como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do CPC/2015), e a Defensoria Pública, quando atuando como *custos vunerabilis* (art. 565 do CPC/2015).

2.6. A irrecorribilidade imediata da decisão contida no pronunciamento saneador

Tratando-se de procedimento tramitando na primeira instância, as decisões contidas no pronunciamento saneador desafiam, em tese, apelação (arts. 1.009 a 1014 do CPC/2015), agravo de instrumento (arts. 1.015 a 1.020 do CPC/2015) e embargos de declaração (art. 1.022 a 1.026 do CPC/2015). No caso de pronunciamento saneador exarado nas instâncias superiores, também de uma perspectiva hipotética, seriam cabíveis, além dos embargos de declaração, o agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015) e os recursos excepcionais (arts. 1.029 a 1.041 do CPC/2015).

Tanto na primeira instância quanto nas instâncias superiores, a apelação e os recursos excepcionais somente podem atacar as decisões contidas no pronunciamento saneador de maneira diferida, após a prolação da decisão final (sentencial), que encerre o correspondente módulo cognitivo do procedimento

[24] A ação rescisória é um exemplo de procedimento da competência originária dos tribunais em que pode ser proferido um pronunciamento saneador, com base no art. 357 do CPC/2015 (art. 970 do CPC/2015), abrindo caminho para que as partes apresentem PEAS.

[25] No caso específico do *amicus curiae*, entendemos que o PEAS somente pode versar sobre esclarecimentos e não sobre ajustes, por conta dos comandos contidos no art. 138, §§ 1º e 3º, do CPC/2015, respectivamente: "A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º" e "O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas".

(art. 1.009, § 1º, do CPC/2015 e arts. 102, III, e 105, III, da CF). Nos demais casos, sustentamos que a decisão contida no pronunciamento saneador, independentemente da instância em que esteja sendo proferido, não desafia recurso de interposição imediata (agravo de instrumento, embargos de declaração ou agravo interno).[26] A razão da irrecorribilidade dessas decisões interlocutórias é que o pronunciamento saneador dispõe de meio impugnativo próprio, o PEAS, com objetivos que, na nossa opinião, absorvem as finalidades dos recursos de interposição imediata. Nesse sentido, veja-se a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

> Assim, mesmo que haja na decisão algum dos pressupostos autorizadores dos embargos de declaração, importa entender o pedido de esclarecimento do § 1.º do art. 357 como elemento cooperativo visando a uma prestação jurisdicional ótima, inclusive na perspectiva procedimental, e não como recurso. Até porque pode ocorrer, em sentido diametralmente oposto, que não haja, na decisão, nenhum autorizativo para os declaratórios e, mesmo assim, ela precisar ser esclarecida e/ou ajustada para tornar mais eficiente possível a fase instrutória do processo.[27]

Destarte, se a parte não compreender ou não concordar com algum ponto do pronunciamento saneador, seja um despacho, seja uma decisão interlocutória, a única forma de que dispõe para se insurgir, num primeiro momento, é pelo PEAS. Em outras palavras, se a parte ajuizar diretamente agravo de instrumento, embargo de declaração ou agravo interno em face de decisão interlocutória contida no pronunciamento saneador, esse recurso deverá ser inadmitido, por falta de interesse recursal no plano da adequação. Essa conclusão decorre fundamentalmente da dicção legal do art. 357, § 1º, do CPC, que afirma que a falta de interposição do PEAS faz com que o pronunciamento saneador se estabilize. É preciso alertar, no entanto, que essa estabilidade não alcança os fatos novos que surgirem ao longo do procedimento (art. 493 do CPC/2015), bem como as questões de ordem pública e as questões que não puderam ser impugnadas por legítimo impedimento da parte (art. 278 do CPC/2015).

Nem mesmo o recurso de embargos de declaração escapa dessa lógica, ainda que, por expressa disposição legal, possa ser interposto em face de "qualquer decisão judicial" (art. 1.022 do CPC/2015).[28] Isso porque, em razão do critério da especialidade, a previsão de um mecanismo próprio de esclarecimento

---

[26] Nesse sentido, veja-se FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil.** Salvador: Juspodivm, 2015, p. 299**.**

[27] BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 357. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 562.

[28] Alguns estudiosos, no entanto, admitem tanto a interposição de PEAS quanto de embargos de declaração em face do pronunciamento saneador. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 480.

da decisão judicial afasta o cabimento do recurso que, em última análise, visa exatamente obter o esclarecimento de uma decisão judicial.[29]

No caso específico do agravo de instrumento, cujo cabimento é objeto de inúmeras e complexas discussões, é preciso sublinhar que a recorribilidade em imediato do pronunciamento saneador não fica restrita ao pronunciamento judicial sobre a redistribuição do ônus da prova,[30] mas abarca também outras decisões interlocutórias, como, por exemplo, a que aprecia o pedido de antecipação da tutela, a alegação de convenção de arbitragem ou o requerimento de gratuidade de justiça (art. 1.015, I, III e V, do CPC/2015). Sem sombra de dúvida, no entanto, é a decisão sobre a redistribuição do ônus da prova a mais destacada, pois expressamente mencionada dentre as atividades de saneamento (art. 357, III, do CPC/2015).[31] De qualquer forma, se uma decisão interlocutória prevista no pronunciamento saneador causar grave e imediato dano para a parte interessada, ela pode pedir a concessão do efeito suspensivo ao PEAS[32] e, em casos absolutamente excepcionais, ajuizar diretamente agravo de instrumento ou agravo interno, justificando por que não poderia aguardar o julgamento do PEAS.

Note-se que, na nossa visão, a possibilidade de interposição simultânea de PEAS e de recurso em face da decisão contida no pronunciamento saneador seria capaz de provocar insegurança jurídica, em razão da sobreposição desses meios impugnativos. Ademais, se isso fosse possível, teoricamente, o interessado teria que interpor o recurso antes do prazo de cinco dias, previsto para a interposição do PEAS, para evitar a estabilização mencionada no art. 357, § 1º, do CPC/2015. No caso de embargos de declaração, cujo prazo é também de cinco dias (art. 1.023 do CPC/2015), isso não representaria um obstáculo. Mas em se tratando de agravo de instrumento ou de agravo interno, cujo prazo de interposição é de 15 dias (art. 1.003, § 5º, do CPC/2015), a incompatibilidade seria evidente.

Apesar dessas ponderações, tem prevalecido, ao menos na jurisprudência dos tribunais inferiores, o entendimento de que as decisões interlocutórias

---

[29] Nesse sentido, dispõe o Enunciado 27, aprovado pelos magistrados que integraram os Grupos de Trabalho do Fórum de Debates e Enunciados sobre o novo Código de Processo Civil, sessão plenária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais de 26 de fevereiro de 2016: "(art. 357, § 1º) Cabe pedido de esclarecimentos e solicitação de ajustes em relação à decisão saneadora prevista no caput do art. 357, sendo inadmissíveis os embargos de declaração". Na doutrina, vejam-se ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 526; e DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 703.

[30] Nesse passo, importante esclarecer que, na nossa visão, não apenas a decisão que defere a redistribuição do ônus da prova, mas também a decisão que indefere a redistribuição do ônus da prova, são sujeitas ao agravo de instrumento. Sobre o tema, veja-se ROCHA, Felippe Borring; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório. **Revista Brasileira de Direito Processual,** nº 101, jan./mar. 2018, p. 120.

[31] AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 480**.**

[32] A possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao PEAS será melhor estudada no item subsequente deste texto**.**

contidas no pronunciamento saneador desafiariam, simultaneamente, tanto PEAS quanto recurso de interposição imediata, cada um dentro do seu prazo próprio, sem interrupção de um em relação ao outro. Essa posição será melhor explanada no próximo item deste texto.

Por outro lado, alguns estudiosos sustentam uma posição intermediária. Nessa linha de pensamento, só caberia PEAS em face dos despachos que, inseridos no corpo do pronunciamento saneador, não desafiassem recurso. Nesse sentido, afirma Haroldo Lourenço:

> Cumpre registrar que somente haverá estabilização sobre as questões probatórias, ou seja, delimitação dos fatos probandos, ordem de produção, marcação de audiência etc., não sobre temas que podem ser objeto de agravo de instrumento (art. 1.015) ou de apelação (art. 1.009, § 1º), como será mais bem analisado adiante, tampouco sobre questões supervenientes (art. 493). Por esse motivo, se na decisão de saneamento e organização do processo houver capítulo em que se redistribua o ônus da prova (art. 373, § 1º), caberá agravo de instrumento.[33]

Essa construção, embora seja melhor do que simplesmente admitir, sem qualquer restrição, o cabimento de recurso e de PEAS em face das decisões contidas no pronunciamento saneador, não se coaduna com a previsão legal expressa no art. 357, § 1º, do CPC/2015. De fato, quando o legislador imaginou o PEAS, sabia, de antemão, que o pronunciamento saneador apresentaria em seu corpo decisões recorríveis. Logo, criar uma diferenciação que não consta do texto, direcionando o PEAS exclusivamente para os despachos, não parece ser a melhor forma de lidar com o instituto.

Note-se, ainda, que, na maioria das vezes, não são os despachos que demandam esclarecimentos e ajustes, mas as decisões interlocutórias. Ademais, é no mínimo questionável falar em estabilidade de despachos, que, por sua própria natureza, podem ser revistos a qualquer tempo. Por isso, torna-se difícil conjugar o entendimento em tela com o comando expresso na parte final do art. 357, § 1º, do CPC/2015. De modo que, se a ideia fosse direcionar o PEAS exclusivamente para os despachos, melhor seria não ter previsto impugnação alguma, porque os embargos de declaração seriam suficientes para sanar os vícios eventualmente presentes no pronunciamento saneador.

[33] LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

2.7. A estabilização do pronunciamento saneador

Conforme já destacado, a parte final do art. 357, § 1º, do CPC/2015 estabelece que, após o escoamento do prazo para interposição do PEAS, "a decisão se torna estável". Não existe, no entanto, uniformidade sobre o sentido de tal estabilidade em razão da profusão de pressupostos diferentes adotados em relação ao funcionamento do PEAS. Para Carolina Uzeda, por exemplo, a estabilidade das decisões contidas no pronunciamento saneador somente atingiria o magistrado, não maculando o direito das partes de requerer a análise do assunto em sede recursal.[34] É a posição mais aceita na doutrina, contando com o apoio de estudiosos como Dierle Nunes e Natanael Lud Santos e Silva,[35] e Juliane Gomes Louzada e Vinicius Silva Lemos.[36] Alexandre Freitas Câmara, nesse sentido, esclarece que a estabilidade do pronunciamento saneador significa que:

> [...] no primeiro grau de jurisdição, não será mais possível alterar-se o objeto da cognição (ressalvada a possibilidade de se ter de levar em conta algum fato ou direito superveniente). Além disso, aquilo que já estiver decidido ficará precluso para o juízo de primeiro grau, não sendo mais possível que o juiz, por exemplo, julgue extinto o processo sem resolução de mérito com base em fundamento afastado expressamente (afinal, já terá ele proclamado nada haver no processo que impeça a resolução do mérito com base em fundamento que ainda não tivesse sido suscitado) ou deixe de enfrentar e resolver alguma questão de fato ou de direito que tenha sido expressamente incluída entre aquelas que são relevantes para a decisão de mérito do processo. Esta preclusão, é bom que se registre, só alcança o juízo, mas não as partes, que poderão rediscutir todas essas matérias em sede de apelação (ou contrarrazões de apelação), nos termos do art. 1.009, § 1º, além de poderem ser apreciadas em grau de recurso, algumas delas até de ofício (art. 485, § 3º).[37]

---

[34] UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v. 289, mar. 2019, p. 174.

[35] Alguns estudiosos que não reconhecem a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao PEAS alertam para o inconveniente risco da utilização de meios impugnativos em face do pronunciamento saneador. Nesse sentido, veja-se NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Comentários ao art. 357. *In:* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 528.

[36] LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 1.

[37] CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 195.

Trata-se da mesma linha de raciocínio adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves.[38] Nesse sentido, podem-se citar igualmente Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, para quem o pronunciamento saneador se torna estável e:

> [...] seu conteúdo só poderá ser objeto de novo debate no juízo de segundo grau, acaso devidamente impugnada a questão em preliminar de apelação ou nas respectivas contrarrazões (art. 1.009, § 1.º), ressalvada eventual decisão sobre a distribuição do ônus da prova, que é imediatamente recorrível mediante agravo de instrumento (art. 1.015, XI).[39]

Nesse sentido, também merecem ser citadas as lições de Flávio Luiz Yarshell, Guilherme J. Pereira Setoguti e Viviane Siqueira Rodrigues:

> Diante das hipóteses legais para o cabimento do agravo de instrumento e pensada a lógica do sistema no que diz respeito à estabilidade pretendida, ocorre que determinados pronunciamentos em sede de saneamento adquirem mais do que estabilidade. É possível que, em determinadas hipóteses, a não interposição de agravo leve efetivamente à preclusão, impedindo que a questão seja discutida até mesmo em sede de apelação ou deduzida em contrarrazões. É o que se pode afirmar a respeito dos incs. III, VI, VII, VIII e IX do art. 1015.[40]

Em suma, para a orientação prevalente, a estabilidade prevista na parte final do art. 357, § 1º, do CPC/2015 ocorre para o magistrado, mas não para as partes, que poderão atacar as decisões interlocutórias por meio de recursos de interposição imediata ou diferida, desde que o façam tempestivamente. Essa orientação, por sinal, já foi adotada em pelo menos um julgado oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *In verbis*:

---

[38] NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil:** volume único. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 697.

[39] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante o procedimento comum. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

[40] YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme J. Pereira; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379.

> Sentença de improcedência do pedido, ao fundamento de que a parte autora não se desincumbiu de seu ônus probatório. Questão preliminar levantada no apelo. Alegação de que requereu na petição inicial a produção da prova oral, o que não foi analisado na decisão de saneamento do processo. Em que pese o recorrente não ter, nos termos do § 1º, do art. 357, do CPC, pedido esclarecimentos ou solicitado ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, tendo a decisão se tornado estável, conforme entendimento doutrinário sob o tema, essa estabilidade é relativa ao juiz e não às partes, podendo a questão ser suscitada em sede recursal, como preliminar de apelação. Evidente no caso a pertinência da produção dessa prova, eis que somente ouvindo-se em juízo pessoas que acompanharam o acontecido se apresenta possível a busca pela verdade dos fatos. Recurso a que se dá provimento, para, acolhendo a preliminar suscitada, determinar o deferimento da produção da prova oral requerida pelo apelante, anulando, por consequência, a sentença (TJRJ – 16ª Câmara Cível – AC Apelação Cível nº 0017052-80.2014.8.19.0206 – Rel. Des. Carlos José Martins Gomes, j. em 08/05/2018).

Para Haroldo Lourenço, no entanto, a estabilização do pronunciamento saneador, após o término do prazo para apresentação do PEAS, não pode ser modificada nem mesmo pelo recurso interposto em face da decisão final. *In verbis*:

> De igual modo, tal decisão sempre se estabilizará, vinculando as partes e o julgador, em todos os graus de jurisdição, do contrário não faria sentido, ou seja, limita a profundidade do efeito devolutivo da apelação (art. 1.013, §§ 1º e 2º). Tal vinculação, contudo, não atinge fatos supervenientes, pois só atinge as situações que até aquele momento existiam. Cumpre ressaltar que não se pode confundir estabilização de tutela antecipada antecedente, com a estabilização da decisão de saneamento e organização do processo, ora tratada, sendo a primeira mais intensa, eis que, para ser revista, há a necessidade de propositura de nova ação.[41]

Na jurisprudência, entretanto, tem prevalecido o entendimento de que, se a decisão presente no pronunciamento saneador não desafiar recurso de interposição imediata, a falta de impugnação pelo PEAS faz com que ela se

[41] LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

estabilize e não possa ser revista em sede recursal. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> CERCEAMENTO DE DEFESA – PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA – MATÉRIA ALHEIA AOS PONTOS CONTROVERTIDOS ELENCADOS NA ETAPA DE SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE PEDIDO DE ESCLARECIMENTO OU AJUSTE NO PRAZO LEGAL – PRECLUSÃO – INTELIGÊNCIA DO ART.357, §1º, DO CPC/2015 (TJPR – 14ª Câmara Cível – AC 0023393-32.2016.8.16.0014 – Rel. Des. Themis de Almeida Furquim, j. em 15/05/2019).
>
> Não tendo a parte interessada pedido esclarecimentos ou solicitado ajustes na decisão saneadora, nos termos do artigo 357, §1º do CPC, ocorre a estabilização da decisão, restando preclusa a rediscussão da matéria, não havendo de se falar em cerceamento de defesa, agora em sede recursal, para justificar a cassação da sentença (TJMG – 10ª Câmara Cível – AC 1.0000.18.122018-7/001 – Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, j. em 21/05/2019).
>
> Decisão saneadora pela qual o i. magistrado de 1º grau fixou os pontos controvertidos e designou audiência de instrução e julgamento para a oitiva de testemunhas – pleito de realização de prova pericial denegado – apelante que não apresentou insurgência no momento oportuno – hipótese de estabilização da decisão – inteligência do art. 357, §1º do CPC/2015 (TJSP – 12ª Câmara de Direito Privado – AC 1009465-50.2016.8.26.0068 – Rel. Des. Castro Figliolia, j. em 22/01/2019).
>
> 2. De acordo com o art. 357, § 1º, da decisão de saneamento e de organização do processo 'As partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável'. 2.1. Ou seja, segundo o rito processual estabelecido a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, o inconformismo das partes acerca da decisão de saneamento deve ser apresentado como pedido de esclarecimentos ou solicitação de ajustes e, caso o inconformismo persista, ser devolvido como preliminar em apelação (art. 1.009, § 1º, CPC) (TJDF – 2ª Turma Cível – AgInt no AI 0702203-63.2016.8.07.0000 – Rel. Des. João Egmont, j. em 10/05/2017).

Importante registrar ainda que, na visão de Rodolfo Kronemberg Hartmann, o legislador foi infeliz ao empregar a expressão "estável" para descrever a condição do pronunciamento saneador após o decurso do prazo para apresentação do PEAS.[42] Para Hartmann, a estabilidade mencionada no texto legal deveria ser interpretada como simples preclusão.

Pois bem. Na nossa opinião, a estabilidade mencionada no art. 357, § 1º, do CPC/2015 deve ser interpretada como modalidade especial de preclusão, voltada para proteger o saneamento do processo e, assim, otimizar as atividades subsequentes (instrutórias e decisórias) e assegurar o contraditório qualificado. Nesse sentido, as matérias que não estiverem enquadradas no pronunciamento saneador não poderão ser objeto de julgamento. Por certo, essa estabilidade não abarca questões de ordem pública, nem se aplica aos casos em que houver mudança fática ao longo do procedimento ou justo impedimento das partes.

A partir dessa primeira colocação, é possível afirmar que todas as decisões contidas no pronunciamento saneador ficarão estáveis após o escoamento do prazo para apresentação do PEAS e não poderão mais ser atacadas por meio de recurso, seja de interposição imediata (embargos de declaração, agravo interno ou agravo de instrumento), seja diferida (apelação ou recursos excepcionais).

Desse modo, pensando em procedimentos em curso na primeira instância, podemos apresentar os seguintes exemplos:

a) se no pronunciamento saneador o juiz indeferir a oitiva de testemunhas, matéria que em tese não desafia agravo de instrumento, a falta de interposição do PEAS faz com que a decisão se torne estável e não possa ser atacada nem mesmo após a sentença, mediante apelação (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015);
b) se no pronunciamento saneador o juiz deferir a inversão do ônus da prova, pronunciamento agravável (art. 1.015, XI, do CPC/2015), a falta de apresentação do PEAS inviabiliza não apenas a interposição do agravo de instrumento, mas também a interposição de apelação para discutir a matéria no final do procedimento.

Outro ponto que merece ser sublinhado é que a estabilidade decorrente do término do prazo para apresentação do PEAS também deve atingir o juízo. Essa, talvez, a única justificativa plausível para o legislador ter empregado a expressão "estável", em vez do conhecido termo "preclusão". Com efeito, a preclusão é um fenômeno que atinge as partes, mas não o juízo. No caso do pronunciamento saneador, se ele se tornou "estável", isso significa que as partes aceitaram o seu conteúdo e não há por que ele ser alterado após o ingresso do procedimento na fase probatória da instrução. Portanto, sendo as partes

[42] HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso completo do novo processo civil**. 4ª. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 328.

capazes e o direito disponível, o conteúdo do pronunciamento saneador, após a ultrapassagem do prazo de cinco dias *in albis*, não pode mais ser modificado, seja pelas partes, seja pelo julgador.[43]

Frise-se que, se a apresentação de PEAS inibe, num primeiro momento, a recorribilidade do pronunciamento saneador, após o julgamento do PEAS, entretanto, a questão impugnada poderá ser atacada pelos recursos cabíveis, uma vez que o julgamento do PEAS é incorporado ao pronunciamento saneador, tal qual ocorreria no caso de embargos de declaração.[44] Em outras palavras, a decisão que julga o PEAS não tem autonomia em relação ao pronunciamento saneador, pois a ele se incorpora.[45] Logo, na nossa compreensão, após a interposição do PAES, fica afastada a estabilidade prevista no art. 357, § 1º, do CPC/2015, abrindo caminho para a utilização dos recursos cabíveis em face das decisões interlocutórias. Assim, aproveitando os exemplos anteriormente citados:

a) se no pronunciamento saneador o juiz indeferir a oitiva de testemunhas, após a interposição do PEAS, a decisão que o julgar vai se integrar ao pronunciamento saneador e poderá ser atacada, após a prolação da sentença, mediante apelação (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015);

b) se no pronunciamento saneador o juiz deferir a inversão do ônus da prova, após a interposição do PEAS, a decisão que o julgar vai se integrar ao pronunciamento saneador e poderá ser atacada por embargos de declaração[46] ou por agravo de instrumento.

De sorte que não cabe PEAS da decisão que julga o PEAS. Cabem, apenas, os recursos correspondentes ao conteúdo da decisão impugnada e à instância em que tramita o procedimento.

---

[43] Nesse sentido, veja-se LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 135.

[44] Sobre o efeito modificativo dos embargos de declaração, veja-se ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 764.

[45] Em sentido contrário, afirmando que a decisão que julga o PEAS é uma decisão interlocutória autônoma e que não se inclui no rol do art. 1.015 do CPC/2015, vejam-se: "DECISÃO MONOCRÁTICA – ARTIGO 932, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE LIMINAR – DECISÃO QUE NÃO ACOLHE O PEDIDO DE AJUSTES AO DESPACHO SANEADOR, REQUERIDO NOS TERMOS DO ART. 357, § 1º, CPC – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL, À LUZ DA NOVA SISTEMÁTICA DO PROCESSO CIVIL, QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES TAXATIVAS DE CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO NÃO CONHECIDO" (TJPR – 17ª Câmara Cível – AI 0047755-72.2018.8.16.0000 – Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, j. em 08/11/2019) e "Saneado o processo o agravante formulou requerimento de esclarecimento ou ajustes nos termos do art. 357, §1º do CPC/2015, o qual foi indeferido. O agravo ataca este indeferimento. Entretanto a decisão não comporta agravo de instrumento por ausência de previsão legal e sequer se encaixa no inc. XI, do art.1.015 do CPC, posto que se refere à redistribuição do ônus da prova - hipótese diversa dos autos. RECURSO NÃO CONHECIDO" (TJPR – 12ª Câmara Cível – AI 1661684-1 – Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. em 05/04/2017).

[46] Por certo, os embargos de declaração somente poderão ser manejados se omissa, contraditória, obscura ou equivocada a decisão que julgar o PEAS.

2.8. Os efeitos decorrentes da interposição do PEAS

2.8.1. Efeito interruptivo

Atualmente, uma das maiores controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial é saber se a interposição do PEAS enseja algum tipo de efeito sobre o pronunciamento saneador impugnado, principalmente uma eventual interrupção da contagem dos prazos, o chamado efeito interruptivo.[47] Na nossa opinião, a interposição do PEAS deve ser considerada como capaz de produzir o efeito interruptivo, especialmente para evitar insegurança jurídica.[48] Nesse sentido, veja-se a lição de Guilherme Rizzo Amaral:

> Já no que tange à interrupção do prazo para agravo de instrumento, tem-se que ela se opera quando apresentado o pedido de esclarecimentos. Não pode a parte ser surpreendida com a supressão de seu direito de impugnar a decisão saneadora caso o juiz tarde para resolver o pedido de que trata o § 1º do art. 357.[49]

Nesse sentido, adotando tal orientação, vejam-se os seguintes julgados:

> Interposição de agravo de instrumento contra decisão saneadora após a rejeição de pedido de esclarecimentos formulado pela ré nos termos do art. 357, § 1º, do CPC. Manifestação que possui função análoga aos embargos de declaração, mostrando-se adequada a atribuição a ela de efeito interruptivo quanto ao prazo para a interposição de recursos. Extemporaneidade não reconhecida. [...] (TJSP – 29ª Câmara de Direito Privado – AI 2162475-39.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Fabio Tabosa, j. em 31/01/2019).

---

[47] A interrupção da contagem do prazo recursal, sem dúvida, é a questão mais candente, mas é preciso lembrar que o efeito interruptivo não se limita a ela, podendo interromper também a contagem de outros prazos eventualmente fixados no pronunciamento saneador, como o prazo para juntada de documentos ou para apresentação do rol de testemunhas.

[48] Nesse sentido, vejam-se LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 133, ; e YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme J. Pereira; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379.

[49] AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 480.

> Consoante prescreve o estatuto processual, às partes é assegurado o direito de solicitarem ao juízo esclarecimento ou ajustes acerca da decisão que promovera o saneamento do processo (NCPC, art. 357, § 1º), tornando inviável que seja reputada preclusa a questão que, conquanto previamente resolvida, se afigura ainda passível de revisão na forma dessa ritualística processual, porquanto, como cediço, o instituto da preclusão derivara da necessidade de assegurar efetividade ao processo e o alcance do seu desiderato, resultando no impedimento do revolvimento apenas de questões já resolvidas através de decisão irrecorrida ou irrecorrível (TJDF – 1ª Turma Cível – AI 0703713-43.2018.8.07.0000 – Rel. Des. Teófilo Caetano, j. em 04/07/2018).

> ALEGADO ERRO MATERIAL QUANTO AO NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR INTEMPESTIVIDADE E OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ACOLHIMENTO. DECISÃO PRETÉRITA DE SANEAMENTO (ART. 357 DO CPC/2015), QUE PERMITE SOLICITAÇÃO DE AJUSTES NOS TERMOS DO § 1º DO MESMO DISPOSITIVO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA A SEGUNDA DECISÃO, QUE ESTABILIZA O TEMA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A INTEMPESTIVIDADE E CONHECER DO RECURSO (TJSC – 2ª Câmara de Direito Comercial – ED no AI 4008815-79.2017.8.24.0000 – Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 08/05/2018).

Ademais, como utilizamos o regramento dos embargos declaratórios como base interpretativa do PEAS, necessário que se apliquem a ele os dispositivos contidos nos arts. 1.026, *caput*, e 1.024, § 4º, ambos do CPC/2015, a fim de lhe atribuir não apenas o efeito interruptivo do prazo recursal, mas também a possibilidade de complementação das razões recursais, caso já se tenha interposto recurso contra o pronunciamento saneador que eventualmente venha a ser alterado em razão do julgamento do PEAS.[50] Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> Interposição de agravo de instrumento contra decisão saneadora após a rejeição de pedido de esclarecimentos formulado pela ré nos termos do art. 357, § 1º, do CPC.

[50] Nesse sentido, vejam-se LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017, p. 133; e YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme J. Pereira; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 379.

> Manifestação que possui função análoga aos embargos de declaração, mostrando-se adequada a atribuição a ela de efeito interruptivo quanto ao prazo para a interposição de recursos. Extemporaneidade não reconhecida. [...] (TJSP – 29ª Câmara de Direito Privado – AI 2162475-39.2018.8.26.0000 – Rel. Des. Fabio Tabosa, j. em 31/01/2019).

> Consoante prescreve o estatuto processual, às partes é assegurado o direito de solicitarem ao juízo esclarecimento ou ajustes acerca da decisão que promovera o saneamento do processo (NCPC, art. 357, § 1º), tornando inviável que seja reputada preclusa a questão que, conquanto previamente resolvida, se afigura ainda passível de revisão na forma dessa ritualística processual, porquanto, como cediço, o instituto da preclusão derivara da necessidade de assegurar efetividade ao processo e o alcance do seu desiderato, resultando no impedimento do revolvimento apenas de questões já resolvidas através de decisão irrecorrida ou irrecorrível (TJDF – 1ª Turma Cível – AI 0703713-43.2018.8.07.0000 – Rel. Des. Teófilo Caetano, j. em 04/07/2018).

> ALEGADO ERRO MATERIAL QUANTO AO NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR INTEMPESTIVIDADE E OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ACOLHIMENTO. DECISÃO PRETÉRITA DE SANEAMENTO (ART. 357 DO CPC/2015), QUE PERMITE SOLICITAÇÃO DE AJUSTES NOS TERMOS DO § 1º DO MESMO DISPOSITIVO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA A SEGUNDA DECISÃO, QUE ESTABILIZA O TEMA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A INTEMPESTIVIDADE E CONHECER DO RECURSO (TJSC – 2ª Câmara de Direito Comercial – ED no AI 4008815-79.2017.8.24.0000 – Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 08/05/2018).

Uma posição diferenciada sobre o tema pode ser vista no estudo feito por Carolina Uzeda.[51] A estudiosa defende que o PEAS não terá efeito interruptivo, mas que o prazo recursal somente será iniciado após a intimação da decisão judicial que julgar o pedido: "Apenas após a intimação sobre a decisão do pedido de esclarecimentos ou o decurso do prazo de cinco dias (previsto no art. 357, § 1º), terá início o prazo para interposição de recurso contra a decisão".[52]

[51] UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v. 289, mar. 2019, p. 177.

[52] UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v. 289, mar. 2019, p. 177.

Em que pese ser uma solução interessante, entendemos que a aplicação de prazo sucessivo somente é possível caso haja determinação legal ou judicial prevendo sua aplicação ao caso. Além disso, a parte pode ficar insegura quanto ao início da fluência do prazo, na medida em que a interposição do PEAS pode levar alguns dias até ficar visível no processo. Ela teria que ficar acompanhando diariamente o processo para verificar se seu prazo recursal teve início ou não.

De qualquer forma, o entendimento majoritário na jurisprudência é no sentido de que a interposição do PEAS não dispõe de efeito interruptivo, como se pode verificar dos seguintes julgados:

> Ademais, ao contrário do que entende o recorrente, mesmo se tratasse de pedido de esclarecimento ou ajustes, este não possui o condão de suspender ou interromper o prazo para interposição de recursos, porquanto não possui natureza recursal. Insta salientar que a finalidade prática do disposto no §1° do artigo 357, do Código de Processo Civil, é discutir matérias que não são recorríveis de imediato via do Agravo de Instrumento, salvo se tratar de hipótese prevista no inciso XI, do artigo 1.015 do CPC, devendo aquelas serem discutidas em sede preliminar de Apelação ou contrarrazões, nos termos do artigo 1.009, §1° do CPC (TJPR – 10ª Câmara Cível – AI 0046995-26.2018.8.16.0000 – Rel. Des. Luiz Lopes, j. em 03/04/2019).

> DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA APÓS PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS DE DECISÃO QUE INDEFERIU A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E ANUNCIOU O JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. OCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DO RECURSO CONTRA A DECISÃO DE ESCLARECIMENTOS. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS QUE NÃO INTERROMPE OU SUSPENDE O PRAZO RECURSAL. ARTIGO 357, §1°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 1.015 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 OU DE RISCO AO RESULTADO UTIL DO PROCESSO (TJPR – 11ª Câmara Cível – AI 0001332-20.2019.8.16.0000 – Rel. Des. Lenice Bodstein, j. em 22/02/2019).

> Agravante assistida pela Defensoria Pública que foi intimada em 13/03/2018. Protocolo de 'pedido de esclarecimento' em 20/03/18, o qual não se utiliza da via dos embargos de declaração. Juízo de piso que nada provê diante de

tal pedido. Ausência de efeito interruptivo. Recurso manifestamente intempestivo. [...] Embora a agravante afirme ter sido intimada da decisão agravada em 18 de outubro último, a petição protocolizada em 20 de março de 2018 nos autos de origem (fls. 264) não deixa dúvida de que, nos termos da própria peça, 'a requerente tomou ciência da decisão de fls. 259 em 13 de março de 2018'. A data da intimação foi certificada, aliás, a fls. 261 dos autos de origem. A citada petição formula incomum pedido de esclarecimento, com concessão de efeito suspensivo, sem se utilizar da via dos embargos de declaração. Ao apreciar o pedido, o juízo de primeiro grau inclusive registrou que não havia nada a prover, de modo que não há mesmo como atribuir efeito interruptivo a tal petição. O recurso é, pois, manifestamente intempestivo, uma vez que há muito decorreu o prazo de 15 dias se iniciou no dia 14 de março seguinte ao dia da intimação do agravante. Sendo assim, deixo de conhecer do agravo de instrumento, o que faço na forma do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil (TJRJ – 16ª Câmara Cível – AI 0058856-25.2018.8.19.0000 – Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. em 22/10/2018).

Apresentação de pedido de esclarecimentos, com fulcro no art. 357, § 1º, do CPC, sustentando a Demandante a existência de contradição no decisum, que restou integralmente mantido pelo Juízo a quo. Postulação que não se confunde com embargos de declaração. Inexistência, na espécie, de causa suspensiva ou interruptiva do prazo recursal (TJRJ – 11ª Câmara Cível – AI 0033048-18.2018.8.19.0000 – Rel. Des. Sérgio Nogueira de Azeredo, j. em 18/07/2018).

In casu, infere-se que a pretensão do recorrente não era a de obter esclarecimentos ou solicitar ajustes relativos ao saneamento do processo, tratando-se, a meu sentir, de verdadeiro pedido de reconsideração. O pedido de reconsideração não é tido como recurso e, portanto, não suspende o prazo recursal. Assim, para fins de contagem do prazo recursal, considera-se a data da primeira decisão (TJMG – 7ª Câmara Cível – AgInt no AI 1.0433.14.007846-3/003 – Rel. Des. Wilson Benevides, j. em 17/07/2018).

Conforme entendimento fixado no acórdão, cabia ao agravante, dentro do prazo de quinze dias, interpor recurso contra a decisão saneadora proferida em abril de 2017 e não em face daquela que manteve o capítulo do decisum anterior que inverteu o ônus da prova. Intempestividade reconhecida. 4. Impossibilidade de rediscussão da

> matéria, pela via dos embargos de declaração, provocando novo julgamento de questões já decididas. [...] (TJRJ – 25ª Câmara Cível – AI 0002856-05.2018.8.19.0000 – Rel. Des. Sérgio Seabra Varella, j. em 25/04/2018)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PEDIDO DE ESCLARECIMENTO, COM BASE NO ART. 357, § 1º. PEDIDO DE ESCLARECIMENTO QUE NÃO INTERROMPE O PRAZO PARA AGRAVAR. RECURSO INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 932, III, DO NCPC (TJRJ – 27ª Câmara Cível – AI 0016810-21.2018.8.19.0000 – Rel. Des. Tereza Cristina Sampaio, j. em 16/04/2018).
>
> As agravantes foram intimadas, tendo formulado, perante o magistrado a quo, pedido de esclarecimentos, na forma do artigo 357, §1º, do Código de Processo Civil, o que, no entanto, não tem o condão de interromper eventual prazo recursal. Recurso, nesse contexto, que se reputa manifestamente intempestivo" (TJRJ – 10ª Câmara Cível – AC 0062897-35.2018.8.19.0000 – Rel. Des. Patricia Ribeiro Serra Vieira, j. em 23/08/2017).
>
> O pedido de esclarecimentos e ajustes previsto no § 1º do art. 357 do CPC/15 não possui natureza recursal, pois só são recursos aqueles taxativamente previstos como tal na lei processual. 2. Não há se falar em extensão do efeito interruptivo – previsto apenas para os embargos declaração (art. 1.026, *caput*, do CPC/15) e para os embargos de divergência (art. 1.044, § 1º, CPC), não incidindo em nenhuma outra modalidade recursal - ao pedido de esclarecimentos e ajustes em questão, que sequer recurso é. 3. Recurso conhecido e desprovido (TJDF – 3ª Turma Cível – AgInt no AI 0034741-41.2016.8.07.0000 – Rel. Des. Maria de Lourdes Abreu, j. em 02/02/2017).

A base doutrinária da posição jurisprudencial prevalente é a orientação de Fredie Didier Jr., segundo a qual o PEAS não dispõe "de efeito interruptivo do prazo para o agravo de instrumento, eventualmente cabível contra essa decisão".[53]

[53] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 703.

2.8.2. Efeito devolutivo

Por outro prisma, não nos afigura coerente com os motivos que deram origem ao instituto que o magistrado pudesse ficar limitado, no julgamento do PEAS, aos temas que foram impugnados na sua interposição. Isso porque a reanálise de um ponto impugnado pode levar à revisão de outros pontos a ele correlatos. Assim, por exemplo, se o PEAS visa obter do julgador a expressa manifestação sobre o pedido exordial de inversão do ônus da prova, omitido no pronunciamento saneador, o seu acolhimento pode levar ao deferimento de provas que haviam sido originalmente indeferidas ou vice-versa.

De modo que a interposição do PEAS deve permitir que o magistrado aprecie não apenas a matéria impugnada, mas também aquelas que eventualmente tenham sido afetadas pelo seu acolhimento, nos moldes do que se verifica nos embargos de declaração dotados de efeito modificativo.[54]

2.8.3. Efeito suspensivo

Em relação ao efeito suspensivo, apesar da omissão legal, entendemos que a interposição do PEAS não deve produzir tal efeito automaticamente (*ope legis*), sobretudo considerando que a maioria das decisões contidas no pronunciamento saneador sequer desafia recurso e, entre aquelas que são recorríveis de imediato, o recurso principal somente terá efeito suspensivo se este for deferido pelo julgador (*ope judicis*).

Exatamente por isso, na nossa visão, o juiz pode deferir o efeito suspensivo ao PEAS, se verificar presentes os requisitos legais autorizadores, por meio da fórmula prevista, por exemplo, nos arts. 1.019, I, e 1.026, § 1º, do CPC/2015, que tratam do efeito suspensivo nos embargos de declaração e no agravo de instrumento.[55] Isso porque o pronunciamento saneador pode ter fixado a realização de atos em data próxima, que poderão ficar comprometidos pelo julgamento do PEAS. Nesse sentido, pense-se num pronunciamento saneador que marca audiência de instrução e julgamento (AIJ) para oitiva das testemunhas (art. 357, V, do CPC/2015), mas não se pronuncia sobre o pedido de depoimento pessoal formulado pela parte autora. Se a parte autora apresentar PEAS, pode ser conveniente deferir o efeito suspensivo à impugnação, uma vez que o deferimento do pedido de depoimento pessoal pode levar à prática de atos que inviabilizem a realização da AIJ na data marcada. Ademais, como já sublinhado, no corpo

[54] Sobre o efeito modificativo dos embargos de declaração, veja-se ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 763.

[55] Na doutrina, os estudiosos que abordam o tema se limitam a afirmar que o PEAS não tem efeito suspensivo, sem mencionar se entendem cabível a concessão de tal efeito pelo juiz.

do pronunciamento saneador pode o juiz ter deferido uma tutela antecipada ou outra decisão de execução imediata. Nesses casos, não permitir que o PEAS tenha efeito suspensivo *ope judicis* implicaria reconhecer que a parte interessada teria o direito de ajuizar imediatamente o recurso contra tal decisão,[56] bem como utilizar outros meios impugnativos, tais como o mandado de segurança.[57]

2.9. A fungibilidade entre os embargos de declaração e o PEAS

Como visto, entendemos que a previsão do PEAS afasta por completo o cabimento dos embargos de declaração. Ocorre que, ainda que a parte interessada tenha rotulado sua manifestação como embargos de declaração, não vemos impedimento para que a pretensão de esclarecimento do pronunciamento saneador seja recebida como PEAS. De fato, os requisitos de admissibilidade de ambos os institutos são semelhantes. De forma que seria um formalismo exagerado desconhecer o pedido de esclarecimento, especialmente diante da possibilidade de estabilização do pronunciamento saneador.

2.10. A oitiva da parte contrária antes do julgamento do PEAS

Embora não exista previsão legal, parece-nos que, em homenagem ao princípio do contraditório (art. 10 do CPC/2015), deverá o juiz ouvir a parte contrária diante de um PEAS, independentemente do tipo de decisão que venha a tomar sobre ele. O prazo, nesse caso, em razão da isonomia processual, deverá ser de cinco dias.[58] Na doutrina, no entanto, o entendimento expresso pelo único estudioso que abordou a questão é que essa oitiva somente deve ocorrer se o julgamento do PEAS for capaz de produzir efeitos modificativos, nos moldes do que se estabeleceu em relação aos embargos de declaração (art. 1.023, § 2º, do CPC/2015).[59]

---

[56] Exatamente por isso existe quem sustente que apenas decisões que não desafiam agravo de instrumento podem ser objeto de PEAS. Neste sentido, veja-se LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

[57] Alguns estudiosos que não reconhecem a possibilidade de concessão do efeito suspensivo ao PEAS alertam para o inconveniente risco da utilização de meios impugnativos em face do pronunciamento saneador. Nesse sentido, veja-se NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Comentários ao art. 357. *In:* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 528.

[58] Sobre a inconstitucionalidade de submeter o contraditório ao resultado do julgamento dos embargos de declaração, veja-se ROCHA, Felippe Borring. Contraditório utilitarista. **Revista de Processo**. Vol. 229, mar./2014, p. 184.

[59] Nesse sentido, vejam-se AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 480; e YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme J. Pereira; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 378.

2.11. O julgamento do PEAS

Uma vez proferido o pronunciamento saneador, deverá o magistrado intimar as partes sobre o seu conteúdo para que possam, se quiserem, apresentar seus PEAS. Não fazer isso implica erro grave, visto que atenta, em última análise, contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, comprometendo a validade do pronunciamento saneador e das decisões que lhe forem posteriores. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado:

> 3. *In casu*, embora o réu tenha formulado pedido de produção de prova documental suplementar e prova pericial grafotécnica, este não foi apreciado. Decisão saneadora aduzindo versar a controvérsia questão de direito e ausência de provas a serem produzidas, e determinando a remessa dos autos ao Grupo de Sentença. Partes que sequer foram intimadas da decisão, não lhes sendo oportunizada manifestação acerca do saneamento do processo, nos termos do § 1º do art. 357 do Novo Código. 4. Error in procedendo a justificar a anulação da sentença, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem para o regular prosseguimento do feito, sendo as intimadas as partes da decisão saneadora, oportunizando-lhes a manifestação acerca do saneamento do processo, bem como para que se manifeste expressamente o Juízo a quo acerca do requerimento de provas formulado pelo réu. 5. Recurso do réu provido para anular a sentença, nos termos do voto do relator" (TJRJ – 25ª Câmara Cível – AC 0016790-65.2016.8.19.0205 – Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. em 23/08/2017)

Além disso, a interposição do PEAS deve ser objeto de cuidadosa análise por parte do julgador, na medida em que o seu objetivo é aprimorar a atividade de saneamento do processo. De modo que a omissão judicial na apreciação do PEAS interposto pode também acarretar invalidade dos atos processuais, caso isso seja oportunamente arguido. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> Ignorada a regra da cooperação hospedada no art. 357 do CPC, especialmente no cenário atual, onde a ideia do juiz destinatário final da prova vem perdendo força em face do art. 190 do novo CPC, e ainda, aviltada a fase de possíveis esclarecimentos solicitados pelas partes acerca do ônus probatório delimitado, não há outro caminho senão anular a Sentença por cerceamento da atividade probante (TJPE – 1ª Regional de Caruaru – AC 0000020-66.2016.8.17.3110 – Rel. Des. Humberto Costa Vasconcelos Junior, j. em 10/07/2019)

> Agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deixou de apreciar pedido de ajustes à decisão de saneamento, inclusive no tocante ao pedido de nomeação de perito especializado, com rejeição dos embargos de declaração opostos. Art. 357, § 1º, do CPC. Necessidade de análise dos pedidos de ajustes, nos termos dos arts. 6º e 10 do CPC, antes da estabilização da lide. Anulação das decisões posteriores à decisão saneadora para que sejam analisados os pedidos de ajustes e de esclarecimentos. Recurso provido para tanto (TJSP – 4ª Câmara de Direito Privado – AI 2071764-51.2019.8.26.0000 – Rel. Des. Maia da Cunha, j. em 23/05/2019)

> DECISÃO SANEADORA QUE NÃO APRECIOU O PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DOCUMENTAL, TESTEMUNHAL E DEPOIMENTO PESSOAL POSTULADO PELO RÉU, ORA APELANTE. SOLICITAÇÃO DE AJUSTE, NA FORMA DO ART.357, § 1º, DO CPC. JUÍZO *A QUO* QUE NÃO ENFRENTOU A QUESTÃO. NOVA SISTEMÁTICA PROCESSUAL QUE CONFERE ÀS PARTES O DIREITO DE PEDIR ESCLARECIMENTOS E SOLICITAR AJUSTES NA DECISÃO DE SANEAMENTO. ERROR IN PROCEDENDO. PROVIMENTO JURISDICIONAL NÃO FUNDAMENTADO. ART. 93, INCISO IX, DA CRFB. PRECEDENTE. PROVIMENTO DO RECURSO, PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR A APRECIAÇÃO DA PETIÇÃO QUE SOLICITOU O AJUSTE, COM O PROSSEGUIMENTO DO FEITO (TJRJ – 7ª Câmara Cível – AC 0008992-26.2011.8.19.0206 – Rel. Des. André Andrade, j. em 23/08/2017)

Por certo, o julgamento do PEAS deve contar com fundamentação adequada, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Para tanto, é imprescindível que os magistrados abandonem as fórmulas prontas e vazias, que ainda hoje se veem empregadas no julgamento de recursos como os embargos de declaração. O PEAS é um mecanismo de colaboração processual, voltado para aprimorar um momento crucial do processo, que é a fase de saneamento da instrução, e, como tal, deve ser visto com cuidado e atenção pelo julgador. Por outro lado, a apresentação indevida do PEAS, com evidente propósito procrastinatório, pode ser alvo de sancionamento, nos moldes previstos pelo art. 80 do CPC/2015.

Por fim, importante repisar que a decisão do PEAS vai integrar o pronunciamento saneador, substituindo-o na parcela impugnada, de forma análoga àquela prevista em relação aos recursos (art. 1.008 do CPC/2015). Logo, é correto afirmar que o pronunciamento sobre o PEAS tem efeito substitutivo, tal qual ocorreria no caso do julgamento dos embargos de declaração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, procuramos montar uma estrutura capaz de permitir o funcionamento do PEAS de maneira segura e previsível, em sintonia com as diretrizes do processualismo contemporâneo e à luz de outros institutos já conhecidos, notadamente com o recurso de embargos de declaração, para não expor a risco a tutela dos direitos deduzidos em juízo. Além disso, buscamos traçar os principais objetivos perseguidos quando da criação do PEAS. Em seguida, procuramos criar um modelo de funcionamento que, ainda que um tanto burocrático e formalista, possa atingir tais objetivos de maneira eficiente.

Por certo, nossa postura pode ser alvo de questionamentos em razão do seu acentuado conservadorismo. Muitos poderão dizer que estamos querendo transformar algo novo em algo velho. A crítica é válida, mas, na nossa opinião, se o legislador quis implementar algo novo, deveria tê-lo regulado direito. Se não o fez, deu permissão implícita para o intérprete envelhecer precocemente o instituto por meio da aplicação dos institutos já existentes.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao art. 357. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo código de processo civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Vol. 1. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Comentários ao art. 357. *In:* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil.** Salvador: Juspodivm, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso completo do novo processo civil**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LACERDA, Galeno. **Do despacho saneador**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil:** sistematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LOUZADA, Juliane Gomes; LEMOS, Vinicius Silva. Estabilização da decisão de saneamento processual e o impacto à aplicação do princípio *iura novit curia*. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante o procedimento comum. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil:** volume único**.** 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. Comentários ao art. 357. *In:* STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, Felippe Borring; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. A recorribilidade das decisões interlocutórias sobre direito probatório. **Revista Brasileira de Direito Processual**, nº 101, p. 99-123, jan./mar. 2018.

ROCHA, Felippe Borring. Contraditório utilitarista. **Revista de Processo**, v. 229, mar./2014.

ROCHA, Felippe Borring. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2008.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 55. ed. São Paulo: Forense, 2014.

UZEDA, Carolina. Pedido de ajustes e esclarecimentos: a participação das partes na decisão de saneamento e organização do processo. **Revista de Processo**, v. 289, mar. 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz; SETOGUTI, Guilherme J. Pereira; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRADES INVISÍVEIS: UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE MULHERES DE PRESOS, SUAS DORES E DEMANDAS

INVISIBLE GRIDS: AN EMPIRICAL RESEARCH ON WOMEN OF PRISONERS, THEIR PAINS AND DEMANDS

Isabella Maria Pereira Prestes
Bacharel em Direito e ex-estagiária da Defensoria Pública
isabellampprestes@gmail.com

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo principal dar voz às mulheres de presos, personagens constantemente estigmatizadas e, ao mesmo tempo, silenciadas pela sociedade e pelo Estado. O problema de pesquisa está relacionado à hipótese, construída em função da minha experiência como estagiária da Defensoria Pública, de que os direitos dos presos e de seus familiares estão restritos ao sistema normativo, sem efetividade no campo prático, e de que a previsão constitucional do art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República não passa de uma ficção jurídica. Para tanto, foi realizada pesquisa empírica, por meio da qual foram colhidas entrevistas de 45 familiares de presos, todas do gênero feminino, cujos entes são internos do sistema carcerário fluminense, na tentativa de compreender suas dores, demandas e dificuldades de acessar direitos legislados. A pesquisa foi realizada no Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN) e na Defensoria Pública da 3ª Vara Criminal de Niterói, estando o trabalho sistematizado de forma a retratar, primeiro, um panorama acerca do tratamento jurídico conferido aos familiares de presos, para fins de comparação entre o direito posto e o contexto fático em que se inserem. Depois, descrever os dados coletados no trabalho de campo e, por fim, pensar sobre as dificuldades de acesso a direitos presentes nas falas das mulheres com quem interagi. Os dados revelaram que essas personagens, embora sejam partes intimamente ligadas à reinserção do indivíduo no contexto social, são as que também mais sofrem com as grades invisíveis com as quais o cárcere de seus entes limita-as no dia a dia.

Palavras-chave: Mulheres de presos. Dores. Demandas. Estigma. Intranscendência da pena. Pesquisa empírica.

Abstract: The main objective of this work was to give voice to the women of prisoners, characters constantly stigmatized and, at the same time, silted, by society and by the State. The research problem is related to the hypothesis, built on the basis of my experience as an intern of the public defender, that the rights of prisoners and their relatives are restricted to the normative system, without

effectiveness in the practical field, and that the Constitutional prediction of art. 5th, item XLV, from CRFB/88 is a legal fiction. To this end, empirical research was carried out, through which interviews of 45 relatives of prisoners were collected, all of them female, whose ones are internal to the Fluminense prison system, in an attempt to understand their pains, demands and Difficulties in accessing legislated rights. The research was carried out at the nucleus of the penitentiary system and also in the public defender of the 3rd Criminal Court of Niterói, and the work was systeated in order to first picture a panorama about the legal treatment conferred on the Relatives of prisoners, for the purpose of comparing the right and the phatic context in which they are inserted. Then, describe the data collected in the field work and, finally, think about the difficulties of access to rights present in the speeches of the women with whom I interacted. The data revealed that these characters, although they are parts intimately linked to the reinsertion of the individual in the social context, are those who also suffer more with the invisible grids with which the prison of their loved ones limits them in day-to-day.

Keywords: Women of prisioners. Pain. Demands. Stigma. Intranscendence of the penalty. Empirical research

INTRODUÇÃO

A ideia do presente trabalho surgiu a partir das minhas vivências como estagiária da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro junto à 3ª Vara Criminal da Comarca de Niterói – Tribunal do Júri.

Todos os dias, atendemos, em nossa apertada sala da Defensoria do Tribunal do Júri, familiares de presos cautelares ou, até mesmo, já condenados por outros delitos, querendo saber sobre a situação dos seus. A maioria esmagadora dessas pessoas são mulheres: mães, irmãs, esposas, companheiras, sobrinhas e – estranhamente quase nunca, mas eventualmente também – filhas, em busca de informações sobre o encarcerado. Todas muito humildes, majoritariamente negras e pouco instruídas. Questionamentos como "quando ele vai sair, doutora?" e expressões de culpa[1] e arrependimento como "onde foi que eu errei?" são frequentes.

[1] Na brilhante visão de Simone de Oliveira Mestre (2016, p. 123-124), essa culpa é sempre direcionada à mulher, "até mesmo porque o homem, nesse contexto, é ausente. Quando uma mãe fala 'nunca se fala pai de bandido', ela expressa não apenas a ausência deste no acompanhamento do filho, como o fato de a sociedade eximir socialmente o homem dessa culpa de ter um filho envolvido com a criminalidade. De certa forma, percebemos que ao mesmo tempo em que o pai é o protagonista que é reconhecido diante de uma conquista do filho, a mãe é reconhecida como a culpada pelos fracassos do filho, pelo envolvimento com a 'criminalidade'".

Mas também é constante em suas falas a esperança de recuperação dos apenados, bem como do reconhecimento, por eles, de todo o esforço que é por aquelas mulheres empregado, algo que, muitas vezes, é confiado ao sagrado, servindo a religião de válvula de escape e, também, único alicerce que as leva a crer que a vida voltará a ser como era antes do cárcere.

Tudo isso me fez querer entender melhor o universo dessas mulheres, suas vivências, dores e demandas, partindo da reflexão, tratada aqui como hipótese de pesquisa, de que a pena, atualmente, ultrapassa, sim, a pessoa do condenado, em contraposição ao princípio da intranscendência da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLV, da Carta Magna e reiterado em grande parte da doutrina de Direito Penal e em tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, cumpre destacar que, acima de tudo, a pesquisa teve o objetivo de pura e simplesmente dar voz a essas personagens, muitas vezes silenciadas pelo Estado, para, só então, serem mapeadas algumas de suas demandas[2] e, na medida do possível, trazer algumas soluções jurídicas que pude vislumbrar para as necessidades apresentadas pelas mulheres com quem interagi durante o trabalho de campo. Aliás, cumpre destacar que essa ânsia por apresentar soluções para os problemas do mundo – como se isso fosse possível, simples ou mesmo necessário – é uma questão que afeta em cheio o operador do Direito, e o meu caso não foi exceção. Desse modo, iniciar uma pesquisa sem saber ao certo se eu poderia apresentar soluções para as demandas das entrevistadas foi, para mim, tarefa muito árdua, visto que, na qualidade de estudante de Direito, fui acostumada a dar respostas e treinada a me ver como alguém que resolve os problemas dos outros, de sorte que a ideia de "tão somente" levantar problemas de pesquisa me causou, por um bom tempo, certo estranhamento.

De todo modo, este trabalho foi fruto de uma pesquisa empírica, em que foram colhidos relatos de 45 mulheres, no intervalo de quatro semanas, compreendidas entre maio e junho de 2019, em dois observatórios distintos dentro da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: um na 3ª Vara Criminal de Niterói, onde atualmente estagio, e outro no Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN).

Através das entrevistas, pude estar em contato direto com relatos de traumas, humilhações e mudanças na rotina daquelas mulheres, ocasionados pela prisão de seus filhos, irmãos, esposos e companheiros.

É sabido que, há tempos, a realidade carcerária brasileira está fadada à precariedade extrema, sendo recorrente o desrespeito a instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos. Nessa direção, a pessoa privada

[2] É importante destacar que este trabalho não pretendeu esgotar as demandas apresentadas por mulheres de presos, tendo em vista as suas inúmeras vertentes, mas sim traçar pontos de congruência em suas falas e trazer, então, aspectos que mais se destacaram em todos os discursos para serem analisados à luz de conceitos jurídicos e, também, antropológicos.

de liberdade no Brasil vê-se privada, também, de direitos fundamentais, como saúde, educação e alimentação, deixando de ter acesso a condições mínimas de vida e dignidade dentro dos estabelecimentos prisionais.

Todavia, esquece-se de comentar que os familiares de presos também são vítimas do mesmo sistema que encarcera em massa, sendo juntamente seus entes deixados à margem de políticas públicas. Dentre esses familiares, estão as mulheres, que são as mais afetadas pelas mazelas de um cárcere invisível que só quem o vive tem condições de descrever. Para conseguir visitar filhos, irmãos, esposos e companheiros, muitas têm de abandonar seus empregos, porque as visitações são durante a semana. Sem emprego, elas deixam de ter condições de arcar com o sustento da família e acabam dependendo do auxílio de amigos para sobreviver – isso sem contar com as constantes humilhações pelas quais passam, seja nas filas dos presídios, seja nas igrejas que frequentam, seja nas ruas, por serem mulheres de presos.

Portanto, a importância da presente pesquisa reside justamente na publicização da fala de personagens que são constantemente estigmatizadas e, ao mesmo tempo, silenciadas pela sociedade e pelo Estado, muito embora possuam infinita importância no processo de reinserção do detento ao convívio social. Se hoje a população carcerária no Brasil chega a mais de 800.000 pessoas, no mínimo, outras, em igual número, são indiretamente atingidas pelas aflições e angústias que o cárcere pode proporcionar.

Não obstante esse cenário cruel, há que se ressaltar que o país dispõe de instrumentos jurídicos que nos fazem acreditar em uma realidade completamente distinta, ao primarem pela tutela da dignidade humana e outros preceitos fundamentais.

Sendo assim, o trabalho está atravessado, de um lado, pelo incômodo com as discrepâncias alarmantes verificadas entre o que está juridicamente posto e o que ocorre no mundo fático e, de outro, pela constatação de que o princípio da intranscendência da pena não tem aplicabilidade no campo prático.

Dito isso, o trabalho será sistematizado de forma a, inicialmente, abordar o tratamento jurídico recebido pelos presos e seus familiares no âmbito nacional, buscando-se, com isso, observar a forma como a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (LEP), principais instrumentos normativos inseridos na temática, recepcionam seus direitos e garantias. Serão também analisadas as duas principais resoluções da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) do Rio de Janeiro, atualmente vigentes, sobre o tema da visitação de presos.

Após, serão abordados os dramas, dilemas, dores e demandas das mulheres de presos, por meio de relatos colhidos durante a pesquisa empírica, deixando-se claro, desde já, que não se buscou uniformizar respostas, mas sim, a partir de falas distintas, trazer pontos de congruência relacionados ao dia a dia dessas personagens que pudessem acarretar discussões jurídicas e sociológicas, apresentadas nas considerações finais.

Ao fim, trato de pensar sobre as dificuldades de acesso a direitos presentes nas falas das mulheres com quem interagi e sobre a invisibilidade dessas demandas.

1. O TRATAMENTO CONFERIDO AO FAMILIAR DO PRESO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Neste capítulo, trago o tema para o âmbito nacional, avaliando como a proteção dos direitos dos familiares de presos é tratada à luz da Constituição Federal e da LEP, bem como analiso as duas principais resoluções da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP) do Rio de Janeiro, atualmente vigentes, sobre o tema da visitação de presos.

1.1. Proteção no âmbito nacional

A proteção das pessoas privadas de liberdade e de sua família, no âmbito nacional, foi profundamente marcada por instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito global, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentro do sistema regional interamericano. Isso porque tanto a Constituição Federal quanto a LEP, por ela recepcionada, são contemporâneas a um período de redemocratização pelo qual o país passou, simpático, portanto, à proteção do indivíduo em face das arbitrariedades perpetradas pelo Estado durante a ditadura militar, que perdurou entre abril de 1964 e março de 1985.

Segundo Lizandra Pereira Demarchi, dentre os direitos e garantias fundamentais assegurados às pessoas privadas de liberdade, a Constituição Federal proíbe as penas cruéis e garante ao cidadão preso o respeito à integridade física e moral.[3] Dessa forma, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são direitos humanos previstos na Carta Magna e, também, em leis e tratados internacionais, ou que decorrem da aplicação destes, sendo certo que todos partem da premissa de proteção à dignidade humana, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os dispositivos constitucionais que versam especificamente sobre os direitos do preso, é possível destacar, em primeiro lugar, o art. 5º, inciso XLV, que traz à luz o princípio da intranscendência da pena, também conhecido como princípio da pessoalidade da pena, segundo o qual nenhuma pena passará da

[3] DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. 2008. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi. Acesso em: 10 jun. 2019.

pessoa do condenado. Conforme mencionado anteriormente, esse princípio suscita, ainda hoje, certa divergência por parte da doutrina, visto que há autores que defendem a impossibilidade da instranscendência total da pena, já que familiares e terceiros acabam atingidos pela sanção aplicada pelo Estado ao indivíduo. De todo modo, trata-se de diretriz reverberada em manuais de processo penal e bastante verbalizada (e idealizada) nesse contexto.

Ademais, estabelece o inciso XLVII que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou, ainda, cruéis, devendo ser assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.[4] Outrossim, a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, conforme estabelece o inciso XLVIII do mesmo artigo.

Sublinhe-se, por fim, que, pela primeira vez no ordenamento pátrio, o familiar do preso recebe o olhar do legislador, uma vez que dispõem os incisos LXII e LXIII do art. 5º, respectivamente, que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada e que o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

É importante mencionar, ainda, que a família ganha especial proteção na Carta Magna, tendo o tema recebido um capítulo à parte, intitulado Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.[5] Desse modo, o art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, reproduzindo os modelos internacionais anteriormente citados.

No tocante à LEP, de acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig, em linhas gerais, execução significa colocação em prática ou realização de decisão, plano ou programa pretéritos.[6] Dessa forma, em matéria penal, a execução estaria relacionada à colocação em prática do comando contido em uma decisão jurisdicional penal, em regra, contra a vontade do condenado. Nesse sentido, afirma o autor que:

> Cabe à execução penal, enfim, efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, conforme taxativamente determina o art. 1º, primeira parte, da Lei de Execução Penal (LEP). Aliada a esse objetivo, a LEP (art. 1º, segunda parte)

[4] *Vide* art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal.

[5] Trata-se do Capítulo VII da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010.

[6] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 20.

> também apresenta para a execução penal a finalidade de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (submetido à pena em sentido estrito) e do internado (submetido à medida de segurança). Esta finalidade é objeto de profundo debate, que nos remete à análise das (anunciadas) finalidades da pena.[7]

Ainda de acordo com Roig, a LEP traçou duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças e demais decisões judiciais, destinados a reprimir e prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam ter uma participação construtiva na comunhão social, conforme se estabelece no item 13 da exposição de motivos da lei em comento.[8]

Portanto, estabelece o art. 10 da LEP que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Além disso, dispõe o art. 11 que a assistência será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material, na forma do art. 12, consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, sendo certo que, de acordo com o art. 13, o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam os presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela administração.

Por sua vez, a assistência à saúde está disposta no art. 14 e seus respectivos parágrafos, segundo os quais a assistência à saúde do preso, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Outrossim, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.[9]

Quanto à assistência jurídica, esta será destinada aos presos que não dispuserem de recursos financeiros para constituir advogado, devendo as unidades da Federação dispor de serviços de assistência jurídica, integral e gratuita pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Ademais, em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado ao atendimento pelo defensor público. Tais regras são encontradas nos arts. 15 e 16 da LEP, que versam sobre a assistência jurídica do preso.

---

[7] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 21.

[8] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 21.

[9] *Vide* art. 14, § 2º, da LEP.

A assistência educacional, dentre outras coisas, compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (art. 17 e seguintes). Já a assistência social terá por finalidade amparar o preso e prepará-lo para o retorno à liberdade, incumbindo ao assistente social conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames; relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho; e orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.[10]

Conforme dispõe, ainda, o art. 24, a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e internados, sendo permitida a eles a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa, sendo certo que nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Por fim, estabelece a LEP, em seu art. 40, que todas as autoridades deverão respeitar a integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios, sendo direitos do preso, dentre outros, a alimentação suficiente e o vestuário; a atribuição de trabalho e sua remuneração; a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; além da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, sendo certo que este último poderá ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

1.1. As Resoluções SEAP nº 584/2015 e 610/2016

Em primeiro lugar, resoluções administrativas são uma espécie de ato administrativo por meio do qual determinado responsável por um serviço público pronuncia uma ordem a fim de que este cumpra com as funções estipuladas em legislação. Deve-se salientar, outrossim, que as resoluções administrativas se portam de maneira complementar à lei em sentido formal, não podendo se contrapor a ela, tampouco à Constituição Federal.

No caso em comento, o Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, editou a Resolução SEAP nº 584, de 23 de outubro de 2015, que regulamenta a visitação aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária; e a Resolução SEAP nº 610,

[10] *Vide* arts. 22 e 23 da LEP.

de 18 de março de 2016, que, por sua vez, disciplina a entrada de alimentos e objetos trazidos pelos familiares e por via postal nas visitas às unidades prisionais.

Há que se esclarecer que o presente trabalho não pretende exaurir todo o texto das resoluções, mas sim trazer à luz pontos que possam servir de reflexão diante dos relatos de mulheres de presos que serão discutidos adiante.

1.1.1. Resolução SEAP nº 584/2015

A Resolução SEAP nº 584/2015 divide a visitação aos presos em três espécies: comum, extraordinária e íntima. A visitação comum, conforme estabelece o art. 2º dessa Resolução, é aquela exercida por cônjuges, companheiros, filhos e enteados; pais, irmãos e avós; madrasta, padrasto, mãe e pai adotivos, na ausência de pais e mães cadastrados; tios, sobrinhos, netos e amigos, em dias normais de visitação, determinados pelo próprio estabelecimento prisional.

A esse respeito, insta salientar que, até setembro de 2017, vigia a regra estipulada pelo inciso V, parte final, e § 1º do supramencionado artigo, de que seria obrigatória a apresentação de escritura pública para fins de comprovação de união estável ou amizade com o preso. Todavia, tais dispositivos foram tornados sem efeito por sentença proferida pelo juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, após requerimento do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH) da Defensoria Pública Estadual.[11]

Especialmente no tocante à comprovação da união estável, a exigência presente na Resolução representava inegável obstáculo ao direito de visita do preso, uma vez que, para a lavratura do documento, era necessária a ida de um funcionário do cartório ao estabelecimento prisional para colher dados e assinatura do interno, atrasando ainda mais o processo de visitação da companheira. Ademais, são pouquíssimas as mulheres de presos que têm condições de arcar com as altas custas cartorárias exigidas na emissão de certidões.

Atualmente, no Estado do Rio de Janeiro, para a comprovação de amizade ou união estável com pessoa privada de liberdade, basta a apresentação de declaração assinada por duas testemunhas, com firma reconhecida em cartório ou prestada diante de servidor público da respectiva administração penitenciária.

Quanto ao traje a ser usado pelo familiar em dia de visitação, estipula o art. 11 que o visitante deverá estar convenientemente trajado, sendo vedado o uso de roupas transparentes, decotadas e/ou justas/colantes, além de roupas curtas, minissaias, minivestidos, miniblusas, *shorts*, sungas e bermudas acima do joelho. Em relação aos calçados, não são permitidos sapatos com solados ou saltos, bonés, óculos escuros, relógios, joias, bijuterias, brincos e adornos.

---

[11] Reportagem trazida pela **Revista Consultor Jurídico**, em 6 de setembro de 2017, às 15h29. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-06/justica-simplifica-regras-visitacao-presos-rio-janeiro. Acesso em: 5 jul. 2019.

Por sua vez, os arts. 12 a 15 dessa Resolução estabelecem as regras a serem seguidas no caso de suspensão do direito de visitação, uma vez que esta poderá ser imediatamente interrompida e o visitante retirado do estabelecimento prisional no caso da prática de atos contrários ao regulamento da unidade, à segurança ou à LEP, por parte do preso ou do visitante.

A visitação extraordinária está disposta no art. 18, de modo que o diretor do estabelecimento poderá autorizá-la a, no máximo, três pessoas por preso, em casos de morte de parentes; parentes residentes fora do Estado do Rio de Janeiro, apresentando comprovante de residência; doença grave na família, mediante apresentação de documentação médica; e, ainda, em casos de autorização de visitante que não se enquadre nas hipóteses anteriores, sob anuência do serviço social da unidade e deliberação do respectivo diretor. Também se inserem na visitação extraordinária as autoridades constituídas e sob as prerrogativas da lei, no exercício da função pública, desde que devidamente identificadas.

No tocante à visita íntima, esta se encontra prevista a partir do art. 19 e será concedida ao preso cujo cônjuge ou companheiro for maior de 18 anos de idade, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 20[12] da mesma legislação. Enfim, dispõe o art. 22 que a direção do estabelecimento prisional estabelecerá data, local e periodicidade (semanal ou quinzenal) para realização da visita íntima ou sua suspensão em caso de sanção disciplinar. Esse tema apareceu com regularidade na fala das entrevistadas e será mais bem explorado adiante, quando serão apresentados os dados de campo.

1.1.2. Resolução SEAP nº 610/2016

Conforme dito inicialmente, a Resolução SEAP nº 610, de 18 de março de 2016, sistematiza a entrada de alimentos e objetos trazidos por familiares durante as visitas às unidades prisionais. Trata-se de uma atualização da Resolução SEAP nº 26/2003, que, embora versasse sobre o mesmo tema, não correspondia mais à realidade fática do ambiente prisional, de acordo com o próprio Secretário de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro.[13]

---

[12] Art. 20 – O requerimento para a concessão do benefício de que trata artigo anterior será feito no setor de Serviço Social da Unidade Prisional, atendendo os seguintes requisitos:
a) não estar o interessado classificado no índice de aproveitamento negativo ou neutro;
b) não estar o interessado usufruindo da concessão de visita periódica à família, exceto nos caso em que seu cônjuge ou companheiro se encontrar preso cumprindo pena em regime fechado, sendo necessária a anuência dos Diretores das Unidades envolvidas, além do preenchimento de todas as exigências legais e regulamentares;
c) frequência obrigatória em palestras sobre doenças sexualmente transmissíveis, para pessoas presas e para o visitante requerentes à visita íntima, promovidas pela Coordenação de Gestão em Saúde Penitenciária, da Subsecretaria-Adjunta de Tratamento Penitenciário, em data e local previamente estabelecido;
d) estarem ambos os interessados em perfeitas condições de saúde física e mental.

[13] *Vide* considerações iniciais da Resolução SEAP nº 610/2016.

Assim, determina o instrumento, em seu art. 1º, que, nos dias de visitação, cada interno somente poderá receber duas bolsas de plástico ou papel, do tipo das usadas nos supermercados, contendo frutas diversas; alimentos cozidos; leite em pó adicionado em embalagem tipo saco; biscoitos, bolos e doces acondicionados em sacos ou vasilhames plásticos transparentes; cigarros; material de higiene pessoal; lençóis e toalhas; calçados e peças de vestuário; não sendo permitidas a entrada e a comercialização de gêneros alimentícios *in natura*.

Os lençóis e toalhas, bem como as peças de vestuário, deverão obedecer aos seguintes padrões de cores: lençóis, toalhas, camisas ou camisetas e meias na cor branca; calça ou bermuda na cor azul; e casaco na cor branca – devendo este último ser de material moletom felpado, sem forro, fechamento, bolso, logotipo e gola redonda.[14]

A quantidade de itens a serem recebidos também é limitada, na forma do art. 3º: cada custodiado ou internado só poderá ter em seu poder duas toalhas, dois lençóis, três camisas e/ou camisetas, um casaco, um par de tênis, um par de sapatos, dois pares de meias, duas bermudas e/ou *shorts*, uma calça, dois pares de chinelos e quatro unidades de peças íntimas, além do material de higiene pessoal.

Insta salientar, por fim, que, conforme estabelece o art. 8º dessa Resolução, os casos omissos serão resolvidos pela Subsecretaria Adjunta de Gestão Operacional.

A respeito desse tema, é interessante ressaltar que os critérios previstos nas resoluções seriam, por si sós, objeto de outra eventual pesquisa empírica, sendo certo que despertou a minha curiosidade a forma como foram feitas e por quem foram feitas tais resoluções. Gostaria, portanto, de compreender os motivos pelos quais as diretrizes que norteiam a vida no cárcere e as relações entre os presos e seus familiares foram tão esmiuçadas, trazendo detalhes muito específicos do que, por exemplo, é ou não permitido entrar no presídio.

Todavia, aqui, como dito, meu interesse de pesquisa estava relacionado a questionar e estranhar a discrepância entre esses ideais normativos e a realidade do cárcere, assim como problematizar a previsão constitucional do art. 5º, inciso XLV, da Constituição da República, que dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

E, para isso, recortei o campo empírico na perspectiva das mulheres.

Os dados da pesquisa serão retratados, portanto, no capítulo seguinte, em que tento compreender, como dito, desde a perspectiva das "mulheres" dos presos, seus dramas, dilemas, dores, demandas e, mais especificamente, suas dificuldades de acessar os direitos legislados.

[14] Resolução SEAP nº 610/2016, art. 3º.

2. SOBRE A PESQUISA DE CAMPO

Este capítulo descreverá dados empíricos coletados em pesquisa de campo realizada com mulheres que mantenham algum tipo de vínculo afetivo-familiar com detentos do sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro, assistidos pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública e, ainda, pela Defensoria Pública da 3ª Vara Criminal de Niterói – Tribunal do Júri.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que este trabalho não necessariamente busca respostas prontas para os problemas enfrentados por mães, irmãs, esposas e companheiras de presos. Isso porque cada mulher entrevistada apresentava uma trajetória de vida diferente, com suas próprias dores e demandas. Portanto, não seria justo, tampouco ético, reduzir suas vivências a um discurso uníssono.

Não obstante a tremenda importância de fornecer algum tipo de retorno aos problemas a seguir relatados pelas entrevistadas, é preciso esclarecer que o objetivo primordial desta pesquisa não foi esse, tendo sido, em verdade, o de simplesmente observar as falas plurais dessas mulheres e tentar dar a elas, de alguma forma, voz – visto que são constantemente silenciadas, não só pelo Estado, como também pela sociedade – para, só então, tentar mapear algumas de suas demandas relacionadas ao cárcere de seus filhos, irmãos, companheiros e demais entes e relacionar isso com as normas legais, a fim de entender a sua discrepância com a realidade e as eventuais disfunções do nosso sistema de justiça.

Em segundo lugar, insta justificar minha escolha por um recorte de gênero quanto ao estudo dos familiares de detentos. Tal decisão se deve, justamente, ao fato de as mulheres serem maioria esmagadora em salas de espera de órgãos da Defensoria Pública, como o NUSPEN e o Tribunal do Júri de Niterói – onde atuo como estagiária –, sempre à procura de informações sobre o processo de seus entes. Ademais, são elas também maioria nas filas de presídios em todo o Estado do Rio de Janeiro, filas por elas próprias organizadas, por meio de grupos criados em aplicativos de conversa e redes sociais, como o Guerreiras de Bangu.[15]

Terminadas as observações iniciais, passo, agora, a descrever mais detalhadamente a metodologia de pesquisa.

Durante quatro semanas, compreendidas entre os meses de maio e junho de 2019, compareci, ao menos uma vez por semana, ao Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para realizar entrevistas com mães, irmãs, esposas, companheiras e demais parentes femininas de presos. Além disso, sempre que possível, entrevistei mulheres que compareciam à Defensoria da 3ª Vara Criminal de Niterói para saber da situação de seus entes, presos cautelarmente.

[15] Em uma das entrevistas realizadas no NUSPEN, fiquei sabendo da existência desse grupo do Facebook, formado por mulheres de presos para compartilhar notícias, avisos, além do telefone de órgãos importantes para os quais podem ligar, como a própria Defensoria, as Varas de Execução Penal e a SEAP.

No total, foram entrevistadas 45 mulheres – das quais 16 eram mães; 5 eram irmãs; 1 era tia; 16 eram esposas;[16] 6 eram companheiras; e 1 era avó[17] –, e as entrevistas foram realizadas da seguinte forma: sabendo que os horários de pico de atendimento no NUSPEN se davam pela manhã, eu chegava por volta das 10h30 ao prédio em que funciona o Núcleo, localizado no Centro do Rio de Janeiro, composto por 37 defensores públicos, que se dividem entre o 19º e o 20º andar.

Em seguida, avaliava qual andar estaria mais movimentado e me dirigia à sua sala de espera. Chegando à sala, me apresentava às mulheres ali presentes como estudante do 10º período do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), realizando uma pesquisa com mães, irmãs, companheiras e demais familiares de detentos, e que gostaria de, se possível, ouvir seus relatos, destacando que preservaria seus nomes e histórias. Já, de início, eu esclarecia que nenhuma das entrevistadas seria identificada, tampouco seus familiares, pois percebia que as mulheres ficavam apreensivas em relação à sua própria segurança e a dos seus e quanto ao risco que a identificação da pesquisa poderia, de alguma forma, lhes oferecer.

Muitas das entrevistadas indagaram o porquê de eu estar realizando aquela pesquisa, e eu tentava explicar, da maneira mais simplificada possível, que, apesar de o Direito Penal prever um princípio que proíbe que a pena ultrapasse a pessoa do condenado, isso raramente acontecia na vida real, e que eu gostaria de entender melhor como tal problemática se apresentava. De pronto, elas concordavam com a explicação e, aparentemente, isso desencadeava uma explosão de sentimentos, que logo eram verbalizados em suas falas.

Durante as entrevistas, vale destacar, busquei deixar as entrevistadas livres para expor suas aflições e demandas relacionadas ao cárcere, uma vez que não lhes ofereci um questionário pronto a ser respondido. Os únicos aspectos objetivos, inicialmente perguntados, para fins de mapeamento de dados, foram: vínculo mantido com o familiar preso; idade; regime prisional e há quanto tempo aquele familiar estaria acautelado. Em seguida, eu só escutava e anotava em um caderno o que elas tinham para dizer.

Cumpre mencionar que senti, por parte das entrevistadas, grande receptividade ao meu trabalho. Durante as quatro semanas que passei no NUSPEN, apenas três mulheres se recusaram a participar da pesquisa. A grande maioria apresentava perfil dócil, acolhedor, como de mãe ou amiga. Desejavam-me sucesso com a pesquisa e torciam para que, de alguma forma, meu trabalho pudesse

[16] Não necessariamente todas as mulheres que se disseram esposas são legalmente casadas. Utilizo-me aqui, portanto, da autodeclaração fornecida pelas próprias entrevistadas.

[17] Ressalto, aqui, o impacto que eu e minha orientadora tivemos aos nos depararmos com tais dados e observarmos que, em uma amostra ampla de 45 mulheres, nenhuma delas era filha de preso – dado que merece, por si só, uma nova pesquisa e atenção particular, visto que não me foi possível fazê-lo neste trabalho.

ajudá-las. Ainda que estivessem lidando, naquele momento, com uma questão tão dura, como o cárcere de seus entes, aquelas mulheres não deixaram de ser atenciosas e muito educadas comigo, sempre com um sorriso no rosto – o que me fez querer, ainda mais, levar a pesquisa adiante.

2.1. MULHERES DE PRESOS – DORES E DEMANDAS

2.1.1. "Ninguém aqui é cachorro": mulheres de presos e as constantes humilhações, dentro e fora dos estabelecimentos prisionais

Sem sombra de dúvida, a queixa que mais apareceu na fala das entrevistadas foi sobre humilhações sofridas dentro e fora dos presídios. Nesse sentido, é interessante mencionar que a expressão "cachorro", como sinal de desprezo e repulsa, foi utilizada mais de uma vez em referência ao tratamento conferido pelos agentes do sistema penitenciário aos familiares de presos.

Praticamente todas as mulheres relataram ter sofrido algum tipo de humilhação por parte desses agentes. Até mesmo as que não tinham passado diretamente por tal constrangimento relataram ter presenciado alguma outra mulher sofrê-lo, como no caso de uma entrevistada que viu um guarda destratar, aos gritos, uma idosa que estava em seu primeiro dia de visitação e, portanto, não conhecia o procedimento da unidade prisional.

Tais humilhações se dão de forma variada: seja no modo como os agentes se dirigem às mulheres, seja nos procedimentos constrangedores adotados, a exemplo da revista íntima, hoje permitida apenas em situações de fundada suspeita,[18] seja, ainda, nas condições esdrúxulas que são impostas aos visitantes.

"O sistema generaliza todo mundo. Não é porque meu marido cometeu um crime que a família dele é culpada por isso." Tal fala, vinda de uma das entrevistadas, traduz o sentimento da grande maioria das mulheres de presos, que alegam sofrer preconceito tanto por parte dos agentes penitenciários quanto por parte da sociedade, que acredita que, de alguma forma, elas seriam cúmplices de seus entes na atividade criminosa.

Esse preconceito acaba se traduzindo em xingamentos e maus-tratos que são perpetrados pelos agentes penitenciários em dias de visitação. Tais guardas, também chamados pelas visitantes de "DESIPE", sigla do antigo Departamento do Sistema Penitenciário, são acusados de agir com demasiada truculência para

[18] A meu ver, trata-se de categoria indeterminada, que fica a critério subjetivo dos agentes e que também mereceria uma pesquisa exclusiva, por meio de entrevistas com eles próprios, e que não me foi possível fazer, embora a seguir eu narre casos de revistas íntimas, a partir da perspectiva das mulheres entrevistadas.

com as famílias de presos, sendo frequentes as queixas de desrespeito a idosas e demais mulheres que não souberem agir conforme as regras internas do estabelecimento prisional.

É importante notar que a única das 45 entrevistadas que relatou não ter passado por qualquer tipo de constrangimento dentro do presídio alegou, logo em seguida, que havia compreendido o *modus operandi* dos agentes, e, com isso, não era chamada à atenção. "Entendi o ritmo" – disse ela, ao explicar o porquê de nunca ter sido destratada durante as visitações, muito embora já tivesse presenciado situações em que inúmeras outras mulheres não tiveram a mesma sorte.

A respeito dos constrangimentos sofridos durante a revista íntima ou manual, popularmente conhecida como "vexatória", importa mencionar que, desde 2015, esse tipo de averiguação está proibida no Estado do Rio de Janeiro, conforme disposto na Lei Estadual nº 7.010, que estabeleceu como regra a revista mecânica.[19] Todavia, determina a legislação, em seu art. 4º, que, excepcionalmente, será admitida a revista manual em caso de fundada suspeita de que o visitante traga consigo objetos, produtos ou substâncias cuja entrada seja proibida por lei e/ou apresente risco à segurança do estabelecimento prisional.

Ocorre que tal exceção trazida pela lei abriu margem para diversas arbitrariedades praticadas pelos agentes prisionais, conforme relatado pelas entrevistadas. Passo a expor, a seguir, três episódios distintos que exemplificam os excessos cometidos.

O primeiro caso trata de uma mulher jovem, de 27 anos, que alega ter sido barrada na fila da revista mecânica, hoje realizada por aparelhos de *scanner*, por ter tatuagens em seu corpo. Segundo a entrevistada, uma agente da SEAP alegou que o fato de aquela mulher ser tatuada dava a entender que ela teria uma atitude suspeita, impondo-lhe revista manual.

O segundo caso foi relatado por uma das entrevistadas, que presenciou a situação. Em determinado dia de visitas, a entrevistada viu uma mulher ter que jogar sua aliança no lixo para conseguir visitar seu marido, já que o material do anel fazia com que o aparelho de *scanner* disparasse um alerta acusando a presença de metal. Ainda que a mulher tentasse explicar aos guardas a situação, estes permaneceram irredutíveis.

O terceiro e último caso foi o de uma entrevistada que foi obrigada a se submeter à revista mecânica, em aparelho de *scanner,* mesmo estando grávida

---

[19] Dispõe a Lei 7.010/2015:
Art. 2º – Todo visitante que ingressar no estabelecimento prisional será submetido à revista mecânica, para a qual é proibido o procedimento de revista manual.
§ 1º – O procedimento de revista mecânica é padrão e deve ser executado através da utilização de equipamentos necessários e capazes de garantir a segurança do estabelecimento prisional, tais como detectores de metais, aparelhos de raio-x, entre outras tecnologias que preservem a integridade física, psicológica e moral do revistado.

– ainda que o § 3º do art. 2º da Lei nº 7.010/2015 dispense esse tipo de revista a gestantes,[20] dado o risco que o procedimento pode oferecer ao feto.

Sublinhe-se que tais procedimentos e condições, impostos de forma desarrazoada às mulheres de presos, raramente encontram amparo legal, tratando-se de normas internas criadas pelas próprias unidades prisionais. Não obstante isso, as mulheres não se sentem à vontade para fazer nenhuma reclamação formal a respeito da conduta adotada pelos agentes, diante do receio de terem suspensas ou até mesmo perderem suas carteiras de visitação[21], bem como de seus familiares, que estão presos, sofrerem alguma represália.

Importa, por fim, salientar que as humilhações e os constrangimentos pelos quais passam as mulheres de presos ultrapassam, muitas vezes, a figura da mãe, irmã, esposa ou companheira e acabam chegando aos filhos, que, desde a infância, são obrigados a conviver com as mazelas do cárcere de seus familiares.

Em uma das primeiras entrevistas realizadas no NUSPEN, conheci uma mulher, de 33 anos, que me contou que, certa vez, levou seu filho de sete anos para visitar o pai, que estava preso. Chegando lá, desconfiaram que o menino estaria carregando consigo substâncias ilícitas. Este ficou tão abalado com a acusação que, segundo a mãe, "ali mesmo, na frente de todo mundo, abaixou as calças" para comprovar que não levava nada. Desde então, o menino não teria mais visitado o pai, diante do trauma que aquela experiência havia lhe causado.

Quanto às humilhações sofridas pelas familiares de detentos extramuros, vale mencionar que não foram poucos os casos que encontrei de mulheres que foram expulsas das comunidades em que moravam, ou mesmo das igrejas que frequentavam, após descobrirem que seus filhos ou esposos teriam sido presos. Passo a narrar a situação de uma mulher de 47 anos cujo filho estava preso havia quatro anos.

Aquela senhora, de fisionomia triste e fatigada, me contou que tinha vergonha de ir à igreja que antes frequentava e era uma espécie de refúgio em seus momentos de fraqueza, porque havia sido estigmatizada pelos demais fiéis como "mãe de presidiário" e acabava sendo vítima constante de olhares de julgamento. "É uma marca que não sai mais", ela me disse, ao confessar que sofria de depressão e que estava extremamente fragilizada com a falta de apoio recebida das pessoas ao seu redor.

Outro caso parecido, ainda mais grave, foi o de uma mãe de detento que havia sido expulsa de sua comunidade e ameaçada de morte por milicianos após o grupo criminoso descobrir que seu filho havia sido preso.

---

[20] § 3º – Ficam dispensados da revista mecânica as gestantes e os portadores de marca passo.

[21] De acordo com o art. 12 da Resolução SEAP nº 584 de 23/10/2015, que regulamenta a visitação aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares da SEAP, "a visitação poderá ser imediatamente interrompida e o visitante retirado do Estabelecimento Prisional ou Hospitalar, no caso de prática de atos contrários ao Regulamento da Unidade, à segurança ou àLei de Execução Penal, por parte do preso ou do seu visitante." Tal suspensão ficará a critério de cada estabelecimento, podendo durar de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias úteis, na forma do art. 13 da mesma Resolução.

Desse modo, foram muitas as narrativas que demonstraram que, para além da pessoa do preso, as mulheres também sofrem o estigma da prisão.

Para Erving Goffman, o estigma seria um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, de modo que o indivíduo estigmatizado estaria lidando – a todo tempo – com o afastamento negativo das expectativas particulares.[22] Entende o autor que o estigma estabelece uma relação com o outro de forma impessoal, despersonalizante, de modo que o sujeito não surgiria como individualidade, mas como representação circunstancial de certas características típicas da classe do estigma. É uma categoria de determinações, marcas internas, totalizante e globalizante do sujeito.[23]

Ainda segundo Goffman: "[...] um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social quotidiana possui um traço que pode-se impor a atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto".[24]

Por sua vez, Ranyella de Siqueira e Hélio Cardoso, em *O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana*, buscam fazer uma comparação entre o conceito de estigma fornecido por Goffman e aqueles trazidos por seus sucessores norte-americanos, interpretando-o, acima de tudo, como instrumento de poder dentro da sociedade. Na visão dos estudiosos:

> As consequências negativas de ser rotulado e estereotipado propiciam uma colocação mais baixa na hierarquia social na qual o indivíduo vive, o que pode gerar efeitos indesejáveis em suas oportunidades. A perda de status em si torna-se a base da discriminação, considerando que, a perda de status está diretamente ligada à rotulação e à estereotipização. Por definição, discriminação é um comportamento manifestado em consequência da ligação entre perda de status, rotulação, estereotipização e separação.[25]

---

[22] GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1975, p. 7.

[23] MELO, Z. M. Estigma: espaço para exclusão social. **Revista Symposium**, 4 (especial), 18-22. Disponível em: www.unicamp.br/Arte/ler.php?art_cod=1486. Acesso em 15 jun. 2019.

[24] GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1975, p. 7.

[25] SIQUEIRA, Ranyella de; CARDOSO Júnior, Hélio Rebello. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. **Imagonautas**, v. 2, n. 1, p. 92-113, 2011. Disponível em: http://hdl.handle.net/11449/127032. Acesso em: 15 jun. 2019.

Por tudo isso, pude perceber que a principal demanda por parte das mães, irmãs, esposas, companheiras e demais familiares de presos não era por algo palpável – como a melhoria de certo departamento do estabelecimento prisional ou o fornecimento de determinado serviço que pudesse melhorar a vida de seus familiares – mas sim por um sentimento: respeito. Só pelo respeito essas mulheres enxergavam um caminho para se alcançar, efetivamente, a sua dignidade e a dos seus.

2.1.2. Sucata e custódia: afeto em forma de alimento e itens de necessidade básica

Durante a pesquisa, acabei me deparando com duas categorias nativas muito citadas pelas entrevistadas e de essencial importância para compreender o contexto de visitação em que elas se inserem: trata-se da sucata e da custódia.

A sucata é o modo como é popularmente conhecido o *kit* de alimentos que cada visitante pode levar para o preso em dias de visita. De acordo com a Resolução SEAP nº 610, de 18 de março de 2016, nos dias de visitação, cada interno somente poderá receber duas bolsas de plástico ou papel, do tipo das usadas nos supermercados, contendo frutas, alimentos cozidos, leite em pó adicionado em embalagem tipo saco, biscoitos, bolos e doces, acondicionados em sacos ou vasilhames plásticos transparentes.

Por sua vez, a custódia refere-se aos demais produtos que podem ser entregues aos detentos, como materiais de higiene pessoal, peças de vestuário, cigarros, lençóis, toalhas e calçados. Diferentemente da sucata, a custódia não é entregue em dias de visita, mas sim em um único dia do mês, separadamente, havendo uma quantidade limitada[26] de itens que cada familiar pode levar mensalmente.

Conforme pude perceber durante as quatro semanas de entrevistas, tanto a sucata quanto a custódia desempenham papel fundamental de estreitamento de laços entre as mulheres que as preparam e seus familiares presos – e isso pode ser percebido desde a cozedura do alimento em suas respectivas residências até o momento em que os *kits* são entregues.

Mais especificamente em relação à sucata, foi possível observar o afeto com o qual as mulheres preparam o alimento para seus filhos, irmãos, esposos e companheiros, tentando, na medida do possível, proporcionar àqueles entes o sabor do lar. Desse modo, quando elas partilham o alimento com seus familiares no dia da visita, esperam que, por um momento, eles esqueçam as mazelas do cárcere e se recordem simplesmente de que são amados.

[26] Dispõe o art. 3º da Resolução SEAP 610/2016: " Cada custodiado ou internado só poderá ter em seu poder 02 (duas) toalhas, 02 (dois) lençóis, 03 (três) camisas e/ou camisetas,01 (um) casaco, 01 (um) par de tênis, 01 (um) par de sapatos, 02(dois) pares de meias, 02 (duas) bermudas e/ou shorts, 01 (uma) calça, 02 (dois) pares de chinelos e 04 (quatro) unidades de peças íntimas, além do material de higiene pessoal."

Enquanto realizava as entrevistas, pude ouvir conversas paralelas em que a sucata era assunto constante. Enquanto uma mulher sugeria a melhor forma de acoplar os alimentos em apenas três vasilhames do tipo Tupperware, a outra explicava para as demais a importância da linguiça calabresa na marmita: embora as visitas sejam semanais, nem todas podem comparecer semanalmente ao presídio, tendo os seus familiares que se alimentar da comida que lá é servida. A calabresa serviria, então, para disfarçar o sabor ruim das quentinhas distribuídas no estabelecimento prisional, que são constantemente objeto de reclamação por virem estragadas.

A esse respeito, considero importante trazer à tona outra personagem, muito mencionada pelas entrevistadas e indispensável para a alimentação dos presos: a farofa. Esse alimento desempenha a mesma função da calabresa, porém seu custo é infinitamente menor e maior é sua durabilidade. Ressalte-se, todavia, que a farofa deve passar por um rígido critério de avaliação, não podendo conter pedaços de carne ou qualquer outro tempero sólido que possam ser confundidos com objetos proibidos na prisão, tais como substâncias entorpecentes.

Vale destacar que nada disso custa pouco. Uma das entrevistadas chegou a relatar que, para o preparo da sucata, ela chega a gastar R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por semana – o que é uma quantia avultada, se considerado que a maioria das mulheres não tem condições de trabalhar formalmente e ainda são responsáveis pelo sustento do restante da família.

Como solução para a questão financeira, muitas deixam de visitar seus entes semanalmente e passam a fazê-lo de 15 em 15 dias ou, em casos mais extremos, uma vez ao mês. Todavia, esse não é o maior dos problemas relacionados à sucata.

Em praticamente todas as falas ouvidas a respeito da sucata, o principal problema relatado pelas mulheres de presos diz respeito ao tratamento conferido pelos agentes penitenciários ao alimento trazido. Isso porque, conforme dito anteriormente, antes de ser entregue ao preso para ser consumido com o familiar em dias de visitação, o alimento passa pelo crivo de tais agentes a fim de se evitar a entrada de armas, celulares e substâncias ilícitas através deles.

O grande problema é que, quando o alimento é reprovado na averiguação, na maioria das vezes, sem conter qualquer objeto ilícito que o condene, este não é devolvido às visitantes, não se sabendo, ao certo, o destino que levará, já que as entrevistadas não souberam dizer se a sucata ia para o lixo ou se era recolhida por outros familiares de presos. Tal procedimento desarrazoado não deixa de consistir em nova humilhação contra essas mulheres, que, embora tenham empregado tempo e dinheiro no preparo do alimento para seus entes, veem todo o seu esforço ser desperdiçado, sem entender muito bem a razão daquele mecanismo.

Além disso, fiquei pensando que a postura dos agentes contrasta de forma severa com a das mulheres, porque, entre o afeto do preparo dos alimentos e o descaso do seu despejo, fica um sentimento que denota que a autoridade e a discricionariedade dos agentes sempre vencem nessa batalha, causando nas mulheres imensa frustração. Isso ficou bastante evidenciado nas falas das entrevistadas: "É uma humilhação diária" – relatou-me uma delas.

Quanto à custódia, a reclamação que mais se repetiu foi devido ao fato de esta não ser realizada no mesmo dia da visitação. Sublinhe-se, porém, que não se trata de regra prescrita em lei, mas de procedimento adotado em vários estabelecimentos prisionais no Estado do Rio de Janeiro. As entrevistadas reclamaram, justamente, de ter de gastar o dobro com o deslocamento para o presídio, quando poderiam entregar o *kit* da custódia em um único dia, junto com a sucata.

2.1.3. Com que roupa eu vou? As roupas como forma de controle sobre os corpos de mulheres de presos

Estabelece o art. 11 da Resolução SEAP nº 584, de 23 de outubro de 2015, que regulamenta a visitação aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares da SEAP e dá outras providências, que:

> Art. 11 – O visitante deverá estar convenientemente trajado, sendo vedado o uso do vestuário do tipo:
> I – roupa transparente, decotada e/ou justa/colante;
> II – roupas curtas, minissaia, mini vestido, mini blusa, short, sunga e bermuda acima do joelho;
> III – sapatos com solados ou saltos, bonés, óculos escuros, relógios, joias, bijuterias, brincos e adornos.

A partir da simples leitura do dispositivo, percebe-se que, dentre os visitantes, as mulheres são as mais afetadas pelo ordenamento, no tocante a regras de vestimenta. Nessa mesma linha, é possível observar que tais regras funcionam como instrumento de controle sobre o corpo feminino, visto que o uso de uma roupa transparente, decotada ou curta, em princípio, não ofereceria qualquer risco à ordem pública a ponto de ser vedado o seu uso dentro do estabelecimento prisional.

A esse respeito, vale mencionar o relato de uma senhora idosa cuja entrada para visitação do filho foi vetada porque ela vestia uma calça *jeans*. A justificativa dada pelos agentes prisionais foi a de que, com roupa justa, a mulher chama muita atenção dos detentos, podendo causar alguma confusão entre eles.[27] Sublinhe-se que, na maior parte das vezes, as vedações estabelecidas

[27] Devido à privação do contato com as mulheres, os agentes supõem que as roupas justas podem deixá-los excitados, e isso prejudicaria a ordem local.

pelos guardas são discricionárias (e, me pareceu, pautadas em ideais conservadores de moral e bons costumes).

A fim de evitar esse tipo de constrangimento, os familiares encontraram soluções no dia a dia, como o aluguel de roupas oferecido por ambulantes em frente aos estabelecimentos prisionais. Nem todas as mulheres, porém, dispõem de recursos financeiros para alugar roupas toda semana. Uma delas me relatou, então, que tem uma espécie de uniforme: em todas as visitas, ela veste a mesma roupa para não ter problemas na hora da revista. No entanto, ela contou que, certa vez, um agente cismou com a vestimenta costumeiramente usada, o que demonstra a discricionariedade na avaliação.

Ademais, os calçados também são um problema relatado pelas mulheres, visto que, não obstante a Resolução nº 584/2015 da SEAP apenas vedar o uso de sapatos com solados ou saltos, em grande parte dos estabelecimentos prisionais, é obrigatório o uso de chinelos de dedo da marca Havaianas, cor branca. Em outra oportunidade, uma entrevistada confessou ter tido que alugar os referidos chinelos por não ter nenhum parecido, já que o preço das sandálias daquela marca específica costuma ser bastante elevado.

Embora a Defensoria Pública realize um importante trabalho[28] de conscientização dos familiares de assistidos a respeito do que é efetivamente proibido por lei de se usar dentro dos estabelecimentos prisionais, estes temem algum tipo de represália por parte dos agentes e preferem seguir as regras internas do presídio, ainda que isso lhes acarrete algum custo extraordinário.

2.1.4. Da fila ao reencontro: a saga das mulheres de presos em dias de visitação

É sabido que não só no Estado do Rio de Janeiro, mas na grande maioria dos territórios brasileiros, os estabelecimentos prisionais não dispõem da infraestrutura necessária a fim de garantir condições dignas de vida aos detentos. Desse modo, são constantes as denúncias relacionadas a condições precárias em que são mantidos os presos, que ficam diuturnamente expostos à contaminação por doenças, como tuberculose e meningite, além de reiteradamente privados de direitos básicos, como higiene e alimentação. Essa omissão por parte do Estado em relação aos detentos denota ferimento a um princípio basilar da execução penal e caro ao Estado democrático de direito, que é o princípio da humanidade.

De acordo com Roig:

> A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal

[28] Na sala de espera do NUSPEN, é possível ver dois cartazes indicando práticas relacionadas à visitação de presos – um deles fala, inclusive, sobre a proibição indevida do uso de sandálias rasteiras pelos estabelecimentos prisionais, sendo vedado, tão somente, pela Resolução SEAP nº 584, o uso de sapatos com solados ou saltos.

> fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo.[29]

Nesse sentido, cumpre mencionar que a falta de infraestrutura dos estabelecimentos prisionais não afeta, tão somente, os internos. Seus familiares também são expostos a condições desumanas, que se iniciam, muitas vezes, antes do dia de visitação. Isso porque, pelo que pude depreender do relato das entrevistadas, muitas mulheres precisam dormir em filas para conseguir visitar seus entes. E, nessas filas, ficam sujeitas a todo tipo de perigo: esgoto a céu aberto, com risco de contaminação por roedores e insetos, alagamento ocasionado por chuvas, roubos e demais tipos de violência.

A esse respeito, Vera M. Guilherme, em sua pesquisa realizada no Presídio Central de Porto Alegre, é cirúrgica ao mencionar o ambiente a que os familiares de presos são submetidos em dias de visitação – desde a fila, do lado de fora do estabelecimento prisional, até a sua efetiva entrada – "Lixo, pessoas, comidas, fila, mercadorias, cachorros, tudo convivendo num mesmo espaço físico. Com o passar do tempo os visitantes pareciam se acostumar com a situação – a maior gama de reclamação vinha dos visitantes iniciantes. Eu também fui me acostumando a isso, naturalizando aquela situação".[30]

Aquelas que têm melhores condições financeiras optam por passar a noite em dormitórios, localizados próximos aos estabelecimentos prisionais, em que se costuma cobrar R$ 30,00 (trinta reais) por noite dormida em cama e R$ 20,00 (vinte reais), no chão. Entretanto, as menos abastadas – que são a maioria – acabam tendo que dormir em pedaços de papelão, à beira da rua.

Vale ressaltar que essa é, tão somente, a primeira das filas enfrentadas pelas mulheres de presos na saga da visitação. Em uma das unidades prisionais de Bangu, por exemplo, foi relatado por uma das entrevistadas que era necessário passar por cinco filas distintas até que fosse possível chegar ao encontro de seus entes: a primeira fila seria para entrar no conjunto de unidades – o Complexo de Gericinó –; a segunda, para tomar um ônibus que a levasse até o estabelecimento específico; a terceira, para entrar no presídio; a quarta, para a revista pessoal e da sucata; e a quinta, finalmente, para realizar a visitação.

---

[29] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 33.

[30] GUILHERME, Vera M. **Para além da criminologia de gabinete:** os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes**.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 136.

Ao entrar nos estabelecimentos prisionais, as mulheres se deparam com novos transtornos. Nessa direção, muitas alegaram que, em diversas unidades ao redor do Estado, falta água – para os próprios detentos e para seus familiares, em dias de visita. Com isso, elas se veem obrigadas a levar, junto com a sucata, garrafas de água para seus entes – sendo certo que é vetada a entrada de garrafas com gelo, tendo as bebidas que ser consumidas em temperatura ambiente.

Outro problema relatado pelas entrevistadas tem relação com a progressiva desativação de cantinas dentro dos estabelecimentos prisionais. Tais cantinas funcionavam da seguinte forma: todo mês, cada preso tem direito a receber, da família, certa quantia em dinheiro para comprar produtos vendidos nessa espécie de mercearia. Lá, são vendidos artigos de higiene pessoal e alimentação, para os casos em que o preso não pode aguardar até o recebimento da próxima sucata ou custódia.

Nos poucos estabelecimentos que ainda mantêm suas cantinas, o preço dos produtos é astronômico. A título de exemplo, segundo entrevistadas, uma garrafa de Coca-Cola de 600 ml chega a custar R$ 10,00 (dez reais), enquanto um quilo de pó de café pode custar até R$ 80,00 (oitenta reais). Para as entrevistadas, o ideal seria que se mantivessem tais cantinas como forma de suprir carências de produtos que seus entes possam ter entre uma visitação e outra, mas a preços mais acessíveis, já que a visitação como um todo torna-se uma atividade muito custosa para elas. Sublinhe-se que a existência de cantinas em estabelecimentos prisionais é assegurada pela LEP, conforme já aqui citado.

Outro problema enfrentado por essas mulheres durante os dias de visitação é o medo de contaminação por doenças infectocontagiosas. Recentemente, o Estado do Rio de Janeiro registrou casos de meningite dentro dos presídios, ocasionando a morte de alguns detentos.[31] Além do mais, doenças como hanseníase e tuberculose são frequentes entre os presos devido à superlotação e à falta de higiene dentro das celas. Segundo as entrevistadas, é grande o receio de que seus filhos, irmãos, esposos e companheiros adoeçam e acabem por contaminá-las.

2.1.5. O amor nos une, a distância nos separa: o problema da distância entre os estabelecimentos prisionais e a residência das mulheres de presos

Por trás da problemática da visitação, encontra-se um pano de fundo igualmente mencionado na fala das mulheres: o recolhimento de seu ente em estabelecimento prisional distante do local onde este mantenha laços de convívio social. Segundo Roig:

[31] Dados disponíveis em: https://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2019/06/12/apos-morte-e-casos-de-meningite-em-presidio-no-rj-servidores-denunciam-negligencia-na-imunizacao.ghtml. Acesso em: 11 jun. 2019.

> Trata-se de medida desalinhada com o princípio da humanidade, que expropria dos familiares e amigos a manutenção de contato e vínculos afetivos, além da oportunidade (e possibilidade financeira) de oferecer assistência ao preso, reduzindo o seu sofrimento e a correspondente dor de seus entes e amigos.[32]

Conforme mencionado anteriormente, os custos da visitação costumam ser altos para as mulheres de presos, uma vez que envolvem não só o preparo da sucata e, em dias específicos, da custódia, mas também o desembolso com o deslocamento até as unidades prisionais em que se encontram seus entes. Nesse sentido, é importante ressaltar que não são todas as mulheres que dispõem de condições para visitar seus familiares toda semana. Por conta desse fator da distância, muitos presos são privados do convívio familiar por longos períodos, o que afronta dispositivos constitucionais e legais.

Sublinhe-se, pois, que o art. 226 da Constituição Federal assegura a especial proteção do Estado à família, enquanto o art. 41 da LEP estabelece, em seu inciso X, que constitui direito do preso a visita intima do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados. Por fim, insta salientar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina, no art. 23.1, que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Não obstante isso, cumpre destacar que, a partir da fala das entrevistadas, percebe-se que essa proteção do Estado à família não se direciona às mulheres de presos, o que comprova, de certa forma, como essas personagens são deixadas à margem da sociedade. A esse respeito, vale mencionar o caso de uma senhora idosa que conheci no NUSPEN, durante uma das entrevistas, e que estava sem ver os dois filhos presos havia um ano – justamente por não ter dinheiro para se deslocar até os estabelecimentos prisionais, que eram muito afastados de sua residência.

Por conseguinte, observa-se que a distância em que se localizam os estabelecimentos prisionais afeta, de inúmeras maneiras, os dois polos da relação família-preso. Isso porque, enquanto mães, irmãs, companheiras, esposas e demais familiares sofrem com a ausência de seus entes do convívio social, aqueles que estão presos, além de serem privados do afeto de seus familiares, são privados de necessidades básicas, já que, sem a visitação, não recebem a sucata e a custódia, essenciais para a sobrevivência dentro do ambiente insalubre do presídio.

[32] ROIG, Rodrigo Duque Estrada**. Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 78.

Com isso, é possível avaliar, ainda, que o afastamento do preso do convívio familiar torna-se um grande entrave ao processo de ressocialização, muito embora a LEP estipule, como um de seus postulados básicos, que a execução penal deverá proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

2.1.6. Sobre a visita íntima

Como o tempo para realizar as entrevistas era relativamente curto, diante da quantidade de mulheres que eu pretendia entrevistar, muitas vezes não era possível entrar no assunto da visita íntima, justamente porque o tema, mais delicado do que os outros anteriormente abordados, exige um vínculo maior de intimidade para que a entrevistada possa falar mais abertamente sobre a sua sexualidade. Pelo menos, foi isso que senti durante o contato com as interlocutoras, embora tenha sido possível abordá-lo com algumas poucas entrevistadas, com quem desenvolvi uma relação mais próxima.

É importante mencionar que, ainda hoje, muitas mulheres enxergam o sexo como um tabu, tendo vergonha de falar sobre ele e, mais ainda, de expressar sua sexualidade e seus desejos para o mundo. Não obstante esse pensamento conservador dominar parcela mais velha da população, familiarizada com ideais patriarcais e misóginos de sociedade, mulheres mais jovens também são oprimidas por dogmas religiosos e culturais a não falar sobre sexo, o que dificultou, e muito, a abordagem desse assunto durante as entrevistas.

A respeito da visita íntima, esta consiste em um "benefício", que, estranhamente, é assim intitulado, em vez de ser reconhecido como um "direito", concedido aos internos que têm companheiras/esposas credenciadas como visitantes. Insta salientar que o "benefício" também se aplica a casais homoafetivos, porém, como se realizou um recorte de gênero no presente trabalho, optei por falar apenas sobre a relação homem preso-mulher visitante.

De acordo com regulamentação da SEAP, são requisitos necessários à autorização da visita íntima: não estar o preso classificado no índice de aproveitamento negativo ou neutro, em decorrência de falta disciplinar; não estar o interessado usufruindo da concessão de visita periódica à família, exceto nos casos em que seu cônjuge ou companheiro se encontrar preso cumprindo pena em regime fechado; ter sido concedido o credenciamento na condição de cônjuge ou companheira; estarem ambos os interessados em perfeitas condições de saúde física e mental por atestado público e ter o visitante mais de 18 anos (caso menor de 18 anos, somente quando legalmente casados ou com autorização do juiz da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso).

Após preenchidos todos os requisitos acima elencados, a mulher poderia realizar visita íntima a seu parceiro preso. Todavia, o que ocorre na realidade é

muito diferente do que está prescrito em leis e regulamentos. Isso porque, segundo as entrevistadas com quem pude tratar do assunto da visita íntima – geralmente mulheres mais jovens –, são pouquíssimos os estabelecimentos que dispõem de local adequado para esse tipo de visita. Na maioria dos casos, o único local do qual dispõem para ter mais intimidade com seus companheiros é o chamado "ratão": geralmente, uma mesa onde se estende uma toalha longa, embaixo da qual os casais podem manter relações sexuais, em meio à área comum de visitação. O tempo é limitado a dez minutos, cronometrados com um aparelho de micro-ondas. Para cada dez minutos, são cobrados R$ 50,00 (cinquenta reais) pelos próprios agentes penitenciários.

Trata-se de situação muito problemática sob diversos aspectos: o primeiro deles é o de que está sendo tirado dessas mulheres e de seus companheiros o direito ao exercício da sexualidade de forma saudável, em que seja preservada a privacidade e a dignidade do casal. Nesse sentido, é importante mencionar que as visitas íntimas, quando corretamente implementadas, possuem importante papel de preservação de vínculos afetivos e familiares entre o detento e sua companheira, contribuindo, dessa forma, para o processo de ressocialização do apenado.

Segundo Valdirene Daufemback, como uma instituição total, 24 horas de custódia, a prisão acaba tendo contato com todas as dimensões das necessidades humanas: intelectuais, sociais, profissionais, financeiras, emocionais, de saúde, sexuais, entre outras. Portanto, quanto melhor ela compreender e der vazão para o saudável exercício desses imperativos, melhor será o ambiente e melhores serão as perspectivas de as pessoas custodiadas se colocarem socialmente.[33]

Ademais, a exigência de que a mulher seja declaradamente companheira ou esposa do detento para que possa realizar a visita íntima reproduz um padrão moral de que o sexo não teria um fim em si mesmo, mas sim o da reprodução, sendo a mulher tratada, de certa forma, como objeto, e não como sujeito de direitos sexuais.

A respeito do tema, há que se estabelecer uma diferenciação entre direitos reprodutivos e direitos sexuais propriamente ditos, conceitos rotineiramente confundidos. Acerca dos direitos reprodutivos, tal nomenclatura consagrou-se na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), que aconteceu em 1994, no Cairo, Egito, sendo retomada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Pequim, China, em 1995.[34] Tal conceito englobaria, então, os direitos da mulher a ter controle e decidir livre e responsavelmente sobre

[33] DAUFEMBACK, Valdirene. **A sexualidade nas prisões:** o Estado se comportando como avestruz. 2018. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/07/17/a-sexualidade-nas-prisoes-o-estado-se-comportando-como-avestruz/. Acesso em: 17 jul. 2018.

[34] NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e as mulheres**. 2015. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/. Acesso em: 17 jul. 2018.

questões relacionadas à sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência.

Por sua vez, os direitos sexuais estariam mais voltados à liberdade sexual exercida pela mulher, na busca do próprio prazer. Trata-se de um conceito que carrega consigo um caráter mais libertário e emancipatório, por aceitar como positivo e desejado o prazer sexual da mulher.[35] Ao contrário dos direitos reprodutivos, que têm caráter de direitos negativos, os quais devem ser assegurados a fim de que a mulher não sofra qualquer tipo de violência sexual, os direitos sexuais seriam considerados, então, direitos positivos, no sentido de permitir que a mulher os exerça de maneira livre e despida de preconceitos.

Ainda hoje, há um silêncio legislativo no tocante aos direitos sexuais da mulher. De acordo com Rebecca Cook, o fato de a lei se manter indeterminada, neutra e objetiva denota certa parcialidade ao mascarar hierarquias e distribuições de poder, visto que sua tendência é a de refletir interesses de um grupo dominante, composto por homens, brancos e heterossexuais.[36] A autora defende, então, o reconhecimento jurídico dos direitos sexuais, uma vez que este consolidaria a separação entre sexo e reprodução, a fim de que se compreenda que as mulheres não devem ser vistas como mero objeto reprodutivo, mas sim como sujeitos de direitos sexuais.

Nesse sentido, verifica-se que a forma como o sistema carcerário lida com a visitação íntima acaba por reproduzir padrões que tratam esse direito como benefício e, em sendo assim, a sua forma de distribuição é excludente, em vez de ser igualitária, na medida em que os requisitos exigidos o tornam, em vez de direito, privilégio de poucos e de poucas.

2.1.7. Familiar preso, preocupação constante

Inicio esta seção com um relato vivenciado por mim em um dos dias de entrevistas realizadas no NUSPEN. Assim que cheguei ao Núcleo, logo pela manhã, sentei-me no fundo da sala de espera para organizar minhas anotações, antes de iniciar as entrevistas daquele dia. Na TV, passava um programa policial, de caráter indubitavelmente sensacionalista, que fazia a cobertura da chacina ocorrida em um presídio de Manaus, em junho. Naquele momento, pude perceber um silêncio ensurdecedor: familiares que estavam ali presentes e, antes, conversavam sobre assuntos diversos pararam para assistir à reportagem – e certamente pensaram que aquilo, em algum momento, poderia acontecer a um dos seus.

---

[35] MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, p. 61-84, 2008.

[36] COOK, R. International Human Rights and Women's Reproductive Health. **Studies in Family Planning**, v. 24, n. 2, p. 73-86, Marc-Apr. 1993 *apud* MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais **–** uma análise comparativa com os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, p. 61-84, 2008.

O medo de perder seus entes para a violência dentro do próprio estabelecimento prisional é apenas uma das diversas aflições que enfrentam as mulheres de presos. Conforme dito anteriormente, o risco de contaminação por doenças infectocontagiosas é constante, não sendo raros os casos de presos morrendo de tuberculose e meningite.

A esse respeito, repetiram-se reclamações por parte das entrevistadas com relação ao tratamento médico (ou à ausência dele) oferecido aos presos, que é precário e somente fornecido em último caso. Segundo as mulheres, apesar de seus entes terem cometido erros no passado, eles têm direito a um tratamento digno dentro dos estabelecimentos prisionais, o que envolve também o acesso à saúde. A sua condição de presos não deveria colocá-los na condição de "não cidadãos". Mas os coloca.

Um exemplo dessa situação, dentre outros, é o de que medicamentos só podem entrar no presídio com prescrição médica. Não havendo médicos disponíveis, não há quem possa receitar os remédios, e o estado de saúde do preso só piora. Tal problema levou uma das entrevistadas a tomar a atitude extrema de dissolver um antibiótico no leite que seria entregue na sucata ao marido para que ele pudesse ser devidamente medicado, correndo o risco de perder sua carteira de visitante pela infração praticada.

Enfim, o que percebi foi que, a todo tempo, as mulheres vivenciam verdadeiro paradoxo, decorrente da preocupação constante de ter seus familiares presos. Isso porque, se, por um lado, elas desejam ver seus filhos, irmãos, companheiros e esposos fora das grades, diante das tensões que o encarceramento lhes provoca e do medo de perdê-los para algum conflito interno ou enfermidade dentro da prisão, por outro, algumas temem que a liberdade possa lhes ser nociva, dado o risco de retornarem à criminalidade e acabarem morrendo – na maioria dos casos, pelas mãos do tráfico. Esse dilema apareceu com frequência: a ambiguidade da prisão, que é vista como afastamento e indignidade, mas também como proteção de uma hostilidade externa que também acompanha e aflige a vida dessas pessoas, fora das grades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: "A GENTE SE ACOSTUMA COM A DOR". ENTRE O IDEAL CONSTITUCIONAL DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E O MUNDO REAL DAS MULHERES DE PRESOS

Ao confrontar o tratamento jurídico nacional e internacional dado aos presos e seus familiares com os dados obtidos na pesquisa empírica realizada com mulheres de presos, é possível notar discrepâncias alarmantes entre o que está juridicamente posto e o que ocorre no mundo fático.

Nesse sentido, pôde-se perceber que os familiares – sobretudo, as mulheres – de presos, muito embora sejam partes intimamente ligadas à reinserção do indivíduo no contexto social, são as que também mais sofrem com as grades invisíveis com as quais o cárcere de seus filhos, irmãos, esposos e companheiros limitam-nas no dia a dia.

Desse modo, denota-se que os efeitos adversos que o encarceramento de seus entes lhes provoca ocorre nas mais diversas vertentes de suas vidas: desde a sua saúde e bem-estar, que estão intimamente relacionados às precárias condições econômicas a que são submetidas após o chefe da família ser preso até mesmo às dores psíquicas advindas da ausência do ser amado no contexto familiar.

Tudo isso é permeado por um aspecto estigmatizante que recai sobre as mulheres de presos, cujo discurso recorrente é o de que, apesar de seus companheiros, filhos e irmãos terem trilhado o rumo da criminalidade, elas não optaram pela mesma vida e estão ali, visitando seus entes, simplesmente por amor. Com isso, elas acabam sofrendo os efeitos da estigmatização intra e extramuros.

A partir dos relatos trazidos, foi possível perceber que o simples fato de serem familiares de presos faz com que essas mulheres sejam mantidas à margem da sociedade, a ponto de serem expulsas de suas residências, privadas de sua religiosidade e, consequentemente, do convívio social. Tal situação demonstra, ainda, a utilização da condição dessas mulheres como forma de controle, tanto de seu comportamento quanto dos detentos, por parte dos agentes penitenciários, visto que, não sendo submissas aos guardas, estarão sujeitas a diversas formas de retaliação.

Assim, são grandes o autoquestionamento e a cobrança que as entrevistadas – sobretudo, mães – fazem de si próprias, a ponto de se sentirem culpadas pelo fato de seus entes terem sido presos. Isso porque faz parte do ideário ocidental a ideia de que seria a família a responsável pela formação do caráter do indivíduo. Todavia, nem sempre isso foi uma regra.

Philippe Ariès destaca que, até a Idade Média, no início dos tempos modernos, e por muito tempo ainda nas classes populares, as crianças misturavam-se com os adultos assim que eram consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, poucos anos depois de um desmame tardio, aproximadamente aos sete anos de idade. Dali em diante, ingressavam imediatamente na grande comunidade dos homens, participando com seus amigos jovens ou velhos dos trabalhos e dos jogos de todos os dias. Dessa forma, não havia qualquer tipo de preocupação com a formação moral daqueles indivíduos, visto que, na Idade Média, não se conhecia, tampouco, a educação.[37] Somente a partir do século XV, com a fundação de ordens religiosas como a dos jesuítas, voltadas ao ensino, passou-se a ensinar aos pais que eles eram os guardiões

[37] ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 276.

espirituais, responsáveis perante Deus pela alma e até mesmo, no final, pelo corpo de seus filhos.[38]

Tal ideia de responsabilização de familiares pela formação não só educacional, mas também moral e social de seus entes, acaba, ainda hoje, acarretando a sua estigmatização, visto que são constantemente julgados por não terem ensinado nem, tampouco, estimulado filhos, sobrinhos, companheiros e demais entes a agirem de acordo com o que era socialmente esperado. Isso acaba, de certa forma, legitimando o sofrimento que também é imputado à família do preso, como se esta fosse merecedora do castigo pelo qual seu ente passa, por não o ter posto no caminho certo.

Por todo o exposto, é possível compreender que a pena ultrapassa – e muito – a pessoa do condenado, contrariando o art. 5º, inciso XLV, da Constituição, bem como o art. 5, item 3, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Compreendendo que, na atualidade, torna-se inconcebível a existência da pena sem que esta afete terceiros – principalmente, familiares de apenados –, Roig defende uma modificação de nomenclatura, passando a intranscendência da pena a se chamar princípio da transcendência mínima: "seja qual for a denominação conferida, fato é que o princípio possui importante função limitadora, tanto no Direito Penal, quanto no Direito de Execução Penal."[39]

Nesse contexto, o autor entende que consistiriam em violações à transcendência mínima da pena: proibição ou restrição de visita como forma de sanção disciplinar,[40] limitação injustificada à visita familiar periódica,[41] restrição ao direito de visita íntima de presos e presas, recolhimento do preso em estabelecimento distante do local onde mantém laços de convívio social e revista íntima vexatória.[42] Todos esses pontos foram aqui abordados por meio de relatos fornecidos pelas próprias entrevistadas, os quais ilustram não só os dramas e dilemas que vivenciam, mas os efeitos da ausência de direitos a que são submetidos todos, os presos e suas mulheres, circunstância que acaba por confirmar a minha hipótese inicial de pesquisa, que sempre desconfiou da suposta garantia constitucional que enuncia que a pena não poderá passar da pessoa do condenado.

"A gente se acostuma com a dor", fala que até hoje causa ressonância em mim, de tanto que a escutei em campo, é, justamente, o contraste desse ideário metafísico constitucional.Essa frase – "a gente se acostuma com a dor" – talvez tenha sido a que mais me marcou durante as quatro semanas de entrevistas realizadas no NUSPEN.

---

[38] ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 276.

[39] ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76.

[40] *Vide* art. 41, parágrafo único, e art. 53, III, da LEP.

[41] *Vide* art. 122 da LEP.

[42] ROIG, Rodrigo Duque Estrada**. Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 76 *et seq*.

Tal sentença, proferida por uma das entrevistadas e ecoada, ainda que não com as mesmas palavras, por outras, ao relatar as arbitrariedades e aflições imputadas pelo cárcere de seu marido, resume a falência do sistema carcerário da forma como este opera ainda hoje. Muito embora haja instrumentos que confiram, em teoria, a devida proteção aos familiares de presos – sobretudo às mulheres, que são alvo de discriminação positiva por tratados e declarações internacionais de direitos humanos, os quais buscam protegê-las de todas as formas de discriminação negativa, observa-se que, na prática, essas personagens são mantidas à margem de políticas públicas, sendo suas demandas recorrentemente ignoradas.

A partir de tudo que foi trazido até aqui, passo a refletir sobre algumas soluções que poderiam ser empregadas para os problemas relatados pelas interlocutoras, por uma ótica normativa. Sei que não seria necessário, no campo da pesquisa, preocupar-me com isso, mas, conforme expliquei inicialmente, não consegui me desprender da ânsia de tentar – e nada mais do que isso – respondê-la.

Considerando que no sistema penal atualmente vigente é impossível que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, tendo em vista o caráter estritamente punitivo e retributivo que esta carrega em seu cerne, acarretando, consequentemente, sofrimento àqueles que o orbitam, torna-se necessária, em primeiro lugar, uma mudança de concepção, de modo a se compreender que o sentido da aplicação da pena não estaria (ou não deveria estar) na vingança, mas na reinserção do indivíduo no contexto social. Pelo menos, é assim que o sistema normativo enuncia. Logo, somente a partir dessa mudança de mentalidade será possível compreender que as mulheres de presos são personagens fundamentais para a ressocialização do apenado e, ao mesmo tempo, sujeitos de direitos básicos.

Para tanto, tornar-se-ia necessária a implementação de práticas pedagógicas em direitos humanos, no sentido de conscientizar não só os agentes penitenciários acerca das agruras que o cárcere pode produzir na vida dessas mulheres, mas da sociedade como um todo, que hoje desempenha negativo papel de revitimização e estigmatização dessas personagens. Na sociedade, tal conscientização deveria se dar por meio de audiências públicas e palestras em que as mulheres de presos pudessem efetivamente ser ouvidas, de modo que, assim, as pessoas pudessem ter a real noção do que significa o encarceramento de familiares – tendo a Defensoria Pública papel fundamental na promoção desses debates.

Ademais, em relação aos agentes penitenciários, seria interessante o oferecimento de cursos sobre noções de direitos humanos e criminologia, a fim de que eles possam compreender os malefícios do cárcere, de modo a trabalharem não mais como algozes, mas como instrumentos de uma sociedade mais pacífica e democrática, muito embora o encarceramento constitua, por si só, um dos instrumentos mais sombrios de controle social perpetrado pelo Estado.

Além do mais, é imprescindível a implementação de uma ouvidoria independente por parte do SEAP, que possa ouvir os relatos de abusos e arbitrariedades sofridos pelos familiares dos presos e resolver os episódios da maneira mais rápida e eficiente possível, sem que estes tenham de passar pelo transtorno de se manterem calados por medo de retaliações. Saliente-se que os instrumentos normativos estão todos a favor dessas pessoas – resta apenas que sejam devidamente aplicados, à luz do princípio norteador de todos os outros, o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Trad. Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade:** construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BARBOSA, Filipe. **Após mortes e casos de meningite em presídios no RJ, servidores denunciam negligência na imunização**. 12/06/2019. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/norte-fluminense/noticia/2019/06/12/apos-morte-e-casos-de-meningite-em-presidio-no-rj-servidores-denunciam-negligencia-na-imunizacao.ghtml. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

COOK, R. International Human Rights and Women's Reproductive Health. **Studies in Family Planning**, v. 24, n. 2, p. 73-86, Marc-Apr. 1993 *apud* MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, p. 61-84, 2008.

DAUFEMBACK, Valdirene. **A sexualidade nas prisões:** o Estado se comportando como avestruz. 2018. Disponível em: http://www.justificando.com/2018/07/17/a-sexualidade-nas-prisoes-o-estado-se-comportando-como-avestruz/. Acesso em: 17 jul. 2018.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. 2008. Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi. Acesso em: 10 jun. 2019.

GOFFMAN, Erving. **Estigma:** notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: LTC, 1975.

GUILHERME, Vera M. **Para além da criminologia de gabinete:** os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

JUSTIÇA simplifica regras para visitação de presos no Rio de Janeiro. **Revista Consultor Jurídico**, em 6 de setembro de 2017, às 15h29. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-06/justica-simplifica-regras-visitacao-presos-rio-janeiro. Acesso em: 5 jul. 2019.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, p. 61-84, 2008.

MELO, Z. M. Estigma: espaço para exclusão social. **Revista Symposium**, 4 (especial), 18-22. Disponível em: www.unicamp.br/Arte/ler.php?art_cod=1486. Acesso em 15 jun. 2019.

MESTRE, Simone de Oliveira. **"Mães guerreiras"**: uma etnografia sobre mães de jorvens encarcerados em Porto Velho/RO. 2016. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2016.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e as mulheres**. 2015. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/. Acesso em: 17 jul. 2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Resolução Seap nº 584, de 23 de outubro de 2015. Regulamenta a visitação aos presos custodiados nos estabelecimentos prisionais e hospitalares da SEAP, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, RJ, 26 out. 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/103238685/doerj-poder-executivo-29-10-2015-pg-13. Acesso em: 2 jul. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Resolução Seap nº 610, de 18 de março de 2016. Disciplina a entrada de alimentos e objetos trazidos pelos familiares e por via postal nas visitas às unidades prisionais. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, 21 mar. 2016. Rio de Janeiro, RJ, Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111687166/doerj-poder-executivo-22-03-2016-pg-9. Acesso em: 2 jul. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SIQUEIRA, Ranyella de; CARDOSO Júnior, Hélio Rebello. O conceito de estigma como processo social: uma aproximação teórica a partir da literatura norte-americana. **Imagonautas**, v. 2, n. 1, p. 92-113, 2011. Disponível em: http://hdl.handle.net/11449/127032. Acesso em: 15 jun. 2019.

HISTÓRIAS DO/NO CÁRCERE: MEMÓRIAS DO PROGRAMA MONITORAMENTO CARCERÁRIO*

STORIES OF/IN PRISON: MEMORIES OF THE PRISON MONITORING PROGRAM

Lucas Henrique Justino de Souza
Graduando da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Integra o grupo de extensão Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular (NAJUP) Luiza Mahin, o grupo de pesquisa Labá - Laboratório Espaço, Direito & Política e LabCap - Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão

Resumo: Este trabalho consiste em um estudo de caso que visa refletir sobre as condições de hiperencarceramento no sistema penitenciário fluminense e o sentido teórico-político dessa política criminal a partir do trabalho desenvolvido pelo Programa Monitoramento Carcerário (PMC) da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, no período de 2017 a 2018. Por meio da experiência do PMC, aponta-se, por fim, para a perspectiva do abolicionismo penal como meio de garantia dos direitos humanos em meio a uma sociedade pautada pela cultura punitivista e carcerocêntrica.

Palavras-chaves: Cárcere. Abolicionismo penal. Direitos humanos.

Abstract: This paper consists of a case study that aims to reflect on the conditions of hypercarceration in the Rio de Janeiro penitentiary system and the theoretical-political meaning of this criminal policy, based on the work developed by the Prison Monitoring Program (PMC) of the Public Defender's Office of Rio de Janeiro. January, from 2017 to 2018. Through the PMC's experience, we finally point to the perspective of criminal abolitionism as a means of guaranteeing human rights in the midst of a society based on punitivist and carcerocentric culture.

Keywords: Prison. Penal Abolitionism. Human Rights.

* Trata-se do trabalho vencedor do III Prêmio Jurídico Fabiano de Carvalho Oliveira para Estagiários da Defensoria Pública, edição 2019.

INTRODUÇÃO

Meu ingresso no Programa Monitoramento Carcerário (PMC) da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em março de 2017, se deu mediante processo seletivo em que foi necessária a produção de uma redação sobre a crise do sistema penitenciário no Estado do Rio de Janeiro. A relação dessa crise com o trabalho que se propõe é justificativa para realizar um estudo de caso no intuito de refletir sobre o potencial do PMC na percepção crítica sobre o cárcere.

Diante disso, é objetivo do trabalho compreender a efetividade, a natureza e o sentido teórico-político do sistema prisional fluminense no período de março de 2017 a março de 2018. Nesse sentido, a introdução apresenta o autor por necessidade, uma vez que o objeto de pesquisa faz parte de sua trajetória pessoal e acadêmica, o que significa dizer que a relação entre pesquisador e objeto neste trabalho é orientada por uma interação dialética, em que ambos são mutuamente influenciados e transformados pelas vivências no/do cárcere.

O método consiste na análise qualitativa propiciada pelas visitas de inspeção às unidades prisionais em que a observação participante possibilita, segundo Schwartz e Schwartz, "um processo pelo qual mantém-se a presença do observador numa situação social com a finalidade de realizar uma investigação científica".[1]

Além disso, a pesquisa se consolida: i) em fontes documentais, notadamente os relatórios produzidos em decorrência das visitas de inspeção; ii) por meio da teoria crítica, a partir de revisão bibliográfica da criminologia sob a perspectiva do abolicionismo penal e da dogmática penal; iii) e por meio de entrevistas semiestruturadas[2] com integrantes do PMC.

Apesar de se adequar ao rigor científico, esta pesquisa também busca rememorar as atividades desenvolvidas pelo PMC, uma vez que o objetivo final do trabalho é contar a história de movimentos institucionais contra-hegemônicos que, por definição, estão na contracorrente do atual estado de coisas determinado e determinante de uma cultura punitivista e carcerocêntrica que se encontra, no tempo presente, em processo constante e reiterado de validação/legitimação em uma parcela significativa da sociedade (local/global) de forma dominante.

1. "EM BUSCA DAS PENAS PERDIDAS"

> Se não fosse o crime, muita gente morria de fome/
> O vagabundo é quem garante o pagamento dos homens/

[1] LEMGRUBER, Julita. Pesquisando em prisão feminina. *In*: VELHO, Gilberto. **O desafio da cidade**: novas perspectivas da antropologia brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 144.

[2] A entrevista semiestruturada consiste em um método em que o entrevistado formula questões fechadas e abertas, e o entrevistado tem mais liberdade para divagar sobre o assunto.

> Porque um preso dá vários empregos, você pode acreditar/É um polícia pra prender/Um delegado pra autuar/Um promotor pra fazer a caveira/Um juiz pra condenar/Um carcereiro pra tomar conta/ E um advogado pra soltar [...].[3]

Há dois anos, quando ingressei na Defensoria Pública, escrevi sobre a crise do sistema penitenciário fluminense e, na redação proposta, problematizei a ideia da crise. Essa decidida consciência só foi possível após ter contato com a obra *Penas perdidas*, do criminólogo holandês Louk Hulsman.[4] A partir de Hulsman, defendi que a própria ideia da privação da liberdade era equivalente à crise. Nesse sentido, as consequências bárbaras do sistema penal não são evidências de uma disfuncionalidade da execução da pena, mas da natureza desumanizadora da crise. É sobre essa hipótese fundamental que esta primeira seção trabalha.

O art. 1º da Lei de Execução Penal (LEP)[5] apresenta o objetivo da pena e se coloca como diploma legal hábil a "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". O artigo é recepcionado pelo art. 5º, XLVII, da Constituição da República,[6] que adota uma política criminal orientada a garantir a humanidade das penas e o direito fundamental à dignidade humana. Assim, a privação da liberdade é, nesse contexto, revestida de parâmetros normativos que pretendem limitar o poder punitivo de soberania estatal, de forma a garantir a mínima intervenção.

A limitação normativa do poder de punir estatal possibilita uma aparência de racionalidade que tem função de validar e legitimar a privação da liberdade como alternativa eficaz de solução de conflitos e problemas sociais. Porém, em sentido oposto, o que se pretende é, no mínimo, questionar as justificativas tradicionais (teoria tradicional) da pena. A tarefa é eminentemente crítica e, segundo o filósofo Marcos Nobre, a partir de Max Horkheimer, "[...] trata-se, para a perspectiva crítica, de mostrar primeiramente por que ele [conhecimento tradicional ou teoria tradicional] é parcial, para então buscar integrá-lo, sob nova forma, ao conjunto do conhecimento crítico".[7]

Sob tal orientação teórica, o jurista e filósofo alemão Klauss Günther defende que as teorias tradicionais de justificação da punição (pena privativa de liberdade) não resistem a um exame mais detalhado, isto é, à crítica da pena,

---

[3] Samba de Dicró, Cabide de Emprego.

[4] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993.

[5] Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

[6] CRFB/88, Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

[7] NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 34.

seja porque a relação de meio e fim não se verifica, seja pelo caráter simbólico adotado pelas teorias tradicionais.[8] É o que será sustentado adiante.

As teorias tradicionais de justificação da pena se desdobram entre retribuição e prevenção. A primeira relaciona-se com a teoria absoluta da pena, e a segunda, com a teoria relativa da pena. A retribuição está determinada somente na relação com o dano causado, esgotando-se nele (absoluta). Segundo Günther, não há como estabelecer equivalência "entre o bem roubado ou destruído e o bem tomado a título de retribuição" porque "nenhuma retribuição corresponde exatamente àquilo que deve compensar".[9] A pena, que nesse caso é o bem tomado a título de retribuição, "cria uma nova injustiça e com isso a demanda por uma nova retribuição".[10] Em outras palavras, não há relação de proporcionalidade possível quando o assunto é o dano causado a outrem. O próprio exemplo da milenar Lei de Talião demonstra que a tentativa de equiparar o dano sempre causa nova injustiça. Isto é, na proporção "olho por olho, dente por dente", ambos os sujeitos saem lesados, e não há possibilidade de atingir reparação. Em contrapartida, é sempre possível criar novos danos a título de retribuição. Segundo Günther, essa constatação (de impossibilidade da equiparação) é fator relevante para que autores clássicos como Kant e Hegel reinterpretem a retribuição.[11] A partir da desconfiguração da relação entre autor e vítima, ganha relevo a pretensão punitiva estatal, que monopoliza o conflito ao estabelecer um padrão geral, a ofensa à norma jurídica. Dessa forma, o Estado instrumentaliza o poder punitivo sob a justificativa de estabelecer uma comunicação (mensagem pública) de afirmação da norma em relação a sua "contranorma".[12] Logo, a pena tem função, segundo a teoria tradicional, de "transmitir a mensagem da dupla negação como eliminação da injustiça e reestabelecimento do direito".[13] É nesse sentido que Günther questiona se não há meio de transmissão de mensagem menos danoso do que a privação da liberdade, *in verbis*:

> Por que essa mensagem deve ser atrelada à suplementar inflição de um mal pelo Estado permanece uma questão em aberto (...). Na melhor dashipóteses, pode-se dizer que a pena com sua simbologia atual constitui uma convenção historicamente transmitida e estabilizada pelos costumes,

[8] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

[9] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.

[10] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 58.

[11] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.

[12] A contranorma consiste na violação/negação da norma.

[13] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

> da qual as sociedades costumam se servir regularmente quando querem comunicar esse tipo de mensagem (Feiberg, 1994, p. 86 e s.). No entanto, um exame racional da pena precisa questionar se as sociedades modernas não poderiam pensar em nada melhor do que se render a meros costumes arraigados e confortáveis.[14]

Se a teoria absoluta da pena não se justifica racionalmente, nas teorias relativas da pena se verifica conclusão semelhante. É o que será analisado adiante.

As justificativas preventivas desdobram-se em três e buscam evitar a ocorrência de novos eventos danosos (teoria relativa da pena). Assim, a pena pode se relacionar com outros possíveis autores, que não o próprio autor do fato em questão, configurando-se na teoria da prevenção geral negativa; ou com o próprio autor, na iminência de seu ato, caracterizando a teoria da prevenção especial negativa; e com o próprio autor, com objetivo correcional, identificada na teoria da prevenção especial positiva; e, por último, se relaciona com a comunidade, teoria da prevenção geral positiva.

É com razão que Günther afirma que a justificação tradicional da pena não resiste à crítica, uma vez que a teoria relativa (prevenção) acaba por desrespeitar o princípio da individualização da pena ao instrumentalizar a privação da liberdade como meio para inibir condutas indesejadas de sujeitos que não compõem a relação entre autor e vítima.[15] Sob esse prisma, a prevenção geral negativa pode ser criticada por sua pretensão intimidatória. Argumenta-se que estas "não produzem nada que aumente a probabilidade de comportamento conforme as normas entre os afetados".[16] É irreal a ideia de que o sujeito estabeleça relações de custo-benefício entre a representação de sua conduta e a norma que tipifica esse ato como típico, ilícito e culpável (delito). O indivíduo não deixa de agir por conta da existência da norma, mas pela possibilidade de que sua conduta seja descoberta.[17]

Em relação à prevenção especial negativa, vale a mesma reflexão. Aceitar que a privação da liberdade seja o meio apropriado para que o autor de um ato típico, ilícito e culpável reflita sobre o caráter reprovável do delito possibilita mais a formação de uma identidade decididamente marginal do que a sua inclusão

---

[14] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

[15] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.

[16] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63.

[17] "Assim que aumenta a probabilidade de que uma conduta não seja descoberta, diminui proporcionalmente o efeito intimidatório da ameaça da pena" (PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63).

por meio da obediência à norma jurídica. Tal observação se deve ao fato de que, em algumas ocasiões, não adianta elevar a rigidez da pena se a realidade do dia a dia é tão grave quanto a privação da liberdade (como, por exemplo, o caso das pessoas em situação de rua). Assim, é no cárcere que o indivíduo, que sequer fora socializado em liberdade, será incluído na sociedade por exclusão.

Por sua vez, a prevenção especial positiva é revelada pelo legislador brasileiro pelo objetivo de "integrar harmonicamente" o egresso do sistema prisional ao convívio social a partir de sua (re)ssocialização. Trata-se da única teoria que pode ser justificada racionalmente. No entanto, a análise que se pretende neste trabalho irá demonstrar que as condições prisionais nunca vão possibilitar a reintegração. Nesse sentido, ensina Günther que uma das condições para a ressocialização é o seu caráter voluntário, que não pode ser oferecido no cárcere:

> Se falta a voluntariedade, então as medidas de ressocialização não atingem o seu objetivo e encontram a resistência interna do delinquente ou, na melhor das hipóteses, o cálculo estratégico de participar aparentemente de tais medidas *[de ressocialização]*, com o fim de conseguir benefícios na execução penal, especialmente uma antecipação da liberdade.[18]

Por último, a prevenção geral positiva revela-se como um meio perverso na finalidade de "integrar harmonicamente" a sociedade. Para que a violação da norma não seja a regra, a pena é, nessa teoria, estabelecida como forma de reafirmar os valores e, mais especificamente, os bens jurídicos tutelados pelo Estado, de forma a exercer controle sobre os indivíduos. Nesse sentido, Günther afirma: "É por isso que o crime é decididamente necessário para a integração da sociedade, já que é apenas por meio do teatro penal que ela consegue reativar e reestabilizar constantemente sua própria consciência coletiva".[19]

Portanto, ao analisar detidamente as teorias tradicionais de justificação da pena, pode-se perceber o caráter funcional que estas desempenham em relação à teleologia da CRFB/88 e da LEP. Sobre essa funcionalidade, Salo de Carvalho é assertivo:

> O problema central da penologia, porém, desde uma perspectiva crítica, para além da legitimidade jurídica das penas e dos seus critérios de limitação, é o de que os discursos de justificação (teorias da pena), invariavelmente,

[18] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

[19] PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

> naturalizam as consequências perversas e negativas da pena como realidade concreta. Neste sentido, David Sánches Rubio identifica um processo de inversão (ou reversão) ideológica dos direitos humanos que consiste na implementação de técnicas (discursivas) de garantia dos direitos humanos que, em sua instrumentalização, viola direitos humanos.[20]

A privação da liberdade é uma medida extrema, é *ultima ratio*. A natureza do cárcere é cruel. Será mesmo a pena privativa de liberdade o meio adequado para Estados democráticos de direito? Hulsman afirma que a cosmologia teológica fundada na dicotomia inocente-culpado (que orienta o poder punitivo) é inerente à filosofia escolástica.[21] O criminólogo holandês busca, portanto, o fundamento originário da pena para afirmar que a natureza das penas é a crueldade.[22] Hulsman descreve os efeitos nefastos que só a privação da liberdade impõe ao apenado:

> Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples fato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não poder mais encontrar quem deseja ver – isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso. Mas, é também um castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão, que degrada os corpos. A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas – não é por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações físicas que agridem o corpo, que o deterioram lentamente.[23]

Hulsman define a pena como um mal social, um sofrimento estéril, um *nonsense*, isto é, desprovido de sentido.[24] O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende o "discurso oficial", transformando o

---

[20] CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

[21] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 68.

[22] "O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal" (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 88).

[23] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 61-62.

[24] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 62.

apenado em uma outra vítima.[25] Sua aparente disfuncionalidade é desmistificada quando se identifica que "a justificação da pena se encontra na própria função do Estado, como tutor e mantenedor da ordem jurídica".[26] Em semelhante sentido, conclui o filósofo alemão Walter Benjamin, no século XIX, quando afirma que "todo poder enquanto meio é ou instituinte ou mantenedor do direito. Não reivindicando nenhum desses dois atributos, renuncia a qualquer validade".[27] Dessa forma, pode-se concluir que os fins da pena se relacionam com os fins de soberania. Tal conclusão permite compreender que a pena, diferentemente do que preconiza a metafísica das dicotomias bom-mau/inocente- culpado, não é ontológica, isto é, intrínseca à natureza do indivíduo,[28] mas um produto da lei. O crime é, portanto, relativo e determinado ao/por interesse tutelado pelo Estado que instrumentaliza o sistema penal. E, não estando claro o interesse, isto é, "não havendo uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento de autoridade",[29] está-se diante de situações em que a legitimidade da pena é, no mínimo, questionável. Essa legitimidade fica completamente abalada quando se percebe que o sistema penal "cria e reforça as desigualdades sociais"[30] ao pré-selecionar os alvos a partir de critérios relacionados a classe social, raça e território ocupado. Esses alvos passam a ser conhecidos no imaginário social como "delinquentes", "criminosos", "vagabundos", "bandidos", "traficantes" etc. É nesses casos que o fundamento cruel do poder punitivo se associa à natureza violenta do Estado, sendo urgente a libertação desse estado de coisas. Portanto, é preciso abolir o sistema penal![31]

2. O PROGRAMA MONITORAMENTO CARCERÁRIO (PMC) E A EXPERIÊNCIA NO/DO CÁRCERE

> Ficou claro e é demonstrado no relatório que a Unidade Prisional apresenta condições lastimáveis, aviltantes, absolutamente distantes de qualquer condição de dignidade

[25] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 72.

[26] CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

[27] BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix Editora da Universidade de São Paulo, 1986, p. 167.

[28] A teoria criminológica que utiliza a análise do/no indivíduo isolado do contexto social é conhecida como criminologia positivista. Essa teoria fundamenta a formação da "identidade delitiva".

[29] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de**. Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 87.

[30] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de**. Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 75.

[31] HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de**. Penas perdidas**. O sistema penal em questão. 1. ed. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993, p. 91.

> humana mínima para cumprimento da pena restritiva de liberdade. Suas instalações contrariam não só a Lei de Execução Penal como a Constituição Federal e qualquer outro princípio democrático que se pretenda usar para interpretar ou legitimar o disposto sobre pena de privação de liberdade.[32]

A história do Programa Monitoramento Carcerário (PMC) se confunde com a história do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH). Apesar de regulamentado apenas em 2011,[33] o PMC era desenvolvido desde a criação do NUDEDH, em 2004,[34] caracterizando-se por fiscalizações, em caráter ordinário e periódico, pela atuação de ofício em casos coletivos ou individuais de ocorrências extraordinárias e para proposição de medidas judiciais ou extrajudiciais para erradicação ou reparação de violação de direitos humanos,[35] em conformidade com sua apresentação no livro sobre os cinco anos do NUDEDH, em 2009.[36]

Se a história do PMC se confunde com a do NUDEDH, o mesmo ocorre com a históriado defensor público Leonardo Rosa Melo da Cunha, que, à época, era coordenador do Núcleo, entrevistado por ocasião desta pesquisa.[37] Segundo Leonardo Rosa, a motivação da criação do PMC foi a "demanda reprimida", uma vez que a Defensoria, à época, não atuava para averiguar as condições de encarceramento. Assim, a partir da estruturação do NUDEDH, consolidou-se o PMC. Por meio de visitas de fiscalização *in loco*, o PMC produz relatórios técnicos a fim de registrar as características das unidades prisionais visitadas, com a seguinte estrutura: i) tipo de estabelecimento, definido pelo regime de cumprimento da pena e/ou existência de organizações de detentos; ii) capacidade, divisão interna de galerias e celas; iii) ocorrência do banho de sol, da assistência material, técnica e religiosa prestada; iv) alimentação, visitação e fornecimento de água; v) disciplina e segurança; e vi) servidores e órgãos administrativos. Os relatórios também contribuem com um parecer construído a partir das informações prestadas pelo diretor da unidade, dos servidores e, por fim (e mais importante), dos presos. Além disso, há uma lista de recomendações, tendo em vista que os relatórios são enviados aos órgãos competentes da execução penal.

---

[32] Fragmento extraído do relatório de inspeção à Cadeia Pública José Frederico Marques, realizada em 16 de maio de 2017.

[33] Deliberação CS/DPGE nº 82 de 14 de dezembro de 2011.

[34] O Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH) foi criado por meio da Resolução DPGE nº 260, de 12 de fevereiro de 2004.

[35] Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH. **A Defensoria Pública e os direitos humanos**: 5 anos de história do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, 2009, p. 42-46.

[36] CS/DPGE nº 82/2011, art. 12.

[37] Entrevista concedida pelo defensor público Leonardo Rosa Melo da Cunha, em 8 de agosto de 2019. Rio de Janeiro/RJ.

Uma vez apresentado o PMC, cumpre alinhar minha trajetória como estagiário do Programa. Em março de 2017, o PMC era coordenado pela defensora pública Roberta Luize Doering de Magalhães Fraenkel. Sob sua coordenação, entre março de 2017 a março de 2018, foram realizadas, no total, 16 visitas a presídios, tendo eu particpado de 10. A minha primeira visita a presídio, ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), em 24 de abril de 2017, impactou-me de forma indescritível.[38] O IPPSC apresentava lotação de 3.430 internos, enquanto o máximo suportado pela unidade era de 1.699 internos (!!!). Em relação a essa hiperpopulação, a unidade dispunha de apenas oito agentes penitenciários, o que significa que cada servidor era responsável por assistir aproximadamente 429 presos. Além disso, o respectivo relatório registrou, por meio de fotografia, o estado sub-humano em que os internos se encontravam, idênticos aos corpos degradados pela experiência bárbara do Holocausto. Era, definitivamente, um lugar hábil a adoecer e matar pessoas de forma legal, como campos de concentração, isto é, espaços de crueldade e desumanidade. Essa constatação consolida-se quando se percebe que a realidade não é só contrária à legislação pátria, mas também a tratados internacionais de direitos humanos.

Ressalta-se que a visita de inspeção realizada no IPPSC tinha o objetivo de verificar se o Estado brasileiro havia tomado as medidas cautelares emergenciais solicitadas na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 13 de fevereiro de 2017. A visita do PMC demonstrou a impotência do Estado brasileiro na tomada de providências, fato que motivou os membros da Corte Interamericana a realizar diligência *in situ* no IPPSC, em 19 junho de 2017. A visita realizada pela Corte recomendou que cada dia de pena cumprida no IPPSC fosse contabilizado em dobro.[39] Diante da repercussão internacional, o PMC voltou a visitar o IPPSC, por ocasião da decisão da CIDH de 31 de agosto de 2017. No entanto, a conclusão do relatório foi de que "[...] o Estado brasileiro não realizou qualquer ação substancial para o cumprimento das medidas da Resolução [...]". O defensor público Leonardo Rosa comentou assim essa experiência no IPPSC:

> **Lucas Justino:** Leonardo, minha primeira visita foi ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), em 2017, por ocasião de uma medida cautelar da Corte Interamericana. Você poderia falar um pouco dessa experiência? A visita é simbólica, uma vez que a medida cautelar se repetiu, mesmo após a vistoria *in loco* da OEA ao IPPSC. A situação do presídio permanece inalterada até hoje, conforme demonstram os relatórios do Monitoramento.

[38] No processo de entrevista, o defensor público Leonardo sintetizou perfeitamente o sentimento de visitar o Plácido de Sá. Segundo ele: "Você sai do Plácido, mas o Plácido não sai de você".

[39] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/corte-interamericana-direitos-humanos-proibe-novos-presos-bangu. Acesso em: 11 ago. 2019.

Diante disso, como se sente e o que pensa sobre a natureza do sistema prisional? Na sua opinião, é possível humanizar os presídios? É possível ressocializar?

Leonardo Rosa: É, o Plácido é um caso emblemático. Por acaso, o Plácido foi o primeiro presídio que eu trabalhei quando eu entrei na Defensoria. E anos depois, eu me deparo com o Plácido naquela situação que tava em 2016 quando nós, lá do NUSPEN, então, resolvemos denunciar o Plácido ao Sistema Interamericano. Eu não estava na visita da Corte. Eu estava afastado para estudo. Foi em maio ou em junho de 2017, quando a Corte veio ao Brasil e foi ao Plácido, ou seja, um momento histórico. Quem participou vai lembrar disso pelo resto da vida. Participou de um momento realmente histórico para o Rio de Janeiro. Mas é um caso emblemático, não? Embora a situação não tenha mudado muito para os presos, no dia a dia, pelo menos a Defensoria foi até onde podia ir. Pra proteger o direito daquelas pessoas, fizemos a nossa parte. Infelizmente, às vezes, a gente ganha, mas não leva. E o sistema prisional, ô Lucas, na minha opinião, ele não humaniza ninguém. O pessoal costuma falar que o sistema prisional está em crise. Eu já acho o contrário, que ele funciona exatamente para os fins a que se destina. Que é a gestão carcerária d'uma massa muito pobre da população, não? Que não tem acesso a nada, a não ser ao braço armado do Estado. Então, eu acho que o sistema penitenciário é isso aí, ele é feito para isso mesmo e cumpre a sua função. Claro que isso é uma função não declarada. Não confessável. Ninguém vai dizer isso abertamente. Nenhum gestor público vai dizer isso abertamente. Mas eu acho que é isso aí. É um aparelho de gestão, de gerenciamento da pobreza, de uma parcela muito desvalida e excluída. Da nossa sociedade de consumo atual. Então, ressocializar é brincadeira, não? Até dá a ideia de que alguém uma vez foi socializado e agora vai ser ressocializado. O Baratta até dizia que é impossível você pretender incluir alguém excluindo alguém desse local que você quer incluir. A pena de prisão tem esse paradoxo. Ou, pelo menos essa vertente 're', (re)ssocializar, (re)inserir, (re)abilitar, (re)integrar. Eu tiro a pessoa do local para o qual eu quero incluí-la ou inseri-la. É um paradoxo completo. Então, nada de ressocialização. Isso é uma balela que justifica pena e muitos compram esse discurso até hoje, infelizmente.

João Marcelo Dias, ex-estagiário do PMC, entrevistado por ocasião desta pesquisa,[40] também comentou a experiência de vistoriar o IPPSC:

> **Lucas Justino:** "Quando a caminhada é dura, os duros morrem no meio do caminho" é um título de seu texto publicado no site *Justificando* após a visita ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em 2017[41]. A visita se deu em função de uma medida cautelar da Corte Interamericana para averiguar se as providências estavam sendo cumpridas. Mas não é sobre isso que você escreve! Mas sim sobre um rapaz, Leonardo Vieira da Silva. Leonardo era um interno do Plácido que precisava de atendimento médico urgente, tendo sido, inclusive, a primeira recomendação do relatório de inspeção sobre o que você escreve. No entanto, apesar da Corte, da vistoria e de tudo... Ele morre! Será que você poderia fazer uma síntese do que sente e pensa em relação a essa história? O que o caso do Leonardo sinaliza para a gente?
>
> **João Marcelo Dias:** O Leonardo foi um caso que mexeu bastante comigo, tanto quanto diversos outros ainda mexem. Mas foi uma questão de momento. Eu estava pela primeira vez produzindo um documento que seria utilizado na Corte Interamericana, havia a possibilidade de resultados reais a partir dele. Justamente nessa visita, carregada desse peso, ele atravessa meu caminho. Para mim, foi uma espécie de síntese da relação que eu tinha desenvolvido até então com esse trabalho, tem a ver com entender meu papel e encarar os limites da minha atuação. A honestidade é um caminho muito duro, mas nessa atuação é absolutamente necessária para que eu não me torne mais um merda nesse meio. Boa parte da luta contra o sistema acaba travada nisso, em uma quantidade imensa de gente merda trabalhando nisso. Há quem faça por algum tipo de fetiche em ver o que esse universo propositalmente escondido tem nas sombras, há quem faça por puro ego, há quem faça para contar pros outros o que faz e se sentir benevolente. Todos são perigosos, a luta pelos direitos humanos, definitivamente, não tem espaço para super-heróis e sempre que eles aparecem devemos desconfiar muito.

[40] Entrevista concedida por João Marcelo Dias, em 11/08/2019. Rio de Janeiro/RJ.

[41] Disponível em: http://www.justificando.com/2017/06/23/quando-caminhada-e-dura-os-duros-morrem-no-meio-do-caminho/. Acesso em: 11 ago. 2019.

Outra experiência, dessa vez no Presídio Ary Franco, visitado pelo PMC no dia 24 de outubro de 2017, também desafiou os limites de atuação do PMC. Desde 2011, o Presídio Ary Franco apresenta condição, no mínimo, ilegal, tendo em vista que o Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou o seu fechamento imediato. O PMC encontrou o Presídio com suas instalações incompatíveis com a LEP, com galerias e celas subterrâneas e presos extremamente adoecidos, alguns a ponto de morrer. Eram 2.222 presos na segunda vistoria realizada pelo PMC, em 27 de fevereiro de 2018, enquanto o máximo suportado era de 964 presos (!!!). Sobre as vistorias ao Ary Franco e sua condição flagrantemente ilegal, a entrevista com João Marcelo Dias é muito esclarecedora:

> **Lucas Justino:** João, pense em uma data: 9 de junho de 2015! Presídio Ary Franco! Após essa visita, você escreve uma carta: "San Quentin", o nome. E faz menção a Johnny Cash: "E que todo mundo se arrependa", diz a música, pois San Quentin "não fez nenhum bem". Johnny Cash faleceu em 2003, mas a prisão de San Quentin permanece existindo até hoje. Assim você termina sua carta. O Ary Franco, por sua vez, foi construído em 1973, muito antes da Lei de Execuções Penais e da atual Constituição. Atualmente o presídio passa por um contexto grave, tendo em vista que, em 2011, um órgão vinculado à ONU apelou para o seu imediato fechamento. Nesse contexto, você visita o Presídio em função do Programa Monitoramento Carcerário e acaba por escrever um relatório de inspeção em que corrobora a desativação do Presídio e faz 23 recomendações urgentes como, por exemplo, a redução do número de presos até o limite suportado pela unidade e até mesmo o desentupimento de todos os vasos sanitários que se encontravam entupidos. João, estamos na metade de 2019 e o Presídio Ary Franco continua existindo! Diante do contexto que enunciei, te pergunto: para você, o que é a prisão? É possível a sua humanização? É possível ressocializar?
>
> **João Marcelo Dias:** A prisão é uma das ferramentas de controle mais sofisticadas e eficientes da história. Em grande parte, essa sofisticação e eficiência se dão justamente por conta de ilusões como humanização e ressocialização. Querer humanizar a cadeia é a mesma coisa que querer perfumar merda. O discurso ressocializador é algo que surge depois da prisão, não é um aparato criado com uma ideia ressocializadora que dá errado em algum lugar no caminho, é uma ferramenta punitiva concebida

> para destruir e eliminar, para desumanizar. É justamente na esteira da humanização dos espaços de privação de liberdade que surge a desculpa de ressocialização, como uma sofisticação desse mecanismo, que vai sempre se moldar, se adaptar para se manter intacto. Ambos os conceitos servem ao mesmo propósito, manter o controle dos corpos de uma parcela escolhida a dedo, como se tais ideias pudessem ser alcançadas através dessa ferramenta de morte. Em suma, a cadeia jamais poderá ser completamente humanizada e o ideal de ressocialização jamais poderá ser plenamente atingido, pois a cadeia nunca foi pensada com tais objetivos. Claro que estamos em um ponto crítico, basicamente tratamos tiro de fuzil com novalgina (isso é uma metáfora, o sistema não tem sequer novalgina), o que se pode fazer é trabalhar pro fim disso tudo, salvando o que der no caminho. Tenho absoluta certeza que, da mesma forma que a Prisão de São Quentin viveu mais do que o Johnny Cash, o Ary Franco vai viver muito mais do que eu.

Após esses dois casos emblemáticos, o PMC passou a enfrentar problemas na realização de suas vistorias. A Resolução SEAP nº 677, de 19 de outubro de 2017, foi implementada, coincidentemente, após a visita ao IPPSC (pela segunda vez) em 10/10/2017. Em 24/10/2017, o PMC visitou o Presídio Ary Franco e não conseguiu fotografar em virtude da citada resolução da Administração Penitenciária. Esse episódio seria mais uma das dificuldades a ser enfrentadas pelo PMC, que já lidava com diversas outras, como destacou, em entrevista, o defensor público Leonardo Rosa:

> É uma equipe muito pequena, que não dá conta de cobrir todo nosso parque prisional. 50 unidades de privação de liberdade, então, assim é impossível você fazer vistorias com uma certa frequência. O ideal seria você fazer uma vistoria hoje e retornar ao mesmo estabelecimento daqui a 6 meses para uma revisita. Para saber se houve alguma mudança. Mas isso é impossível. Acho que essa limitação operacional que decorre da pouca disponibilidade de defensores, defensoras, estagiários e servidores é que é o grande problema do Monitoramento Carcerário da Defensoria Pública. As conquistas foram várias, às vezes pequenas. Às vezes conquistas imperceptíveis. Mas são conquistas que são pequenos suspiros. É muito difícil lutar contra o que está aí. A Defensoria, ela luta contra um sistema, não? Até para interditar uma cela, um mero pedido de interdição de cela, uma cela pavorosa como

> qualquer cela que nós encontramos aí nas nossas visitas, celas fétidas, escuras, pútridas. Até para interditar uma cela dessas é difícil. Então as conquistas são importantes, embora às vezes pequenas ou não perceptíveis a olho nu, mas são nossos pequenos suspiros.

A situação só piorava no início do ano de 2018, quando o Estado do Rio de Janeiro sofreu intervenção federal, e a SEAP foi vinculada diretamente ao governo federal. Percebe-se, então, que o agravamento da conjuntura política no Rio de Janeiro afetou avanços do PMC, descritos pelo defensor público Leonardo Rosa:

> Em 2011 é que começa a questão das fotografias nas unidades. E, depois, com a Roberta, eu acho que a fiscalização deu um grande salto de qualidade. Não só com a fotografia, mas com a engenharia presente. Com os estagiários que passaram lá, de alta qualidade [...]. Então, a Roberta foi assim uma grande Defensora lá que [foi] muito responsável por aumentar a qualidade do Programa e dos seus relatórios, principalmente. Ela e sua equipe. Porque ninguém faz nada sozinho. Ela, sua equipe, servidores, estagiários. E aí, quando a Roberta começa lá em 2015, ela me chama para participar do Programa. Eu já estava no NUSPEN e abracei a ideia na hora. Fizemos várias vistorias juntos, NUSPEN e NUDEDH.

Apesar da extrema intensidade do sistema prisional, a equipe do PMC, coordenado, à época, pela defensora pública Roberta Fraenkel, em parceria com o defensor público subcoordenador do NUSPEN, Leonardo Rosa, contando com dois estagiários oficiais, dois voluntários e com a arquiteta da Engenharia Legal, Eliete Machado da Silva, exerceu um papel fundamental de fiscalizar as condições de encarceramento no sistema prisional fluminense, em uma atuação exitosa por conseguir "pequenos suspiros". Os casos emblemáticos citados, apesar de demonstrarem a impotência do PMC em face da natureza das prisões, ainda consistem em ferramenta importante de resistência à tendência desumanizadora do cárcere. Nesse sentido, João Marcelo Dias define com maestria a importância do monitoramento:

> O monitoramento do sistema penitenciário é, essencialmente, uma ferramenta. E uma ferramenta pode ter muitas aplicações e utilidades diferentes. Durante a Segunda Guerra Mundial, a Cruz Vermelha Internacional – a mesma que hoje tem publicado um dos principais manuais de como

> se monitora um espaço de privação de liberdade – produziu relatórios sobre as condições dos campos de concentração nazistas. São centenas de páginas que omitem horrores que mais tarde foram descobertos, com a derrota do Eixo no conflito global. Mas até que isso acontecesse, esses documentos legitimavam e ajudavam a manter toda sorte de perversão realizada naqueles espaços. Esse é um erro que não precisamos cometer novamente, mesmo não sendo suficiente para resolver o problema que é a existência desse monstro, ao menos um registro fidedigno daquilo que todos nós enquanto sociedade financiamos, endossamos e mantemos [...].

Em uma releitura possível, pode-se interpretar a ideia de João Marcelo no sentido de entender que o trabalho desempenhado pelo PMC é uma ferramenta capaz de demonstrar a urgência de abolição do sistema penitenciário fluminense!

3. "ALERTA DE INCÊNDIO!" – NOTAS CONCLUSIVAS ACERCA DA URGÊNCIA DE ABOLIÇÃO DAS PRISÕES CARIOCAS

"A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade".[42] A tese é defendida pelo filósofo Walter Benjamin. Sob sua inspiração, este trabalho se estrutura. A rememoração que é feita tem o objetivo de deixar em aberto na história as exigências de justiça que são invisibilizadas pela cultura punitivista dominante. Enquanto a maioria pede mais prisões, penas mais duras, aqui, neste trabalho, traz-se a reflexão acerca do sentido teórico-político desse clamor e de suas consequências. Nesse sentido, relembra-se o *status* de "estado de coisas inconstitucional", inaugurado na ADPF 347; da Resolução da CIDH de 13 de fevereiro de 2017, que reconhece o caráter estrutural dos problemas enfrentados nos presídios brasileiros (portanto, não só no sistema penitenciário fluminense). Dessa forma, as evidências do desmoronamento do sistema jurídico orientado formalmente nos direitos e garantias de dignidade humana se acumulam.

É nesse sentido que o presente trabalho contribui: demonstrar que a aparente disfuncionalidade é, na verdade, a regra geral. Em outras palavras, que o sentido teórico-político do hiperencarceramento nos leva à construção de uma sociedade fundamentada na barbárie. Assim, a observação participante e a

[42] BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas, volume 1. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985, p. 226.

reflexão crítica sobre os presídios cariocas no período de março de 2017 a março de 2018 permitem que se possa compreender essa tendência majoritária como um projeto de desumanização em curso na sociedade brasileira. Atualmente, pode-se perceber que a função não declarada pelo discurso dominante está em vias de ser institucionalizada, sendo a intervenção federal no Rio de Janeiro uma evidência. Dessaforma, para que o Rio de Janeiro possa se desenvolver de forma mais humana, é vital que seja abandonada a política de encarceramento que nos assola. Os efeitos desumanos que afetam os encarcerados, em algum momento, irão atingir aqueles que vivem, com liberdade, na cidade. E, tão logo, o paradigma do Estado democrático de direito dará lugar a um Estado de exceção. E quando a exceção se torna a regra significa dizer que a barbárie se institucionalizou.

Portanto, que não se esqueça de Brecht...

> Primeiro levaram os negros
> Mas não me importei com isso
> Eu não era negro
> Em seguida levaram alguns operários
> Mas não me importei com isso
> Eu também não era operário
> Depois prenderam os miseráveis
> Mas não me importei com isso
> Porque eu não sou miserável
> Depois agarraram uns desempregados
> Mas como tenho meu emprego
> Também não me importei
> Agora estão me levando
> Mas já é tarde.
> Como eu não me importei com ninguém ninguém se importa comigo.[43]

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie:** escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix/Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**. Obras escolhidas, volume 1. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

[43] BRECHT, Bertold. **Intertexto**.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: LUAM Editora, 1993.

LEMGRUBER, Julita. Pesquisando em prisão feminina. *In*: VELHO, Gilberto. **O desafio da cidade**: novas perspectivas da antropologia brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

NÚCLEO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS – NUDEDH. **A Defensoria Pública e os direitos humanos**: 5 anos de história do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, 2009.

PÜSCHEL, Flavia Portella. **Teoria da responsabilidade no Estado democrático de direito**: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIOLÊNCIAS E RESISTÊNCIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO*

Luiz Eduardo Soares
Antropólogo, escritor, ex-Secretário Nacional de Segurança Pública

1. RESISTÊNCIA À VIOLÊNCIA

Que estratégias indivíduos, grupos e organizações aplicam para sobreviver em contextos violentos? Para responder a essa pergunta, seria importante, antes de mais nada, especificar os atores ou grupos sociais aos quais nos referimos, a que violência resistem e o que significa, em cada caso, resistência. Afinal, resistir pode significar sobreviver, simplesmente manter-se vivo – a si mesmo e à sua família, ou à sua comunidade –, mas pode também significar manter a mente saudável, evitando o sofrimento do medo, da insegurança, da vulnerabilidade extrema. Pode também significar ampliar e aprofundar a consciência crítica e manter vivos sonhos e projetos, individuais e coletivos, construir, politicamente, movimentos para intervir na realidade abrangente e transformá-la, eliminando as causas que provocam dor, violência e vulnerabilidade à violência.

No Brasil, talvez devamos afirmar que as maiores violências, as matriciais, são o racismo estrutural e as desigualdades, mas a lista pode estender-se para incluir a misoginia e a LGBTfobia, além dos preconceitos e da exploração a que são submetidos os indígenas, membros dos povos originários. Nesse sentido, não surpreende o fato de que os movimentos mais poderosos, hoje, são os feministas e os antirracistas, e que tenham se fortalecido aqueles que resistem aos ataques às populações indígenas e LGBTQI. Se esses forem nossos focos, a reflexão nos conduzirá a uma análise sobre os grandes desafios políticos que marcam a história de nosso país. Não desejo evitar esse quadro abrangente, mas peço licença para começar lidando com questões bastante específicas.

Tivemos mais de 57 mil homicídios dolosos em 2018. A maioria absoluta das vítimas, cerca de 70%, são negros, jovens e pobres, moradores de territórios vulneráveis. O número de casos investigados, que chegarão à Justiça, será diminuto, a considerar-se o padrão que se tem verificado e do qual conhecemos

* Este artigo foi apresentado no seminário Resistance and Resilience: Addressing chronic violence among marginalized urban populations in Latin America and the Caribbean, promovido, em outubro de 2019, na Concordia University, Montreal (Canada), pelo Inter-University Research Group on Inclusion and Governance in Latin America, ERIGAL, sob a coordenação dos professores Tina Hilgers e Jean François Mayer. No momento em que preparo essa revisão para a publicação na **Revista da Defensoria Pública**, em janeiro de 2020, os dados relativos a 2019 ainda não foram divulgados com a chancela acadêmica necessária, exceto o número de mortes provocadas por ações policiais, no Rio de Janeiro. Nesse caso, atualizei a informação.

pouco, isto é, mais estimamos do que informamos, o que, em si mesmo, revela a precariedade institucional na área. Dificilmente, os esclarecimentos ultrapassarão 10% do total, mesmo ampliando por alguns anos o prazo para investigações. Haverá aí, portanto, dois problemas graves: a impunidade que talvez alcance 90%, relativamente ao crime mais grave, e a incapacidade das instituições de dar respostas adequadas, do ponto de vista da legalidade constitucional. Incapacidade que, todavia, é relativa à cor e à classe social das vítimas. É provável que o país tenha como que naturalizado esse número elevadíssimo de homicídios e as taxas baixíssimas de encaminhamentos judiciais porque as vítimas são negras e pobres.

Da imensa impunidade referida não se deduz, entretanto, que o Brasil seja o país da impunidade. Pelo contrário, já temos aproximadamente 800 mil presos, acumulados nas masmorras medievais insalubres e desumanas que chamamos presídios. Trata-se da população carcerária que cresce mais rapidamente no mundo, desde 2001. Dessa população, apenas 13% cumprem pena ou lá estão sob acusação de homicídio. Mais de 70% dos presos são negros, pobres, de baixa escolaridade. Cerca de 40% estão em prisão provisória, ou seja, ainda aguardam julgamento – estamos falando de 320 mil pessoas cuja culpa não foi estabelecida. Essa é também uma forma clara de violência, porque direitos elementares à presunção de inocência, postulado constitucional, estão sendo violados. Além disso, a própria sobrevivência em ambiente prisional brasileiro constitui violação severa aos direitos humanos, porque a lei que rege o funcionamento das penitenciárias e define as responsabilidades do Estado não é seguida no país. O Estado age, portanto, ao transgredir a lei, como criminoso.

No universo em expansão acelerada, que é a população penitenciária brasileira, o subgrupo que cresce mais celeremente é aquele formado pelos que cumprem pena ou respondem à acusação de tráfico de drogas. Já são 28% entre os homens e 62% entre as mulheres presas. Não estamos falando de criminosos fortemente armados, que se imponham pela força, tiranicamente, sobre comunidades e favelas. Estamos falando, sobretudo, de pequenos varejistas do comércio cotidiano de substâncias ilícitas: eles foram presos em flagrante, não portavam armas, não agiam com violência, nem apresentavam vínculos conhecidos com organizações criminosas. Uma vez presos, tendem a ser condenados a cinco anos em regime fechado. Visto que o sistema penitenciário é, na prática, controlado por facções criminosas (as quais nasceram como resistência à violência do Estado, mas se desenvolveram e se converteram também em organizações voltadas para a prática de crimes os mais diversos), os jovens presos que não se vinculavam a organizações serão obrigados, para sobreviver e resistir à violência do Estado e outras, a estabelecer o vínculo. Desse modo se protegerão, mas a proteção será cobrada sob a forma de lealdade subsequentemente à sua saída da prisão. Conclusão: o país, com o encarceramento em massa, está contratando violência futura, fortalecendo as facções, ao lhes oferecer força de trabalho recrutada pelas prisões, e isso tudo ao preço da destruição da vida de milhares de jovens não violentos que apenas buscavam sobreviver ou complementar a renda insuficiente.

Por que acontece tal focalização seletiva? A polícia mais numerosa e que está presente em praticamente todas as cidades é a polícia militar, que, pela Constituição, é proibida de investigar. Ela se limita ao que legalmente se denomina trabalho preventivo-ostensivo, uniformizado. Mesmo proibida de investigar, ela é pressionada pela mídia, pelas autoridades e pela sociedade a produzir, e entende, por produção, prisão. Ora, se ela deve prender, mas não investiga, só lhe resta prender em flagrante. Quais são os crimes passíveis de prisão em flagrante? Alguns, aqueles cujo cometimento seja acessível aos sentidos, seja perceptível, seja ostensivo e evidente. Não são os crimes mais importantes, nem aqueles selecionados por qualquer decisão coletiva ou pela aplicação de critérios públicos. Há, portanto, um crivo seletivo bastante específico na definição do foco no qual se investe a maior parte da energia e dos recursos da segurança pública – um crivo que vem acrescentar-se àqueles de raça ou cor, classe e território. Sendo assim, a principal ferramenta das polícias militares é a lei de drogas, que é lançada sobre os pequenos varejistas que comercializam as substâncias ilícitas abertamente. Como se deduz, o quadro dantesco de encarceramento e criminalização da pobreza, que aprofunda desigualdades e intensifica o racismo, é produzido, indiretamente, pelas desigualdades socioeconômicas e pelo racismo estrutural e, diretamente, pela combinação perversa entre o modelo policial brasileiro e a lei de drogas. Em certo sentido e até certo ponto, a situação prescinde de decisões de agentes públicos e deriva da dinâmica de reprodução inercial de instituições e legislações.

Enumerei algumas modalidades de violência perpetrada pelo Estado, como o encarceramento em massa e a realidade miserável e brutal das prisões, mas há mais: vale destacar a brutalidade policial letal. No Rio de Janeiro, o governo estadual, alinhado com o governo federal, tem autorizado e, portanto, estimulado a prática, já em si antiga mas agora intensificada, de execuções extrajudiciais. Não por acaso, no estado do Rio de Janeiro, em 2019, houve 1.810 mortes provocadas por ações policiais. Ou seja, cerca de 30% dos assassinatos cometidos no estado e quase 40% na cidade do Rio de Janeiro foram de responsabilidade policial. Entre 2003 e 2018, 15.061 pessoas foram mortas por policiais, civis e militares – principalmente, militares. Note-se que apenas uma pequena fração é objeto de acusação por parte do Ministério Público e alvo de processo judicial. Sem a cumplicidade das instituições que atuam na esfera da Justiça criminal, sem o endosso das autoridades políticas e sem a autorização tácita da sociedade (ou de segmentos consideráveis da sociedade que elegem e aprovam práticas repressivas inconstitucionais), essa realidade dramática seria insustentável.

Outras duas fontes de violações graves à vida, à liberdade e aos direitos das populações que habitam territórios vulneráveis são facções criminosas que negociam drogas e armas e buscam impor-se às comunidades pela força e – no Rio de Janeiro, mas, crescentemente, em muitos outros estados – máfias compostas principalmente por policiais e ex-policiais, as quais denominamos milícias, que

dominam territórios e comunidades não apenas para transacionar substâncias ilícitas (embora, eventualmente, também o façam), mas para obter pagamentos de taxas sobre todas as atividades econômicas praticadas, inclusive o acesso à terra. Onde atuam, o tráfico e as milícias ditam as "leis".

Cumpre, então, perguntar: quais as formas de resistência, em primeiro lugar, à violência policial? Depois indagaremos sobre como resistir às milícias, aos grupos de traficantes armados e ao encarceramento em massa.

Talvez seja prudente afirmar que a resposta relativa à brutalidade policial deve aguardar a experiência, porque, até o momento, os que defendemos os direitos humanos e combatemos essas formas extremas de violação temos sido derrotados. No máximo, logramos reduzir danos. De todo modo, diria, reconhecendo entretanto a necessidade de sermos humildes ante uma realidade desastrosa, que os melhores caminhos têm se mostrado aqueles que combinam os seguintes tipos de ação: (i) ampla articulação, em defesa da vida e visando interromper o verdadeiro genocídio de jovens negros e de jovens pobres, a mais inclusiva articulação possível, dos ativistas com a população local e instituições que atuam na área, como escolas e postos de saúde ou de atendimento social (nesse aspecto, as dificuldades têm sido, sobretudo, duas: o justificável temor diante de previsíveis retaliações por parte dos que detêm o poder; e a influência de lideranças religiosas ultraconservadoras, refratárias às causas humanitárias e justificadoras da violência do Estado, definida como "mal menor", ante a presença de facções criminosas armadas que traficam drogas); (ii) articulação entre entidades pró-direitos locais, regionais, nacionais e internacionais; (iii) iniciativas junto à mídia tradicional e por meio das redes sociais, buscando a construção de um consenso mínimo, envolvendo as camadas médias da sociedade em torno dos direitos humanos e do respeito à Constituição; (iv) articulação com movimentos sociais e partidos políticos sensíveis à causa dos direitos elementares das populações locais; (v) ações judiciais, buscando apoio na Defensoria Pública e, quando possível, também junto a setores progressistas do Ministério Público e do Judiciário, para inibir, cercear, interromper ou redirecionar abordagens, protocolos de intervenção e políticas públicas de segurança em favelas e demais espaços atingidos por incursões policiais criminosas – sublinhe-se que a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro tem se destacado como a mais importante e efetiva barreira contra o arbítrio, com destemor e competência; (vi) denúncias na mídia global, em foros internacionais e em tribunais transnacionais de direitos humanos; (vii) apoio a esforços de ocupação, pelo voto, de postos no estado, desde conselhos tutelares a governos municipais, estaduais e nacional.

As iniciativas mais poderosas têm sido aquelas que alcançam ou incluem, direta ou indiretamente, os sete níveis referidos. Os melhores exemplos são campanhas do tipo "Jovem negro vivo", "Parem de nos matar" e "Parem de matar nossos filhos", esta promovida por mães de crianças mortas por policiais. Quando as campanhas conseguem associar fatos que falam por si, valores amplamente

aprovados a biografias individualizadas, mostrando que as vítimas não se reduzem a números, mas têm nome, família, rosto, identidade, endereço, redes de afeto e histórias de vida, o círculo social sensibilizado tende a ser mais amplo que os nichos ideologicamente inclinados à empatia com as causas populares. A expansão eleva as chances de sucesso do movimento, ao menos temporariamente.

Ações de natureza legal, por parte da Defensoria Pública, por exemplo, contra o uso de helicóptero como plataforma de tiro para *snypers* ou contra incursões militares às favelas em horário de entrada e saída das escolas, e ações em aliança com representantes das comunidades atingidas também têm conseguido êxito parcial e, quando não, ao menos constrangem o governo estadual do Rio de Janeiro, reduzindo o ímpeto das invasões de tipo bélico ou as tornando menos frequentes.

Como resistir à violência das facções armadas do tráfico? A resposta me parece simples e clara, embora seu conteúdo seja de difícil implementação. É preciso demonstrar ao poder público e à sociedade que a questão verdadeiramente relevante são as armas e o decorrente controle territorial e social que elas propiciam. A problemática das drogas deveria ser alvo de uma política inteligente e prática, sem preconceitos, que conduzisse à legalização. Para fazer face ao desafio representado pelo poder local armado, enquanto estiver em vigência o proibicionismo, o método adequado de abordagem não é a guerra, o confronto bélico, no qual morrem inocentes da comunidade, suspeitos e até mesmo policiais (que são, afinal de contas e apesar do conflito fratricida em que são lançados, trabalhadores explorados, cidadãos desrespeitados por suas próprias corporações), sem que se logre qualquer resultado positivo, sob nenhum ponto de vista. A melhor abordagem é, por assim dizer, competir com o tráfico, isto é, implantar políticas preventivas, capazes de instalar polos de recrutamento de jovens para programas sociais e culturais, polos alternativos ao tráfico, que lhes ofereçam os bens que procuram, com sinal invertido. Que bens são esses? Reconhecimento, valorização, pertencimento e acesso a produtos básicos de consumo estético-utilitário, simbolicamente marcado em sua geração, em seu grupo local. É assim que se desacelera a dinâmica de cooptação e reprodução das facções criminosas que comercializam substâncias ilícitas. Observe-se que, em o fazendo, o Estado não estaria apenas esvaziando fontes de violência, mas, antes de tudo, cumprindo seu dever por incluir a juventude na cidadania.

Além disso, cumpre aos movimentos e às entidades (é o que se tem tentado realizar) expor à sociedade e a todos os agentes aptos a interferir no curso da desastrosa guerra às drogas – a qual, de fato, não passa de guerra aos pobres – que a principal causa imediata do crescimento vertiginoso das facções criminosas é o encarceramento em massa. Assim, estaremos, ao mesmo tempo, promovendo campanhas de resistência a essa forma vil de violência estatal, o encarceramento. Por outro lado, as instituições da segurança pública teriam muito a fazer e investiriam melhor seus recursos humanos e materiais se dedicassem

suas energias a controlar o tráfico nacional e internacional de armas, o que não se faz com invasões militares a comunidades, mas com investigação, inteligência e políticas públicas voltadas para o desarmamento (na contramão do que faz o governo federal), pois quanto menos armas legais circularem no país, menos armas ilegais haverá e menos homicídios ocorrerão – inclusive menos feminicídios e suicídios.

Para resistir às milícias, além de denunciá-las incessantemente – o que depende da participação de entidades externas às comunidades sob seu domínio, por motivos óbvios –, é necessário transformar as instituições policiais, corporações cujas estruturas organizacionais e identidades foram legadas pela ditadura e jamais revistas. A transição democrática, que se estendeu ao longo dos anos 1980 e se concluiu com a promulgação da Constituição, em 1988, não alcançou a segurança pública. Essa é tarefa ampla e profunda, de Estado, que exigirá desde mudanças constitucionais a transformações na gestão, na formação, no controle externo, na valorização profissional e nas políticas públicas e criminais. O papel da sociedade será cobrar e, com partidos e entidades promotoras do debate e da mobilização popular, pressionar e lutar pela implementação das mudanças, supervisionando-as. Profissionais de polícia devem ser incorporados ao debate e à mobilização, confrontando os vetos à participação de militares.

Observe-se que, ao contrário do que acontece com traficantes, milicianos vêm se candidatando a cargos públicos e chantageando comunidades para obter seus votos. Portanto, o enfrentamento dessas máfias policiais tem sido e será muito difícil. Hoje, elas já penetraram a esfera política e não só como aliadas de parlamentares e governantes. O fato que demonstrou mais dramaticamente essas articulações entre crime, polícia e política foi o assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista, Anderson Gomes, em 14 de março de 2018, na cidade do Rio de Janeiro. Até hoje, não se sabe quem mandou matá-la, embora já se conheçam o assassino, um ex-policial miliciano, e seu auxiliar. Ambos estão presos. O homem que atirou em Marielle escondia 117 fuzis e integrava um grupo miliciano chamado "Escritório do Crime", do qual outro membro, atualmente foragido, havia sido, há alguns anos, condecorado pelo senador Flávio Bolsonaro, filho do presidente, quando já tinha sido expulso da polícia e condenado por assassinato e o senador era deputado estadual. A irmã e a mãe desse criminoso foragido estiveram vinculadas ao gabinete de Flávio até 2018, recebendo salário. Outro ex-policial, Fabrício Queiroz, suspeito de ligações com milícias, é suspeito de corrupção, agindo a serviço de seu patrão, exatamente o mesmo filho do presidente. O assassino de Marielle era vizinho do presidente Jair Bolsonaro, cujo filho mais novo namorou a filha do criminoso. Jair, o presidente, cuja orientação ideológica é francamente fascista, defendeu abertamente a ditadura no Brasil e na América Latina, grupos de extermínio, milícias e a prática da tortura. Como se vê, os poderes central e estadual, no caso do Rio de Janeiro, não só as polícias, estão se aliando às máfias criminosas

e adquirindo características expressamente milicianas. Caminhamos para nos tornarmos um país de vigilantes e linchadores. Vigilantes e linchadores racistas, misóginos e homofóbicos ou LGBTfóbicos.

Por isso, a resistência às diversas formas de violência e às violações, a despeito de apresentar especificidades decorrentes de suas circunstâncias peculiares, tem assumido crescentemente caráter político.

Em síntese, no Brasil, é tempo da politização da resistência e do engajamento da política (ao menos dos políticos que se querem progressistas) na luta pelos direitos humanos, experimentada como resistência. Esse ponto é importante porque representaria uma transformação significativa, uma vez que a maior parte dos governos comandados por partidos de esquerda não se diferenciou das linhas de ação típicas da direita, em matéria de segurança pública. Tampouco se pronunciou com clareza boa parte das principais lideranças políticas de esquerda contra a guerra às drogas, por mudanças liberalizantes na política de drogas e contra o punitivismo encarcerador. A atual derrota das esquerdas no Brasil pode vir a se constituir em oportunidade para que se reavaliem, autocriticamente, posturas demagógicas, populistas e oportunistas que renunciaram à disputa por valores em nome da ocupação pragmática de espaços de poder, sem que, por outro lado, essa ocupação tenha correspondido à promoção das mudanças necessárias. Há, contudo, o risco de que o avanço do obscurantismo ultraconservador termine por atrair as vozes libertárias, comprometidas com direitos humanos e com a resistência à agenda neoliberal, a gravitarem em torno de pautas regressivas como condição para manter condições de competitividade na arena eleitoral. Nesse caso, as forças direitistas teriam logrado arquitetar a tempestade perfeita, gerando uma equação em que venceriam qualquer que fosse o resultado das urnas. O futuro, sempre incerto, parece mais obscuro do que nunca no Brasil e, se enxergamos viradas promissoras adiante, talvez seja mais por *wishfull thinking* do que por análise objetiva da conjuntura concreta. No entanto, seguimos, porque o processo também se faz com profecias que se autocumprem, isto é, com *wishfull thinking* e uma boa dose de esperança. "Pessimismo da razão e otimismo da vontade", disse um grande autor, certa vez.

***

E se virarmos a chave, o eixo da abordagem, e passarmos da perspectiva da sobrevivência para a clave da mudança? Nesse caso, caberia a pergunta: qual seria o ponto de inflexão, a gota d'água que faria alguém transitar de um registro a outro? Outra indagação se imporia: como é que se passa do estado subjetivo e objetivo em que se age e pensa em função do desenvolvimento individual para o estágio no qual ação e pensamento têm como norte a coletividade e a transformação das condições de vida da comunidade ou, mais amplamente, da própria sociedade?

2. DA SOBREVIVÊNCIA À MUDANÇA, DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

As perguntas conduzem do reativo ao construtivo, ou ao prospectivo, e do individual, ou meramente familiar, ao coletivo. Haveria que qualificar a passagem entre o individual e o coletivo, assim como entre o reativo (sobreviver) e o prospectivo (crescer e desenvolver), na medida em que, no âmbito da linguagem religiosa tendencialmente hegemônica, entre as classes populares, a sobrevivência só faz sentido com a purificação do espírito e, portanto, com o desenvolvimento da fé, em dimensão coletiva, embora não universal. Talvez pudéssemos dizer que o individualismo como experiência, valor e categoria não se estabeleceu como referência comum, provavelmente em função da natureza conservadora e autoritária do desenvolvimento do capitalismo periférico no Brasil, em cujo processo combinaram-se formações patriarcais tradicionais e patrimonialistas, marcadas pela dependência pessoal e, mais radicalmente, pela repressão escravagista. Mercado e liberalismo estão presentes e dão as cartas, mas a herança da escravidão e de tipos de domínio pré-capitalista permanece ativa. Nesse sentido, as relações entre os polos reativo-prospectivo, individual--coletivo, mesmo enquanto tipos ideais, talvez sejam menos claras e mais nuançadas, mais mediadas e menos antagônicas, isto é, talvez essas dicotomias não tenham vigência na sociedade brasileira, certamente não como seria o caso em sociedades capitalistas centrais.

Portanto, no atual estágio da dinâmica histórica, em que uma sociedade pós-colonial e com pretensões imperiais, ou sub-imperiais, submetida ao capital financeiro globalizado, regida por políticas econômicas neoliberais – uma das mais desiguais do mundo e ordenada por racismo estrutural e patriarcalismo (por definição misógino) –, a sobrevida já é vivida e pensada como prospecção, na clave religiosa, e a individualidade já se constitui em relações de interdependência hierarquizada e falocentricamente enviesada.

Sendo assim, não se vai do individual ao coletivo, nem do reativo ao prospectivo, mas já se está no coletivo/prospectivo, do que se depreende que a questão é como passar da linguagem evangélica neopentecostal que cristaliza esse amálgama regressivo para uma consciência capaz de politizar seja o individual, seja o coletivo, e de converter a prospecção em utopia intramundana, politizando a esperança, portanto. Quais são os pontos de virada? Não creio que haja uma regra, mas estou convicto de que eles não emergem e atuam, espontaneamente, como estímulos à transformação sem o trabalho prolongado de formação política e organização.

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS NASCIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

THE SUCCESSORY LAW OF BIRTHS BY INSEMINATION HOMOLOGIST ARTIFICIAL POST DEATH

Maria de Fátima Abreu Marques Dourado
Graduada e mestre em Direito pela Universidade Iguaçu, defensora pública do Estado do Rio de Janeiro e professora da Fundação Escola da Defensoria Pública – FESUDEPERJ
mariafmarques@globo.com

Resumo: Com a evolução do homem como ser social, as normas jurídicas adequaram-se às novas realidades, principalmente após a Revolução Industrial e o surgimento de um processo ainda inacabado de humanização da pessoa, privilegiando os direitos pessoais em contrapartida aos direitos patrimoniais, como anteriormente ocorria. O progresso científico que vem alterando o agir da medicina tradicional trouxe avanços extraordinários em vários campos do saber, principalmente no campo da engenharia genética, obrigando-nos ao estudo da bioética e do biodireito. A busca por um conceito de nascituro adequado às atuais tecnologias se dá como consequência lógica. O estudo dos direitos sucessórios dos que nascem por meio de reprodução assistida, por falta de normatização específica à espécie, se faz necessária, principalmente no que tange à capacidade sucessória.

Palavras-chave: Inseminação artificial. Dignidade. Nascituro. Sucessão.

Abstract: With the evolution of man as a social being, the laws have adapted to the new realities, especially after the industrial revolution and the emergence of an unfinished process of humanization of the person, emphasizing personal rights in return for their property rights, as previously occurred. The scientific progress that has been altering the act of traditional medicine has brought extraordinary advances in various fields of knowledge, especially in the field of genetic engineering, forcing us to study bioethics and biolaw. The search for a suitable concept of current technologies unborn happens for obvious reasons. The study of the inheritance of those born through assisted reproduction rights, for lack of specific regulation to the species, it is necessary, especially with regard to succession capacity.

Keywords: Artificial insemination. Dignity. Unborn. Succession.

Eu sou o amargo da língua
A mãe, o pai e o avô
O filho que ainda não veio
O início, o fim e o meio.

Gita

Raul Seixas

INTRODUÇÃO

Se Deus criou o homem à sua imagem e semelhança ou se somos frutos de mutações, fato é que o homem sempre buscou respostas que pudessem explicar a sua origem. Tal indagação o fez caminhar através da ciência, da sociologia, da filosofia, de forma a chegar ao ponto em que hoje nos encontramos: o domínio cada vez maior do código genético do ser humano e a utilização desse conhecimento na melhoria de sua qualidade de vida.

Concomitantemente a esse caminhar, as relações sociais também se transformaram e, como não poderia deixar de ser, novas garantias jurídicas foram criadas, como forma de proteger o cidadão dos abusos oriundos da modernidade, privilegiando o ser social em detrimento das relações negociais.

O aprimoramento de normas elevadas à categoria de princípios absolutos, tais como o direito à vida, à dignidade humana, à igualdade, entre outros, fez exsurgir uma nova visão acerca da proteção a direitos até então relegados a segundo plano. Hoje, busca-se a felicidade, a satisfação, a completude.

Por óbvio que todos vivemos num mundo de relações, e, como tal, nossas atitudes geram consequências patrimoniais. Com o direito de procriar não é diferente. Ter um filho significa trazer ao mundo um novo ser que será sujeito de direitos e obrigações. Por isso, a forte ligação entre o estudo da reprodução por meio de inseminação artificial e o direito sucessório.

"A Constituição Federal, ao prever no *caput* do seu art. 5º como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois se qualifica como verdadeira expectativa de vida exterior", pontifica Alexandre de Moraes.[1]

Complementa Clayton Reis:

> Esse *tertius* (nascituro) possui vida humana, foi gerado através do congresso carnal de seres humanos (ou por inseminação artificial), com material genético provindo de seres humanos, com identificação (DNA) humana e se desenvolve no centro de energia vital (útero feminino),

[1] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 178.

> aonde, através das sucessivas transformações e evoluções, vai modelando a forma final do ser humano.[2]

Com os avanços tecnológicos na área de biotecnologia, presente desde o século passado, mais especificamente com relação às técnicas de reprodução humana assistida, iniciou-se importante discussão acerca dos impactos trazidos por tais técnicas à sociedade e, por consequência, ao direito. O vácuo legislativo existente impulsionou a doutrina a debruçar-se sobre o tema, analisando-o sob diversas perspectivas – ética, jurídica, filosófica, científica, médica, tecnológica – e buscando desnudar os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes da utilização da biotecnologia na reprodução humana assistida.

O ordenamento jurídico se adéqua à realidade de forma ineficaz, tendo em vista a velocidade dos avanços científicos, tecnológicos e sociais, chegando a lembrar da velha fábula da corrida entre o coelho e a tartaruga.

Diuturnamente, o mundo se vê diante de avanços que produzem direitos ou ameaçam os já existentes, impondo, dessa forma, que o legislador reaja para que a segurança jurídica não seja afetada. Como o legislador quase sempre não corresponde a tais expectativas, pois é a tartaruga da relação, cabe aos juristas a árdua tarefa de solucionar os conflitos de interesses por meio da aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

A bioética, definida como a ciência destinada a estudar o comportamento moral do homem em relação às ciências da vida, encontra resistência nos dogmas oriundos do direito canônico, que influenciou sobremodo a legislação brasileira. Por tal razão, a bioética anda necessariamente junto ao biodireito e os direitos humanos, de modo a que se garanta seja traçado o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana.

O direito romano dispensava um tratamento um tanto estranho à existência da pessoa natural. Para os romanos, antes do nascimento, o filho era considerado parte da mulher ou das suas entranhas; havia apenas o feto, o homem ainda não existia: *partus nondum edilus homo non recte fuisse dicitur.* Entendia-se também que não bastava o nascimento, mas eram necessários outros requisitos, tais como vida extrauterina, embora momentânea, forma humana e maturidade fetal.

O Código Civil brasileiro de 1916 dispunha, em seu art. 4º, que a personalidade civil do homem começava do nascimento com vida, mas a lei punha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Tal dispositivo legal foi repetido no Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406 –, agora disciplinado no art. 2º, apenas substituindo a palavra "homem" pelo vocábulo "pessoa".

---

[2] REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. *In:* CORREA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

A despeito da mínima alteração, a maneira de interpretar tal dispositivo mudou de forma radical. Se antes a teoria naturalista – a qual sustenta que a aquisição da personalidade se opera a partir do nascimento com vida, donde é razoável o entendimento de que, não sendo pessoa, o nascituro tem mera expectativa de direito – não encontrava nenhuma resistência, agora a teoria que desponta como a mais aceita é a conceptualista, segundo a qual o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, e a partir dessa data é considerado pessoa.

Várias são as razões para justificar o estudo que ora se propõe, pois o admirável mundo novo, antevisto por Aldous Huxley em 1946, saiu, nos últimos 30 anos, da utopia ou da ficção para tornar-se uma realidade.

O progresso científico tem avançado extraordinariamente no campo da engenharia genética, obrigando-nos ao estudo da bioética e do biodireito, este último definido por Andre-Jean Arnaud como o ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina.[3]

Dentre as mais variadas técnicas de engenharia genética que já existem, a reprodução humana assistida reacendeu a discussão sobre o conceito de nascituro. Tratando-se de fecundação *in vitro,* realizada em laboratório, questiona-se se há necessidade de implantação do embrião no útero materno para que se possa falar em nascituro, ou seja, pessoa por nascer.

As técnicas de reprodução assistida – que têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação – evoluem com uma rapidez fenomenal, introduzindo na nossa realidade novos comportamentos sociais que se originam a partir da decisão de um casal de lançar mão de uma dessas técnicas para realizar o desejo de ter um filho.

O estudo da inseminação artificial homóloga *post mortem* e sua repercussão no direito sucessório é de extrema importância, haja vista que não existe ainda normatização sobre o tema. No Brasil, a questão da destinação a ser dada aos embriões para fins de pesquisa foi abordada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamentou os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (OMG).

Partindo do ponto de que o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção e que os embriões advindos de fertilização *in vitro* homóloga[4] pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Tranfer*)[5] – que consiste na retirada de óvulo da

---

[3] ARNAUD. André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[4] *AIH – Artificial Insemination by Husband*.

[5] Transferência Intrauterina de Zigotos.

mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido, para depois introduzir o embrião no seu útero ou para ficar crioconservado para implantação em época futura, podendo, inclusive, ser inserido no útero da mulher até mesmo após a morte do marido – já estão concebidos desde a fecundação, independentemente de nidação, não há como não se preocupar com a legitimidade do embrião para a sucessão. Embora ainda não tenha sido implantado, pode ser ele qualificado como nascituro? É a pergunta que se pretende responder a partir de agora.

1. DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO NA ÁREA DA GENÉTICA HUMANA: PONTUAÇÕES

O mundo, a partir do final do século XIX e início do século XX, começou a vivenciar com mais ênfase o fenômeno da globalização, que transformou de maneira definitiva a forma pela qual as conquistas nas mais diversas áreas da ciência, pesquisa, literatura, artes, enfim, são assimiladas e difundidas entre os povos, a despeito da diversidade cultural, religiosa, étnica e social que ainda existe entre nós.

A globalização fez com que o mundo se reduzisse a uma simples aldeia, o que Marshall McLuhan passou a chamar de "aldeia global",[6] na qual os acontecimentos, as descobertas, as conquistas, as derrotas, enfim, a informação corre o mundo numa velocidade quase que instantânea, produzindo seus efeitos e reações, independentemente da língua que se fale, da religião que se professe ou da opção política de cada povo.

Segundo Listz Vieira, a globalização é normalmente associada a processos econômicos, como a circulação de capitais, a ampliação dos mercados ou a integração produtiva em escala mundial.[7] Mas descreve também fenômenos da esfera social, como a expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos etc.).

No campo científico, um dos assuntos mais discutidos de forma global é, sem dúvida, o Projeto Genoma Humano, que traz à tona a emblemática discussão já prevista pelos gregos entre a técnica e a ética, isto porque, como afirma Graciela Medina:

---

[6] Termo criado por Marshall McLuhan, teórico da comunicação que distinguiu duas grandes etapas na história do mundo: a civilização arcaica, caracterizada pela comunicação verbal, e a da escrita (galáxia de Gutenberg). Para ele, as duas etapas já foram superadas pela revolução tecnológica da comunicação audiovisual (galáxia de Marconi), que teria transformado o mundo numa aldeia global e a humanidade numa tribo planetária.

[7] VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização.* Rio de Janeiro: Record, 1997, p.72-73.

> Dentro de los problemas jurídicos que provoca la biotecnologia del Genoma Humano el primero es el de la manipulación genética de las células germinales... Siempre el hombre tiene miedo a lo desconocido, la cuestión no está em tener temor, sino em aceptar que la función de los juristas es fundamentalmente acercarnos a los científicos, conocer el leguaje científico, y ponerle los limites jurídicos y éticos; por más que esto sea complicado, es obligación del especialista en derecho, es un reto ético el reconocer que el avance científico es muy importante pero que también el avance científico no puede ser absolutamente ilimitado.[8]

No que tange aos desenvolvimentos obtidos na seara da genética humana, o grande marco foi, sem dúvida, o nascimento de Louise Brown. Esse nome nunca mais será esquecido pela comunidade científica mundial. Louise foi o primeiro bebê de proveta do mundo, nascida em julho de 1978 mediante a técnica da fertilização *in vitro.*

Os especialistas Robert Edwards e seu parceiro Patrick Steptoe foram os responsáveis pelo desenvolvimento da técnica, que se baseia, em síntese, na colocação de espermatozoides com os óvulos num tubo de ensaio para que aconteça a fecundação. No Brasil, o primeiro bebê de proveta nasceu em 1984 e, também uma menina, chama-se Ana Caldeira.[9]

Dessa enorme descoberta até os dias atuais, já se vão mais de 40 anos. Relativamente muito pouco tempo, se levarmos em conta todos os passos, estudos, experiências etc. que são necessários para descoberta, experimentos, aprovação e colocação em prática de técnicas de tal natureza, mas o certo é que, daquele momento em diante, os avanços científicos na área da genética humana não pararam mais.

Tais avanços comprovam o que Hannah Arendt muito bem descreve em sua clássica obra *A condição humana*, na qual analisa a condição humana à luz das mais novas experiências:

> O mesmo desejo de fugir da prisão terrena manifesta-se na tentativa de criar a vida numa proveta, no desejo de misturar, sob o microscópio, o plasma seminal congelado de pessoas comprovadamente capazes a fim de produzir

[8] MEDINA, Graciela. **El Proyecto Genoma Humano y el Proyecto Genoma Humano sobre la diversidad**. 2001. Disponível em: http://www.gracielamedina.com/articulos-publicados/?start=48. Acesso em: 18 jan. 2018.

[9] Primeiro bebê de proveta brasileiro completou 30 anos em 07/1/2014. A partir do seu nascimento, mais de 300 mil bebês nasceram no país pela fertilização *in vitro* (FIV). No mundo são cinco milhões desde 1978, quando nasceu Louise Brown. Disponível em: http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/trinta-anos-depois-como-esta-jovem-que-foi-primeiro-bebe-de-proveta-do-pais-14163920, acesso em 18/05/2019.

> serem humanos superiores e alterar-lhes o tamanho, a forma e a função; e talvez o desejo de fugir à condição humana esteja presente na esperança de prolongar a duração da vida humana para além do limite dos cem anos.[10]

Nos dias atuais, fertilização *in vitro* é prática natural em muitas clínicas e hospitais ao redor do mundo. Incontável o número de pessoas beneficiadas por tais avanços: não só os pais, que puderam realizar plenamente o desejo da paternidade, mas também os filhos nascidos mediante a intervenção da ciência, que entra em cena quando os meios naturais não permitem a fecundação e gestação exitosa.

A fertilização *in vitro*, também chamada de ectogênese, caracteriza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*). O óvulo da mulher é retirado para ser fecundado na proveta, com o sêmen do marido ou de um doador, para depois ser introduzido o embrião no útero da mulher ou de outra que tenha concordado em gerar a criança. É o que se chama de gestação de substituição ou "doação temporária de útero" ou, ainda, "barriga de aluguel", que, *a contrario senso* do termo popular, só se admite seja feito de forma gratuita e por doadoras de útero que pertençam à família da doadora genética.[11]

A fertilização também pode ser dar pelo método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*),[12] em que o sêmen é inoculado na mulher sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.

A inseminação pode ser classificada como homóloga ou heteróloga. A primeira hipótese ocorre quando o material genético é do marido/mulher ou companheiro(a). Na segunda, utiliza-se sêmen ou óvulo, ou até os dois, de doadores. Em ambos os casos, pode-se lançar mão da gestação substituta, caso haja indicação médica, como mencionado em resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM).

A fertilização pelo método ZIFT pode-se dar também com o objetivo de criopreservar o embrião para inseminação futura, que pode vir a ocorrer após a morte do marido/companheiro ou da mulher/companheira. Nesse caso, ocorre o que se denomina de inseminação artificial *post-mortem*.

---

[10] ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.10.

[11] A Resolução n° 2.168 do Conselho Federal de Medicina, datada de 10/11/2017, regula, no capítulo VII: VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira. 1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

[12] Transferência Intrauterina de Gametas.

O CFM publicou a Resolução nº 2.168/2017, na qual autoriza o uso de material genético deixado por uma pessoa que já morreu, desde que, em vida, ela tenha manifestado esse desejo por escrito.

No campo da reprodução humana assistida, novas questões éticas têm sido colocadas e velhos dilemas têm sido revisitados, seja em função do exercício da medicina, da cultura em transformação, da ética em pesquisa ou da implementação de novas políticas de saúde.

O pano de fundo da discussão sobre a inseminação *post mortem* abriga a falta de consenso entre os conceitos de maternidade e paternidade biológica e afetiva, o direito dos filhos de conhecer suas origens biológicas, as repercussões jurídicas relativas à herança e ao patrimônio, o funcionamento de bancos de óvulos e esperma, a gestação de substituição, o destino de embriões congelados e a clonagem terapêutica de células embrionárias, dentre outros entraves.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A evolução do significado do vocábulo "igualdade" no pensamento jurídico-filosófico é de grande relevância: Aristóteles (384-322 a.C.) "limitava o significado dessa palavra ao âmbito da categoria de quantidade, e dizia que eram iguais as coisas 'que têm em comum a quantidade'".[13]

É patente que, muitas vezes, aplicar o princípio da igualdade consiste em tratar os desiguais desigualmente, como prevê a lição aristotélica, tão sábia que se tornou imortal. Nivelar os cidadãos diante da norma legal, meramente, pode levar a ignonímias terríveis, é certo. Mas o ponto fulcral da questão é o estabelecimento de critérios para a aplicação de determinados fatores de diferenciação, desde que claramente adotados pela legislação e por motivos justos.

Celso Antônio Bandeira de Melo leciona que a lei não pode ser fonte de privilégios ou perseguições. Constitui-se em instrumento regulador da vida social. Necessita ela tratar equitativamente todos os cidadãos. Relata, ainda, que o preceito magno da igualdade é norma voltada tanto para o legislador quanto para o aplicador da lei. A igualdade tanto serve para o estabelecimento da lei a ser aplicada (por mais discricionários que sejam os critérios de política legislativa, impedindo ao legislador que singularize, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido por um regime peculiar), quanto ao seu intérprete (que deve aplicar com igualdade certas proposições, quando a lei não tenha "assumido" o fator tido como desequiparador). Se a lei se propõe a distinguir grupos, pessoas, situações, para compatibilizá-las com o ideal de igualdade, essa discriminação deve ser acolhida, mas, se a discriminação não procede de forma determinante da lei, é absolutamente ilegal prestigiar interpretação que a favoreça.

[13] *Met*., IV, 15, remissão extraída da obra *Dicionário de filosofia*, de Nicola Abbagnano.

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas.

As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o *critério do sexo*: devem ser havidas como diferentes para obter licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo. "Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental".[14]

A sucessão do nascituro está intrinsecamente ligada ao princípio da igualdade imposta pela Carta Magna entre os filhos gerados por determinado casal. Nessa seara, também muito evoluiu o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, a filiação biológica sempre norteou as legislações, sendo considerado filho legítimo aquele nascido de pais unidos pelo matrimônio, sendo os demais considerados ilegítimos, muito embora naturais. Com a promulgação da Constituição de 1988, tal distinção, que há muito já estava sendo mitigada pelas decisões dos tribunais e legislações esparsas, deixou de existir, emergindo o conceito de igualdade entre os filhos, independentemente do tipo de vínculo jurídico, ou até mesmo da inexistência dele, entre os pais. Tais normas constitucionais acolheram expressamente o princípio da isonomia entre os filhos, não se admitindo mais a designação dos filhos em legítimos, ilegítimos, adulterinos, adotivos, afetivos, biológicos etc.

O art. 1.596 do Código Civil brasileiro dispõe que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Diante desse quadro, podemos responder à seguinte pergunta: existe algum critério que possa diferenciar os filhos sem que se viole princípio fundamental, mais especificamente, o direito à personalidade e o princípio do melhor interesse do menor? A filiação, quer seja matrimonial ou extramatrimonial, carnal ou assistida, natural ou civil, não se distingue. Dessa forma, iguais são os direitos dos filhos, quer tenham nascido pelo método tradicional ou por meio de técnicas de reprodução assistida.

Segundo Paulo Luiz Neto Lobo, "filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada

[14] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

filha da outra (pai ou mãe)".[15] Na hipótese de inseminação artificial homóloga, temos que se trata de filiação biológica, na qual a herança genética do pai é transferida ao filho, apesar da utilização de métodos não naturais de concepção.

Reconhecida a filiação, não se pode negar ao filho nascido por inseminação artificial homóloga todos os direitos que são deferidos aos filhos havidos pelo método natural, dentre eles o direito à sucessão, mesmo que seu nascimento ocorra após a morte do autor da herança.

Nesse aspecto, há que se distinguir a natureza do material utilizado, se gametas (espermatozoides) ou zigoto (embrião). Muito embora tal distinção não se reflita na filiação, traz consequências distintas, uma vez que o primeiro não pode, por si só, gerar uma vida; quanto ao segundo, este sim, já se trata de um ser humano concebido e, portanto, apto a se desenvolver normalmente, desde que nidado no útero materno.

Se há pouco tempo tais práticas pareciam obra de ficção científica, hoje já faz parte de nosso dia a dia.[16]

Como negar vínculo filial na hipótese de reprodução assistida se o material genético é do marido ou companheiro pré-morto? Afinal, apesar de morto o pai, seu material genético permanece vivo, criopreservado e em perfeitas condições de se desenvolver e culminar com o nascimento de um ser humano perfeito e sujeito de direito como qualquer outro. Qualquer outra interpretação, *data venia*, conduz à inobservância ao princípio da igualdade entre os filhos.

3. PROTEÇÃO À VIDA E AO EMBRIÃO

A proteção ao direito à vida é hoje matéria de extrema importância, acarretando estudos profundos não só no Brasil, mas também no resto do mundo. Uma primeira análise poderia fazer parecer que tal estudo seria de todo desnecessário, não porque inútil, mas porque não se pode negar a vida, sob pena de voltarmos à barbárie.

Ocorre que o tema não é tão simples. Não basta que se reconheça ao indivíduo o direito à vida, mas sim que esta seja digna, que se crie um conjunto de normas e princípios jurídicos que regule a origem, o desenvolvimento e o termo da vida humana. Daí resultam as profundas questões sobre o início da vida, o aborto, a saúde, a liberdade, a morte, o início e o fim da personalidade,

---

[15] LOBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária. 2004. Disponível em: http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813. Acesso em: 26 fev. 2018.

[16] 583.00.2008.138900-2/000000-000 - nº ordem 636/2008 - Outros Feitos Não Especificados - Alvará Judicial - ELIANE RIBEIRO DE MELLO - Fls. 48/52 - Trata-se de pedido de alvará formulado por ELIANE RIBEIRO DE MELLO, para o fim de ser autorizada a utilizar sêmen criopreservado de seu marido, Andrei François de Mello, falecido em 17 de julho de 2007. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008.

o termo inicial para aquisição de direitos e obrigações, a sucessão, enfim, uma gama de desdobramentos que influenciam as relações interpessoais do nascimento à morte de uma pessoa.

Muitos são os instrumentos jurídicos promulgados em relação ao direito à vida, dentre eles cabendo destacar, porque diretamente afeito ao tema tratado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de San José da Costa Rica, tratado de caráter inicialmente regional, mas que foi ratificado por diversos países, entre eles o Brasil. O art. 4 da mencionada Convenção estabelece: "Derecho a la Vida (art. 4): Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, a partir del momento de la concepción".

Da mesma forma, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 44/25, de 20 de novembro de 1989, com entrada em vigor em 2 de setembro de 1990, dispõe, em seu art. 8, que os Estados Partes reconhecem que toda criança tem direito intrínseco à vida:

> Artículo 8. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

A importância da proteção do direto à vida tornou-se, portanto, fundamental em face do surgimento dessas novas relações jurídicas frutos do avanço da tecnologia genética, exigindo uma reflexão adicional em relação ao desenvolvimento e aprofundamento dogmático do princípio da dignidade da pessoa humana. É pela lente do princípio da dignidade que a comunidade jurídica do século XXI deverá analisar todas as novas questões acerca da origem e do desenvolvimento da vida humana.[17]

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos não deixa dúvidas quanto à correlação direta entre os avanços científicos e a necessidade de observância cada vez mais cuidadosa dos direitos do homem, de sua dignidade, da igualdade entre todos e do respeito à sua herança genética.

[17] A proteção do direito à vida vem sendo ampliado por decisões de vanguarda do Judiciário brasileiro, que reconheceu recentemente o direito à indenização pela morte do feto em acidente de trânsito: DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVL DE 202. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERCIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N.6194/1974. INCIDÊNCIA. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39138375&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 18 out. 2018.

É o que se extrai do art. 12 da mencionada Declaração:

> Art 12. a) Os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo.

A correlação entre genética e direitos humanos foi claramente traçada por Aída Carlucci:

> Hasta hace pocos años, parecía que las palabras "Genética" y "derechos humanos" no tenían puntos de contacto: La Genética, ciencia de la herencia, se limitaba a comprender los mecanismos de transmisión del patrimonio hereditario; los derechos humanos, en cambio, constituyen el conjunto de los derechos fundamentales del individuo que vive en sociedad. ¿Cuándo y por qué se produjo el reencuentro? Este encuentro operó cuando la Genética dejó de contentarse con describir y explicar, y apareció como ciencia que puede proveer los medios para intervenir en ese patrimonio hereditario, para corregirlo e modificarlo.[18]

Os direitos humanos, por fim, no atual momento histórico vivido pela humanidade, podem ser vistos como antecedentes ao desenvolvimento de todo e qualquer aspecto da vida moderna, relacionando-se com as mais diversificadas áreas de estudo. Bolzan de Moraes assim resume os direitos humanos:

> Conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-fisico-econômica e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do povir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo.[19]

---

[18] CARLUCCI, Aída. Genoma humano y derechos fundamentales. *In:* BERGEL, Salvador Darío; MINYERSKY, Nelly (org.). **Genoma Humano**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 21.

[19] MORAES, José Luis Bolzan. Direitos Humanos. Estado e Globalização. *In:* RÚBIO, David Sánches; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo (org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 123.

Nos diversos documentos oficiais destacados, podemos verificar que existem pontos em comum em todos eles: a proteção à vida, aos direitos humanos, a proteção ao embrião, entre outros. Portanto, imperiosa a análise sobre o tratamento ético e justo que o não nascido merece.

O presente artigo não pode se escusar de enfrentar um assunto polêmico, mas que é ponto de partida para as conclusões a que pretende chegar. Muito embora este trabalho não tenha a pretensão de ser exaustivo nem conclusivo sobre qual seja o termo inicial da vida, mister se faz analisar a partir de quando se pode considerar a existência do ser humano. Qual a diferença entre feto, embrião, nascituro?[20] Quando exatamente tem início a personalidade civil de uma pessoa? Ao enfrentar esse importante questionamento, não se pretende exaurir a controvérsia sobre o termo inicial da vida, no entanto não há como fugir de uma tomada de posição a partir da qual se defende o direito sucessório dessas pessoas.

Há pouco mais de 60 anos foi descoberta a estrutura em dupla hélice do ácido desoxirribonucleico, mais conhecido como DNA.[21] Esse foi o grande marco para o desenvolvimento científico e tecnológico na área da biotecnologia, afetando sobremodo diversos aspectos da sociedade moderna.

Ao responder a complexa pergunta "o que é um embrião humano?", Dernival da Silva Brandão, especialista em ginecologia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina, ensina:

> O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozoide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais e fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético.[22]

---

[20] O ser humano inicia sua vida como um ovócito fertilizado (zigoto), uma célula diploide a partir da qual as células do corpo (em um número estimado de cerca de 100 trilhões) são derivadas por séries de dezenas e até centenas de mitoses. A mitose, obviamente, é crucial para o crescimento e a diferenciação, mas ela constitui apenas uma parte do ciclo de vida de uma célula. O período entre duas mitoses sucessivas é chamado de **interfase**, estado no qual a célula passa a maior parte da vida (NUSSBAUM, Robert L.; McINNES, Roderick R.; WILLARD, Huntington F. **Genética médica**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008).

[21] Em 1962, Francis Harry Crick, James Dewey Watson e Maurice Wilkins compartilharam o Prêmio Nobel de Medicina ou Fisiologia pela descoberta da estrutura do DNA.

[22] FERREIRA, Alice Teixeira *et al*. **Vida**: o primeiro direito da cidadania. Goiânia: Bandeirante, 2005, p. 10.

Citando o cientista Jerôme Lejeune, professor da Universidade René Descartes, em Paris, Brandão completa: "Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida."

Nesse mesmo sentido se posicionam Paulo Silveira M. L. Júnior e Maurine Morgan P. de Oliveira:

> Os dados da ciência biológica são de uma evidência crescente e irrefutável, no sentido de que o início do ciclo vital, ou simplesmente a vida de cada indivíduo humano, se dá com a fecundação. A partir desta se estabelece uma nova individualidade humana, resultante da constituição de um novo DNA, único e não repetível, a qual vai se desenvolvendo coordenada e gradualmente, cada fase supondo existir a anterior.[23]

Para os referidos autores, "o nascimento marca tão somente uma nova fase da existência e do desenvolvimento existencial humano".

George W. Corner, *director emeritus* do Departament of Embryology, Carnegie Institution of Washington, citado por Keith L. Moore, de forma poética resume:

> A fecundação de um ovo por um esperma é uma das grandes maravilhas da natureza, um evento no qual pequenos magníficos fragmentos da vida animal são levados pela força do cosmo em direção a um objetivo final, o surgimento de um ser vivo. Como um espetáculo, pode ser comparado somente com o eclipse do Sol ou a erupção de um vulcão. Esse é, de fato, o mais comum cataclismo da natureza próximo de nós e, ainda, é muito raramente observado, porque ocorre no terreno das coisas microscópicas, as quais a maioria das pessoas nunca veem. (Tradução da autora)[24, 25]

---

[23] LEÃO JR, Paulo Silveira Martins; OLIVEIRA, Maurine Morgan Pimentel de. O direito brasileiro e o direito à vida. *In:* RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org.). **Bioética**: pessoa e vida. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2009, p. 220-221.

[24] MOORE, Keith L. **The developing human**. Clinically oriented embryology. Philadelphia: W.B. Saunders Company, 1973, p. 23.

[25] "The fertilization of an egg by a sperm is one of the gratest Wonders of nature, an event in which magnificently small fragments of animal life are driven by cosmic forces toward their appointed end, the growth of a living being. As a spetacle it can be compared only with as eclipse of the Sun or the eruption of a volcano. It is, in fact, the most common and the nearest to us of nature's cataclysms, and yet it is very seldom observed because it occurs in a realm most people never see, the region of microscopic things".

Embrião é a designação dada ao ser humano no início de sua existência, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, até o final da oitava semana. Nos primeiros dias, até a implantação no útero, recebe também as sucessivas designações de zigoto (embrião unicelular), nórdula e blastocisto. A partir da nona semana de vida, denomina-se feto, tratando-se do mesmo indivíduo, com a mesma dignidade e direitos, independentemente da fase de desenvolvimento em que se encontre e da terminologia usada para o designar, ensina Paulo Leão.[26]

Um novo indivíduo biológico humano, original em relação a todos os exemplares de sua espécie, inicia o seu ciclo vital no momento da fusão dos gametas masculino e feminino (chamada também singamia). A fusão é um processo irreversível que indica o início de um novo organismo: o zigoto ou embrião unicelular. Assim começa o desenvolvimento de um novo indivíduo que apresenta um padrão genético e molecular pertencente ao da espécie humana. A fusão dos gametas representa, pois, um evento que marca a constituição de uma nova individualidade biológica, qualitativamente diferente dos gametas que a geraram.

Portanto, trata-se de um fato instantâneo, pontual, a partir do qual se assiste a um constante e gradual desenvolvimento do novo organismo humano que evoluirá no espaço e no tempo, seguindo uma orientação precisa sob o controle do novo genoma.

Como assinala Jussara Meirelles, a noção de autonomia do embrião, cujo código genético difere daqueles que contribuíram biologicamente para sua formação, possibilitou à corrente doutrinária denominada concepcionista sustentar que o embrião humano se caracteriza como pessoa a partir da concepção. [27, 28] Essa corrente doutrinária se baseia na assertiva de que o embrião já tem capacidade para adquirir direitos desde o momento em que é concebido, mesmo que ainda não tenha sido transferido para o útero materno, pois já se pode afirmar que ele é uma pessoa.

No dizer de Marco André Chut, pode-se concluir que o respeito à dignidade humana deve ser observado a todo ser da espécie humana, independentemente do estágio do desenvolvimento de suas potencialidades ou, melhor

[26] FERREIRA, Alice Teixeira *et al*. **Vida**: o primeiro direito da cidadania. Goiânia: Bandeirante, 2005, p. 11.

[27] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91.

[28] Três correntes assim se posicionam acerca do início da personalidade e a condição jurídica do nascituro. A primeira – natalista – afirma que a personalidade civil começa do nascimento com vida. A segunda, denominada da personalidade condicional, reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida. A terceira, denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida.

esclarecendo, ao concepto já identificado de forma inquestionável como vida humana não se pode negar proteção jurídica.[29, 30]

A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (CC, art. 2º, Lei nº 11.105/2005, arts. 6º, III, *in fine*, 24, 25, 27, IV, e CP, arts. 124 e 128). O direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (CF, art. 7º) ou prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (CF, art. 230), nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (CF, art. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.

Diante de todas essas garantias, conclui Maria Helena Diniz: "se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar".[31]

Significa dizer que, "no exato momento da fecundação, não é uma coisa, mas alguém – um ser pessoal – que surge na terra dos vivos. A partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida humana, que não é a do pai, nem a da mãe, é algo novo, alguém diferente".[32]

Porém, nem todos os autores pensam dessa forma. Roberto Coco, diretor do Laboratório de Genética e Embriologia do Instituto de Medicina Reprodutiva, afiliado à Faculdade de Medicina da Universidade de Buenos Aires, afirma que, "en definitiva, no puede haber un sujeto de derecho sin el substractum de su persona física, salvo en el supuesto de las personas de existencia ideal, que no es el caso".[33, 34] E acrescenta:

> Se ve así que el óvulo humano fecundado por el espermatozóide de la misma especie, carece de protección legal específica y no es sujeto de derecho por carecer de individuación, cuando menos hasta el momento de su anidación en el seno materno, y de cualidades constitutivas

[29] CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo** ético. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 34.

[30] Daí a declaração do Tribunal Constitucional da Espanha no sentido da íntima vinculação entre o princípio da dignidade humana e o direito à vida, já que ambos podem ser considerados como "el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existência y especificación de lós demas derechos" (SARLET, 2001, p. 90).

[31] DINIZ, Maria Helena. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

[32] RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org.). **Bioética**: pessoa e vida. São Paulo: Difusão Editora, 2009, p. 51.

[33] COCO, Roberto. **Nacer bien**: consideraciones científicas éticas y legales del inicio de la vida. Buenos Aires: Fecunditas Instituto de Medicina Reprodutiva, 2005, p. 85.

[34] Em resumo, não pode haver sujeito de direito sem o substrato de sua pessoa natural, exceto no caso de pessoas de existência ideal, o que não é o caso (tradução da autora).

> mínimas como para reconocer su sustantividad. Esto es así solo en cuanto intentemos proveer al embrión de alguna protección temprana, lo que debería ser motivo de expresa consagración legislativa de la que carecemos hoy en día.[35]

Com a devida vênia ao respeitável entendimento destacado acima, este nos faz lembrar o conto de Philip K. Dick, Las prepersonas, no qual o autor sentencia:

> Según la lógica del relato, si es posible destruir embriones porque no son personas, entonces basta con determinar cuándo un feto se convierte en persona para decidir que, antes de ese momento, sí es legal destruirlo. El relato lleva esto al extremo cuando en el escenario que plantea se ha decidido que la cualidad de persona viene dada cuando se adquiere la capacidad de comprender el álgebra, a los doce años de edad. Hasta ese momento los niños son simples prepersonas y pueden ser eliminados si sus padres así lo desean. [36, 37]

Faustino de Gregorio[38] destaca, ainda, as duas posições antagônicas acerca do momento em que o embrião pode ser considerado pessoa, a laica e a religiosa:

> È innegabile tuttavia che l'oponione pubblica si trovi a dovere scegliere tra due posizioni nettamente contrastanti: una definita "*pro life",* che l'embrione un essere umano diverso della madre e quindi "*persona*" sin dall'inizio, l'altra definita "*pro choice",* la quale non considera l'embrione "persona" sin dal concepimento bensì a partire da un

[35] Observa-se, portanto, que o óvulo humano fertilizado pelos espermatozoides da mesma espécie carece de proteção legal específica e é sujeito ao direito por carecer de individuação, pelo menos até o momento de sua implantação no útero materno e de qualidades constitutivas mínimas para reconhecer sua substantividade. Isso ocorre apenas quando tentamos fornecer ao embrião alguma proteção precoce, o que deveria ser motivo de expressa previsão legislativa, o que ainda hoje não temos (tradução da autora).

[36] DICK, Philip Kindred. **Las prepersonas**. 1974. Disponível em: http://www.alt64.org/wiki/index.php/Philip_K._Dick. Acesso em: 25 abr. 2018.

[37] Segundo a lógica da história, se é possível destruir embriões por não serem pessoas, basta determinar quando um feto se torna uma pessoa para decidir que, antes desse momento, é legal destruí-lo. A história leva isso ao extremo quando, no cenário apresentado, foi decidido que a qualidade da pessoa é dada quando a capacidade de entender álgebra é adquirida, aos doze anos de idade. Até esse momento, as crianças são pré-pessoas simples e podem ser eliminadas se seus pais assim desejarem (tradução da autora).

[38] GREGORIO, Faustino de. **La vita nascente e il suo futuro**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000, p. 34-38.

> momento successivo, ritenendo preminente la libertà della donna-madre rispetto al dogma embrione = vita, dogma che, secondo la posizione laica, non può essere imposto a chi cattolico non è.[39]

E conclui:

> Ma solo chi è credente ritiene che l'embrione sia *persona* sin dall'inizio? Sento di poter rispondere negativamente a tale domanda. E non per puro convincimento personale, morale o religioso, bensì attingendo proprio al criterio della logica e ai progressi della scienza. È altresì innegabile che la scoperta del DNA, la conoscenza dei meccanismi che riguardano la fecondazione, l'uso-abuso sempre più pressante degli esami ecografici durante tutto il periodo della gestazione, hanno dimostrato che la vita umana biologicamente incomincia con l'incontro tra lo spermatozoo e l'ovocita.[40]

É fato que até 2005, quando foi editada a Lei de Biossegurança,[41] o ordenamento jurídico brasileiro carecia de uma disciplina jurídica específica para tratar do embrião produzido em laboratório. A partir de então, passou-se a disciplinar que os embriões produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados poderiam ser objeto de pesquisa, nos seguintes termos:

> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou

[39] É inegável, porém, que a controvérsia resida entre duas posições contrastantes: uma chamada "pró-vida", que vê o embrião como um ser humano que não seja a mãe e, em seguida, "pessoa", desde o início; o outro, definido "pró-escolha", que não considera o embrião uma "pessoa" desde a concepção, mas a partir de um momento sucessivo, considerando como dogma a mãe-embrião = vida, dogma, de acordo com a posição secular, não pode ser imposta a quem não é católico (tradução da autora).

[40] Mas somente aqueles que são crentes acreditam que o embrião é uma pessoa desde a concepção? Sinto que posso dar uma resposta negativa a essa questão. E não por mera convicção pessoal, crenças religiosas ou morais, mas apenas com base no critério da lógica e do progresso da ciência. Também é inegável que a descoberta do DNA, o conhecimento dos mecanismos que afetam a fertilização, o uso abusivo de exames cada vez mais urgentes de ultrassom durante todo o período de gestação têm demonstrado que a vida humana biologicamente começa com uma reunião entre o espermatozoide e o óvulo (tradução da autora).

[41] Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 5 (cinco) anos, contados a partir da data de congelamento[42].
> § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

No campo científico, pode-se até admitir que o embrião não tenha recebido tratamento como ser humano, pessoa, mas tão somente como material de estudo, mas tal entendimento não pode ser de forma alguma transportado para o mundo filosófico e jurídico, ainda mais quando esse mero material científico é implantado no útero materno e, meses depois, nasce tal qual nasce o ser que nunca se afastou do ventre materno, com as mesmas expectativas, sonhos, necessidades e, principalmente, merecedor da tutela jurídica plena.

O relatório Warnock,[43] publicado no Reino Unido em 1984, recomenda que pesquisas utilizando embriões humanos fertilizados *in vitro* devem ser permitidas, desde que realizadas antes do 14º dia após a fertilização e que sejam previamente autorizadas, considerando crime as realizadas sem a devida autorização. Muito embora tal postura contrarie a maior parte das decisões acerca de pesquisas com seres humanos, tendo, inclusive, se utilizado pela primeira vez do termo pré-embrião[44] para designar esse período do desenvolvimento embrionário, ainda assim o mencionado relatório ressalta o especial tratamento que deve ser dado ao embrião:

> When does life begin?
> 2. Public concern about the embryo which led to the establishment of this Inquiry is often expressed in the form of the question, 'When does life begin?' This cannot be answered in a simple fashion. An ovum is a living cell

[42] Esse prazo foi estendido para cinco anos pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013, de 16.04.2013.

[43] REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY – Chairman: Dame Mary Warnock DBE. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf.

[44] O termo "pré-embrião" não é, segundo Silmara Chinellato (2004), o mais apropriado para designação do embrião crioconcervado. Para ela, o termo "embrião pré-implantatório" melhor se adéqua, já que "de embrião já se trata".

as is a spermatozoon; both can be properly described as alive. The cluster of cells which is the embryo is likewise alive. But this is not what people are really asking. Their real question is 'When does the human person come into existence?' This cannot be answered in a simple fashion either. The beginning of a person is not a question of fact but of decision made in the light of moral principles. The question must therefore be refined still further. It thus becomes 'At what stage of development should the status of a person be accorded to an embryo of the human species?' Different people answer this question in different ways. Some say at fertilisation, others at implantation, yet others at a still later stage of development. Scientific observation and philosophical and theological reflection can illuminate the question but they cannot answer it.

The special status of the embryo

3. The special status of the human embryo and the protection to be afforded to it by law do not in our view depend upon the decision as to when it becomes a person. Clearly, once that status has been accorded all moral principles and legal enactments which relate to persons will apply. But before that point has been reached the embryo has a special status because of its potential for development to a stage at which everyone would accord it the status of a human person. It is in our view wrong to create something with the potential for becoming a human person and then deliberately to destroy it.

We therefore recommend that nothing should be done that would reduce the chance of successful implantation of the embry.[45]

[45] Quando a vida começa? A preocupação geral sobre embriões é normalmente expressa na forma da seguinte pergunta: "Quando começa a vida?". Essa pergunta não pode ser respondida de forma simples. Um óvulo é uma célula viva, assim como um espermatozoide; ambos podem ser adequadamente descritos como vivos. O embrião é composto de um grupo de células que também estão vivas. Mas não é isso que se deseja saber quando se faz a pergunta acima. A pergunta real é: quando a pessoa humana passa a existir? Da mesma forma, essa pergunta não pode ser respondida de forma simples. O início da vida de uma pessoa não é uma questão de fato, mas de decisão, feita à luz de princípios morais. A questão precisa, portanto, ser refinada ainda mais. Em que estágio de desenvolvimento deve ser concedido ao embrião o *status* de pessoa? Diferentes respostas são dadas a essa pergunta. Alguns dizem na fertilização, outros na implantação, outros ainda num estágio maior de desenvolvimento. Observações científicas e reflexões filosóficas e teológicas podem iluminar a questão, mas não podem respondê-la. O *status* especial de um embrião humano e a proteção a ser proporcionada a ele pela lei não dependem, pela nossa visão, de uma decisão de quando ele se torna uma pessoa. Está claro que, quando a ele forem concedidos todos os princípios morais e legais que estão relacionados às pessoas, nesse momento ele pode ser considerado uma pessoa. Mesmo antes, o embrião tem um *status* especial devido ao seu potencial de se desenvolver e alcançar uma fase que ninguém duvidaria em afirmar ser ele uma pessoa humana. É, ao nosso ver, errado criar algo com potencial de vir a ser uma pessoa humana e então deliberadamente destruí-la. Nós, portanto, recomendamos que nada deva ser feito que possa reduzir as chances de implantação bem-sucedida do embrião (tradução da autora).

Por tais razões, não se pode concordar com a assertiva de que o embrião criopreservado não é pessoa. A certeza ou incerteza acerca de seu nascimento é mera circunstância temporal que não pode tirar dele sua natureza humana. Nas palavras de Ana María Ortelli de Biscotti, "Los embriones sin implantar, es decir, mantenidos *in vitro*, no son 'cosas' en el sentido técnico-jurídico del término sino 'personas'. Al no ser cosas no pueden ser manipulados ni tampoco usados como objetos".[46]

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, nessa nova vida se encontram todas as informações, ou o que se chama de código genético, suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é "da mãe"; ele tem vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama.

Maria Helena Diniz traz a lume a problemática da consideração jurídica do nascituro, diante das novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, para concluir que o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.[47]

Silmara Juny de Abreu Chinellato, em artigo no qual se dedica ao estudo do estatuto jurídico do nascituro, cita três correntes que procuram analisar a natureza dos embriões pré-implantatórios: a primeira difere os direitos do nascituro implantado *in vivo* e o embrião pré-implantatório, que poderá ser denominado nascituro pré-implantatório, sem que lhe seja retirada a qualidade de ser humano; a segunda corrente sustenta não ter o nascituro pré-implantatório ou embrião pré-implantatório essa qualidade, devendo ser considerado como *res,* ao menos até o décimo quarto dia a partir da fecundação, posição defendida pelos chamados utilitaristas, cujos interesses estão ligados à manipulação genética, às pesquisas com embriões e à destruição dos denominados embriões excedentes; a terceira corrente, intermediária, defendida por Ascensión Cabrera Infante, embora não reconheça ao embrião pré-implantatório qualidade ética e jurídica de pessoa, não o considera como *res,* mas uma pessoa *in fieri* ou pessoa virtual e, por isso, merecedora de respeito e proteção jurídica.[48]

---

[46] BISCOTTI, Ana María Ortellide. El embrión crio-conservado em el derecho sucessório argentino. *In*: NICOLÁS, Jorge Laferrière; RONCHIETTO, Catalina Arias de (coord.). **La filiación**: sus desafios jurídicos, hoy. Buenos Aires: Educa, 2010, p. 279.

[47] DINIZ, Maria Helena. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

[48] CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord). **Pessoa humana e direito.** Coimbra: Almedina, 2009, p. 419.

Data venia, não há como compartilhar do entendimento de tais correntes sem retrocedermos em matéria de valorização da vida, da dignidade e da proteção já conquistada para o embrião. Nesse sentido, melhor se posiciona Ieda Terezinha Verreschi, para quem todo o processo da formação do zigoto, até imediatamente antes da implantação do blastocisto à parede uterina, segue os mesmos passos na fecundação biológica normal e nos processos artificiais, *in vitro*.[49] O que muda, no lado feminino, é a forma de produção e obtenção dos óvulos, além da quota ovulatória da espécie. No lado masculino, as principais variáveis estão relacionadas à oferta de espermatozoides, que pode ser ampla, como na reprodução natural, ou única, como nas técnicas de injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).[50]

A referida autora resume sua posição em três aspectos que, se não são simples, são, sem dúvida, elementares: o embrião na fase de pré-implantação já é (i) um ser da espécie humana; (ii) um ser individual; e (iii) um ser que tem a finalidade de se desenvolver como pessoa humana.

Essa também é a posição de Chinellato, para quem "o conceito amplo de 'nascituro' – o que há de nascer – pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatório".

Para Diego Leite de Campos, o embrião já contém o genótipo DNA, que determina o desenvolvimento físico e psíquico do ser daí por diante. Mas também o embrião já pode afirmar-se como início da cadeia espaço-temporal que é um corpo, um ser humano. A vida não se poderia tornar humana depois do nascimento se não fosse já antes e desde a concepção.

Assim, não há que perguntar qual é o valor do nascituro, mas, previamente, *o que é* o nascituro: um ser humano ou não? Respondido que é um ser humano, o problema fica resolvido, pois a resposta determina as conclusões. Não há interesses superiores à vida de um ser humano, nem sequer a vida de todos os outros seres humanos.[51]

Hoje em dia, com as modernas técnicas que permitem conhecer a vida intrauterina, é possível acompanhar passo a passo a vida do nascituro no ventre materno. Podemos sentir os batimentos cardíacos, ver seus movimentos, fotografar ecograficamente seu rosto, sentir suas reações ao ouvir a voz materna ou paterna. Por isso, não admitir que o nascituro é um ser humano é retroceder à época remota na qual não se conhecia tão minuciosamente o ser que habitava o ventre materno.

---

[49] VERRESCHI, Ieda Terezinha. *In:* RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org.). **Bioética**: pessoa e vida. São Paulo: Difusão Editora, 2009, p. 186.

[50] ICSI – Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI), método pelo qual os espermatozoides são retirados do esperma, ou coletados no tecido intratesticular, ou ainda obtidos por aspiração cirúrgica no epidídimo (estrutura testicular onde o s espermatozoides iniciam o processo de maturação e ficam armazenados até a ejaculação.

[51] CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós** – Estatuto sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004, p. 81.

O embrião criopreservado, cuja concepção se deu a partir de técnicas de reprodução assistida, de igual forma se reveste de todas as características próprias do ser humano, apenas encontra-se em fase de latência, no aguardo da nidação, quando poderá se desenvolver da mesma forma que o embrião concebido pelo método natural. Não há como diferenciá-los, ambos têm os mesmos direitos e devem receber o mesmo tratamento jurídico, em atenção ao princípio da igualdade que lhe serve de alicerce.

4. DIREITO SUCESSÓRIO

Morrer e suceder são episódios de uma sequência que perfaz um círculo contínuo na história da humanidade, desde sempre.

Giselda Maria F. N. Horonaka

No Brasil, o direito à herança e o direito à sucessão são garantidos constitucionalmente. O art. 5º da Magna Carta, em seu inciso XXX, dispõe: "É garantido o direito de herança". Sucessão, no dizer de Silvio Rodrigues, é "o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores".[52]

O art. 5º e seus incisos estão sistematicamente incluídos no título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", sendo, portanto, cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV: "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – Os direitos e garantias fundamentais".

A função precípua das chamadas cláusulas pétreas é impedir a destruição da Constituição naquilo que lhe é essencial, preservando, assim, sua identidade e a vontade do constituinte originário. No dizer de Ingo W. Sarlet, "isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)".[53]

Os direitos fundamentais, como renomados doutrinadores já registraram, são classificados em dimensões, sendo, em apertada síntese, os de primeira, os direitos civis e políticos; os de segunda, os direitos sociais; os de terceira, os direitos de fraternidade ou de solidariedade; e, por fim, os de quarta dimensão, que nos interessam mais de perto, que são aqueles ligados aos direitos fundamentais,

[52] RODRIGUES. Silvio. **Direito civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 3.

[53] SARLET, Ingo Wofgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 387.

principalmente as vertentes que diuturnamente surgem como fruto dos avanços tecnológicos e científicos, que, na verdade, se referem a verdadeiro direito em formação.[54]

Desta forma, é sob o ponto de vista de uma interpretação conforme a Constituição que se passa à análise do direito sucessório, diante das novas técnicas de reprodução assistida, mais detalhadamente a reprodução artificial homóloga *post mortem*.

A sucessão de uma pessoa se abre com a sua morte. O direito brasileiro adota o princípio de *saisine*, expressão que significa que, com a abertura da sucessão, a herança é transmitida, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Por óbvio, tal transmissão consagra uma ficção jurídica, representando apenas uma "apreensão possessória", nas palavras de Maria Berenice Dias,[55] uma vez que a propriedade só se transmite com a partilha.

Como a existência da pessoa natural termina com a morte, deixando de ser sujeito de direitos e obrigações, a transmissão se dará aos herdeiros legítimos e testamentários, evitando assim que os bens da herança permaneçam sem titular – é o que se extrai do art. 1.784 do Código Civil.

A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade. Na segunda hipótese, existindo herdeiros legítimos, o testador só poderá dispor de metade dos seus bens, ficando reservada a outra metade à sua legítima.

A lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder é a lei vigente ao tempo da abertura daquela, daí a necessidade de adequação legislativa urgente, de forma a contemplar as diversas formas de métodos reprodutivos, principalmente dos nascidos *post mortem*.

O art. 1.798 do Código Civil determina quem são os legitimados a suceder, quais sejam, "as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".

No já mencionado art. 1.798 do Código Civil, o legislador conferiu ao nascituro, isto é, ao já concebido, mas ainda não nascido, capacidade de ser sucessor hereditário. Para parte da doutrina brasileira, o nascituro não tem personalidade jurídica,[56] e, para outros,[57] o nascituro é sim dotado de personalidade jurídica e, portanto, titular de direitos e não apenas de expectativa de direitos.

---

[54] Para Antonio Carlos Wolkmer (2004, p. 12), os direitos de quarta dimensão são os referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. O autor menciona, ainda, a existência de direitos de quinta geração, referentes aos direitos virtuais.

[55] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

[56] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002; PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[57] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. **Direito civil**: teoria geral do direito civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Permissa venia aos renomados doutrinadores que defendem a primeira posição, entendemos que os que conferem personalidade jurídica ao nascituro são os que melhor empregam uma visão contemporânea à interpretação das normas jurídicas, sob um prisma de maior garantia dos direitos do homem.

A existência da pessoa humana começa com a concepção. É também o que nos revela a legislação brasileira, embora de forma ainda indireta e um pouco tímida, uma vez que contempla, em muitos de seus dispositivos, direitos ao nascituro, dentre eles o de receber pensão alimentícia (alimentos gravídicos – Lei nº 11.804/2008), o direito à vida (art. 277 da Constituição), o direito a ser reconhecido (art. 1.609, parágrafo único, do Código Civil, entre outros.

Diogo Leite Campos afirma que "a pessoa humana é superior às normas legais que devem ser assentes sobre ela e justificada por elas" e, ao defender que o reconhecimento da vida se opera a partir da concepção, sentencia: "As normas contidas na maioria das legislações que vinculam o inicio da personalidade ao nascimento estão naturalmente gastas e ultrapassadas".[58]

Temos, então, que o embrião ou o feto, dependendo do estágio da gestação, é o ser humano que nascerá depois de findo o período gestacional, ou seja, é aquele que virá a nascer, o nascituro. Concluímos, assim, que o nascituro é pessoa, já que ser humano. Como pessoa, o nascituro, segundo a teoria conceptualista adotada pelo Código Civil brasileiro, tem seus direitos protegidos, desde a sua concepção, que se dá com a fecundação. Ao nascer com vida, estará confirmado o direito sucessório preexistente, não sendo esta uma condição legal para que a personalidade exista, mas sim para que se consolide.

O Código Civil não faz ressalva acerca do "lugar" onde a concepção deverá se dar, seja no útero materno ou *in vitro*, num laboratório. Portanto, como não cabe ao intérprete restringir o que o legislador não o fez, entendemos que não há diferença entre o embrião que está no útero materno e aquele que se encontra criopreservado em laboratório para nidação futura. Ambos são seres humanos, pessoas, portanto, e têm iguais direitos.[59] Para Caio Mario da Silva Pereira, o nascituro, na qualidade de herdeiro póstumo, "adquire de imediato a propriedade e a posse da herança, como se fosse nato desde a abertura da sucessão".[60]

---

[58] CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 48.

[59] Infelizmente, não é esse o pensamento de alguns doutrinadores. Luis Roberto Barroso ressalta a definição semântica de nascituro como o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato certo, ressaltando que "Os civilistas chamam a atenção, no entanto, para o fato de que este ser deverá estar em desenvolvimento no útero da mãe". Como consequência das premissas assentadas acima, o embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um *nascituro*, em razão de não haver sido transferido para o útero materno (BARROSO, L. R. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252).

[60] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol VI. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 25.

5. CAPACIDADE E LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER DOS NASCIDOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A forma de interpretação das normas jurídicas, nas palavras de Ricardo Fiúza, deve observar o seguinte caminho:

> Um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Tem de sair do positivismo exagerado que engessa o direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chamo a fase pós-positivista do direito.[61]

É com base na brilhante função criadora de nossos melhores intérpretes que estudaremos a capacidade sucessória dos nascidos *post mortem,* com o fim de acompanhar as transformações que a vida moderna impõe à legislação existente.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho ensina que "o concepturo (*nondum concepto)*, ou seja, o ainda não concebido, não inseminado ou implantado no ventre materno, não deve ser confundido com o nascituro, este já concebido e em desenvolvimento no ventre materno, porém ainda não nascido".[62]

Afirma o festejado doutrinador que a regra do art. 1.798 do Código Civil vem conduzindo a que alguns juristas se inclinem no sentido da impossibilidade de vínculo sucessório em favor do reproduzido e nascido *post mortem,* com base em interpretação *a contrario sensu* do art. 1.798 e também em razão do art. 1.784, por força do *droit de saisine,* pois apenas os sucessores universais presentes no exato momento da abertura da sucessão são legitimados a suceder. O autor, no entanto, conclui não ser esta a melhor interpretação, uma vez que o art. 1.597, III e IV, declara que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, bem como os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, são presumidamente concebidos na constância do casamento, o que gera efeitos sucessórios retroativos a estes.

Como já analisado, a reprodução assistida pode ser feita por criopreservação do material genético feminino (óvulo) e masculino (espermatozoide), método GIFT, como também pelo método ZIFT, fecundação feita em laboratório para depois o embrião ser introduzido no útero materno, o que pode ser feito tão logo o processo esteja terminado ou em tempo futuro, com a criopreservação do embrião.

---

[61] FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XV-XVI.

[62] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

Na primeira hipótese, congelamento de gametas, teremos apenas materiais que, sozinhos, não podem vir a se desenvolver para gerar uma nova pessoa, mas, na segunda hipótese, congelamento de zigoto – embriões –, já teremos um pequeno conjunto de células capaz de se desenvolver, após nidado no útero. Temos, então, uma vida com todas as condições necessárias para se tornar uma pessoa e ter reconhecido em seu favor o direito à sucessão.

Dessa forma, quando a lei confere legitimidade para suceder ao nascido ou concebido no momento da abertura da sucessão, temos que essa legitimidade é conferida também ao embrião criopreservado antes da morte de seus genitores, mesmo que a implantação no útero materno e seu nascimento se dê após a morte de algum dos genitores, ou até mesmo de ambos, na hipótese de doação temporária de útero.

Eduardo de Oliveira Leite sintetiza a questão do legitimado da seguinte forma:

> a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai. Neste caso, ficaria autorizado o direito à sucessão hereditária, tendo em vista que já houve concepção.
>
> b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado, inclusive nos dias atuais, é possível também acrescentar o óvulo congelado depois do falecimento da pessoa que forneceu o material fecundante. Nesta última situação não teria direito à sucessão, pois não houve a concepção no momento da abertura da sucessão.[63]

Podemos concluir, portanto, que o citado doutrinador reconhece o direito sucessório do embrião somente no caso de já ter havido concepção *in vitro* quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente.

Para Silmara Chinelatto, não só ao embrião, mas também ao sêmem destinado à fertilização homóloga, há que ser reconhecido o direito sucessório. No primeiro caso, aplicam-se as mesmas regras relativas ao nascituro; no segundo, admite-se a sucessão testamentária, como prole eventual. [64]

---

[63] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões. Vol. VXXI, p. 110.

[64] CHINELATTO, Silmara. Estatuto do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007, v. 6, p. 43-81.

O art. 1.800, § 4º, limita em dois anos o prazo para que a concepção ocorra. Na hipótese de fecundação artificial póstuma, Maria Berenice Dias afirma não ter qualquer justificativa tal limitação e conclui:

> A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.[65]

O planejamento familiar no Brasil é regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que, em seu art. 3º, dispõe que "o planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde". Na legislação brasileira, portanto, não há nada que impeça a formação de famílias monoparentais, a impedir a prática da inseminação *post mortem,* ainda mais na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida.

Segundo Douglas Phillips, havendo clara vontade do casal em gerar o "fruto desse amor, não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica".[66] Conclui o autor:

> Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen) no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, hão de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de, ao ser realizado o procedimento, vir o herdeiro nascido depois pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.[67]

---

[65] DIAS, Maria Berenice**. Manual das sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

[66] FREITAS; Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a. Acesso em: 30 jan. 2014.

[67] FREITAS; Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-ap%C3%B3s-morte-e-o-direito-de-heran%C3%A7a. Acesso em: 30 jan. 2014.

Note-se que o autor tem, inclusive, uma posição de vanguarda ao defender a reserva do quinhão hereditário da prole eventual, de forma a que se evite a propositura da ação de petição de herança, vindo ao encontro do princípio da igualdade, para garantir o direito sucessório do nascido após a morte de seu genitor.

Superada a questão da legitimidade, devem ser analisados os aspectos temporais aos quais deverá estar sujeito o nascituro. Cabe destacar alguns artigos do Código Civil que, muito embora estejam mais afeitos à sucessão testamentária, por fazerem parte do Título I – Da sucessão em geral –, nada impede que lhes seja dada interpretação sistemática para serem usados subsidiariamente para a sucessão legítima, a saber:

> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
> I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
> [...]
> Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
> [...]
> § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

O prazo estabelecido no § 4º do art. 1.800, no nosso entender, não pode ser usado na falta de uma legislação específica à sucessão legítima por contrariar o princípio da igualdade entre os filhos.

Os arts. 1.596 e 1.597 do Código Civil não deixam margem a dúvidas quanto à adoção pelo sistema jurídico brasileiro de tal princípio:

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
> II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

> III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido[68];
> IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.[69]

Os incisos III e IV não estabelecem prazo para a presunção de filiação no caso de fecundação artificial homóloga, o que, a nosso entender, representa verdadeira demonstração de vanguarda do legislador brasileiro. De fato, se para que se reconheça a paternidade a lei não fixou prazo, sendo tal direito imprescritível, por que o faria para presumir a filiação se o material genético é indubitavelmente do marido ou companheiro da mulher que deu à luz?

Se, para a hipótese de filho concebido pelo método natural, mas que desconhece sua condição de filho e, portanto, de herdeiro, o Código Civil estabelece o prazo de dez anos para que possa reivindicar sua legítima mediante o ajuizamento da ação de petição de herança (art. 1.824 c/c art. 205), não pode ser diferente o prazo para que o herdeiro concebido por fertilização e nascido *post mortem* também possa fazê-lo.

Enquanto uma legislação específica não surge para regular o direito sucessório dos nascidos por inseminação artificial *post mortem*, resta a este a ação de petição de herança para haver seu direito hereditário.[70]

O Código Civil brasileiro estabelece que:

> Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

---

[68] Contrariando o princípio de que não cabe ao intérprete restringir aquilo que o legislador não o fez, o Conselho da Justiça Federal emitiu o Enunciado nº 106, referente ao inciso III do art. 1.597, no qual estabelece que: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

[69] Enunciado nº 257, aprovado na III Jornada de Direito Civil, realizada em 03.11.2004, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: Art. 1.597: As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição.

[70] Enunciado nº 267, aprovado na III Jornada de Direito Civil, realizada em 03.11.2004, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

> Art. 1.825. A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários.
> Art. 1.826. O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.
> Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.
> Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.
> Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.
> Art. 1.828. O herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de proceder contra quem o recebeu.

A ação de petição de herança é ação real que tem duplo efeito objetivo: i) o reconhecimento judicial da qualidade sucessória do requerente, em primeiro lugar; e ii) a consequente restituição de todos os bens da herança, ou de parte deles, indevidamente retidos pelo demandado.

O sistema do direto brasileiro se filiou à concepção da herança encarada como universalidade de direito (art. 1.791),[71] implicando necessariamente uma pretensão unitária à herança. Há, pois, a pretensão unitária à herança, a que corresponde a prescrição, igualmente unitária.

Por se tratar de ação real, conforme já mencionado, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação é o estabelecido no art. 205 do Código Civil, ou seja, dez anos.

No que tange ao termo *a quo* desse prazo prescricional, cumpre destacar que é pacífico na jurisprudência brasileira que começa a contar da data da abertura da sucessão.[72] Ocorre que, com relação ao menor impúbere, o prazo prescricional somente começa a fluir quando o menor completar 16 anos,[73]

---

[71] Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

[72] RE 74.100 / SE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso Extraordinário em que se discute negativa de vigência do par. 1, do art. 168, e do par. 1, do art. 239, ambos de CPC. Interpretação de tais normas. 2. Ação de petição de herança. Prescrição. O dies *a quo* do prazo prescricional de tal ação e o da abertura da sucessão do pretendido pai.

[73] AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM COM RELAÇÃO AO MENOR IMPÚBERE. O prazo prescricional da ação de petição de herança não corre contra o menor absolutamente incapaz. Somente começa a fluir quando o menor completar 16 anos (Apelação Cível nº 595101353, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Eliseu Gomes Torres, julgado em 27/06/1996).

uma vez que a prescrição não corre contra menor absolutamente incapaz, na forma do art. 198 c/c o 3º, I, ambos do Código Civil:

> Art. 198. Também não corre a prescrição:
> I – contra os incapazes de que trata o art. 3º;
>
> Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I – os menores de dezesseis anos;

Dessa forma, o prazo de dez anos para que o herdeiro nascido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, para ter reconhecida sua condição de herdeiro e reivindicar sua quota na herança, será de dez anos, a contar da data em que completar 16 anos.

Na hipótese de paternidade presumida, o legislador, quando homóloga a inseminação, não fixou prazo para o nascimento, nem tampouco condicionou tal presunção à prévia autorização do marido.

Ainda acerca do prazo para implantação do embrião criopreservado obtido por fertilização artificial homóloga, o Conselho Federal de Medicina, que antes adotava as mesmas diretrizes da Lei de Biossegurança, editou nova resolução, datada de 16 de abril de 2013, e ampliou o prazo para descarte dos embriões de três para cinco anos, motivado pela alteração nas mudanças sociais e pela constante e rápida evolução científica, além da solicitação das clínicas de fertilidade sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 anos, em abandono. Muito embora tal resolução enfatize a inexistência de legislação específica para o tema, o prazo de cinco anos não se coaduna com o já mencionado art. 1.597, IV, sendo tal prazo pequeno quando se trata de casos em que o tempo pode ser um enorme obstáculo para a procriação.[74]

Cumpre registrar que a ação de petição de herança, incluído o prazo defendido para seu exercício para os nascidos por inseminação artificial *post mortem*, é, sem sombra de dúvidas, o caminho legal existente, a partir de toda a sistemática jurídica em vigor, enquanto o legislador brasileiro não preencher essa lacuna legal.

---

[74] BBC. *Nasce bebê concebido de sêmen congelado há 21 anos*. 14/04/2009. Disponível em: http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1084343-5603,00-NASCE+BEBE+CONCEBIDO+DE+SEMEN+CONGELADO+HA+ANOS.html. Acesso em: 12 jan. 2019.

CONCLUSÃO

O homem não pode ser visto como uma espécie fragmentada. O homem é homem, não importa de que forma nasce, quando e como nasce. Um filho é exatamente igual a outro, quer tenha sido gerado de forma natural ou artificial, quer sua existência tenha sido obra tão somente de Deus ou Deste com a colaboração da ciência. O amor por um filho, o desejo de sua existência, a felicidade que se experimenta com a simples expectativa de sua chegada são os mesmos, quer seja esse filho menino ou menina, saudável ou enfermo, natural ou adotivo.

Hoje, a mulher, logo ela, que sempre foi colocada em grau de inferioridade em relação ao homem, pode decidir quando e como vai trazer ao mundo um novo ser. A procriação deixou de ser obra do destino, da sorte. Saiu do campo do desejo e passou a pertencer mais à esfera da certeza.

Fertilização *in vitro*, inseminação artificial, banco de esperma, doação temporária de útero são apenas algumas das formas que facilitam a procriação e cada vez mais garantem a certeza da existência de prole biológica.

Por certo, tais avanços trazem consequências jurídicas. Lidar com elas é a obrigação do legislador. Conferir vocação hereditária ao filho nascido por inseminação artificial homóloga *post mortem* é respeitar a dignidade do ser humano, é observar o princípio da igualdade e, acima de tudo, é garantir a esse ser a aceitação plena pela família e pela sociedade.

O argumento da segurança das relações jurídicas para afastar tal direito sucessório, fundado no fato de que a herança não pode ficar *ad eternum* sem que seja entregue de forma definitiva ao herdeiro, não pode superar fundamentos trazidos a lume neste artigo. A figura do curador pode muito bem resolver o problema, e a responsabilidade deste, assim como dos co-herdeiros que forem imitidos na posse e propriedade dos bens até que nasça o herdeiro concebido e criopreservado, resolver-se-á, caso necessário, por perdas e danos.

A legislação brasileira nunca definiu nascituro, deixando tal tarefa para a doutrina, mas sempre protegeu seus direitos. Antes, tratava-se de direito diferido, uma vez que dependia do nascimento com vida; depois, corrente doutrinária mais atual defende a proteção desses direitos desde a concepção, sendo considerado pessoa.

Ocorre que, em face das novas técnicas de reprodução humana assistida, há toda uma nova discussão sobre o conceito de nascituro. Tramita no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 478/2007,[75] criando o Estatuto do Nascituro, que no art. 2º conceitua nascituro como o ser

[75] Projeto de Lei nº 478/2007:
Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.
Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

humano concebido, mas ainda não nascido, acrescentando em parágrafo único que esse conceito inclui os seres humanos concebidos *in vitro*, os produzidos mediante clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito.

Apesar de vanguardista no que tange à aceitação da clonagem de seres humanos, o referido Projeto, por outro lado, retrocede ao determinar que o nascituro adquire personalidade jurídica somente ao nascer com vida, apesar de esta ser reconhecida desde a concepção. Quanto ao direito à sucessão, também não ousou o legislador ao prever apenas que o nascituro tem legitimidade para suceder, deixando de se manifestar acerca daqueles nascidos *post mortem* ao autor da herança.

Com os avanços da medicina, a decisão da hora certa de se conceber um filho está cada vez mais nas mãos dos pais, que não raro decidem congelar o material genético – óvulos, espermatozoides e embriões – para uma inseminação futura. Tal decisão pode se dar por diversos motivos: pode ser porque um dos cônjuges tem dificuldade para levar a efeito a fecundação, daí a necessidade de que seja feita *in vitro*; ou porque o casal pretende simplesmente postergar a vinda do filho para um futuro distante, e a preservação do material genético pela crioconservação garante a fertilidade.

Atualmente, a doutrina vem tratando a matéria de forma ainda não muito segura, quando cuidamos do direito sucessório do embrião concebido e criopreservado. Maria Berenice Dias afirma que a tendência que vem se consolidando em sede doutrinária é de afastar o vínculo sucessório quando a implantação ocorre depois da abertura da sucessão, sob o fundamento de que, pelo princípio de *saisine*, é indispensável a existência do herdeiro ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança.[76]

Já Eduardo de Oliveira Leite reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro* quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente.[77]

Portanto, se com a morte do *de cujus* o embrião, em cuja fertilização consentiu, já estiver implantado no útero feminino, não há dúvidas de que a filiação lhe será assegurada, bem como o direito à herança.

Quanto ao embrião fecundado, mas não implantado, podemos definir-lhe duas consequências jurídicas: a primeira é a de que nunca poderá herdar por

---

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.
Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.
Art. 17 O nascituro tem legitimidade para suceder.

[76] DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 116-117.

[77] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões. Vol. VXXI, p. 109.

sucessão legítima, por não se achar inserido no conceito de nascituro e pelo fato de o direito não poder ficar à mercê da vontade da mãe em implantá-lo quando bem entender; a segunda é a possibilidade de vir a herdar, desde que o *de cujus* assim disponha em seu testamento, por analogia ao conceito de prole eventual, previsto no arts. 1.799 e 1.800, § 4º, do Código Civil brasileiro,[78] desde que indique quem será a mãe do beneficiário. Deve-se buscar, aí, a vontade expressa do testador em deferir-lhe a herança.

Data venia, pretendemos defender uma terceira solução: a de que o embrião concebido e criopreservado terá direito sucessório, uma vez concebido antes da morte do genitor, podendo, no entanto, ser nidado no útero materno dentro do prazo de dez anos, por analogia ao art.1.824 c/c o art. 205, ambos do Código Civil brasileiro.

Tal entendimento se arrima fundamentalmente nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, mas também nos princípios da paternidade responsável, melhor interesse da criança, planejamento familiar, liberdade, intangibilidade da legítima, *saisine,* entre outros.

Além de previsto no preâmbulo, o princípio da igualdade está insculpido no art. 5º da Constituição e encontra na máxima de Aristóteles, disseminada por Ruy Barbosa, a sua razão de ser: "a igualdade consiste em aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade". É a *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais. *Regra de ouro* no sentido de mandamento nuclear de todo o produto constitucional legislado, pois todas as demais prescrições da Constituição convergem para ela.

Outra, portanto, não poderia ser a conclusão deste trabalho, a não ser a de que o embrião concebido por inseminação artificial homóloga – por meio de material genético do marido e da mulher ou do companheiro e da companheira (excluídas as hipóteses de material obtido em bancos de sêmen e óvulos) –, mesmo que criopreservado, já está concebido e, portanto, herda em iguais condições com os demais legitimados, ainda que sua nidação ou implantação no útero materno se dê após a morte do autor da herança. Entendemos ser essa a melhor solução para proteger o embrião, que, segundo nosso entendimento, adquire personalidade desde a concepção, garantindo, assim, a proteção à sua dignidade como pessoa humana.

---

[78] Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I. os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.
Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.
§ 4º. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ARENDT. Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2005.

BARCELLOS. Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células tronco embrionárias. In SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERGEL, Salvador Darío e MINYERSKY, Nelly (org.). **Genoma humano**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BUGLIONE, Samantha e VENTURA Mirian (org.). **Direito à reprodução e à sexualidade**: uma questão de ética e justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós:** estudos sobre o direito das pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Diogo Leite de e CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord). **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. Coimbra : Almedina, 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Genética y derecho** – responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Italy: Editori Laterza, 2012.

CHUT, Marcos André. **Tutela jurídica do genoma humano e a teoria do mínimo ético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORRÊA, Élida Aparecida de Andrade (coord.) **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2009.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In:* FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Resende. Campinas: Romana, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice (org.). **Direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DICK, Philip Kindred. **Las prepersonas**. Disponível em http://www.alt64.org/wiki/index.php/Philip_K._Dick. Acesso em: 25 abr. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980.

FERREIRA, Alice Teixeira; SOARES, André Marcelo Machado; BATISTA, Claudia Maria de Castro; RAMOS, Dalton Luiz de Paula; BRANDÃO, Dernival da Silva; CERQUEIRA, Elizabeth Kipman, PRAXEDES, Herbert; MARTINS, Ives Gandra da Silva; LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. **Vida**: o primeiro direito da cidadania. Goiânia: Bandeirante, 2005.

FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOYENA COPELLO, Héctor Roberto. **Tratado del derecho de sucesión**: teoría general de la sucesión. Vol. I, 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LARENS, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das sucessões. Vol. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Direito das sucessões. Vol 6. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**: uma distinção necessária, 2004. Disponível em: http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813. Acesso em: 26 fev. 2018.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEDINA, Graciela. **El Proyecto Genoma Humano y el Proyecto Genoma Humano sobre la diversidad**, 2001. Disponível em: http://www.gracielamedina.com/articulos-publicados/?start=48. Acesso em: 18 jan. 2018.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOORE, Keith L. **The developing human**. Clinically oriented embryology. Philadelphia: W. B. Saunders Company, 1973.

MORAES, José Luis Bolzan. Direitos humanos, Estado e globalização. *In:* RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera, CARVALHO, Salo (org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2004.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões**: comentários à parte geral e à sucessão legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OTERO, Paulo. **Direito da vida**: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos constitucionais, civis, penais e trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org). **Bioética**: pessoa e vida. São Paulo: Difusão, 2009.

REIS, Clayton. **Os direitos da personalidade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, fev./jun. 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCIA, Fausta. **Procreazione medicalmente assistita e status del generato**. Itália: Jovene Ed., 2010.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: J.de Oliveira, 2003.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera, CARVALHO, Salo (org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.

A COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DO "DIREITO AO TEMPO ADEQUADO PARA PREPARAR A DEFESA" E DA "DEFESA DILIGENTE E EFETIVA" NOS PROCESSOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

LA COMPATIBILIZACIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS DEL TIEMPO ADECUADO PARA PREPARAR LA DEFENSA Y LA DEFENSA EFICAZ EN LOS JUICIOS POR JURADOS

Renata Tavares da Costa
Mestranda em Direitos Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito na Universidade de Buenos Aires. Pós-graduada em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires. Pós-graduada em 100 Reglas de Brasilia y Sistema Interamericano de Derechos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile. Pós-graduada no Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University. Ex- conselheira do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro
Defensora pública titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias
renata-tavares1976@hotmail.com

Resumo: Este trabalho pretende analisar o direito ao tempo adequado para preparar a defesa e o direito a uma defesa diligente e efetiva segundo os órgãos que conformam o Sistema Interamericano de Direitos Humanos nos processos no Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defesa eficaz. Tribunal do Júri.

Resumen: El articulo hace un recorrido sobre el derecho a una defensa diligente e efectiva y la garantía del tiempo adecuado para la preparación de la defesa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su compatibilidad con el juicio por jurados.

Palabras-llave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Defensa Eficaz - Juicios por Jurados.

Nunca un abogado ha tenido que ejercer su oficio en tan difíciles condiciones: nunca contra un acusado se había cometido tal cúmulo de abrumadoras irregularidades. Uno y otro, son en este caso la misma persona. Como abogado, no ha podido ni tan siquiera ver el sumario y, como acusado, hace hoy setenta y seis días que está encerrado en una celda solitaria, total y absolutamente incomunicado, por encima de todas las prescripciones humanas y legales.

Quien está hablando aborrece con toda su alma la vanidad pueril y no están ni su ánimo ni su temperamento para poses de tribuno ni sensacionalismo de ninguna índole. Si he tenido que asumir mi propia defensa ante este tribunal se debe a dos motivos. Uno: porque prácticamente se me privó de ella por completo; otro: porque sólo quien haya sido herido tan hondo, y haya visto tan desamparada la patria y envilecida la justicia, puede hablar en una ocasión como ésta con palabras que sean sangre del corazón y entrañas de la verdad.

La Historia me absolverá

Fidel Castro

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fruto das lutas para impor ao mundo um limite ético de atuação após os horrores da Segunda Grande Guerra Europeia. Os campos de concentração nazistas foram a expressão maior do desprezo pela vida humana. Experiência, importante esclarecer, que vinha sendo testada nas colônias, em especial o extermínio das populações originárias.

Pois bem, findos esses horrores (será?), as nações começam a discutir a existência de um mínimo ético para impor aos Estados o dever de respeitar a fim de assegurar a existência da raça humana.

Caracteriza-se por ser a era das declarações. No mesmo ano, 1948, duas: Declaração Universal dos Direitos Humanos e Declaração Americana. Numa segunda fase, conforma-se a jurisdicionalidade dos sistemas pela ratificação de tratados internacionais, que, ao mesmo tempo, definem direitos das pessoas, estabelecem obrigações dos Estados e criam órgãos de monitoramento e de jurisdição.

Assim, no continente americano, conformou-se a Organização dos Estados Americanos (OEA). Seu tratado de fundação, a Carta da OEA, reconhece as obrigações dos Estados em relação aos direitos humanos que estavam relacionados na Declaração Americana de Direitos Humanos. Depois, criaram a Comissão

Interamericana. Nos anos 1960, os Estados criam a Convenção Americana com um compromisso internacional de defender os direitos ali elencados e submetendo-se, no exercício de sua soberania, à jurisdição da Corte Interamericana.[1]

Nesse contexto, a Defensoria Pública é a escolha constitucional do Estado brasileiro para cumprir com a obrigação contida no art. 8, 2, *e*, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> [...]
> e. **direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado**, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

Uma escolha genuinamente latino-americana, amplamente reconhecida não só pelos órgãos que compõem o Sistema Interamericano:

> 156. En esta línea, la Corte reconoce que **un rasgo distintivo de la mayoría de los Estados parte de la Convención es el desarrollo de una política pública e institucionalidad que garantiza a las personas que así lo requieran y en todas las etapas del proceso el derecho intangible a la defensa técnica en materia penal a través de las defensorías públicas**, promoviendo de este modo la garantía de acceso a la justicia para las personas más desaventajadas sobre las que generalmente actúa la selectividad del proceso penal. Así, la Asamblea General de la OEA ha afirmado "la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad. **La institución de la defensa pública, a través de la provisión de servicios públicos y gratuitos de asistencia jurídica permite, sin duda, compensar adecuadamente la desigualdad procesal en la que**

[1] Para a história da formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, veja-se, por todos: LEDESMA, Hector F. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales, 2004. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

> **se encuentran las personas que se enfrentan al poder punitivo del Estado, así como la situación de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad, y garantizarles un acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios.**[2]

Mas também pela própria OEA:

> Subrayando la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita y las instituciones de Defensa Pública Oficial, o según la denominación que corresponda en la legislación interna, para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.[3]

Dessa forma, tem como obrigação primária a efetivação dos direitos e garantias previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial os do art. 8. Dentre esses direitos, encontra-se o "tempo adequado para preparar a defesa", que, por sua vez, guarda relação estreita com outro grande paradigma interamericano, qual seja, o conceito de "defesa diligente e eficaz":

> 157. Sin embargo, la Corte ha considerado que **nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza**. A tal fin, es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.[4]

---

[2] OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ruano Torres**, § 156.

[3] OEA. Assembleia Geral. Resolução nº 2.887. Promoción y protección de derechos humanos.

[4] OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ruano Torres**, § 157.

O tribunal do júri, por sua vez, é o órgão de competência constitucionalmente estabelecida para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ao contrário do dia a dia de uma vara criminal comum, os processos envolvem casos complexos, enredos difíceis e que exigem especial atenção dos operadores/operários de justiça.

O presente trabalho pretende fazer uma reflexão sobre como compatibilizar o mandamento convencional de defesa eficaz/diligente com a garantia do tempo e meios adequados para preparar uma defesa nos procedimentos complexos de competência do júri.

Para tanto, a ideia é analisar a Convenção Americana, a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Código de Processo Penal. Dessa forma, o texto será dividido em duas partes. Na primeira, estudará os padrões interamericanos do direito ao "tempo adequado para preparar a defesa". Depois, num segundo momento, analisará como o processo penal brasileiro trata o assunto e, a partir da prática do Tribunal do Júri da Comarca de Caxias, analisar a compatibilidade das normas convencionais, constitucionais e legais com a realidade brasileira e da Defensoria Pública.

1. O DIREITO À DEFESA DILIGENTE E EFETIVA E A GARANTIA AO TEMPO ADEQUADO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, repita-se, estabelece, de forma inovadora, o direito a contar com um defensor proporcionado pelo Estado:

> Art. 8 – Garantias judiciais
> [...]
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> [...]
> **e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei**;

Mas, segue a Corte Interamericana, não basta ao Estado nomear um defensor ou defensora para cumprir com essa obrigação. A defesa deve ser diligente e efetiva:

> Sin embargo, la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor **actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado** y **evite así que sus derechos se vean lesionados** y **se quebrante la relación de confianza**. A tal fin, es necesario que la institución de **la defensa pública**, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, **sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio**. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional. [...] El derecho de defensa implica que está sea eficaz, oportuna, realizada por personal técnico, que **permita fortalecer la protección del interés concreto del imputado** y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso.[5]

Assim sendo, a questão passa a ser pensar como a defesa pública ou fornecida pelo Estado pode e deve atuar com o fim de fortalecer o interesse do acusado no processo penal.

O art. 8 da Convenção Americana estabelece vários direitos que, se observados, refletem a proteção eficaz da pessoa apontada como possível autora de um delito. Entre eles, o direito ao tempo adequado para preparar a defesa:

> Art. 8. Garantias judiciais.
> [...]
> 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> [...]
> c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

Para os órgãos do Sistema Interamericano,[6] seu princípio norteador é a **paridade de armas,** que obriga o Estado a adotar medidas de compensação a fim de reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências para a defesa dos acusados:

---

[5] OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Martinez Coronado vs. Guatemala**, § 83.

[6] Aqui, como órgãos do Sistema Interamericano entendem-se a Comissão Interamericana e a Corte.

> 119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación**. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses**. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[7]

Outro importante paradigma para o efetivo exercício desse direito é que o acusado tenha acesso a todo o expediente montado contra ele no processo penal **antes de prestar a primeira declaração**.[8]

Mas não só o acesso a todo o expediente vale como cumprimento da obrigação internacional. Diz a Corte:

> **Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración.** Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.[9]

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos usa a expressão "tempo indispensável":

> 71. La Comisión establece que el Estado mexicano negó a los sacerdotes Loren Riebe Star, Jorge Barón Guttlein, y Rodolfo Izal Elorz la garantía de uma audiencia para la determinación de sus derechos. Dicha garantía debió incluir el derecho a ser asistidos durante el procedimiento administrativo sancionatorio; **a ejercer su derecho a la defensa disponiendo del tempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formularan, y en**

---

[7] OEA. Corte IDH**. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular em el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, § 119.

[8] OEA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**, § 54.

[9] OEA. Corte IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**, § 187.

> **consecuencia para defenderse ellas**; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. Por lo tanto, la CIDH concluye que el Estado violó el derecho a las garantías del debido proceso en perjuicio de las personas mencionadas, en contravención del artículo 8 de la Convención Americana.[10]

No Sistema Universal, o Comitê de Direitos Humanos dispõe sobre um "tempo suficiente":

> […] el Comité recuerda que el derecho de un acusado a disponer de tiempo y facilidades adecuados para la preparación de su defensa es um elemento importante de la garantía de un juicio justo y una consecuencia del principio de igualdad de posibilidades. **Debe darse tiempo suficiente al acusado y a su abogado para preparar la defensa en el juicio**. Este requisito se aplica a todas las fases de las actuaciones judiciales. Para determinar qué constituye "tiempo y facilidades suficientes" será necesario evaluar las circunstancias individuales de cada caso.[11]

Dessa forma, a análise do "tempo suficiente" deve ser feita sob o filtro da "defesa diligente e eficaz", qual seja, verificar se os direitos e interesses do acusado foram respeitados. A questão passa a ser, então, analisar se o estándar "tempo suficiente"/"tempo adequado" é obedecido pela normativa interna, em especial nos processos que julgam os crimes afetos ao júri para possibilitar a defesa diligente e efetiva. Fatos que serão analisados do próximo tópico.

2. O DIREITO AO TEMPO E MEIOS PARA PREPARAR A DEFESA NOS CRIMES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Falar de procedimento de tribunal de júri no Brasil é contar uma história que começa no século XIX, com múltiplos aspectos que poderiam justificar uma investigação de doutorado. Por isso, este artigo limita-se a analisar três atos processuais fundamentais para a defesa, os quais guardam estreita relação com o direito ao tempo adequado para prepará-la: resposta à acusação, alegações finais/recursos e fase do art. 422 do Código de Processo Penal brasileiro.

---

[10] OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 49/99. Caso 11.610. **Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México**, § 71.

[11] ONU. Comité de Derechos Humanos. **Alrick Thomas c. Jamaica**, § 11.4.

Para tanto, inicia-se abordando alguns aspectos específicos dos processos de júri e, depois, verifica-se sua ingerência nos atos processuais mais importantes para o exercício legítimo e efetivo do direito de defesa.

Ao contrário dos processos de varas singulares, cuja imensa maioria dos crimes (roubo/furto e tráfico) comporta dilação probatória simples (reconhecimento e questão dos testemunhos dos policiais),[12] os crimes do júri, os dolosos contra a vida, remontam a situações fáticas complexas que demandam uma exigência excessiva de testemunhas e fatos. Um homicídio simples pode envolver uma briga de vizinhos, uma disputa familiar extensa, uma situação pessoal que demanda perícia psicológica. Histórias que não começam e nem terminam no momento em que a pessoa decidiu apertar a arma do gatilho ou dar a primeira facada.

Será que o procedimento previsto no Código de Processo Penal consegue garantir os direitos de defesa em situações tão ricas? Vejam-se os principais atos processuais do procedimento do júri e seus prazos:

ATO PROCESSUAL	CONSIDERAÇÕES
Resposta à acusação	Prazo de 10 dias a partir da citação, conforme art. 406 do CPP, podendo ser arroladas até 8 testemunhas
Alegações finais orais	Prazo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10, conforme § 4º do art. 411 do CPP
Recurso em sentido estrito da decisão de pronúncia	Prazo de 5 dias para interpor o recurso (art. 586 do CPP) e 2 dias para a apresentação de razões (art. 588)
Definição das provas a serem apresentadas em plenário	Prazo de 5 dias para apresentar rol de testemunhas, juntar documentos e requerer diligências (art. 422 do CPP)

A resposta à acusação, muitas vezes esquecida pela defesa, é o momento das alegações das violações das garantias convencionais dos acusados na fase de investigação preliminar, os direitos pré-processuais. Por uma questão cultural, cuja origem é a ideia de que não se pode adiantar a estratégia defensiva, opta-se

[12] Aqui é importante um esclarecimento. A palavra "simples" refere-se tão somente aos meios de prova que usualmente são referenciados nas condenações, que geralmente comportam uma "defesa negativa", tendo em vista a falibilidade. Muito menos se exclui o debate acerca do reconhecimento e do testemunho dos policiais que podem ser apontados como os verdadeiros motivos do superencarceramento.

por apresentar peça genérica, apontando, quando muito, as testemunhas que deverão ser ouvidas.

Segundo o Sistema Interamericano e observando que a resposta à acusação é a primeira vez que o acusado se manifesta no processo (isso não exclui sua participação na fase de investigação preliminar), para compatibilizar sua atuação com os estándares internacionais (defesa diligente e eficaz), deve ser precedida de entrevista prévia com o réu, quando é necessário apresentar a ele toda a prova produzida na fase preliminar, verificar quais as provas que devem ser produzidas na primeira fase (da denúncia até a pronúncia), decidir as testemunhas que deverão depor, analisar sua credibilidade e, em especial, adiantar sua atuação em plenário.

Deveria o defensor público/privado se inteirar da forma como o acusado foi tratado na fase preliminar: se houve algum tipo de intimidação por parte da autoridade policial; se, ao prestar declaração, foi informado de seus direitos; se pôde realizar uma ligação para avisar os seus familiares etc. Outra importante questão é a análise da tortura na fase preliminar e como proceder para iniciar uma investigação independente e imparcial. Essas são situações que precisam chegar até o juiz, pois refletem não só a violação de um direito individual, mas, em especial, uma prática dos órgãos de persecução penal que se classificam como um atuar sistemático imputável a uma política de Estado.[13]

Para atuar dessa forma, 10/20 dias (a Defensoria tem prazo em dobro) são insuficientes: primeiro, pois inicia com a citação, ao contrário do processo civil, em que o prazo para a contestação se inicia com a juntada do mandado. Se o acusado estiver solto, melhor, pois pode livremente procurar quem o defenda e participar ativamente na montagem de sua estratégia de defesa (saber a totalidade da acusação), ajudar na investigação criminal defensiva (cuja participação é imprescindível nos processos em que atuam as Defensorias, que não contam com aparato de persecução penal que têm os Ministérios Públicos), encontrar e preparar as testemunhas de defesa etc.

Situação completamente diferente é a do réu preso. Em geral, a nomeação da Defensoria Pública se dá com a citação. Quando o processo chega à Defensoria, o mandado já foi juntado e, na maioria das vezes, os dez dias já foram ultrapassados. Outras vezes, em caso de prisão em flagrante, já com a comunicação, a defesa pública entra em contato e inicia os trabalhos de preparação para a estratégia defensiva. Mas, e quanto ao direito de nomear um advogado de sua própria confiança?

A principal questão aqui é a entrevista pessoal com o preso. Nesse ponto, entendemos imprescindível que o primeiro ato de defesa seja a "entrevista

[13] PINHEIRO, Paulo Sergio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. **Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 43-52, 1997. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/violencia%20crime%20e%20sistemas%20policiais.pdf. Acesso em: 31 ago. 2017.

aberta" com o acusado, em ambiente seguro e confiável, momento em que será apresentada, ao acusado preso, toda a prova produzida no processo. Logo após, o réu contará a sua versão dos fatos, contestando cada prova que tenha sido apresentada, e, ao final, ouvido sobre as possíveis consequências, serão traçadas as linhas defensivas.

Tais estratégias serão dificultadas pela limitação da liberdade, embaraços que podem aprofundar-se com o fato de que muitos dos presos estão abandonados pela família e pelos amigos, necessitando fazer uso da defesa pública, a única parceira capaz de preparar a prova processual. Some-se ainda a situação das Defensorias, que, em sua maioria, não contam com pessoal capacitado para realizar as diligências necessárias da defesa (investigadores, carros, pessoal técnico).

Assim sendo, para que o prazo de resposta à acusação respeite os estándares internacionais (prazo suficiente e indispensável), a proposta é analisar o caso concreto tanto do processo penal (como o tempo de duração do inquérito policial, quantidade de réus, situação de liberdade) quanto em relação à situação laboral da Defensoria Pública (como número de processos designados para a Defensoria, audiências e sessões plenárias de júri, quantidade de funcionários capacitados para trabalhar nesses assuntos).

Essas mesmas situações deverão ser levadas em consideração no momento da contagem do prazo para apresentação das alegações finais, nas razões de recurso em sentido estrito e para a apelação. Nesses momentos processuais, todas as provas produzidas serão avaliadas tanto pela defesa quanto pela acusação. A avaliação deve começar com uma leitura pormenorizada do processo e um estudo aprofundado da parte jurídica, o que deverá envolver necessariamente aspectos dogmáticos e jurisprudenciais. Também incidem no cálculo relativo ao prazo suficiente e indispensável para preparar a defesa as condições de trabalho do defensor público e a complexidade da causa, quantidade de réus, violações que ensejem recursos constitucionais etc.

Por fim, impende analisar o prazo do art. 422 do CPP. Duas questões se apresentam. A primeira está relacionada ao fato de que as provas a serem solicitadas nessa fase processual são completamente diferentes das apresentadas na fase da resposta à acusação. Na primeira fase, a prova é dirigida para o juiz togado e, dependendo do caso, tem como objetivo a impronúncia ou a desclassificação. Na fase do art. 422, a prova é direcionada aos jurados, pessoas "leigas".[14] Para tanto, deve o defensor, antes de apresentar seu rol de provas, entrevistar novamente o acusado para definir em conjunto a estratégia do plenário e, em razão desta, as provas que serão produzidas.

Novamente, cinco dias são insuficientes para que o defensor encontre o réu e converse com ele, ou que vá à unidade prisional para entrevista pessoal.

[14] A expressão "pessoas leigas" reflete a forma como o sistema de justiça se apropria do discurso jurídico, estabelecendo que somente os operadores jurídicos "sabem" o direito.

Nesse caso, deverão incidir os parâmetros relacionados ao contínuo de trabalho do defensor, somado à complexidade do caso.

Pelo exposto, os prazos para a defesa previstos no CPP, de acordo com o caso concreto e em razão da situação da defesa pública, só serão compatíveis com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro se observarem os parâmetros de uma defesa diligente/eficaz, e não meramente um arremedo de defesa que se limita a cumprir o prazo processual penal.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, assumiu inúmeras responsabilidades internacionais, entre elas a de ser capaz de oferecer uma defesa diligente e eficaz que assegure maior efetividade das garantias previstas do art. 8 daquele documento internacional.

Dentre essas garantias, destaca-se o direito ao tempo adequado para preparar a defesa. Para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, existem alguns estándares importantes: a questão da paridade de armas entre acusação e defesa, bem como a do tempo suficiente e indispensável para apresentar a defesa antes da primeira declaração do acusado.

No processo penal brasileiro, os prazos previstos no CPP não têm condições de cumprir os requisitos internacionais, em especial os direitos humanos. Daí a necessidade de o sistema de justiça, mediante o controle da convencionalidade, reconhecer a incompatibilidade das normas do CPP com os sistemas internacionais, pois só assim o Estado brasileiro poderá cumprir com sua missão de oferecer uma defesa diligente e eficaz para aquelas pessoas que não têm condições de contratar um advogado.

REFERÊNCIAS

LEDESMA, Hector F. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos:** aspectos institucionales y procesales. Disponível em: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf. Acesso em: 20 jan. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comité de Derechos Humanos. **Alrick Thomas c. Jamaica**, § 11.4.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Assembleia Geral. Resolução nº 2.887. Promoción y protección de derechos humanos.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe nº 49/99. Caso 11.610. **Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz c. México**, § 71.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte IDH. **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**, § 54.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte IDH. **Caso Tibi vs. Ecuador**, § 187.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte IDH**. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular em el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, § 119.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Ruano Torres**, §§ 156 e 157.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Martinez Coronado vs. Guatemala**, § 83.

PINHEIRO, Paulo Sergio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. **Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 43-52, 1997. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/violencia%20crime%20e%20sistemas%20policiais.pdf. Acesso em: 31 ago. 2017.

PEÇAS PROCESSUAIS

O DIREITO A "EXISTIR": O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE SUB-REGISTRO

Beatriz Carvalho de Araujo Cunha
Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
bcacunha@gmail.com

Resumo: Trata-se de petição inicial de ação de obrigação de fazer e de indenização por danos morais. A causa de pedir decorre do fato de que a autora, pessoa diagnosticada com problemas renais crônicos e que estava há anos internada em um hospital estadual, não estava recebendo alta médica, embora já estivesse apta para tanto, em razão dos obstáculos decorrentes da sua situação de sub-registro. Com efeito, a petição objetiva compelir o Estado e o Município a prestarem o tratamento ambulatorial de diálise, indicado pelo médico assistente, sem que o condicionem à existência de registro civil de nascimento, tampouco à apresentação de qualquer documento pessoal. Para tanto, argumenta à luz da interpretação do direito à personalidade jurídica, estabelecido em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Ademais, pleiteia a condenação de ambos os entes federativos ao pagamento de indenização por danos morais ante a violação aos atributos da dignidade humana da autora, notadamente liberdade, igualdade, integridade psicofísica, convivência familiar e comunitária e saúde.

Palavras-chave: Sub-registro. Registro civil de nascimento. Personalidade jurídica. Direitos humanos. Saúde. Danos morais.

Ao Juízo de Direito da __ª Vara Cível da Comarca de Araruama, RJ

V. A. O. S., brasileira, solteira, desempregada, não possui RG, não possui CPF, podendo ser encontrada no Hospital Estadual..., situado na..., vem, por meio da Defensoria Pública, propor a presente

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER,
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
C/C
REQUERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA

em face de **CENTRO DE TERAPIA RENAL DE ARARUAMA LTDA. – CTRA**, pessoa jurídica de direito privado, situado na Avenida John Kennedy nº 120, Centro, Araruama, RJ; **MUNICÍPIO DE ARARUAMA**, pessoa jurídica de direito público, CNPJ nº 28.531.762/0001-33, na pessoa de seu procurador, situado na Avenida John Kennedy, nº 120, Centro, Araruama, RJ; e **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público, CNPJ nº 42.498.600/0001-71, na pessoa de seu procurador, situado na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro, RJ, com fulcro nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, V e X, 6º, 37, § 6º, 196 e seguintes da Constituição da República; art. VI da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 16 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; art. 10 do Protocolo de San Salvador; e art. 3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, elos fatos e fundamentos que ora passa a aduzir:

I. Da gratuidade de justiça

Inicialmente, afirma, à luz do que dispõem os arts. 98, *caput*, e 99, § 3º, ambos do Código de Processo Civil (CPC), não possuir recursos suficientes para arcar com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, motivo pelo qual exerce neste ato o direito constitucionalmente assegurado à assistência jurídica integral e gratuita com o patrocínio da Defensoria Pública, nos termos dos arts. 5º, inciso LXXIV, e 134, ambos da Constituição da República, e art. 185 do CPC.

II. Dos fatos

A autora possui 44 (quarenta e quatro) anos e encontra-se internada no Hospital Estadual Roberto Chabo, em Araruama, desde 01/11/2016, devido a problemas renais crônicos.

Entretanto, a autora, atualmente, não possui mais indicação médica para permanecer em regime de internação. Conforme laudo médico anexo, ela se encontra em condições de alta hospitalar, desde que passe a realizar tratamento ambulatorial em uma clínica de diálise.

No Município de Araruama, o acompanhamento ambulatorial pode ser realizado no Centro de Terapia Renal de Araruama Ltda. – CTRA (pessoa jurídica de direito privado conveniada ao Sistema Único de Saúde).

Ocorre que o nascimento da autora nunca foi registrado, não dispondo ela de qualquer documento de identificação oficial.

Por esse motivo, foi ajuizada ação de registro tardio, que tramita nos autos do Processo nº 0010986-13.2013.8.19.0052, junto à Vara de Família,

Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Araruama. Todavia, ainda não foi proferida sentença até a presente data.

Em razão da ausência de registro civil, a autora não vem logrando êxito em iniciar o tratamento ambulatorial no referido estabelecimento de saúde, na medida em que são solicitados os seus documentos pessoais.

Nesse sentido, a CTRA vem se negando a proceder ao tratamento, sob a justificativa de que as vagas são reguladas exclusivamente pelas secretarias municipais e estaduais de Saúde, por meio do Sistema Estadual de Regulação (SER), já que a assistência de diálise é classificada como de alto custo e alta complexidade.

Todavia, a autora tampouco consegue realizar o seu cadastro junto ao Sistema Estadual de Regulação, em virtude de não dispor de registro de nascimento e, por consequência, não dispor dos documentos pessoais.

Os agentes públicos que laboram no Hospital Estadual Roberto Chabo e vivenciam a situação da autora, inclusive, já tentaram – por diversas vezes – proceder ao cadastro e iniciar o tratamento ambulatorial dela no CTRA, sem que, contudo, obtivessem êxito, ante os percalços impostos pela administração pública.

Perceba-se, nesse ponto, que a autora encontra-se internada desnecessariamente há quase 2 (dois) anos em um hospital público, sem que haja indicação médica para isso.

Encontra-se, portanto, ocupando uma das escassas vagas de internação no Sistema Único de Saúde, em razão dos entraves burocráticos da administração pública.

Dia após dia, então, são causados danos não só a ela, mas a todos os administrados da região e aos cofres públicos, que permanecem sendo onerados sem qualquer justificativa razoável. Nada mais ineficiente.

Ademais, note-se que a internação prolongada e desnecessária da autora vem causando danos à sua dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB).

Ela vem, há mais de 2 (dois) anos, sendo privada da convivência familiar e comunitária, o que deu ensejo não só à atenuação dos vínculos de afeto que mantém com familiares e amigos, mas também ao término de uma união estável que existia, por abandono do companheiro, que "cansou" de visitá-la em um hospital.

Tamanho é o drama vivenciado pela autora que, em agosto de 2018, ela foi trazida ao Núcleo de Primeiro Atendimento da Defensoria Pública de Araruama pelos agentes do Sistema Único de Saúde que laboram no aludido hospital em que se encontra internada, inclusive um enfermeiro e uma assistente social.

Verifica-se, portanto, ser **absolutamente inviável** condicionar o tratamento ambulatorial de que a autora necessita ao seu registro de nascimento civil e à expedição dos seus documentos pessoais.

Em que pese a importância do registro, trata-se de mecanismo cujo escopo visa, apenas, à identificação dos indivíduos. **A pessoa – frise-se – existe**

para além do registro, incluindo a sua dignidade, saúde, integridade psicofísica, vida e liberdade.

Destarte, não restou alternativa à autora senão propor esta ação judicial, a fim de que o Poder Judiciário condene os réus a prestar-lhe a assistência à saúde de que necessita, independentemente da ausência de registro civil e dos documentos pessoais.

III. Do direito

1. Do direito a "existir". Do reconhecimento da personalidade jurídica. Da impossibilidade de a ausência de registro civil ser óbice ao exercício de direitos. Da aplicação por analogia da recentíssima Lei nº 13.714/2018

O registro de nascimento é a primeira identificação da pessoa e, por isso, constitui a origem de sua existência frente ao Estado, como cidadã.

O reconhecimento do direito à identidade, assim, acaba por viabilizar o exercício dos direitos ao nome, à nacionalidade, à inscrição no registro civil e às relações familiares, sendo, portanto, indispensável para a participação em uma sociedade democrática.

Não é à toa que o Decreto Federal nº 6.278/2007 estabelece o "Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-Registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica". Da mesma forma, a Lei Estadual nº 7.088/2015 estabelece "Medidas para Erradicação do Sub-Registro Civil de Nascimento".

Com efeito, apesar de o registro de nascimento ser colocado como verdadeiro *instrumento* para exercício de todos os demais direitos, o sub-registro[1] ainda é fenômeno que atinge parte da população brasileira, sendo causado, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), principalmente pela desigualdade socioeconômica.[2]

Ocorre que o fato de ser mazela social que deve ser erradicada não significa que a sociedade e o Estado devam invisibilizar aqueles que ainda se encontram à margem do registro civil de nascimento.

No caso em tela, V. A. O. S. nasceu há 44 (quarenta e quatro) anos sem que, até a presente data, tenha tido o seu nascimento registrado.

---

[1] O sub-registro de nascimentos consiste no conjunto de nascimentos ocorridos no ano de referência e não registrados no próprio ano ou até o fim do primeiro trimestre do ano subsequente, por lugar de residência da mãe.

[2] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Análise dos resultados.** Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/registrocivil/2010/comentarios.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

Por essa razão, propôs, **em 2013**, a ação de registro tardio, que tramita nos autos do Processo nº 0010986-13.2013.8.19.0052, junto à Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Araruama.

Em que pese proposta há longos 5 (cinco) anos, até a presente data, não foi proferida sentença nos referidos autos, subsistindo a situação de invisibilidade de V. A. O. S. e os consequentes percalços para exercício dos demais direitos.

Para além da evidente violação à razoável duração do processo (art. 8.1 da CADH; e art. 5º, LXXVIII, da CRFB), a demora na prestação jurisdicional não pode significar a negativa do reconhecimento de V. A. O. S. enquanto pessoa humana.

O art. VI da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** estabelece que "Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei".

No mesmo diapasão, a Constituição da República consagra a pessoa humana como um dos valores fundamentais da ordem jurídica em seu art. 1º, III.

Com efeito, assegurar as condições necessárias ao pleno desenvolvimento da pessoa e à sua realização é o principal objetivo do ordenamento, impondo uma abordagem humanista e solidária das relações jurídicas.

Por isso, basta ser *pessoa* para que se tenha proteção pelo ordenamento jurídico e capacidade para adquirir direitos e contrair deveres (art. 1º do Código Civil). Basta, apenas, o nascimento com vida para haver personalidade em sentido subjetivo (art. 2º do Código Civil).

É justamente nessa arquitetura que o art. 16 do **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos** prevê que "Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica"; assim como o art. 3 da **Convenção Americana de Direitos Humanos** dispõe que "Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade".

Verifica-se, pois, que o registro civil de nascimento – em que pese importante – não pode ser requisito para o exercício dos direitos do ordenamento jurídico, sobretudo aqueles tidos como fundamentais, como o direito à saúde.

Trata-se de conclusão que decorre da própria concepção de dignidade humana, compreendendo-a como "o valor próprio que identifica o ser humano como tal", nas palavras de Immanuel Kant,[3] devendo ser dispensado tratamento equânime a todas as pessoas, compreendendo-as como igualmente dotadas de valor intrínseco.

Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no **Caso Bámaca Velásquez**:

> [...] toda pessoa tem direito a que se reconheça em qualquer parte como sujeito de direitos e de obrigações, e a gozar

[3] KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 79.

> dos direitos civis fundamentais. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação àquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular destes direitos e deveres.[4]

Do mesmo modo, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, no Comentário Geral nº 1/2014, frisou que esse direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é inerente a todas as pessoas e enseja o direito de poder buscar assistência médica:

> 13. La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. […]
> 14. La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. [...] La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.[5]

Nesse sentido, é inadmissível que a autora não consiga realizar tratamento ambulatorial no estabelecimento de saúde do 1º réu por não ter documentos pessoais para inscrição no Sistema Estadual de Regulação.

A situação torna-se ainda mais inadmissível ao se perceber que a autora se encontra sem indicação médica de internação há tempos e, ante os obstáculos para realização da hemodiálise em âmbito ambulatorial, tenha que viver enclausurada em um hospital, sob pena de interromper o tratamento e perder a vida.

Percebe-se, pois, que os réus, na verdade, não negam somente o tratamento ambulatorial à autora. Negam o próprio reconhecimento da sua

---

[4] Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Caso Bámaca Velásquez. Sentença de 25 de Novembro de 2000, Série C, nº 70, par. 179.

[5] Comitê sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência. Comentário Geral nº 1/2014. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/pdf/G1403123.pdf?OpenElement. Acesso em: 15 jul. 2019.

personalidade jurídica, justificando que ela – por não ter registro – não pode exercer o direito. Negam, portanto, a sua condição de pessoa, fazendo-a permanecer em um **limbo jurídico**, invisível aos olhos do Estado.

Foi justamente sob esse fundamento que a **Corte Interamericana de Direitos Humanos** responsabilizou internacionalmente a República Dominicana ante os percalços enfrentados para o registro tardio das crianças haitianas **Yean e Bosico**.

Nessa ocasião, considerou que a ausência de registro de nascimento não pode servir de óbice para exercício dos demais direitos:

> 176. O artigo 3 da Convenção Americana, bem como outros instrumentos internacionais, consagram o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica [...].
> [...]
> 179. A Corte considera que a falta do reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana, já que nega de forma absoluta sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável face à inobservância de seus direitos por parte do Estado ou de particulares.
> 180. No caso concreto, o Estado manteve as crianças Yean e Bosico em um limbo jurídico no qual, ainda que as crianças existissem e se encontrassem inseridas em um determinado contexto social, sua própria existência não estava juridicamente reconhecida, isto é, não tinham personalidade jurídica. [...]
> 182. Agora, o direito ao nome, consagrado no artigo 18 da Convenção Americana, constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. Este direito também se estabelece em diversos instrumentos internacionais.
> 183. Os Estados, no âmbito do artigo 18 da Convenção, têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de oferecer as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa, imediatamente após seu nascimento.
> [...]
> 185. Além do anteriormente exposto, a Corte considera que a vulnerabilidade a que foram expostas as crianças, como consequência da carência de nacionalidade e de personalidade jurídica, para a criança Violeta Bosico também se refletiu no fato de que foi impedida de estudar durante o período escolar 1998-1999 no turno

> diurno da Escola de Palavé. Precisamente por não contar com a certidão de nascimento, viu-se forçada a estudar durante esse período na escola noturna, para maiores de 18 anos. Este fato, por sua vez, agravou sua situação de vulnerabilidade, já que ela não recebeu a proteção especial que requeria como criança, de estudar no horário que lhe seria adequado, em companhia de crianças de sua idade, e não com pessoas adultas (pars. 109.34, 109.35 e 109.36 supra). Faz-se necessário ressaltar que, em conformidade com o dever de proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da Convenção, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e em condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectual.
>
> 186. A Corte observa que a violação ao direito à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, a condição de apátridas na qual foram mantidas, e o não reconhecimento de sua personalidade jurídica nem de seu nome, desnaturalizou e negou a projeção externa ou social de sua personalidade.
>
> 187. Em função do exposto acima, esta Corte considera que a privação de sua nacionalidade às crianças teve como consequência que a República Dominicana violou os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome consagrados nos artigos 3º e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.[6]

Com efeito, não é razoável que a autora seja privada da prestação de serviço de saúde pública pelo simples fato de não ter documentos pessoais para apresentar.

Mutatis mutandis, foi esse o entendimento do legislador ao editar a recentíssima **Lei nº 13.714/2018**, que, ao acrescentar um parágrafo único no art. 19 da Lei nº 8.742/1993, impõe a atenção integral à saúde de pessoas em situação de vulnerabilidade ou risco social e pessoal independentemente da apresentação de documentos que comprovem o domicílio ou inscrição no Sistema Único de Saúde:

[6] CIDH, **Caso Yean e Bosico vs. República Dominicana.** Sentença de 8 de setembro de 2005, p. 64-66.

> Art. 19. [...]
> Parágrafo único. A atenção integral à saúde, inclusive a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, às famílias e indivíduos em situações de vulnerabilidade ou risco social e pessoal, nos termos desta Lei, dar-se-á independentemente da apresentação de documentos que comprovem domicílio ou inscrição no cadastro no Sistema Único de Saúde (SUS), em consonância com a diretriz de articulação das ações de assistência social e de saúde a que se refere o inciso XII deste artigo.

A *ratio* desse recente diploma legal, portanto, permite aferir que, fazendo-se um juízo de proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CRFB), a ausência de documentação não pode servir de óbice à tutela do direito fundamental à saúde (art. 6º da CRFB), prevalecendo este.

Logo, considerando que a personalidade jurídica depende, exclusivamente, do nascimento com vida de uma pessoa humana, não se pode impedir que a autora seja destinatária do serviço público de saúde, sob pena de negar-lhe a própria existência.

2. Do direito à saúde pública. Da impositiva realização do tratamento ambulatorial

Os arts. 6º e 196 da Constituição da República, ao tratarem sobre a ordem social, asseguram a todos o direito à saúde e, de outro lado, o correlato dever jurídico do Estado de prestá-la.

No mesmo sentido, o art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental"; assim como o art. 10 do Protocolo de San Salvador dispõe que "Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social".

Trata-se, pois, de direito fundamental de segunda dimensão que impõe, ao Estado, uma prestação positiva.

Desse modo, esses dispositivos, apesar de abarcarem normas programáticas, não podem transformar-se, segundo o Ministro Celso de Mello, em verdadeira promessa constitucional inconsequente:

> EMENTA. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE – O caráter programático da

> regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.[7]

Cuida-se de entendimento que se mantém ainda firme no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme precedente relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. TRATAMENTO NÃO PREVISTO PELO SUS. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é obrigação solidária de todos os entes federativos, podendo ser pleiteado de qualquer deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.[8]

[7] STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175/RS, de 12 de dezembro de 2006, rel. Min. Celso de Mello.

[8] STF, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 831.385/RS, julgado em 17 de março de 2015.

Trata-se de interpretação que decorre do fato de que o direito à saúde, consequência indissociável do direito constitucional à vida e à dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB), constitui prerrogativa jurídica indisponível e de extrema importância.

Partindo-se dessa premissa e dos próprios arts. 196 e seguintes da CRFB, a prestação da saúde pública é um dever jurídico primário do Estado, a ser cumprido pelos três centros de competência, independentemente de eventual repartição interna de atribuição administrativa, conforme entendimento adotado no enunciado sumular nº 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> Enunciado nº 65. Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8.080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela.

Ademais, deve-se atentar que o direito à saúde está intimamente ligado à realização de outros direitos humanos e dependente desses mesmos direitos, "em particular o direito à alimentação, ao alojamento, ao trabalho, à educação, à dignidade humana, à vida, à não discriminação, à igualdade, à proibição da tortura, à privacidade, ao acesso à informação e às liberdades de associação, reunião e movimento".[9]

Por essa razão, o direito à saúde deve ser assegurado mediante a prestação de um serviço público eficiente (art. 37 da CRFB/88), não havendo que se falar em discricionariedade administrativa.

E da dinâmica dos fatos narrados não há dúvida de que se verifica, no caso, flagrante violação do dever estatal de prestação do serviço público de saúde.

Como se viu, a autora, que possui quadro clínico gravíssimo, está padecendo em um hospital público sem receber o tratamento médico adequado para o restabelecimento de sua saúde e resguardo de sua própria vida.

A autora recebeu alta médica, já não tem indicação de internação e, todavia, permanece enclausurada em um hospital, ante os percalços que são colocados para realização do tratamento ambulatorial.

Ocupa, portanto, uma vaga do Sistema Único de Saúde desnecessariamente, onerando os cofres públicos e prejudicando outros administrados que a almejam; e, por outro lado, é privada da sua convivência familiar e comunitária, além de ser colocada sob risco de infecções.

Tal quadro, por óbvio, não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário, sob pena de assegurar o direito à saúde a somente uma ínfima parcela da população,

---

[9] ONU. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral nº 14**: Artigo 12 (O direito ao melhor estado de saúde possível de atingir). Disponível em: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

representada por quem tem condições financeiras para arcar com os custos de um plano de saúde, o que não se pode admitir.

Nesse ponto, inclusive, insta salientar que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, na Observação Geral nº 14, frisou que é vedada qualquer discriminação no que se refere ao acesso aos cuidados de saúde e fatores determinantes subjacentes à saúde, sendo necessário realçar a igualdade de acesso e a obrigação dos Estados de proporcioná-la a quem não tenha meios suficientes.[10]

Em sendo vedada qualquer discriminação para acesso a esse direito fundamental, veda-se, logicamente, discriminação baseada em ausência de registro civil de nascimento, como é o caso da autora.

Verificada, no caso, a violação ao compromisso constitucional, impõe-se que esse juízo julgue procedente o pedido autoral para condenar os réus a realizarem o tratamento indispensável para manutenção da saúde da autora.

3. Da violação à dignidade humana. Da impositiva responsabilização por danos morais

Analisando os fatos acima, nota-se que os réus descumpriram um dever jurídico primário de envergadura constitucional: o de prestar atendimento à saúde com eficiência e velar pela segurança, incolumidade física e psíquica de todos os seus administrados, notadamente daqueles que, como a autora, estão nas dependências públicas, sob a guarda, atenção, vigilância e proteção específica das autoridades e funcionários públicos de saúde.

Daí o ilícito, que gera, por sua vez, o dever jurídico sucessivo ou secundário de reparação integral do dano, inclusive, com assento no art. 5º, V e X, da Carta Maior, o de caráter extrapatrimonial.

Em outras palavras, a responsabilidade civil dos réus é clara: basta afirmar que, em função do descumprimento de sua missão constitucional, da prestação ineficiente e inadequada do serviço público de saúde, a autora está padecendo em hospital público sem receber, como exige a sua condição humana, o tratamento médico adequado à preservação de sua saúde e de sua própria vida.

Ou seja, no caso, estão comprovados a conduta, o dano e o nexo de causalidade, e a conclusão inarredável, à luz do art. 37, § 6º, da Constituição da República – que consagra a responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo –, é de que existe a obrigação de indenizar.

Ainda que se queira afirmar que a hipótese é de omissão, a conclusão não se altera: a responsabilidade permanece objetiva, pois o caso é de omissão específica, ou seja, de descumprimento de um dever individualizado de agir.

---

[10] ONU. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral nº 14**: Artigo 12 (O direito ao melhor estado de saúde possível de atingir). Disponível em: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

Ora, a autora está nas dependências de um hospital administrado pelo Estado, sob a guarda, vigilância, atenção e proteção específica das suas autoridades e funcionários públicos de saúde. Ou seja, os réus conhecem o gravíssimo estado clínico da autora e a necessidade do seu tratamento médico imediato e de sua transferência.

Em tal contexto, não há dúvida de que possuem o dever específico e individualizado de agir, de preservar a integridade física e psíquica da autora, de prestar o tratamento médico adequado de forma imediata e de cessar, de plano, o intenso sofrimento que lhe vem sendo imposto de forma ilícita.

Em suma, por quaisquer dos ângulos que se analise o tema, é óbvio: os danos morais acarretados pelos réus devem ser compensados e são evidentes.

Sabe-se que, atualmente, a maioria dos doutrinadores contemporâneos conceitua o dano moral como a lesão a um interesse jurídico atinente à pessoa humana, podendo ir além dos direitos da personalidade enumerados no Código Civil e desvirtuando-se da perspectiva de outrora, que o relacionava a reações emocionais negativas.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, "o dano moral será [...] a lesão a algum dos substratos que compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação a um desses princípios: i) liberdade; ii) igualdade; iii) solidariedade; e iv) integridade psicofísica".[11]

A partir dessa concepção, percebe-se, de plano, a **violação ao direito fundamental à liberdade** (art. 5º, *caput,* da CRFB) da autora, uma vez que, como visto, ela já recebeu alta médica há tempos e encontra-se internada no hospital exclusivamente porque não consegue realizar o tratamento em sede ambulatorial.

Ainda, há **violação ao direito fundamental à igualdade** (art. 5º, *caput*, da CRFB), na vertente da não discriminação, na medida em que o tratamento ambulatorial não está sendo fornecido à autora – diferentemente do que ocorre em relação a outros administrados –, sem que haja fator de *discrímen* para tanto. A justificativa de que não há registro de nascimento não é razoável frente à necessidade de tutela dos seus direitos fundamentais à vida e à saúde.

Ademais, há **violação à integridade psíquica**, já que a autora encontra-se internada sem que haja indicação clínica para tanto e, por consequência, encontra-se sendo submetida a um tratamento que é menos humanizado do que aquele que lhe seria dispensado em âmbito ambulatorial.

Certamente, o fato de se encontrar longe de casa, de sua família e de seus amigos enseja redução nas chances de melhora terapêutica, além de violar o **direito à convivência familiar e comunitária**.

Se, até para pessoas com deficiência a prioridade é o tratamento ambulatorial, não se pode admitir a internação quando não há deficiência e muito

[11] MORAES, Maria Celina B. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, Ano 2011, v. 107, n. 413, p. 371.

menos indicação clínica para tanto. O objetivo é, justamente, a inclusão social da pessoa (art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.216/2001), e não o seu afastamento da vida comunitária e a consequente atenuação dos seus vínculos de afeto.

Violam-se, também, os **direitos à saúde** (art. 6º da CRFB) e à **integridade física**, uma vez que, além de reduzir as chances de melhora terapêutica, o ambiente hospitalar enseja risco de infecção e de incapacidade física.

Em síntese, não se trata de mero aborrecimento do dia a dia, mas de verdadeira violação à dignidade humana, valor fundamental do Estado democrático de direito (art. 1º, III, da CRFB).

Em casos análogos, não foi outro o entendimento do Tribunal de Justiça deste Estado, responsabilizando os entes federativos pela ausência da prestação de saúde pública adequada:

> Apelação com reexame necessário. Prestação unificada de serviço público de saúde. Direito fundamental (CF, arts. 6º e 196). Quadro de emergência, decorrente de aneurisma cerebral roto. Ausência de leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI em nosocômios públicos do município. Obrigação de o Poder Público custear, nessas circunstâncias, a internação do cidadão em hospital privado. Inteligência das Súmulas nº 65 e 184 deste Tribunal. Demora na providência de transferência da autora para UTI em nosocômio particular. Situação que ultrapassa o mero aborrecimento. Conquanto as Súmulas nº 211, nº 210 e nº 209 deste Tribunal, concebidas para a relação contratual entre segurado e seguro-saúde, não se apliquem indiscriminadamente contra o Poder Público – que, mercê da norma de universalidade e gratuidade do atendimento, encontra reveses desconhecidos pelos planos de saúde –, nem por isto o descumprimento de gravíssimo dever constitucional, sonegando-se leito hospitalar a paciente em delicado estado de saúde, deixa de configurar dano moral. Provimento do recurso voluntário para acolher o pleito indenizatório, arbitrada em R$ 10.000,00 a verba compensatória – e confirmada, no mais, a sentença. (TJRJ, Décima Nona Câmara Cível; Apelaçao/Reexame Necessário nº 0060140-20.2010.8.19.0042; Rel.: Des. Marcos Alcino A. Torres; Julgamento: 20/03/2012) (Destacamos).

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO EM HOSPITAL DA REDE MUNICIPAL DE SAÚDE. LAUDO PERICIAL QUE CONSTATA QUE, APESAR DA NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DA CRIANÇA EM UTI NEONATAL, FOI PRESTADO ATENDIMENTO ADEQUADO NAS DEPEDÊNCIAS DA EMERGÊNCIA DO HOSPITAL. OMISSÃO CONFIGURADA.

> PACIENTE QUE PERMANECEU SENDO ATENDIDA NA EMERGÊNCIA DURANTE CERCA DE 36 HORAS SEM QUE FOSSE REALIZADA A TRNSFERÊNCIA PARA UTI NEONATAL. AUSÊNCIA DE VAGAS. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO EM PROVIDENCIAR A INTERNAÇÃO DA CRIANÇA EM OUTRA UNIDADE DA REDE PÚBLICA OU ATÉ MESMO RECORRER A REDE PRIVADA, ARCANDO COM OS CUSTOS DA INTERNAÇÃO. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREENCHIDOS. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* FIXADO EM R$ 150.000,00 DIANTE DA GRAVIDADE E DAS CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS DOS FATOS NARRADOS. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ; Quinta Câmara Cível; AC nº 0008516-93.2006.8.19.0066; Des. Claudia Telles de Menezes; Julgamento: 21/06/2011) (Destacamos).

Dessarte, impõe-se a condenação dos réus a pagar, em favor da autora, indenização pelos danos morais por ela experimentados, em razão da negativa de fornecimento do tratamento ambulatorial e da consequente mácula à sua dignidade, à sua saúde psicofísica, bem como privação do direito à convivência familiar e comunitária.

IV. Do impositivo deferimento de tutela provisória de urgência

Configurados os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, previstos no art. 300 do Código de Processo Civil, impõe-se tal antecipação.

A probabilidade do direito pode ser extraída, de plano, dos documentos acostados – notadamente do laudo médico expedido por profissional da rede pública de saúde, que possui presunção de legalidade e legitimidade.

O perigo de dano e risco ao resultado útil do processo, por sua vez, pode ser evidenciado a partir da constatação de que a demora na transferência e no início do tratamento adequado pode acarretar lesões irreparáveis à saúde psicofísica da autora, risco de infecções, privação da convivência familiar e comunitária, bem como prorrogação da sua dor e sofrimento, situações irreversíveis ao final da demanda.

Lembre-se, inclusive, que a antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública só é restringida nas hipóteses taxativamente previstas nas Leis nºs 12.016/2009 e 8.437/92, o que não é o caso.

Impõe-se, portanto, a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que os réus sejam solidariamente compelidos a realizar o tratamento ambulatorial na autora; bem como os entes federativos réus sejam compelidos a inscrevê-la no Sistema Estadual de Regulação, tudo independentemente de registro civil de nascimento, RG, CPF, dentre outros documentos pessoais.

V. Do desinteresse pela realização da audiência de conciliação

A parte autora manifesta, desde logo, o seu desinteresse na realização de audiência de conciliação ou de mediação – art. 319, inc. VII, do CPC, eis que foi frustrada a tentativa de obtenção da assistência de diálise pela via administrativa.

VI. Da conclusão

Diante do exposto, requer a V. Exa.:

a) seja declarado o direito à gratuidade de justiça;

b) sejam antecipados os efeitos da tutela para determinar que os réus, solidariamente, prestem o tratamento ambulatorial de diálise à autora, independentemente de apresentação de certidão de nascimento, RG, CPF ou outros documentos pessoais, bem como outros exames, procedimentos, medicamentos e produtos complementares e acessórios que se façam, no curso da demanda, necessários ao tratamento da moléstia, sob pena de multa cominatória diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) e realização na rede particular às expensas do poder público;

c) sejam antecipados os efeitos da tutela para determinar que o **MUNICÍPIO DE ARARUAMA** e o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** promovam, por meio das suas respectivas Secretarias de Saúde, a inscrição da autora no Sistema Estadual de Regulação (SER), independentemente de apresentação de certidão de nascimento, RG, CPF ou outros documentos pessoais;

d) seja determinada a citação dos réus para que apresentem resposta, sob pena de revelia;

e) seja julgado procedente o pedido para:

e.1) condenar os réus, solidariamente, a prestar o tratamento ambulatorial de diálise à autora, independentemente de apresentação de certidão de nascimento, RG, CPF ou outros documentos pessoais, bem como outros exames, procedimentos, medicamentos e produtos complementares e acessórios que se façam, no curso da demanda, necessários ao tratamento da moléstia, sob pena de multa cominatória diária no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) e realização na rede particular às expensas do poder público;

e.2) condenar o **MUNICÍPIO DE ARARUAMA** e o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** a promover, por meio das suas respectivas Secretarias de Saúde, a inscrição da autora no Sistema Estadual de Regulação (SER),

independentemente de apresentação de certidão de nascimento, RG, CPF ou outros documentos pessoais;

f) sejam os réus condenados ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), devidamente atualizada e acrescida de juros de mora;

g) sejam os réus condenados ao pagamento dos ônus de sucumbência, sendo que a verba honorária será devida ao CEJUR-DPGE e deverá ser recolhida nos termos da Lei Estadual nº 1.146/87, mediante depósito no Banco Bradesco nº 237, Agência nº 6898-5, Conta nº 214-3, CNPJ 31.443.526/ 0001-70, constando da guia número do processo, vara e comarca.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente documental suplementar e pericial.

Dá-se à causa o valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Araruama, 30 de agosto de 2018.

Defensora Pública

HABEAS CORPUS EM CASO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO SEM PRÉVIA DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA PELO JUÍZO DO CONHECIMENTO EM CASO DE CONDENAÇÃO A REGIME INICIAL ABERTO

Bruna Martins Amorim Dutra
Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro
bruna.m.amorim@hotmail.com

Resumo: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de decisão judicial que indeferiu o requerimento da Defensoria Pública de designação de audiência de justificação perante o juízo da condenação que oportunizasse ao assistido comparecer espontaneamente para dar início ao cumprimento de pena privativa de liberdade imposta em regime inicial aberto, sem a necessidade de expedição de mandado de prisão. A relevância de tal requerimento se dá notadamente em razão da conhecida delonga em se efetivar a transferência do preso para o regime inicial adequado imposto na sentença, uma vez cumprido o mandado de prisão, ocasionando grave constrangimento ilegal por excesso de execução. A ordem de *habeas corpus* foi concedida pelo Tribunal de Justiça, determinando ao juízo da condenação o imediato recolhimento do mandado de prisão expedido e a designação de audiência admonitória, intimando-se o paciente e sua defesa técnica para comparecimento.

Palavras-chave: Condenação em regime inicial aberto. Audiência admonitória. Mandado de prisão.

Exmo. Sr. Dr. Desembargador 2º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ref.: Processo nº 0002029-82.2010.8.19.0029

Paciente: LVNS

Autoridade coatora: Juízo de Direito da Vara Criminal de Magé

Defensora Pública vem, com fulcro no art. 5°, LXVIII, LIV, LV, LXVIII e LXXIV, da CRFB/88, e art. 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar a presente:

ORDEM DE *HABEAS CORPUS*

(com pedido liminar)

em favor de **LVNS**, apontando como autoridade coatora o ilustre Juízo de Direito da Vara Criminal de Magé, pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

I. Da intimação do defensor público em atuação junto a essa Câmara Criminal

Preliminarmente, requer a impetrante seja o defensor público de classe especial em exercício junto a essa e. Câmara Criminal intimado pessoalmente de todos os atos processuais, inclusive da inclusão em pauta para o julgamento do *writ*, nos termos do art. 128, inciso I, da Lei Complementar n° 80/1994.

II. Dos fatos

Trata-se de ação penal ajuizada em face do ora paciente, imputando-lhe a prática de crime previsto no art. 121, § 2º, II e IV, do CP.

Uma vez submetido ao Tribunal do Júri, o paciente foi condenado pelo crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, *caput* e § 1º, do CP, sendo imposta a pena de 4 anos de reclusão, em **regime aberto**. Considerando que o réu respondeu a quase toda a instrução em liberdade e que não oferece risco à aplicação da lei penal, lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Uma vez transitada em julgado a condenação, o paciente apresentou, por intermédio da Defensoria Pública, requerimento à autoridade impetrada, visando à designação de audiência admonitória para dar início ao cumprimento da sua pena, expedindo-se a carta de execução de sentença (CES) ao Juízo da Vara de Execuções Penais (VEP), independentemente de seu prévio recolhimento à prisão, tudo nos termos do art. 4º, § 3º, alíneas *a* e *d*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012.

O Ministério Público se manifestou favoravelmente ao requerimento defensivo.

Todavia, o requerimento defensivo foi indeferido pela autoridade impetrada, sob o argumento de que o recolhimento do paciente à prisão seria condição *sine qua non* para a expedição da CES à VEP, asseverando que a designação de audiência admonitória perante o juízo da condenação apenas seria cabível no caso de concessão de suspensão condicional da pena.

Ocorre que a negativa de aplicação da normativa expressamente prevista no art. 4º, § 3º, alíneas *a* e *d*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 constitui constrangimento ilegal, a desafiar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

III. Do direito

Não assiste razão à autoridade coatora ao asseverar que o art. 4º, § 3º, alíneas *a* e *d*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 se referiria exclusivamente às condenações em que concedida a suspensão condicional da pena, negando, com isso, o início voluntário, por parte do paciente, do cumprimento da pena imposta.

Conforme dispõe a legislação pertinente:

> Artigo 4º. **Após o trânsito em julgado de sentença condenatória, o Juízo do processo de conhecimento fará expedir a carta de execução de sentença, a fim de que se processe a execução**.
> §1º A carta de execução de sentença será emitida em modelo próprio, que se encontra disponibilizado pelo Sistema de Distribuição e Controle de Processos (DCP – Projeto COMARCA), devendo seu preenchimento atender às instruções da Diretoria Geral de Tecnologia da Informação – DGTEC.
> § 2º Somente em casos excepcionais, e justificadamente, será utilizada outra forma de preenchimento do modelo com a mesma formatação daquele disponibilizado pelo sistema informatizado, observado o procedimento estabelecido no parágrafo seguinte.
> § 3º **Competindo à Vara de Execuções Penais**, a **carta de execução de sentença** será expedida em três vias assinadas pelo juiz da condenação, uma delas anexada aos autos, outra remetida a Vara de Execuções Penais devidamente instruída, que constituirá a **peça inicial do processo executivo** e a outra será encaminhada à Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP), para servir como carta de guia de recolhimento ou internação, ou à Delegacia Policial, onde o réu ou o paciente estiver recolhido, para o mesmo fim. A autoridade policial deverá ser informada de que o documento deve acompanhar o condenado ou paciente quando for removido para o estabelecimento penal. Na expedição da carta de execução deverão ser observadas as seguintes diretrizes:
> **a) é vedada a expedição de guia de recolhimento estando a pessoa condenada em liberdade, EXCETUADO O CASO DE CONDENAÇÃO EM REGIME**

ABERTO, QUANDO HOUVER O COMPARECIMENTO EFETIVO À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA;
b) caberá ao Juízo da Condenação determinar, no ato da expedição da guia de recolhimento, a imediata transferência do condenado para a unidade própria ao regime estabelecido na sentença;
c) a guia de recolhimento definitiva ou de internação será expedida ao juízo competente no prazo máximo de cinco dias, a contar do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, ou do cumprimento do mandado de prisão ou de internação;
d) em se tratando de condenação em regime ABERTO, a guia de execução será expedida pelo juízo da condenação, no prazo fixado no parágrafo anterior, a contar da data da aceitação do condenado ao seu programa e das condições impostas pelo Juiz;
e) se a pessoa condenada, REGULARMENTE INTIMADA, DEIXAR DE COMPARECER DE FORMA INJUSTIFICADA À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA, DEVERÁ O JUÍZO DA CONDENAÇÃO EXPEDIR O MANDADO DE PRISÃO e, cumprido este, expedir a guia de recolhimento;
f) expedida a guia de recolhimento definitiva, os autos da ação penal serão remetidos à distribuição para alteração da situação de parte para "arquivado" e baixa na autuação para posterior arquivamento.
§ 4º **Competindo a execução ao próprio juízo da condenação, a carta de execução de sentença será expedida em uma única via que, após a assinatura do juiz, será a peça inicial do procedimento executivo**.

Note-se que o art. 4º da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 disciplina o procedimento de expedição da carta de execução de sentença, que consiste na peça inaugural do processo de execução penal. O § 3º do dispositivo se refere especificamente ao procedimento de expedição da CES nos casos em que a execução penal seja de competência do juízo da Vara de Execuções Penais (VEP). Por sua vez, o § 4º do dispositivo se refere especificamente ao procedimento de expedição da CES nos casos em que a execução penal seja de competência do próprio juízo da condenação.

Dentro desse contexto, a alínea *a* do § 3º do art. 4º traz como regra que a expedição da CES está condicionada ao recolhimento do condenado à prisão, **EXCETUADO O CASO DE CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO, QUANDO HOUVER O COMPARECIMENTO EFETIVO À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA**! E a alínea *e* do § 3º do art. 4º prossegue com a previsão de que **o mandado de prisão apenas será expedido pelo juízo da condenação nos casos**

em que "a pessoa condenada, REGULARMENTE INTIMADA, DEIXAR DE COMPARECER DE FORMA INJUSTIFICADA À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA", expedindo-se a CES assim que cumprido o mandado.

Note-se que, ao contrário do que faz crer a autoridade impetrada, não estamos sustentando a ilegalidade, por si só, da expedição de mandado de prisão no caso de condenação ao regime aberto. Na verdade, o requerimento defensivo veiculava, apenas e tão somente, pretensão de que, ANTES da expedição de mandado de prisão, fosse designada audiência admonitória, intimando-se o acusado a comparecer para aceitação do seu programa e condições impostas, e, assim, expedindo-se a CES ao juízo da VEP, independentemente do recolhimento do condenado à prisão. E, frise-se, tal requerimento encontra amparo legal expresso no art. 4º, § 3º, alíneas *a* e *d*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012.

Ademais, não assiste razão à autoridade impetrada quando assevera que só não seria expedido o mandado de prisão, nos termos do dispositivo supracitado, no caso de aplicação da suspensão condicional da pena, ocasião em que é designada audiência admonitória para aceitação pelo condenado das condições que serão impostas pelo magistrado. Primeiro, porque o art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, em nenhum momento, faz alusão ao instituto da suspensão condicional da pena, mas sim ao regime aberto de cumprimento de pena.

Segundo, porque a previsão legal de designação de audiência admonitória não se resume aos casos de *sursis*! Com efeito, **o art. 113 da LEP prevê expressamente que "o ingresso do condenado em regime ABERTO supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz"**. Ou seja, considerando que o regime aberto se baseia na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado (art. 36, *caput*, do CP), o legislador entendeu adequado que, antes do início do cumprimento da pena no regime aberto, fosse designada pelo juiz uma audiência para aceitação do seu programa por parte do condenado, bem como para aceitação das condições impostas, sejam elas obrigatórias ou facultativas (*vide* art. 36, § 1º, do CP, c/c os arts. 114 e 115 da LEP). **Daí a previsão, constante do art. 4º, § 3º, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, de designação de audiência admonitória, com a intimação do acusado para comparecimento, a fim de aceitação do seu programa e das condições impostas, junto ao próprio juízo da condenação, expedindo-se a CES ao juízo da VEP no caso de efetivo comparecimento e aceitação pelo condenado, de forma a se iniciar o cumprimento da pena, independentemente de recolhimento à prisão.**

Em terceiro lugar, porquanto, definitivamente, o art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 não poderia estar se referindo às condenações em que deferida a suspensão condicional da pena, já que estas são de competência do próprio juízo da condenação, e não do juízo da VEP!

Veja que o art. 1º da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 dispõe sobre a competência do juízo da VEP, cabendo destacar a execução das penas privativas de liberdade que importem no recolhimento dos réus ou pacientes em estabelecimento penal do Estado (inciso I, alínea *a*), como é o caso das condenações a regime aberto. Por sua vez, o art. 2º da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 prevê que: "**aos Juízos das Varas Criminais das demais Comarcas compete a execução das suas sentenças penais em que tenham sido impostas** penas restritivas de direito, multas, prisão simples, **as de reclusão e detenção em que for concedida a suspensão condicional da pena**, bem como as medidas de segurança não detentivas, observada a competência dos Juizados de Violência contra a Mulher e Especiais Criminais". Portanto, **se o art. 4º da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012 disciplina o procedimento de expedição da carta de execução de sentença ao juízo da VEP, NOS CASOS DE SUA COMPETÊNCIA, forçoso reconhecer que o seu § 3º jamais poderia estar se referindo às condenações em que concedida a suspensão condicional da pena, SIMPLESMENTE PORQUE A EXECUÇÃO DE TAIS CONDENAÇÕES COM *SURSIS* COMPETE AO PRÓPRIO JUÍZO DA CONDENAÇÃO!**

Por todo o exposto, conclui-se que o indeferimento do pleito defensivo de designação de audiência admonitória, com a intimação do condenado para aceitação de seu programa e de suas condições, expedindo-se a CES ao juízo da VEP, independentemente do recolhimento do condenado à prisão, constitui constrangimento ilegal, eis que viola disposição expressa do art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012.

Saliente-se que não estamos defendendo a pura e simples incompatibilidade da expedição de mandado de prisão com a condenação a regime aberto. O que se pretende é apenas o integral cumprimento do disposto no art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, haja vista a **intenção manifestada pelo condenado de cumprir a condenação imposta**, nos estritos termos em que proferida, a saber, no regime aberto. E somente se o condenado não comparecer à audiência admonitória designada, negando o cumprimento voluntário da condenação, estará autorizada a expedição de mandado de prisão.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> *HABEAS CORPUS* – PACIENTE CONDENADO POR SENTENÇA JÁ TRANSITADA EM JULGADO, À PENA DE 03 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 36 DM, POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 14 DA LEI 10826/03 – ALEGAM OS IMPETRANTES ESTAR O PACIENTE SUBMETIDO A CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA MEDIDA EM QUE FORA EXPEDIDO MANDADO DE PRISÃO EM DESFAVOR DO MESMO, NÃO OBSTANTE

TER SIDO FIXADO O REGIME ABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA, SUSTENTANDO, AINDA, NÃO PODER SER EXPEDIDA GUIA DE RECOLHIMENTO ATÉ A DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA, NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO Nº 07/2012 DO TJRJ, OBJETIVANDO, DESTA FORMA, SEJA RECOLHIDO O MANDADO DE PRISÃO, BEM COMO SEJA EXPEDIDA CES, INTIMANDO-SE O PACIENTE DA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA VISANDO AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA – CABIMENTO – A RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ Nº 07/2012, QUE REGULAMENTA O PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PENAL NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PREVÊ NA ALÍNEA "D" DO PARÁGRAFO 3º DO SEU ARTIGO 4º QUE, "EM SE TRATANDO DE CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO, A GUIA DE EXECUÇÃO SERÁ EXPEDIDA PELO JUÍZO DA CONDENAÇÃO, NO PRAZO FIXADO NO PARÁGRAFO ANTERIOR, A CONTAR DA DATA DA ACEITAÇÃO DO CONDENADO AO SEU PROGRAMA E DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PELO JUIZ".

JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO PARA RECOLHER O MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO EM DESFAVOR DO ORA PACIENTE, A FIM DE QUE EM 1º GRAU SE CUMPRA A RESOLUÇÃO 07/2012 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

(TJRJ, 6ª Câmara Criminal, HC 0002375-76.2017.8.19.0000, j. 21/02/2017)

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FIXANDO PENA DE 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, EM **REGIME ABERTO**. TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O RECOLHIMENTO DESTE MANDADO E A EXPEDIÇÃO DA CARTA DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA.

1. Paciente condenado pela prática do delito previsto no art. 129, § 3º, do Código Penal à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, por decisão transitada em julgado.

2. A autoridade apontada como coatora indeferiu a expedição de Carta de Execução de Sentença, por falta de amparo legal, determinando, outrossim, a expedição de mandado de prisão.

3. No entanto, a expedição de mandado de prisão antes da intimação para o comparecimento à audiência admonitória, acarretando a manutenção do condenado, por tempo indeterminado, em condição mais gravosa do que consta no decreto condenatório, acarreta violação à liberdade de locomoção do paciente, caracterizando constrangimento ilegal.

CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA ORDEM.
(TJRJ, 5ª Câmara Criminal, HC 0062793-82.2014.8.19.0000, Relator: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez, Sessão de Julgamento: 18 de dezembro de 2014)

Inclusive, diante da expressa previsão legal do requerimento defensivo, **o próprio Ministério Público não manifestou oposição ao pleito de recolhimento do mandado de prisão, designando-se audiência admonitória para a expedição da CES ao juízo da VEP, independentemente do prévio recolhimento do condenado à prisão**.

Importa esclarecer, por fim, a *ratio* do legislador ao prever a possibilidade de expedição da CES ao juízo da VEP, independentemente do prévio recolhimento do condenado à prisão, nos casos de condenação ao regime aberto, em que haja o comparecimento voluntário à audiência admonitória designada pelo juízo da condenação. Conforme é sabido, uma vez cumprido o mandado de prisão expedido por força de condenação definitiva, há uma considerável delonga não só para o tombamento da CES junto ao juízo da VEP, mas também para se efetivar a transferência do preso para o regime fixado na condenação. Assim, apesar de fazer jus ao regime aberto, com o mero recolhimento noturno em casa de albergado, o condenado acaba permanecendo recluso em condições análogas ao regime fechado por meses a fio, em manifesto constrangimento ilegal. Não bastasse, é de comum sabença a atual situação de falta de vagas em casas de albergado no Estado do Rio de Janeiro, tornando-se praxe no juízo da VEP a substituição das condenações em regime aberto por prisão albergue domiciliar com monitoração eletrônica. Assim, é totalmente desarrazoado exigir que a pessoa ingresse no sistema prisional em condições análogas ao regime fechado e ali permaneça por tempo considerável, como condição ***sine qua non*** **para a expedição da CES ao juízo da VEP, notadamente quando é praxe desse juízo a concessão de PAD com monitoração eletrônica em casos como o do paciente**!

Essa, portanto, foi certamente a *ratio* do legislador ao prever como regra que a expedição da CES ao juízo da VEP está condicionada ao recolhimento do condenado à prisão, **EXCETUADO O CASO DE CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO, QUANDO HOUVER O COMPARECIMENTO EFETIVO À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA DESIGNADA PELO JUÍZO DA CONDENAÇÃO, COM A ACEITAÇÃO DO SEU PROGRAMA E CONDIÇÕES PELO CONDENADO**. Tudo nos estritos termos do art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, que também prevê que a expedição de mandado de prisão só estará autorizada nos casos de ausência injustificada do condenado à audiência admonitória.

Por todo o exposto, uma vez evidenciado o constrangimento ilegal pela negativa de vigência ao art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, requer a concessão da ordem de *habeas corpus*.

IV. Da medida liminar

Uma vez evidenciado o constrangimento ilegal a que vem sendo submetido o paciente (*fumus boni iuris*), e considerando a iminência de uma prisão ilegal por força da expedição de mandado de prisão sem que antes se possibilite ao paciente o início voluntário de cumprimento de sua pena em regime aberto (*periculum in mora*), nos estritos termos do art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, deve ser concedida ordem liminar para a imediata correção do estado de coação que paira sobre o paciente.

V. Do pedido

Diante de todo o exposto, requer:

a) a concessão de ordem liminar determinando o imediato recolhimento do mandado de prisão expedido ou, na eventual hipótese de já ter sido cumprido, o restabelecimento imediato da liberdade do paciente até o julgamento do mérito deste *writ*;

b) a intimação pessoal da Defensoria Pública acerca da data da realização do julgamento, bem como de todos os atos processuais, permitindo-se, caso haja interesse, a sustentação oral no dia designado;

c) ao final, a concessão da presente ordem de *habeas corpus*, confirmando-se a liminar pleiteada de recolhimento do mandado de prisão, para que, nos estritos termos do art. 4º, § 3º, alíneas *a*, *d* e *e*, da Resolução TJ/OE/RJ nº 07/2012, seja designada audiência admonitória perante o juízo da condenação, intimando-se o paciente e sua defesa técnica para comparecimento, visando à aceitação do programa e de suas condições, de forma a se expedir a CES ao juízo da VEP, independentemente de recolhimento à prisão.

Magé, 27 de abril de 2018.

Defensora Pública

HABEAS CORPUS EM CASO DE TORTURA POR OCASIÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Fabio Amado de Souza Barretto
Mariana Castro de Matos
Carla Vianna Lima
Daniel Lozoya Constant Lopes
Lívia Miranda Müller Drummond Cásseres
Pedro Paulo Lourival Carriello
Defensoras/es públicas/os do Estado do Rio de Janeiro
matos.marianac@gmail.com

Resumo: Trata-se de *habeas corpus* em que se pleiteia o relaxamento de prisão em caso em que houve tortura do preso, bem como a desconsideração de suposta confissão informal que ele teria feito aos policiais.

Palavras-chave: Prisão em flagrante. Tortura. Relaxamento da prisão.

Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal

Processo de origem nº 0198274-72.2018.8.19.0001

Ato Atacado: AgRg no *Habeas Corpus* nº 483.901/RJ

Autoridade Coatora: Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático – vem, pelos defensores públicos infra-assinados, com fundamento nos arts. 1º, III, 5º, III, LIV, LVI, LXVIII, LXXIV, e 134, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; bem como nos seguintes tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro: Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5º) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7º); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU; Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5.2); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (art. 6º); também com fulcro nos arts. 647 e 648, II, do Código de Processo Penal; bem assim no art. 4º, VII, VIII, IX e X, da Lei Complementar nº 80/1994; e, finalmente, com espeque na Resolução DPGE nº 932 (de 26 de junho de

2018), que criou, no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Protocolo de Prevenção e Combate à Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, impetrar ação constitucional de

HABEAS CORPUS

(com pedido de concessão liminar da ordem)

em favor de XXX, nacionalidade, profissão, nascido em xx/xx/xxxx, portador da cédula de identidade de nº xxx, expedida pelo xxx, residente e domiciliado à xxx, atualmente custodiado na Cadeia Pública Jorge Santana (localizada no Complexo Penitenciário de Gericinó – Bangu) por ordem da 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, mantida pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele estado (TJRJ) e pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

I. Da intimação do defensor público em atuação junto a essa Corte Constitucional

Preliminarmente, requer a intimação do defensor público em exercício junto a essa Egrégia Corte Constitucional de todos os atos processuais que venham a ocorrer no presente feito, nos termos do art. 128, I, da Lei Complementar nº 80/1994, inclusive da inclusão do *writ* em pauta para julgamento, a fim de viabilizar a realização de sustentação oral.

II. Dos fatos

No dia 20/08/2018, por volta de 18h, no Complexo de Favelas da Penha, localizado na cidade do Rio de Janeiro, XXX, ora paciente, foi preso em flagrante porque, supostamente, seria possuidor de uma mochila que conteria entorpecentes e munições. Assim, teria incorrido nos tipos dos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006, bem como no do art. 16 da Lei nº 10.826/2003.

Com efeito, consoante narram os agentes estatais que realizaram a prisão em flagrante (doc. 5), durante perseguição e tiroteio, viram "elementos se desfazerem de mochilas pelo caminho, e, *em um outro ponto da comunidade*, perto das pedras, encontraram 3 elementos escondidos sem nada". Prosseguem, então, afirmando "que conseguiram abordar os elementos, deram voz de prisão para eles e, logo depois que voltaram pelo caminho de onde vieram, foram encontrando as mochilas e os nacionais identificaram como sendo deles".

Dentro das mochilas, foram encontrados entorpecentes e munições, embora os depoimentos não indiquem o que havia em cada mochila individualmente – e, portanto, o que exatamente o ora paciente supostamente portaria.

De todo modo, foi capturado, então, por volta de 18h de 20/08/2018, tendo o auto de prisão em flagrante sido lavrado na delegacia apenas por volta de 14h do dia 21/08/2018, tudo conforme o doc. 5, ou seja, cerca de **20h (vinte horas) depois**. **Não foi fornecida pelos agentes, porém, qualquer explicação para tamanho lapso temporal.**

No dia 22/08/2018, então, XXX foi apresentado em audiência de custódia, quando informou, na entrevista (doc. 2), após ser indagado se sofrera agressões no ato prisional, que **fora torturado durante o longo tempo em que ficou em poder dos agentes – "levou uma facada na mão, três tiros de borracha, socos no rosto, nas costas".**

Com efeito, foi constatado, pelo juízo, que "**os custodiados se apresentaram em audiência lesionados, com marcas de tiros de balas de borracha e outros ferimentos**" (doc. 3). O exame de integridade física realizado pelos médicos da Central de Audiência de Custódia da Capital (doc. 4) também atesta a existência de "**hematomas subgaleais em ambas as regiões temporais**; **escoriações** com crosta serohemática nas seguintes regiões: **frontal, supercílio dir., mão dir., glúteo dir. e coxa dir.**, medindo a maior 7 cms e a menor 2 cms". Há, ainda, fotografias (doc. 1), e, posteriormente, foram publicadas reportagens na *Revista Época* sobre o caso (doc. 8) e no *Jornal Extra* (doc. 9).

Foi, então, pleiteado o relaxamento da prisão em flagrante, em razão de ter XXX sido torturado pelos agentes públicos, o que foi negado pelo juízo da Central de Audiências de Custódia, ainda conforme doc. 3, ao argumento de que o ora paciente seria acusado de cometer crime grave, exigindo o tráfico de drogas uma atuação rigorosa do Poder Judiciário, de modo que a concessão de liberdade a ele poria em risco a paz social. Ademais, não teria, na ocasião da prisão em flagrante, apresentado comprovante de residência nem de ocupação lícita, de modo que a concessão da liberdade poderia ameaçar a instrução criminal e a regular aplicação da lei penal em caso de condenação.

Impetrado *habeas corpus* perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi a ordem denegada pela 7ª Câmara Criminal (doc. 6), que entendeu que "os ferimentos observados às fls.31/37 do anexo 1 (ora doc. 1) são evidentes e constituem concretos indícios de inadmissível constrangimento físico a que foram submetidos os acusados, o que deve ser apurado em sede própria com o devido rigor" (fls. 16 do doc. 6), mas, não obstante, não macularam a prisão em flagrante. Assim, presente o *fumus comissi delicti* por parte do paciente, deveria ser mantida a custódia cautelar.

Dessa decisão, foi impetrado outro *habeas corpus*, agora perante o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a tortura sofrida macularia, sim, a legalidade da prisão e infirmaria o *fumus comissi delicti*.

III. Da decisão proferida pela autoridade coatora

Não obstante todos os fatos expostos no item anterior, a ordem de *habeas corpus* foi denegada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de agravo regimental em *habeas corpus* (doc. 7), em decisão cuja ementa ora se transcreve:

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE MUNIÇÃO. ILEGALIDADE DA PRISÃO E DA AÇÃO PENAL AMPARADAS EM PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. PRISÃO CAUTELAR. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A tese defensiva de ilegalidade da prisão cautelar e da ação penal, porque supostamente amparadas em provas obtidas por meio de tortura, demanda, *in casu*, o exame de matéria probatória dos autos, inadmissível em *habeas corpus*.
> 2. O decreto preventivo está suficientemente motivado na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, conforme autoriza o art. 312 do CPP. Segundo consta, o agravante teria sido preso em flagrante, acompanhado de dois comparsas, em local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa, na posse de grande quantidade de entorpecente e material bélico, quais sejam: 3.000g de maconha, 2.100g de cocaína, 3 carregadores de pistola .9mm; 2 carregadores de fuzil .762; 186 munições de fuzil .762; 28 munições de .40; e 90 munições de .9mm.
> 3. Agravo não provido.
> (AgRg no HC 483.901/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

A despeito do brilhantismo dos ministros que compõem a colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não merece prosperar a aludida decisão, eis que afrontosa à Constituição Federal e a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, bem como à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se passará a expor.

IV. Da inexistência de revolvimento de matéria fática – existência de prova pré-constituída da ilegalidade da prisão e da inexistência de *fumus comissi delicti*

Alega a autoridade coatora que a análise da ilegalidade da prisão cautelar, porque amparada em elementos indiciários obtidos mediante tortura, demandaria o revolvimento de matéria probatória, de modo que não poderia ocorrer em sede de *habeas corpus*.

No entanto, inicialmente, há que observar que não é tecnicamente precisa a afirmação de que não há análise de provas em sede de *habeas corpus* – em verdade, **neste remédio constitucional, a prova deve ser toda pré-constituída**, o que significa dizer que as alegações do impetrante devem ser comprovadas por documentos que acompanhem a petição de impetração. Não há, então, em princípio, instrução *no curso* de um processo de *habeas corpus,* mas a petição deve vir instruída com documentos, e **tais documentos são, sim, analisados pelo juízo que apreciará o *writ***. Leciona Gustavo Badaró:

> Há, portanto, [no *habeas corpus*] exame de prova: da prova pré-constituída que acompanha a petição inicial, da resposta ao pedido de informação e de qualquer outra prova documental juntada aos autos. Se o pedido tiver por finalidade discutir apenas uma questão jurídica, por mais complexa que seja, mesmo assim poderá ser tratada em *habeas corpus*.[1]

É precisamente nesse sentido a jurisprudência dessa Egrégia Corte Constitucional, cabendo transcrever, por todos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL AO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> I – Constitui ônus processual do impetrante do *habeas corpus* produzir elementos documentais consistentes e pré-constituídos, destinados a comprovar as alegações veiculadas no *writ*, o qual possui rito sumaríssimo e não comporta, portanto, maior dilação probatória.

[1] BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 689.

> II – No *habeas corpus*, assim como no mandado de segurança, hão de ser apresentadas provas pré-constituídas do constrangimento ilegal imposto ao paciente. Não cabe ao magistrado proceder à regular instrução do processo, a não ser que, da leitura da documentação juntada com a impetração, resulte dúvida fundada, a justificar a realização de diligência. Precedentes.
> III – O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem, no entanto, revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias por mim proferidas.
> IV – Agravo a que se nega provimento.
> (HC nº 164414 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 14-05-2019 PUBLIC 15-05-2019 – sublinhamos)

No caso ora em análise, verifica-se que a impetração, tanto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) quanto perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), aduz que o paciente foi vítima de tortura por ocasião de sua prisão – afirmação que ora se reitera –, o que macula sua custódia cautelar. **Ao contrário do que entendeu a autoridade coatora, o reconhecimento de tal situação *não* importa, na presente hipótese, "exame de matéria probatória inadmissível em sede de *habeas corpus*"**.

Com efeito, o **fato de ter o paciente sido apresentado em audiência de custódia com lesões corporais é absolutamente incontroverso**. Primeiramente, é demonstrado pelas fotografias dos ferimentos, tiradas por ocasião da audiência (doc. 1), das quais se pode verificar, na 3ª, na 4ª, na 9ª e na 10ª fotos, que **XXX apresentava graves ferimentos na coxa e no joelho**.

Apesar de a 3ª, a 4ª e a 9ª fotos não exibirem o rosto, na 10ª foto é possível ver que XXX é o preso do meio, usando camisa escura com desenhos de listras no centro e calça comprida também escura. Pode-se verificar, ainda, que o preso à sua direita trajava bermuda vermelha lisa e camisa cinza, e o preso à sua esquerda usava bermuda vermelha estampada. Na 3ª foto, então, pode-se verificar que se trata de XXX, eis que se pode ver a calça cinza, e ele é o único que não trajava bermuda vermelha, lisa ou estampada. Na 4ª e na 9ª fotos, mais nitidamente se pode ver a camisa escura com listras no centro e a calça cinza que XXX usava, bem como, ao seu lado, a camisa cinza e bermuda vermelha do outro preso.

Na 1ª, na 2ª, na 5ª, na 6ª, na 8ª na 12ª fotos, pode-se verificar ferimento na testa de XXX. Na 7ª foto, verifica-se um hematoma na nuca do preso do meio, de camisa listrada. Some-se a isso a 9ª e a 11ª fotos, em que se vê nitidamente que o preso com camisa escura com listras no centro – XXX – apresentava corte na mão.

Não se pleiteia, aqui, que o tribunal *revolva provas*, mas sim que se limite a *olhar* fotografias juntadas à presente impetração – das fotografias, pode-se ver que XXX apresentava ferimentos. A conclusão de tais constatações visuais será explicitada adiante.

Da assentada da audiência de custódia (doc. 3), consta expressamente que "os custodiados alegam agressão por parte dos oficiais do Exército que efetuaram a prisão. **Os custodiados se apresentaram em audiência lesionados, com marcas de tiros de balas de borracha e outros ferimentos**". O próprio juízo, então, constatou a existência das lesões.

As **lesões são atestadas, ainda, pelo exame** de integridade física realizado pelos médicos da Central de Audiência de Custódia da Capital (doc. 4), que indica a existência de "**hematomas subgaleais em ambas as regiões temporais**; **escoriações** com crosta serohemática nas seguintes regiões: **frontal, supercílio dir., mão dir., glúteo dir. e coxa dir.**, medindo a maior 7 cms e a menor 2 cms".

Noutros termos, assim como se verifica das fotografias, **havia hematomas e escoriações em sua testa (conforme 1ª, 2ª, 5ª, 6ª, 8ª e 12ª fotos), além de escoriações em sua mão (consoante 9ª e 11ª foto), e em seu glúteo e sua coxa (de acordo com 3ª, 4ª, 9ª e 10ª fotos).**

A prova das lesões que XXX apresentava, então, quando da audiência de custódia, é pré-constituída. Não há controvérsia possível de que existiam.

A única discussão *possível* é sobre por quem teriam sido causadas, isto é, se de fato teriam sido infligidas por agentes estatais, como narrou o paciente ao juízo da audiência de custódia – consoante consta também da assentada (doc. 3), XXX e os corréus no processo de referência "alegam que os oficiais do exército que os levaram para a Delegacia que os agrediram e conseguem reconhecê-los, se for necessário".

Sendo esse o caso, é conveniente observar, caracterizariam tortura, a teor dos arts. 2 e 3 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura[2] e do art. 1º, I, *a*, e II, da Lei nº 9.455/97:

[2] Internalizada no país pelo Decreto nº 98.386/89.

> Art. 2: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim.
> [...]
> Art. 3: Serão responsáveis pelo delito de tortura:
> a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
> b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, comentam-no diretamente ou nela sejam cúmplices.
>
> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> [...]
> II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Observe-se que seria irrelevante a finalidade com que infligidos os maus-tratos aqui para que caracterizassem tortura – a Convenção prevê que resta configurada desde que praticada por agente público, independentemente do fim visado, e a lei estabelece que há tortura se a agressão visar obter informação ou confissão, ou se for praticada contra quem esteja sob autoridade do agressor, como forma de castigo ou correção. Assim, se infligidos pelos agentes públicos que efetuaram a prisão de XXX, haveria tortura.

A autoridade coatora, embora não o afirme expressamente na ementa do acórdão, indica, no voto condutor, que é justamente o fato de não se saber quem causou as lesões a XXX que inviabiliza que se reconheça a ocorrência de tortura. Afirma o Excelentíssimo Ministro Relator, à fl. 03 do acórdão (doc. 7):

> Como visto, embora o Tribunal de Origem [o TJRJ] tenha reconhecido haver indícios concretos de terem sido os réus agredidos fisicamente, possivelmente pelos policiais militares durante a prisão em flagrante, a prática de tortura ou de outro delito pelas forças policiais está sendo

> apurada em sede própria e, por ora, não há certeza do cometimento de crime algum ou mesmo em que circunstâncias ocorreram os supostos constrangimentos. Neste diapasão, a aventada ilegalidade da prisão cautelar e da ação penal, porque supostamente amparadas em provas obtidas por meio de tortura, trata-se, *in casu*, de questão de fato, sendo inadmissível, portanto, a sua apreciação diretamente por esta Corte, e na via estreita do *habeas corpus*, por demandar o exame de matéria probatória.

Tais conclusões da autoridade coatora, contudo, a despeito de seu brilhantismo habitual, não são, com a devida vênia, tecnicamente precisas neste caso.

Observa-se, de início, que o acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da presunção de inocência em favor dos agentes estatais que teriam agredido XXX, afirmando que não se sabe se eles, de fato, o fizeram, esquecendo-se de que este feito *não consiste* em processo criminal *contra os agentes estatais*, e sim contra o paciente, sendo absolutamente irrelevante para a esfera jurídica daqueles qualquer consideração feita aqui sobre sua conduta.

Para XXX, porém – que é o réu/paciente, efetivamente parte do processo, que pode ter sua esfera jurídica afetada por considerações que venham a ser feitas –, *não parece valer* o mesmo princípio da presunção de inocência, eis que, mais adiante no voto (fls. 05-06 do doc. 7), o eminente ministro relator afirma:

> Como se vê, o decreto preventivo [contra XXX] está suficientemente motivado na garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do agente, evidenciada na gravidade concreta do delito, conforme autoriza o art. 312 do CPP. Segundo consta, o paciente teria sido preso em flagrante, acompanhado de dois comparsas, em local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa, e na posse de grande quantidade de entorpecente e material bélico. [grifos nossos]

Veja-se – há tanto lastro probatório da culpa de XXX quanto há dos agentes estatais, vez que, em ambos os casos, há alguma materialidade (de um lado, lesões atestadas por perito; de outro, entorpecentes e munição apreendidos), e alguém os acusa de crime. Em *nenhum* dos casos, há culpa configurada em definitivo. A **autoridade coatora, porém, aplica o princípio da presunção de inocência *em favor dos agentes estatais*, que *sequer* são sujeitos deste feito criminal, para justificar a prisão cautelar do paciente *deste processo*, que é quem deveria ter reconhecida a si tal direito fundamental**.

Noutros termos, **enquanto não se encerra *este* processo criminal e enquanto, então, não se demonstre o contrário, presume-se que a acusação contra XXX é verdadeira – "*teria sido* preso em flagrante", o que indicaria sua "periculosidade" e justificaria a manutenção da custódia cautelar** – e presumem-se, de outro lado, inocentes os agentes estatais, sem qualquer fundamento jurídico a embasá-lo, eis que a presunção de inocência se aplica ao réu do processo criminal, e os agentes sequer são sujeitos deste processo.

A presunção de inocência não é aplicada para o réu deste processo – para ele, presume-se a culpa, até que se prove o contrário. Trata-se de discrepância de tratamento não amparada em qualquer norma jurídica.

Ao revés, em casos como o vertente, em que há dúvida sobre se alguém foi de fato ou não vítima de tortura praticada por agentes estatais quando de sua prisão, leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> A Corte estabeleceu que o Estado é responsável, na condição de garante dos direitos consagrados na Convenção, pela observância do direito à integridade pessoal de todo indivíduo que se encontre sob sua custódia[3]. É possível considerar o Estado responsável pelas torturas, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes sofridos por uma pessoa que esteve sob a custódia de agentes estatais, caso as autoridades não tenham realizado uma investigação séria dos fatos, seguida do indiciamento daqueles que sejam apontados como responsáveis por eles.[4] Recai sobre o Estado a obrigação de apresentar uma explicação satisfatória e convincente do ocorrido, e tornar sem efeito as alegações quanto a sua responsabilidade, mediante elementos probatórios adequados.[5] [sublinhamos]

Mais especificamente, afirma o Relator Especial para Tortura da ONU, em sucessivas recomendações gerais: "Onde for denunciado o uso de tortura ou outras formas de maus-tratos pela defesa durante o julgamento, o ônus da

---

[3] **Caso Ximenes Lopes vs Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006, par. 138; **Caso Baldeón García vs Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, par. 120; e **Caso López Álvarez vs Honduras.** Mérito, reparações e custas, Sentença de 1º de fevereiro de 2006, par. 104 a 106. Todas as decisões da Corte Interamericana mencionadas no bojo do presente *habeas corpus* podem ser encontradas em http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en. Acesso em: 17 fev. 2020.

[4] *Cf*. **Caso Baldeón García**, par. 120; e **Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) vs Guatemala.** Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999, par. 170. No mesmo sentido, na Corte Europeia de Direitos Humanos*,* **Caso Yavuz vs Turquia**, Sentença de 10 de janeiro de 2006, par. 38*;* **Caso Aksoy vs Turquia**, Sentença de 18 de dezembro de 1996, par. 61 e 62; e **Caso Tomasi vs França**, Sentença de 27 de agosto de 1992, par. 108 a 111.

[5] *Cf*. **Caso Baldeón García**, par. 120; e **Caso Juan Humberto Sánchez**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de junho de 2003, par. 111.

prova deve passar para a acusação, que deve provar de maneira incontestável que a confissão não foi obtida por meios ilegais, incluindo a tortura e maus-tratos similares".[6]

Dessa forma, é o Estado que tem de provar que seus agentes não praticaram a tortura a eles imputada, e não a vítima da tortura provar cabalmente que ela ocorreu, e quem a praticou.[7]

No caso em análise, o Estado não provou cabalmente que seus agentes não praticaram as agressões contra XXX – em verdade, é difícil mesmo *imaginar* uma explicação para todas as lesões por ele apresentadas que não perpasse pela culpa ou, ao menos, a conivência[8] dos agentes do Estado que o mantiveram sob sua custódia. Como mais ele sofreria lesões tão variadas e extensas, em diversos segmentos e faces do corpo, se não infligidas por ou com a conivência dos agentes que o prenderam?

Não tendo o Estado – e não XXX, observe-se (reitera-se o teor da nota 7) – provado que seus agentes não foram os autores das lesões, como exigido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode o Estado ser considerado responsável pela tortura – independentemente da culpa dos agentes individualmente considerados, a ser apurada com observância do devido processo legal, direito de que eles, como pessoas, são titulares.

Assim, quando acusado criminal alega que determinada prova deriva de declarações colhidas mediante tortura, não há necessidade de o julgador afirmar com grau de certeza a materialidade e autoria de crime de tortura por determinado agente – certeza exigida apenas em eventual processo criminal no qual o agente público venha a figurar como réu.

Não é necessário, portanto, aqui, revolver provas e determinar cabalmente a autoria das lesões que XXX apresentava; não se trata de processo criminal destinado a apurar o crime de tortura. Basta verificar o *fato negativo* consistente em não ter o Estado apresentado prova de que não foram causadas por ou com a conivência de seus agentes, e, sim, por terceiros, de maneira independente deles.

---

[6] FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura**. Manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. 2. ed., p. 98. Ver também, no âmbito das Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, **Caso P.E. vs França** (19 de dezembro de 2002), UN Doc. CAT/C/29/D/193/2001, § 6.3; **Caso CAT, G.K. vs Suíça** (15 de maio de 2003), UN Doc. CAT/C/30/D/219/2002, § 6.10.

[7] Sobre o dever de investigação de alegadas violações de direitos humanos, estabelece a Corte Interamericana: "Ademais, este Tribunal tem assinalado que 'o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio, e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares, ou de que elementos probatórios sejam buscados por particulares'" (**Caso Galindo Cárdenas vs Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de outubro de 2015, par. 259, tradução livre do original em espanhol).

[8] Tendo eles o paciente sob sua custódia, ocupariam a posição de garantidores (art. 13, § 2º, *a*, do Código Penal), de modo que respondem caso tenham se omitido e não evitado que o paciente sofresse as lesões.

Cabia a ele prová-lo, e, enquanto não o faz, presume-se a veracidade da denúncia formulada pelo paciente, que, conquanto acusado criminal, é também vítima de violação de direitos humanos.

Qualquer pessoa que alegasse ter sofrido tortura por agentes estatais, e apresentasse lesões a comprovar a materialidade, seria encarada como vítima de violação e teria reconhecidos a si os direitos que a Corte Interamericana e os tratados internacionais reconhecem às vítimas – dentre eles, o direito de ter sua denúncia levada a sério[9] e de ter o Estado de provar que seus agentes não a causaram, e não a vítima de provar a autoria.

No momento em que uma pessoa relata ter sido vítima de tortura, está denunciando a prática de uma violação de direitos humanos e de um ilícito penal por parte de agente estatal. Tem o Estado, então, como decorrência de seu dever de garantia dos direitos humanos, de levar a denúncia a sério – como levaria a sério qualquer denúncia de violação de direitos humanos e de crime – e ele próprio investigá-la e adotar medidas que indiquem que ele não corrobora as práticas.

O fato de ser acusado criminal *não pode* despir XXX desses direitos; não há amparo jurídico algum à ideia de que acusados criminais não tenham direitos. Não pode ser titular de menos direitos pelo mero fato de ser *acusado* – note-se, sequer condenado com trânsito em julgado, pairando ainda sobre si a presunção de não culpabilidade – de crime.

A realidade, no entanto, é que o Estado não investiga com celeridade as denúncias de tortura formuladas por acusados criminais, o que permite que não se analise seu impacto sobre suas prisões cautelares e se tenha, eventualmente, de pôr os acusados em liberdade – já que presumidos culpados, e não inocentes. A suposta tortura, então, não "atrapalharia" o processo penal contra acusado de crime.

---

[9] Sobre o tema, afirma a Corte: "A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais (**Caso González e outras vs. México - Campo Algodoneiro**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 252*).* A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não volte a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos. (**Caso Anzualdo Castro vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de setembro de 2009*,* par. 179; e **Caso Garibaldi vs. Brasil***,* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009, par. 141.) [...] À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, julgamento e eventual castigo de todos os autores dos fatos, em especial quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais (**Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia**, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006, par. 143; **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá***,* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, par. 144; e **Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia**, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008*,* par. 101).

O direito a não ser torturado é violado por se entender que a vítima tem menor valor (afinal, estava em "local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa"), a denúncia não é investigada pelo mesmo motivo, não são adotadas condutas que indicam que o Estado as rechaça – pelo contrário –, e os perpetradores, então, têm a certeza de que o comportamento é aceito, o que propicia sua reiteração.[10] Forma-se, assim, um ciclo de violação de direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, fomentado por sua própria postura de não condená-las. Viola-se o dever de respeito e, após, o dever de garantia, o que retroalimenta a afronta ao primeiro.

Trata-se, como se pode verificar, de inversão das normas de Direito Constitucional, de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Processual Penal – ***in dubio contra reo***; ele teria de provar não apenas ter sido torturado, mas provar cabalmente que foi praticada por agente estatal. Na **dúvida, *contra libertate***, isto é, na dúvida, é mantido preso cautelarmente e não aguarda em liberdade o trânsito em julgado da sentença criminal.

No campo do Direito Constitucional, leciona Canotilho acerca do ônus da prova quando em jogo o direito fundamental à liberdade:

> Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuída a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isso justifica que, quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições.[11]

Em outras palavras, quando se fala em restrição ao direito fundamental à liberdade, o ônus da prova cabe não ao titular do direito fundamental, mas sim a quem decreta a restrição, que deve provar que ela não possui qualquer mácula. Não cabe o ônus da prova ao réu, e, sim, cabe ao Estado provar que a restrição que decreta é lícita, sob todos os aspectos – nas palavras de Ingo Sarlet, "eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como

---

[10] **Caso González e outras vs. México – Campo Algodonero**, par. 346: "o Tribunal ressalta que a falta de devida investigação e sanção das irregularidades denunciadas propicia a reiteração no uso de tais métodos por parte dos investigadores. Isso afeta a capacidade do Poder Judiciário para identificar e perseguir os responsáveis e alcançar a sanção que corresponda, o que torna inefetivo o acesso à justiça**.** No presente caso, estas irregularidades geraram o reinício da investigação quatro anos depois de ocorridos os fatos, o qual gerou um impacto grave na eficácia da mesma, mais ainda pelo tipo de crime cometido, onde a apreciação de evidências é ainda mais difícil com o transcurso do tempo".

[11] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O ónus da prova na jurisdição das liberdades**. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 173-174.

justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição".[12] Na mesma linha, leciona Gilmar Mendes, com base no modelo desenvolvido por Pieroth e Schlink,[13] que medidas judiciais que restrinjam direitos fundamentais devem ser, além de fundadas em lei constitucional, compatíveis elas próprias com a Constituição.[14] Havendo dúvida sobre tal compatibilidade, o direito não deve ser restringido.

Aqui, a incompatibilidade será desenvolvida adiante. Por ora, há que assentar que, para o Direito Constitucional, o ônus da prova sobre a legitimidade da restrição a um direito fundamental não pode recair sobre o titular do aludido direito. Noutros termos, quem decreta a restrição à liberdade (o Estado) é que tem de provar que a restrição é, sob todos os aspectos, legítima, e não o titular do direito a ser restringido, ora paciente, de provar que ela é ilegítima.

No âmbito do Direito Processual Penal, por sua vez, leciona Gustavo Badaró:

> **[S]e em caso de dúvida fosse decretada a prisão e, uma vez interposto o *habeas corpus*, tivesse o impetrante que demonstrar, acima de qualquer dúvida, que a prisão era ilegal, o *in dubio pro libertate* teria se transformado em *in dubio contra libertate*.** [...] E, em caso de contradição entre o que afirma o impetrante e o que narra a autoridade coatora nas informações, as provas, em especial as documentais, é que indicarão ao julgador como decidir. Na dúvida, decide-se pela liberdade ou pela prisão? Afirmar que as informações da autoridade coatora gozam de presunção *juris tantum* significaria concluir que, no *habeas corpus*, haveria uma regra de julgamento, de caráter doutrinário, que implica uma especial distribuição do ônus da prova, no caso, privilegiando a posição da autoridade em detrimento da liberdade.[15] [destaques nossos]

Assim, o entendimento de que caberia ao paciente *provar* que foi torturado *por agentes estatais* tampouco se coaduna com as diretrizes do Direito Processual Penal – na dúvida, impõe-se que se privilegie a liberdade (princípio do *favor rei*). Não há qualquer amparo normativo para se entender o inverso.

---

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 395.

[13] PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte** – Staatrecht, II. 21. ed. Heidelberg: [s.n.], 2005, p. 80.

[14] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392.

[15] BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 691-692.

Por fim, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos: "A liberdade [é] sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção.[16] Consequentemente, o Estado deve prevenir que a liberdade dos indivíduos seja prejudicada pela atuação de agentes estatais e terceiros particulares, bem como investigar e punir os atos violatórios deste direito."[17]

Sob qualquer prisma que se analise a questão, então, sendo o direito fundamental e humano à liberdade a regra – o que inspira o próprio princípio da presunção de inocência, ainda que encarado sob a forma presunção de não culpabilidade, e os princípios *in dubio pro reo* e *favor rei* –, não pode ser restringido quando houver dúvida sobre a licitude da restrição.

Como decorrência disso, essa própria Corte Constitucional afirma que, caso a análise das provas pré-constituídas que instruem uma impetração não permita concluir, com certeza, se a prisão é legítima ou não, impõe-se a concessão de liberdade ao paciente:

> AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Dúvida razoável. Provas contraditórias. Depoimento de testemunha contrariado por documentos oficiais de que o réu, na data do fato, se encontrava preso. Impossibilidade de subsistência da prisão cautelar. HC concedido. Aplicação do art. 312 do CPP.
> Se há séria dúvida, resultante de contradição entre provas pré-constituídas, sobre a autoria do fato imputado ao réu, não se lhe justifica decretação ou subsistência de prisão preventiva.
> (HC 95.003, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-03 PP-00579 RTJ VOL-00207-02 PP-00781)

Assim, não *pode* caber ao paciente provar cabalmente que foi torturado por agentes estatais, e não pode o Poder Judiciário afirmar que, para conhecer da alegação, seria necessário que houvesse certeza sobre isso, o que não seria possível por não terem sido concluídas as investigações contra os supostos agressores. Ao contrário, tendo o paciente afirmado ter sido vítima de tortura e tendo apresentado lesões em sede de audiência de custódia – o que está provado pela prova pré-constituída que instrui a impetração –, havendo dúvida sobre se praticada por agentes estatais quando de sua prisão, deve-se presumir que o foi enquanto *o Estado* não provar o contrário.

---

[16] **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador**. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007, par. 53.

[17] **Caso González e outras vs. México (Campo Algodonero)**, par. 247.

Dessa forma, diversamente do que entendeu a autoridade coatora, não se faz necessário investigar *quem foi* o autor das lesões infligidas ao paciente por ocasião da análise do *habeas corpus*. Não tendo o Estado provado ainda que não foram seus agentes, presumem-se verdadeiras as afirmações (cuja ocorrência é provada por prova pré-constituída, consistente na entrevista e na assentada da audiência de custódia – docs. 2 e 3) do paciente. Apresentava lesões (comprovadas – docs. 1 e 4) e afirmou terem sido causadas por agente estatal. Não tem de provar que o foram; tem o Estado, isso sim, de provar que não, para comprovar a legitimidade da restrição à liberdade do paciente.

O fato de ter ocorrido tortura por ocasião da prisão do paciente, e de ser um imperativo de Direito Constitucional, de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Processual Penal se considerar, na análise da presente impetração, que foi praticada por agentes estatais, pelos motivos já expostos, macula, por sua vez, a decretação da custódia cautelar do paciente.

Com efeito, o ergástulo decorre de conversão da prisão em flagrante do paciente – foi preso em flagrante por agentes estatais; após, teve a prisão em flagrante convertida em preventiva em sede de audiência de custódia (doc. 3), e, desde então, essa conversão vem sendo mantida por sucessivas autoridades judiciais coatoras, isto é, primeiro pela 7ª Câmara Criminal do TJRJ (doc. 6) e, após, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (doc. 7). Da decisão do juízo da custódia, foi impetrado *habeas corpus*, com ordem denegada pelo TJRJ; dessa decisão, impetrado outro *habeas corpus*, agora ao Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem também foi denegada; e contra essa última decisão se insurge a presente impetração.

A origem da custódia do paciente, portanto, é a prisão em flagrante. Sobre esta, ensina Gustavo Badaró ser ato jurídico administrativo complexo, formado por três atos distintos:

> A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa [...]. A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos, três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.[18]

Como é de conhecimento comum, a existência de ilegalidade ou afronta à Constituição em um dos atos que compõem ato complexo o macula como um todo.

[18] BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 724.

No caso em comento, a tortura ocorreu durante a prisão-captura ou, no máximo, durante a prisão-detenção, após a lavratura do auto – de todo modo, estava o paciente lesionado quando apresentado em audiência de custódia. Não se pode dissociar a captura ou a detenção da tortura que se deu durante esses momentos. A forma pela qual o ato é praticado é elemento que o integra[19] e, "para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei [...]; urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação".[20]

Consoante já salientado, a tortura configura prática proscrita no Brasil, a teor do art. 5º, III, da Constituição, bem como do art. 5, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), do art. 2º da Convenção da ONU contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e do art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, todas ratificadas pelo Brasil e internalizadas, respectivamente, pelos Decretos nº 678/1992, 40/1991 e 98.386/1989. A prática configura, ainda, também como já indicado, crime, tipificado na Lei nº 9.455/1997.

Implicitamente, a vedação à tortura decorre também da proteção aos direitos à vida e à integridade psicofísica, tutelados pelo art. 5º da Constituição e pelo art. 5 da CADH.

Tendo ato inconstitucional, anticonvencional e ilegal sido praticado por ocasião da captura ou da detenção do paciente, tem-se que a forma pela qual estas foram praticadas foi inconstitucional, anticonvencional e ilegal, e, então, a prisão em flagrante (ato complexo) torna-se, ela própria, também inconstitucional, anticonvencional e ilegal.

Independentemente do momento exato em que ocorreu a tortura, certo é que se deu durante a prisão em flagrante, isto é, antes da audiência de custódia, ocasião em que foi ela convertida em preventiva. Assim, havendo vício na forma pela qual se deu a prisão em flagrante, por antijuridicidade ocorrida em um de seus momentos, é a prisão em flagrante antijurídica.

A privação libertária, seja em que circunstância for, e mesmo a prática de crime, caso efetivamente existente, não autorizam a ocorrência de tortura. Leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> A restrição de outros direitos [de pessoa privada de liberdade], ao contrário – como à vida, à integridade pessoal, à liberdade religiosa e ao devido processo – não somente

[19] Ver, por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, cap. IV.

[20] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 121.

> não tem justificação fundada na privação de liberdade, mas também está proibida pelo Direito Internacional. Estes direitos devem ser efetivamente respeitados e garantidos como os de qualquer pessoa não submetida à privação de liberdade.[21]

Ainda que houvesse guerra declarada – o que não é sequer o caso do Brasil, apesar do discurso de guerra às drogas –, o Estado brasileiro seria obrigado a respeitar o direito dos indivíduos à não submissão a tortura e garantir que esse direito não fosse objeto de violações em seu território. Afirma a Corte:

> A Corte reitera sua jurisprudência no sentido de que a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes estão estritamente proibidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence hoje em dia ao domínio do *jus cogens* internacional. Esta proibição subsiste ainda nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. [...] Os tratados de alcance universal e regional consagram esta proibição e o direito inderrogável de não ser torturado. Igualmente, vários instrumentos internacionais consagram esse direito e reiteram a mesma proibição, inclusive o Direito Internacional humanitário.[22] [sublinhamos]

Não podem as forças de segurança, então, a pretexto de combater o crime, praticar delito equiparado a hediondo, como é o crime de tortura. Não é admissível a prática de tortura quando de prisão em flagrante.

Tendo ela ocorrido – repise-se, na dúvida, não caberá ao paciente provar ter sido torturado e por quem, mas, sim, presumir-se-á verdadeira sua afirmação de que o foi por agentes do Estado, enquanto este não provar o contrário – e estando, então, viciada a prisão em flagrante, por ocorrência de afronta à Constituição, a tratados e à lei durante um dos atos que a compõem, impõe-se o *relaxamento* da custódia, na forma do art. 5º, LXV, da Constituição.

---

[21] **Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de setembro de 2004, par. 155.

[22] **Caso Bueno Alves vs. Argentina**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007, par. 76-77. No mesmo sentido, **Caso González e Outras vs. México**, par. 244.

A prisão preventiva ora vigente, que decorre de conversão da prisão em flagrante ilegal, é, então, também ela, maculada de antijuridicidade. Impõe-se, então, que o paciente seja posto em liberdade.

A par da ilegalidade, não há sequer, em casos como o vertente, *fumus comissi delicti* a embasar a prisão cautelar. Com efeito, aqui, este se fundamenta nos depoimentos prestados pelos agentes públicos que efetuaram a prisão do paciente (doc. 5), que afirmam que, em operação, teriam abordado três indivíduos, dentre eles o ora paciente, que não portavam consigo bens ilícitos. No entanto, deram voz de prisão a eles e, voltando pelo caminho de onde vieram, encontraram três mochilas que os três indivíduos teriam confessado lhes pertencer. Dentro das mochilas, havia entorpecentes e munições.

Não se trata, aqui, de revolvimento de matéria fática – a análise dos depoimentos que constam do auto de prisão em flagrante é necessária à verificação de *fumus comissi delicti*, tendo sido efetuada pelo próprio juízo da audiência de custódia (doc. 3) e, após, pelo TJRJ (à fl. 10 do doc. 6, o excelentíssimo desembargador-relator afirma que o *fumus* era consubstanciado pela existência de denúncia criminal contra o paciente, que, por sua vez, se baseou nos depoimentos aludidos acima) e pelo STJ (fl. 6 do doc. 7).

Não se pretende, nesta impetração, questionar se os depoimentos são verdadeiros ou não. São, assim, prova pré-constituída, cujo conteúdo não será objeto de questionamento. Contudo, ainda que sejam verdadeiros, verifica-se que a tortura praticada contra o paciente infirma o *fumus comissi delicti*.

De fato, pelo que afirmam os agentes estatais, foi o paciente quem teria dito que a mochila localizada lhe pertenceria. Assim, de acordo com os agentes estatais, foi essa afirmação do paciente que permitiu ligar a mochila (e seu conteúdo) a ele, imputando-lhe, então, sua propriedade.

O paciente, porém, como já exaustivamente demonstrado, foi torturado, e é possível que o tenha sido justamente para confirmar a propriedade da mochila. Com efeito, é inverossímil que ele tenha *espontaneamente* confirmado possuir mochila localizada, conforme narram os próprios agentes públicos, em ponto da comunidade diverso daquele em que ele foi abordado, sem possuir consigo nada de ilícito.

O *fumus comissi delicti*, como o *fumus boni juris* em geral, pressupõe a verossimilhança da imputação, que, aqui, não está presente.

O fato de ter havido tortura, então, é suficiente para pôr em dúvida se a assunção de propriedade da mochila pelo paciente foi voluntária ou, ao revés, obtida mediante tortura, sendo, assim, confissão informal nula. Contrastando duas provas pré-constituídas – de um lado, os documentos que atestam a tortura (doc. 1, 2, 3 e 4) e, de outro, os depoimentos dos agentes estatais (doc. 5) –, se restarem sérias dúvidas da autoria do fato imputado ao paciente (não se sabe se a mochila e seu conteúdo podem ser validamente imputados a ele), não pode subsistir a prisão preventiva. Repita-se:

> AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Dúvida razoável. Provas contraditórias. Depoimento de testemunha contrariado por documentos oficiais de que o réu, na data do fato, se encontrava preso. Impossibilidade de subsistência da prisão cautelar. HC concedido. Aplicação do art. 312 do CPP.
> Se há séria dúvida, resultante de contradição entre provas pré-constituídas, sobre a autoria do fato imputado ao réu, não se lhe justifica decretação ou subsistência de prisão preventiva.
> (HC 95.003, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-03 PP-00579 RTJ VOL-00207-02 PP-00781)

Novamente, *in dubio pro libertate.*

A Corte Interamericana ensina que, havendo, por parte do Estado, afronta a direitos humanos, tem ele o dever de, imediatamente, fazer cessarem as consequências da violação.[23] Tendo a tortura gerado a prisão do paciente, deve ele ser posto em liberdade. Apenas assim se fazem cessar (minimamente, afora o dano psicológico e o físico) as consequências da tortura sofrida.

Há que salientar, ainda, que o ora paciente é **primário e de bons antecedentes**, consoante indica sua folha de antecedentes criminais (doc. 12), tendo respondido **apenas ao feito ora em tela**.

Por todos esses motivos, **no julgamento do *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, ora autoridade coatora, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo excelentíssimo Subprocurador-Geral da República Mario Luiz Bonsaglia (doc. 10), opinou pela revogação da prisão preventiva do ora paciente**, afirmando:

> *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, *CAPUT*, E 35 DA LEI 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ART. 16, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/2003). [...] **PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE QUE O PACIENTE SOFREU AGRESSÕES**. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. **CIRCUNSTÂNCIAS APTAS A RECOMENDAR A**

[23] Tal como a Corte indicou, o art. 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato sua responsabilidade internacional pela violação da norma internacional em questão, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação (**Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai**, par. 258).

> **REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AOS CORRÉUS NA MESMA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, A FIM DE QUE O PACIENTE POSSA RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO, DETERMINANDO-SE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE, EM CONTRAPARTIDA, DECRETE A(S) MEDIDA(S) CAUTELAR(ES) QUE SE MOSTRAR(EM) PERTINENTE(S), *EX VI* DO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DEVENDO, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SER ESTENDIDA A ORDEM AOS CORRÉUS YYY E ZZZ**. [negrito nosso]

Mais especificamente, afirma o douto Subprocurador-Geral da República, à fl. 7 do doc. 10:

> **Diante dos fortes indícios de que o paciente e demais autuados teriam sido agredidos pelos militares no momento da prisão em flagrante** e, ainda, **levando-se em conta a tese de negativa de autoria, além da ausência de notícia de envolvimento com delitos anteriores**, tem-se que seria prudente aguardar a apuração da responsabilidade penal, com a eventual superveniência de sentença condenatória transitada em julgado ou confirmada em segundo grau, para recolhimento dos réus à prisão. [destaques nossos]

Em verdade, em casos tais, não pode o juízo, na ordem constitucional vigente – ainda que a legislação infraconstitucional preveja diversamente –, afastar-se dessa conclusão.

Em primeiro lugar, se o próprio *Parquet* entende que as circunstâncias recomendam a revogação da prisão preventiva, há, no mínimo, dúvida razoável sobre o cabimento da prisão. Assim, por incidência do princípio ***in dubio pro reo***, não pode ser ele mantido preso – *in dubio pro libertate*.

Além disso, pelo sistema acusatório, previsto no art. 129, I, da Constituição, é o Ministério Público quem deve, de maneira independente, livre de pressões jurisdicionais, decidir se irá ao final sustentar ou não a acusação e, consequentemente, quais medidas cautelares (que se destinam a assegurar sua eficácia) são necessárias ou não. Trata-se, em verdade, além de prerrogativa ministerial, de direito do réu – o sistema acusatório é criado justamente para assegurar a imparcialidade, evitando que um órgão concentre as funções de

acusar e julgar. Assim, se a acusação se manifesta pela desnecessidade de prisão cautelar, o juízo não pode decidir diversamente, sob pena de prejudicar o direito do próprio acusado à imparcialidade.

É nesse sentido a lição de Paulo Rangel:

> O artigo de lei citado deve ser confrontado com o sistema acusatório e, nesse sentido, se, efetivamente, o adotarmos em toda sua inteireza, o juiz, hodiernamente, está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade. A investigação probatória, em nome do famigerado princípio da verdade processual, decidindo contrário ao que quer o autor, somente é válida para dar ao acusado uma sentença absolutória e livrá-lo das grades que a justiça quer lhe impor. [...] **Não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do acusado, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário**. O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público, e não o juiz. **A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade, na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão condenatória**.[24] [destaques nossos]

Não há, portanto, no presente caso, fundamento jurídico para denegar a concessão da ordem no presente caso. O único fundamento possível perpassaria por desqualificar a denúncia de tortura realizada por XXX, como se não fosse digna de crédito, o que só poderia, por sua vez, ter por fundamento o fato de ser ele acusado de crime, de modo que sua palavra teria menor valor. Qualquer outra pessoa que afirmasse, diante de um juiz, de um promotor de justiça e de um defensor público, ter sido torturada por agentes estatais, apresentando marcas de lesões variadas e comprovadas por fotos e laudos médicos, teria sua denúncia levada a sério, e não desqualificada.

Tratar-se-ia, porém, de um ciclo de afrontas aos direitos fundamentais e humanos do paciente. As forças de segurança suspeitam que o indivíduo possa ter praticado crime, então, o encaram como inimigo; consequentemente, como subumano; e o torturam para obter informações que corroborem a acusação. O Estado atribui valor ao *suposto* depoimento, como se fosse válido. O perpetrador da tortura tem a certeza de que agiu corretamente, e tornará a fazê-lo em casos análogos.

[24] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed., p. 67-69.

Colha-se, novamente, a lição da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> No direito de gentes, uma norma consuetudinária universalmente aceita prescreve que **um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas**. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de **adequar seu direito interno às disposições desta Convenção, para garantir os direitos nela consagrados**. Este dever geral do Estado Parte implica em que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio do effet utile). Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção.[25] [destaques nossos]

Por todo o exposto, não pode prosperar a decisão da autoridade coatora, que manteve a prisão do ora paciente ao argumento de que não foi comprovado que a tortura fora praticada por agentes estatais e, havendo dúvida quanto a isso, deveria o paciente permanecer preso.

Primeiramente, não cabe a ele provar quem foi o autor da tortura, e sim ao Estado provar que as lesões não foram praticadas por agentes seus. Havendo dúvida, privilegiam-se a liberdade e a presunção de inocência de que é titular o paciente, e não a presunção de inocência dos agentes públicos, que sequer são julgados aqui e sequer são sujeitos deste processo, não podendo seus direitos ser invocados para obstar o exercício dos direitos de titularidade do acusado.

Tendo havido tortura durante a prisão em flagrante, é esta, como ato complexo, viciada, eis que ocorreram inconstitucionalidade e anticonvencionalidade na forma pela qual foi realizada. Essa antijuridicidade macula a prisão preventiva, que resulta de conversão do ato inválido.

Some-se a tudo isso o fato de que a tortura infirma o próprio *fumus comissi delicti*, eis que é inverossímil que não tenha sido obtida mediante tortura a confissão informal que, segundo o depoimento dos agentes públicos, liga o ora paciente ao material ilícito apreendido.

Sendo, assim, inconstitucional, anticonvencional e ilegal a prisão, e falecendo, ainda, *fumus comissi delicti* a sustentá-la, impõe-se o relaxamento da custódia cautelar ou, no mínimo, sua revogação. Pugna-se,

[25] **Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai**, par. 205.

então, que essa Corte Constitucional conceda a ordem para relaxar ou, ao menos, revogar a prisão cautelar do paciente.

V. Da necessidade de vedação a alusões à suposta confissão informal do paciente

Além da concessão da ordem para determinar a soltura do paciente, deve essa Corte Suprema, ainda, vedar que, no julgamento dos fatos imputados a XXX, venha a ser dado qualquer valor probatório a sua suposta confissão informal, aludida pelos agentes públicos, no sentido de que seria o proprietário dos entorpecentes e munições apreendidos.

Com efeito, como já indicado, existe expressiva possibilidade de que tenha sido proferida – se é que existiu – mediante tortura. Deve-se, assim, **desqualificar não *a denúncia* de tortura feita pelo ora paciente, mas sim desqualificar *o depoimento* que teria sido prestado mediante tortura, não lhe atribuindo nenhum valor**, por ter sido obtido em afronta a direitos fundamentais e humanos. É o que indicam o art. 15 da Convenção da ONU e o art. 10 da Convenção Interamericana, que preveem a chamada *regra de exclusão*:

> Art. 15: Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.
>
> Art. 10: Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

A postura contrária – atribuindo algum valor jurídico ao depoimento, para considerar verídicas as afirmações nele contidas, a despeito da forma pela qual foi obtido – acaba por enviar aos perpetradores da tortura a mensagem de que sua conduta é válida e mesmo necessária à persecução penal; afinal, a confissão obtida foi empregada em processo para incriminar o réu torturado. A finalidade que motivou a prática da tortura – incriminar a vítima dos maus-tratos – foi atingida.

Com isso, viola o Estado brasileiro não apenas sua obrigação de respeitar o direito de não ser torturado e o dever de investigar denúncias de tortura,

mas também o dever de prevenir violações desse direito. Assevera a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

> A Comissão [Interamericana de Direitos Humanos] concluiu que, dado que a violação faz parte de um 'padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado', não somente havia sido violada a obrigação de processar e condenar, mas também a de prevenir estas práticas degradantes.[26-27]

É precisamente o caso do Brasil – segundo constatou a própria Corte, "de acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro".[28] Assim, a conduta de dar algum valor a depoimentos prestados em tais circunstâncias constitui, também, violação do dever do Estado de prevenir tais agressões.

Acrescenta, ainda, a Corte: "a Corte tem indicado que aceitar ou dar valor probatório a declarações ou confissões obtidas mediante coação, que afetem a pessoa que a presta ou a um terceiro, constitui, por sua vez, infração a um julgamento justo".[29-30]

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, no julgamento de Gäfgen vs. Alemanha, afirmou que, em um caso de tratamento desumano – na hipótese, ameaça de tortura, que resultou em confissão –, a mera utilização da prova tinha tornando o processo injusto, "independentemente da admissão ou não da centralidade de tal evidência para a condenação".[31]

A conduta consentânea com a jurisprudência internacional, ao revés, é, no mínimo, considerar que o depoimento foi – se é que existiu – obtido de maneira ilícita, porque em afronta a normas internacionais e internas de proteção aos direitos humanos em geral e, em particular, do direito a não ser submetido a torturas. Como depoimento com origem ilícita, não pode ter nenhum valor processual penal, a teor da Constituição Federal: "Art. 5º: [...] LVI – **são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"**.

---

[26] CIDH, **Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil**, Relatório de 4 de abril de 2001, par. 56.

[27] **Caso González e Outras vs.** México, par. 255.

[28] **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 102.

[29] **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, par. 167.

[30] **Caso Juan García Cruz e Santiago Sánchez Silvestre vs. México**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 58. No mesmo sentido, na Corte Europeia de Direitos Humanos, **Caso El Haski vs. Bélgica**, App nº 649/08 (25 de setembro de 2012), par. 85.

[31] FOLEY, Conor. **Protegendo os brasileiros contra a tortura**. Manual para juízes, promotores, defensores públicos e advogados. 2. ed., p. 99.

Noutros termos, tendo o suposto depoimento do ora paciente, em que confessaria a posse das mochilas e dos bens ilícitos nelas contidos, sido obtido após tortura sofrida por ele, não pode ser considerado como prova válida a incriminá-lo, sob pena de afronta à Constituição, à dignidade humana e às convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

A cada vez que se ignora denúncia de tortura e se considera válido um depoimento obtido mediante tortura, vulnera-se o direito à justiça, retroalimenta-se **a prática ilícita e revitimiza**-se a pessoa que sofreu a tortura. Explica a Corte:

> Com efeito, a Comissão argumentou que "o dano psicológico causado pelas torturas se viu exacerbado pela rejeição de suas denúncias perante o Poder Judiciário". [...] Em vista disso, a Corte considera que a falta de resposta judicial afetou a integridade pessoal do senhor Bueno Alves, o que torna o Estado responsável pela violação do direito contemplado no artigo 5.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento da vítima.[32]

Ainda que se entendesse, desconsiderando todos esses argumentos, que poderia a tortura – que é inconteste – ter ocorrido após a confissão, como castigo, verifica-se que, ainda assim, a suposta confissão é nula.

Com efeito, dispõe o art. 5º, LXIII, da Constituição que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Assim, ainda sem as agressões comprovadamente sofridas pelo paciente ou ainda que tivessem ocorrido após a suposta confissão, como castigo, esta já seria inválida, porque obtida em afronta ao direito ao silêncio e ao direito a entrevista prévia e reservada com um defensor ou advogado. Explica a Corte Interamericana:

> Por outro lado, [a Corte] estabeleceu que 'o direito à defesa deve poder exercer-se desde que se aponta uma pessoa como possível autor ou partícipe de um fato punível, e só se encerra quando finalizado o processo. [...] O direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo, a todo momento, como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não simplesmente como um objeto do mesmo'[33]. Da mesma forma, também

[32] **Caso Bueno Alves vs. Argentina**, par. 92-95.

[33] **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17 de novembro de 2009, par. 29; **Caso J. vs. Peru**. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2013, par. 194.

> determinou este Tribunal que 'impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicia a investigação contra si e a autoridade determina ou executa atos que implicam a afetação de direitos seus significa potencializar os poderes investigativos do Estado em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa investigada'[34]. Analogamente, a Corte expressou que o artigo 8.2.b da CADH se aplica inclusive antes de ser formulada uma 'acusação' em sentido estrito. Para que o aludido artigo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação ocorra previamente a que o acusado dê sua primeira declaração[35] perante qualquer autoridade pública.[36]

Dessa forma, mesmo que não houvesse ainda o processo, no momento em que foi *abordado* pelos agentes estatais, o ora paciente já tinha direito à defesa, e deveria ter sido alertado imediatamente de que não era obrigado a prestar *quaisquer* declarações, nem fazê-lo sem um advogado ou defensor público presente – isso não seria admissível num processo penal instaurado e não deve sê-lo na fase pré-processual, em que não há, ainda, acusação formal, mas já há, de todo modo, acusação de prática de crime.

Noutros termos, então, assim que revistado – antes de passar pelo local em que as mochilas supostamente estariam –, XXX tinha de ter sido alertado de que tinha o direito de não se manifestar sobre nada, e de só fazer qualquer afirmação na presença de advogado ou defensor público. Sem isso, eventual confissão realizada é nula.

É nesse sentido, evidentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> I. *Habeas corpus*: cabimento: prova ilícita. [...] II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da

[34] **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**, par. 29; e **Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México**, par.154.

[35] **Caso Tibi vs. Ecuador**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de setembro de 2004, par. 187, e **Caso J. vs. Peru**, par. 195.

[36] **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**, par. 30, e **Caso J. vs. Peru**, par. 195.

> admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, **dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não**. [...] V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). [...]
> (HC 80.949, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001 – destaques nossos)

Sem questionar o conteúdo do depoimento dos agentes públicos (doc. 5), é evidente que tal alerta, aqui, não foi realizado por eles – primeiramente, não narram tê-lo feito, e, além disso, XXX não tinha qualquer motivo para confessar a propriedade de bens supostamente contidos em mochilas que teriam sido localizadas longe, segundo os próprios agentes, do local em que foi abordado. Se é que as mochilas foram mesmo encontradas da forma narrada, é evidente que o paciente não afirmou, *do nada*, "é minha" – isto seria inverossímil –, e sim que, no mínimo, os agentes públicos lhe indagaram se era sua, e ele, sem alerta do direito ao silêncio, respondeu afirmativamente.

O prejuízo ao paciente decorrente de tal afronta é evidente, eis que denunciado por três crimes em razão disso, considerando que o único *indicativo* de que seria o proprietário das drogas e munições é esse, já que não apreendidos em seu poder.

Não se pode, então, atribuir qualquer valor probatório contra o ora paciente a essa suposta confissão informal – ou foi obtida mediante tortura, ou, no mínimo, com afronta ao direito ao silêncio.

Impõe-se, então, a concessão da ordem para vedar aos órgãos *a quo* que considerem a suposta confissão informal como argumento – mesmo que *obiter dictum* – a embasar sentença contra o paciente. O julgamento contra ele deverá se dar ignorando completamente essa suposta confissão, com base apenas nas provas que existirem para além dela.

VI. Da necessidade de concessão liminar da ordem

A concessão de liminar em *habeas corpus* exige a presença de plausibilidade jurídica do pedido e risco na demora em sua apreciação.

O pedido de relaxamento ou, ao menos, revogação da custódia cautelar possui largo amparo jurídico, já explicitado – a prisão é inconstitucional, anticonvencional e ilegal, eis que ocorreu tortura em um dos momentos da prisão em flagrante, o que macula a forma de sua realização, tornando-a nula (a forma não observou o ordenamento). Isso macula a prisão preventiva, que decorreu de conversão daquela. Além disso, a tortura retira o *fumus comissi delicti*. O paciente é, ainda, **primário e de bons antecedentes**.

Saliente-se que as lesões são provadas por prova pré-constituída, e o fato de não terem seus perpetradores ainda sido cabalmente condenados com trânsito em julgado não pode ser usado para obstar a concessão da ordem – tratar-se-ia de fazer prevalecer o direito à presunção de inocência dos agressores, que sequer são parte deste processo, sobre os direitos à presunção de inocência e a não ser vítima de tortura do ora paciente. Havendo dúvida, deve-se decidir em favor de sua liberdade.

Por fim, impende consignar que **o próprio Ministério Público em atuação junto ao Superior Tribunal de Justiça, ora autoridade coatora, entendeu que, em virtude das circunstâncias supra-aludidas, deveria a ordem ser concedida**, para pôr o paciente em liberdade até o trânsito em julgado da sentença.

O risco na demora, por outro lado, é evidenciado pelo fato de o paciente encontrar-se preso – cada minuto em que um indivíduo permanece recluso nas masmorras que são as prisões do Estado, e indevidamente, o expõe a estado de coisas inconstitucional, conforme já reconhecido por essa Corte Constitucional. Torna-o, ainda, vulnerável ao poder dos integrantes de organizações criminosas reclusos em tais estabelecimentos e, em troca de proteção, podem fazer um indivíduo parte da organização criminosa, que até então não integrava. Mais seguro não apenas para o indivíduo, mas para a própria sociedade é que ele aguarde sua sentença em liberdade, cumprindo ou não cautelares alternativas à prisão.

Dessa forma, pelo exposto, deve ser concedida medida liminar para que o paciente aguarde o julgamento final do presente *writ* em liberdade, com ou sem a imposição de cautelares alternativas à prisão.

VII. Conclusão

Em face do exposto, requer, liminarmente e sem prévia oitiva da autoridade coatora, consubstanciado o constrangimento ilegal e a urgência manifesta, **seja o paciente posto em liberdade, impondo-se ou não cautelares alternativas à prisão, conforme o que se entenda mais apropriado, permitindo-lhe que aguarde em liberdade o julgamento do mérito da presente impetração – conforme, inclusive, se manifestou a acusação, pelo Ministério Público em atuação perante o Superior Tribunal de Justiça.**

No mérito, pugna seja **confirmada a medida liminar pleiteada e seja reconhecido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença** no processo criminal de origem, **além de se conceder a ordem para vedar que a suposta confissão informal, que teria sido realizada por ele por ocasião de sua prisão, seja utilizada para fundamentar, mesmo que de maneira *obiter dictum,* sentença contra si, impondo-se que o julgamento seja realizado sem qualquer consideração a isso**.

Nestes termos, pede-se deferimento.

Rio de Janeiro, 9 de julho de 2019.

Defensoras/es Públicas/os

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE FLAGRANTE FORJADO

Mariana Castro de Matos
Defensora pública do Estado do Rio de Janeiro
matos.marianac@gmail.com

Resumo: Trata-se de demanda que busca pleitear indenização do Estado em caso em que o autor foi preso por decorrência de flagrante forjado por policiais, tendo respondido a processo criminal como decorrência e, posteriormente, sido absolvido.

Palavras-chave: Processo criminal. Flagrante forjado. Absolvição. Responsabilidade civil do Estado.

Juízo da ___ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital – Estado do Rio de Janeiro

XXX, nacionalidade, estado civil, profissão, portador da cédula de identidade de n. xxxxxx, expedida pelo xxxxx, inscrito no CPF sob o nº xxxxxxxxx-xx, telefone: (xx) xxxxx-xxxx, e-mail **xxxxx**, residente e domiciliado à xxxxxxx, vem, por intermédio da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, com arrimo nos arts. 5º, V, X e LXXIV, 37, § 6º, e 134, todos da Constituição Federal de 1988, 43, 186 e 927 do Código Civil e na Lei nº 12.153/2009, propor a presente

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público interno, inscrita no CNPJ 42.498.600/0001-71, que deverá ser citado, conforme estipulado pelos arts. 75, II, e 242, § 3º, ambos do CPC, na Procuradoria-Geral do Estado, com endereço à Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro – RJ, pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos.

1. Da gratuidade de justiça e do patrocínio pela Defensoria Pública

Primeiramente, declara o autor não possuir condições financeiras para arcar com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, conforme inclusa declaração de hipossuficiência, razão pela qual faz jus à gratuidade da justiça, nos termos dos arts. 98 e ss. do CPC/2015, o que ora requer, bem como indica a Defensoria Pública para o patrocínio da causa, na forma do art. 5°, LXXIV, c/c art. 134 da CRFB/1988.

2. Da competência

A regra do art. 52, parágrafo único, do novo CPC (Lei nº 13.105/2015) estatui a faculdade da parte autora de escolher o foro nas ações em face do Estado-membro da Federação: "Se Estado ou o Distrito Federal for o demandado, a ação poderá ser proposta no foro de domicílio do autor, no de ocorrência do ato ou fato que originou a demanda, no de situação da coisa ou na capital do respectivo ente federado".

No caso em análise, é a demanda ajuizada na capital do Estado-réu, que é também o local de domicílio dos autores e onde ocorreram os fatos que a originaram.

3. Dos fatos

No dia 14 de julho de 2016, entre 19h e 20h, o Sr. XXX, ora autor, estacionou sua motocicleta em frente a um bar, próximo à estação de metrô de Maria da Graça, a fim de aguardar sua então namorada, que o encontraria ali para que juntos fossem para casa.

Aguardava sentado na motocicleta, desligada, com o capacete pendurado no braço, quando surgiu um veículo preto comum, sem qualquer identificação, e parou ao lado de onde XXX estava. Logo em seguida, surgiu outro, também descaracterizado, e parou atrás. Os dois veículos bloqueavam o caminho do autor, impedindo que ele saísse de onde estacionara, se quisesse.

Ato contínuo, saltaram dos veículos quatro indivíduos, com roupas comuns, gritando para XXX:

"Perdeu, perdeu!" Mandaram que ele levantasse a blusa, a fim de verificar se ele estava armado. O autor, assustado, levantou a camisa, e os indivíduos, vendo que ele não portava arma, gritaram novamente: "Perdeu, perdeu, deita no chão!".

Acreditando que se tratava de um assalto, XXX fugiu correndo. Um dos indivíduos, então, atirou contra ele, e o disparo veio a atingi-lo por trás, na perna direita, fazendo com que ele caísse. A situação foi presenciada pelos frequentadores do bar que ficava em frente ao local onde o autor fora abordado e gravada por câmeras de segurança.[1]

Os indivíduos que abordaram o autor se aproximaram correndo e informaram que eram policiais civis, dando voz de prisão a XXX e o levando, em seguida, para o outro lado da rua, mais distante dos frequentadores do bar, onde o jogaram no chão. XXX, desesperado, afirmou que era estudante de Administração, e os policiais – dois deles posteriormente identificados como AAA e BBB, integrantes da Delegacia de Combate às Drogas (DCOD) – gritaram para que ele calasse a boca. XXX continuou tentando informar que não era criminoso, ao que o policial J. lhe aplicou um chute na boca, gritando:

"Cala a boca, quer ver eu te matar agora?!"

Em seguida, chegou outro carro, este com identificação da Polícia Civil, de onde saltaram outros dois policiais, posteriormente identificados como CCC e DDD, que perguntaram aos outros o que havia ocorrido. Os outros policiais informaram que o autor havia fugido de abordagem policial e eles teriam, então, atirado. Os policiais CCC e DDD puseram XXX na viatura e o levaram para o Hospital Municipal Salgado Filho, a fim de que recebesse atendimento médico em razão do disparo que o atingira e do chute no rosto.

No hospital, os médicos constataram que o tiro transfixara sua perna. Após realizado exame de raio X, em que foi verificado que não houvera fratura óssea, os médicos suturaram o ferimento e solicitaram a realização de exames complementares. Os policiais, porém, negaram, afirmando que XXX tinha de ser imediatamente levado à Cidade da Polícia – provavelmente, com medo de que chegasse familiar de XXX, que indagaria o motivo da prisão, e os policiais não teriam nenhum para apresentar, eis que XXX não portava nenhum objeto cuja posse configurasse crime, nem tinha praticado qualquer conduta delituosa.

De todo modo, o boletim de atendimento médico, que segue anexo a esta exordial, indica que, de fato, XXX sofrera lesão por projétil de arma de fogo (PAF) na perna direita e apresentava lesão corto-contusa no mento (região inferior do rosto, abaixo do lábio inferior), esta decorrente do chute aplicado pelo policial BBB.

Na Cidade da Polícia, o policial DDD começou a colher seu depoimento, mas, alegando sentir-se mal, foi substituído. Ao ler o que ele já havia reduzido a termo, o policial CCC exclamou:

"Olha o que ele tava fazendo; ia ferrar a gente!"

[1] A mídia contendo o vídeo será acautelada em cartório.

O policial CCC, então, começou a digitar no computador, sem perguntar mais nada a XXX. Ao final, mandou que o autor assinasse algumas folhas. XXX alegou que não podia assinar sem ler o que estava escrito, ao que os policiais responderam que assinasse logo, afirmando que, quando o fizesse, ele poderia falar com sua família.

XXX assinou as folhas – e, posteriormente, veio a descobrir que sua versão dos fatos não fora reduzida a termo, tendo constado que ele preferiria ficar em silêncio – e, em seguida, foi levado imediatamente a uma cela, sem poder falar com nenhum familiar, nem ligar para ninguém.

No dia seguinte à prisão, foi apresentado em audiência de custódia, em que, apesar de terem sido apresentados documentos indicando que ele era estudante de Administração, realizava processo seletivo dos Fuzileiros Navais e dos Aprendizes-Marinheiros e tinha residência fixa, além de nenhuma anotação criminal, foi mantida sua prisão.

XXX só veio a ter contato com seus familiares cerca de 20 (vinte) dias após, quando estes conseguiram obter a carteirinha que os habilitava a visitá-lo no presídio.

Foi ofertada denúncia criminal contra ele perante a 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital (Processo nº 0233294-95.2016.8.19.0001), imputando-lhe o crime de tráfico de drogas, com incidência de majorante atinente ao emprego de arma de fogo (art. 33, *caput*, c/c art. 40, IV, ambos da Lei nº 11.343/2006). Os policiais narraram, na delegacia[2] e, após, em audiência,[3] que XXX teria sido abordado e surpreendido portando uma mochila contendo drogas e uma arma de fogo. Afirmaram, ainda, que, ao receber voz de prisão, XXX teria posto a mão na cintura, como se fosse sacar arma de fogo e, então, fora baleado. O policial AAA confessou, em audiência, ter efetuado o disparo e afirmou que se tratava de tiro de fuzil.

No entanto, dois frequentadores do bar, EEE, agente penitenciário, e FFF, advogado, que haviam presenciado toda a situação, prestaram também depoimento em juízo,[4] tendo narrado que XXX não portava mochila alguma, que não havia nenhuma mochila no local e que, quando levantara a camisa, a mando dos policiais, puderam ver que ele tampouco portava arma de fogo. Afirmaram, ainda, que XXX não fizera menção de sacar arma alguma – narraram que fora cercado, levantara a camisa para que se verificasse que não estava armado e, então, assustado, sem entender que se tratava de abordagem policial, correra, tendo o policial AAA atirado contra ele, fazendo com que caísse.

---

[2] As cópias dos depoimentos seguem anexas a esta exordial.

[3] As gravações dos aludidos depoimentos também ficarão acauteladas em cartório.

[4] As gravações serão também acauteladas.

Os relatos do agente penitenciário e do advogado – que não conheciam XXX, tendo prestado depoimento com compromisso de dizer a verdade – são corroborados pelas imagens das câmeras de segurança do bar, que haviam sido juntadas aos autos do processo criminal já quando da apresentação da resposta à acusação, mas até então ignoradas.

Ante as circunstâncias, somadas ao fato de que XXX jamais tivera passagem pela Justiça Criminal, teve ele reconhecido o direito de aguardar seu julgamento em liberdade, tendo sido solto após 105 (cento e cinco) dias de prisão.

Não obstante, o juízo da 23ª Vara Criminal acabou por condená-lo pelas imputações contidas na denúncia, em sentença que não faz qualquer alusão nem aos depoimentos do agente penitenciário e do advogado, nem às imagens das câmeras de segurança – que, possivelmente, não foram sequer vistas, eis que a mídia que continha a gravação fora remetida ao Instituto de Criminalística Carlos Éboli para análise, tão logo juntada, a pedido do Ministério Público, e não fora restituída até a sentença, não tendo o juízo requerido seu retorno. Foi fixada pena de 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Em sede de apelação, no entanto, os desembargadores integrantes da 4ª Câmara Criminal solicitaram a restituição da mídia e, considerando as imagens das câmeras de segurança do bar e o depoimento do advogado e do agente penitenciário, que presenciaram a ação – tudo a indicar que XXX, em verdade, ao contrário do afirmado pelos policiais, não portava arma alguma, nem drogas – reformaram a sentença e o absolveram. O acórdão absolutório transitou em julgado.

Nesse meio-tempo, porém, o autor sofreu diversas consequências danosas.

XXX, em primeiro lugar, ficou preso injustamente por 105 (cento e cinco) dias, 51 (cinquenta e um) dos quais no Presídio Ary Franco, onde dividia a cela com outros 68 (sessenta e oito) presos. Além disso, teve seus estudos interrompidos e não pôde concluir os processos seletivos dos Fuzileiros Navais e dos Aprendizes-Marinheiros a que se submetia quando foi preso, o que impediu que realizasse as etapas seguintes.

Ademais, sofreu lesão corporal em razão do tiro na perna, que lhe causou cicatriz existente até hoje, bem como lesão corporal decorrente do chute no rosto. Durante o cárcere, o ferimento na perna inflamou, e, por meio da intervenção da Defensoria Pública junto ao diretor do Presídio Ary Franco, sua família conseguiu que recebesse medicamento, o que evitou que a situação se agravasse.

Adicionalmente, em razão do trauma sofrido, tem de ingerir remédios tranquilizantes diariamente.

Até o momento, XXX permanece desempregado e não conseguiu, em razão das dificuldades financeiras, retomar os estudos na faculdade de Administração, eis que cursava universidade particular e não tem mais meios de arcar com as mensalidades da graduação. Atualmente, faz curso para técnico de enfermagem.

4. Do direito

4.1. Da responsabilidade civil do Estado

Como é sabido, todo aquele que, com sua conduta, comissiva ou omissiva, causa dano injusto a outrem fica obrigado a indenizá-lo. No caso em que a conduta danosa é praticada por agente estatal, fica o Estado obrigado a indenizar as vítimas, independentemente de ter o dano sido causado dolosa ou culposamente pelo agente público, consoante o art. 37, § 6º, da Constituição. Logo, verifica-se que a responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva, fundamentada na teoria do risco administrativo:

> Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros**, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Explica Sérgio Cavalieri Filho, na obra que é referência no estudo da responsabilidade civil:

> O exame desse dispositivo [art. 37, § 6º da Constituição] revela, em primeiro lugar, que o Estado só responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. A expressão seus agentes, nessa qualidade, está a evidenciar que a Constituição adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública. [...] Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do evento danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionado a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato.[5] [sublinhamos]

[5] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 246-247.

No mesmo sentido é a doutrina de Hely Lopes Meireles[6] – a configuração do dever indenizatório estatal prescinde da aferição de culpa na ação ou na prestação do serviço pelo Estado, bastando que o lesado comprove a existência do dano e o nexo causal interligando este e a atividade desenvolvida por aquele.

No caso em questão, verifica-se que agentes estatais, valendo-se de suas funções, causaram danos injustos ao autor.

Com efeito, **os policiais AAA, BBB, CCC e DDD prenderam o autor, atiraram contra ele e lhe deram um chute na boca – ou seja, restringiram sua liberdade e violaram sua integridade física –, alegando que estaria portando uma mochila que continha entorpecentes e arma de fogo, quando, ao final, restou comprovado**, pela análise das imagens das câmeras de segurança e dos depoimentos das pessoas que estavam no bar por ocasião da abordagem ao autor, **que ele não portava mochila alguma, nem possuía consigo drogas ou armas, e que, em verdade, era fantasiosa a versão dos policiais.**

O autor, então, primeiramente, teve sua liberdade restringida por agente público em hipótese não amparada pelo ordenamento, de maneira absolutamente inconstitucional, o que configura dano injusto a seu direito de liberdade – não havia praticado ilícito algum, tendo ele sido imputado falsamente pelos policiais, e a Constituição prevê que ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Não havendo situação flagrancial nem ordem de prisão, é manifestamente inconstitucional a detenção, e, portanto, a privação do direito de liberdade do autor foi absolutamente abusiva. Exsurge, então, a responsabilidade civil do Estado – agentes públicos, valendo-se de suas funções, causaram dano injusto ao direito de liberdade do autor.

---

[6] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 691.

A ilegalidade se agravou na medida em que os policiais, para deter o autor, atiraram contra ele, tendo o disparo atingido sua perna, e, após, já estando imobilizado no chão, chutaram seu rosto, o que gerou corte no mento (parte inferior do rosto, abaixo do lábio inferior), como atesta o boletim de atendimento médico.

Assim, para efetuar prisão inconstitucional, os policiais causaram lesões corporais ao autor, consistentes em perfuração de sua perna direita por disparo de arma de fogo e em lesão corto-contusa em seu rosto.

Nem se diga que o disparo teria sido lícito, necessário para conter o autor – segundo informaram as testemunhas e se pode verificar das imagens das câmeras de segurança do bar, XXX, ao ser abordado, levantou a camisa, o que permitiu aos policiais verificar que não estava armado, nem portava qualquer bem cuja posse configurasse crime. Não havia, então, qualquer motivo para prisão, ou situação que pudesse ensejar legítima defesa dos policiais ou de terceiros. Em seguida, contudo, os policiais gritaram que ele havia "perdido" e mandaram que deitasse no chão, e XXX, assustado, pensando se tratar de assalto – os policiais não haviam se identificado, usavam roupas comuns e vinham em carro descaracterizado –, correu, o que fez com que os policiais atirassem. Não havia, porém, claramente, motivo para detê-lo, de modo que disparo com essa finalidade era ilegal; a razão que poderia justificar eventual disparo para evitar fuga estava ausente. **Injusto, portanto, o dano a sua integridade física.**

Mais evidente ainda é a injustiça do dano decorrente do chute no rosto – XXX já estava no chão, imobilizado, quando o policial lhe agrediu. Estava desarmado e já caíra quando fora atingido pelo tiro na perna. Não havia qualquer razão a amparar agressão no rosto, nenhuma situação de legítima defesa do policial ou de terceiro.

Além disso, ao autor não foi permitido contatar ninguém quando preso – seus familiares souberam da prisão por terceiros, e o autor ficou incomunicável por cerca de 20 (vinte) dias, até que seus familiares conseguissem finalmente obter a carteirinha que os autorizava a visitá-lo no presídio, o que fizeram imediatamente – em descompasso, então, com o art. 5º, LXII e LXIII, da Constituição. O direito do preso a não ficar incomunicável não comporta exceções, eis que "trata-se de medida destinada a assegurar a necessária proteção à integridade física e psíquica do preso, bem como oferecer-lhe a adequada proteção jurídica".[7] A incomunicabilidade evita, inclusive, que ele possa denunciar eventuais ilicitudes na prisão ou maus-tratos que sofra, impedindo o controle da observância dos direitos do preso; não por outra razão, era comum a incomunicabilidade de presos durante a ditadura militar. Dessa forma, a **incomunicabilidade gera dano injusto a todos esses direitos fundamentais.** Sobre o tema, leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[7] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 718.

> Quanto ao isolamento, a Corte já se referiu em outros casos aos efeitos que causa nos internos[8] e salientou, inter alia, que o 'isolamento prolongado e o isolamento coativo são, por si só, tratamentos cruéis e desumanos, os quais lesam a integridade psíquica e moral da pessoa e o direito ao respeito da dignidade inerente ao ser humano'.[9] Também estabeleceu que o isolamento só pode ser utilizado de maneira excepcional, levando em conta os graves efeitos que gera, pois 'o isolamento do mundo exterior **produz, em qualquer pessoa, sofrimentos morais e perturbações psíquicas, coloca-a em situação de particular vulnerabilidade e acrescent[a] o risco de agressão e de arbitrariedade nos presídios'**.[10] No mesmo sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que o isolamento sensorial total usado em conjunto com o isolamento social total pode destruir a personalidade de um indivíduo; e portanto constitui um tratamento desumano que não pode ser justificado alegando necessidade de segurança.[11] [destaques nossos]

A prisão inconstitucional perdurou por 105 (cento e cinco) dias. Com base na versão falsa criada pelos policiais, o ergástulo foi mantido pelo Poder Judiciário em sede de audiência de custódia e, após, pelo juízo criminal de 1ª instância, que só veio a libertar o autor após a audiência de instrução e julgamento.

Como decorrência, ainda, dessa prisão inconstitucional, o autor sofreu trauma que o levou a passar a tomar remédios psiquiátricos – afrontando, assim, seu direito à integridade psíquica –, **teve estudos interrompidos e sofreu abalo na sua imagem, que impede, até hoje, que consiga emprego formal**.

A conduta dos agentes públicos, assim, afrontou de maneira injusta (não amparada pelo ordenamento) os direitos do autor à liberdade, à integridade psicofísica, à imagem e a não ficar incomunicável, além de gerar prejuízos de ordem patrimonial a ele.

---

[8] **Caso de Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) vs. Venezuela**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 5 de julho de 2006, par. 94; **Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de setembro de 2005, par. 95 e 96; e **Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2004, par. 103.

[9] **Caso de la Cruz Flores vs. Peru**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 18 de novembro de 2004, par. 128; **Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2003, par. 87; e **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000, par. 150.

[10] **Caso de la Cruz Flores vs. Peru**, par. 129; **Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala**, par. 87; e **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**, par. 150.

[11] Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso de Öcalan vs. Turkey** (GC). Sentença de 12 de maio de 2005, App. n. 46.221/99, par. 191.

Não é sequer necessário comprovar, como já observado, que os agentes estatais tenham agido de maneira dolosa ou culposa ao gerar todos esses danos. Não é necessário que se tivesse ciência de que havia ilegalidades. É certo que aqueles, por sua condição de policiais civis, deveriam conhecer as leis e saber em quais casos a prisão é ou não cabível, e em quais casos o uso da força é ou não possível, e em que medida. Os magistrados, por sua vez, poderiam ter analisado as imagens das câmeras tão logo juntadas aos autos, mas parecem ter se fiado no depoimento fantasioso dos policiais.

No entanto, mesmo que tenham todos agido de boa-fé, supondo que a prisão era válida e o uso da força proporcional, e que não tenham sequer imaginado os outros prejuízos que da situação acabaram por decorrer, persiste a responsabilidade civil do Estado, eis que a detenção, da qual todos os danos acabaram por decorrer, era inconstitucional e incabível, já que não havia situação de flagrante delito ou ordem judicial a ampará-la.

Noutros termos, houve uma prisão não amparada pelo ordenamento, o que faz com que todos os danos dela decorrentes sejam também injustos, a atrair, assim, dever do Estado de indenizá-los, sendo irrelevante se a conduta dos agentes estatais foi ou não dolosa ou culposa.

Uma prisão lícita gera danos que não são *em regra* encarados como injustos. Os que decorrem de prisão inconstitucional, porém, são nitidamente injustos, não aceitos pelo ordenamento, de modo que devem ser indenizados. **Trata-se, mesmo, de previsão expressa do Código Civil, em seu art. 954, III:**

> Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.
> Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:
> [...]
> III – a prisão ilegal.

A responsabilidade estatal só seria elidida se os danos decorrentes da prisão inconstitucional tivessem sido ocasionados por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (não agente estatal), ou por fortuito – leciona Cavalieri Filho que "as causas que excluem o nexo causal (força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima e de terceiro) excluirão também a responsabilidade objetiva do Estado".[12] Nenhuma dessas excludentes, porém, está presente aqui.

[12] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 248.

Evidentemente, não há culpa alguma das vítimas, como, inclusive, reconhecido pelo próprio Poder Judiciário, por meio da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que inocentou o autor das acusações criminais formuladas contra ele – não realizava ilícito algum e não pendia contra si mandado de prisão. Foi preso o autor, assim, sem que nada tivesse feito para justificar a segregação, não tendo de nenhum modo sido responsável por ela. Não houve, por outro lado, culpa exclusiva de terceiro, visto que a prisão foi determinada pelos próprios policiais, agentes do Estado. Por fim, obviamente, a prisão não decorreu de fortuito. Há, então, responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes da prisão indevida praticada por seus agentes.

É nesse sentido, evidentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece, pacificamente, que a prisão ilegal gera responsabilidade civil do Estado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO CONFIGURADA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. PEDIDO ALTERNATIVO DE REDUÇÃO. VALOR EXCESSIVO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.
> [...]
> 2. No enfrentamento da matéria, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos (fls. 174-178, e-STJ): "Em relação ao delito previsto no artigo 306 do CTB, é de fácil percepção a ilegalidade da prisão, tendo em vista que, conforme o relatório de fls. 64/65, elaborado pela Delegada titular do lº Distrito Policial de Parnaíba, o teste de etilômetro realizado pelo apelado apresentou resultado de 5,80 dg/1 de álcool no sangue, quando a lei vigente à época dos fatos exigia concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas. [...] Considerando que não restou configurado o perigo de dano na conduta do apelado, como, aliás, informado pela própria delegada responsável pelo inquérito, é flagrante a ilegalidade da prisão também em relação ao delito previsto no artigo 309, do CTB. [...] Já o nexo causal entre o ato ilícito cometido pelo Estado e os danos sofridos pelo apelado resta claro, uma vez que a sua prisão foi efetuada por agente da Polícia Civil do Estado do Piauí, mesmo SEM a configuração dos ilícitos previstos nos artigos 306 e 309, do CTB. O apelante, contudo, não comprovou nenhuma das hipóteses excludentes do dever de indenizar".
> 3. No presente caso, para rever o entendimento da Corte

> de origem, a fim de atender ao apelo do recorrente, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos. Incidência, na hipótese, da Súmula 7 do STJ.
> [...]
> (AgInt no AREsp 1109601/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017 - sublinhamos)
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
> [...]
> II. Trata-se, na origem, de ação ajuizada em desfavor do ESTADO DE PERNAMBUCO, objetivando o pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de indevida prisão em flagrante.
> III. No caso, o Tribunal de origem, à luz dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "inobstante o curto período de encarceramento da recorrente, um dia, é flagrante a ilegalidade da prisão, bem como inquestionáveis são os danos morais por ela sofridos". Conclusão em contrário, com a verificação da ocorrência dos pressupostos legais da prisão, e, ainda, da ocorrência do dano moral, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
> IV. Consoante jurisprudência desta Corte, "o Tribunal a quo, com base no acervo probatório dos autos, decidiu que foi comprovada a ocorrência de prisão ilegal. Desse modo, é inviável, em recurso especial, o reexame da matéria fática constante dos autos, por óbice da Súmula 7/STJ" (STJ, AgRg no AREsp 363.185/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/12/2014).
> V. Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 916.125/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 13/02/2017)

É o que se deu no caso em comento – o autor foi indevidamente preso em flagrante, **já que, como se constatou ao final do processo criminal, não havia flagrante algum. Os danos decorrentes dessa prisão, então – tiro, agressão, abalo psicológico a gerar necessidade de ingestão de**

remédios psiquiátricos, perda de emprego, interrupção de estudos, afronta à imagem –, devem ser indenizados.

Dessa forma, tendo agente estatal, no exercício de suas funções, causado danos injustos ao autor, deve este ser indenizado pelo Estado.

4.2. Da indenização por danos morais

Conforme estabelecem os arts. 12 e 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. O dano pode ser de caráter patrimonial (prejuízo econômico) ou pode consistir em afronta à dignidade humana em geral, da qual decorrem os direitos fundamentais, em particular, como são os direitos à liberdade e à integridade psicofísica. Naquele caso, diz-se que o dano é material; neste, que é moral.

Consoante Sérgio Cavalieri Filho, "os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. [...] na atual ordem jurídico-constitucional, a dignidade é o fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação".[13]

Não há dúvidas de que condutas que geram lesão injusta à liberdade e à integridade física, direitos humanos e fundamentais que são, constituem agressões ao direito à dignidade humana.

Com efeito, atenta à sua relevância, a Constituição consagra, em seu art. 5º, *caput*, o direito à liberdade e estabelece, especificamente, que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem observância dos ditames legais (art. 5º, LIV), que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada (art. 5º, LXV) e, como já mencionado, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (art. 5º, LXI). Prevê, ainda, que o preso não pode ficar incomunicável, tendo direito a assistência familiar e a contatar seus familiares (art. 5º, LXII e LXIII).

Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos,[14] em seu art. 7, combinado ao art. 1, prevê que os Estados têm a obrigação de prevenir, proteger, respeitar e garantir o direito à liberdade, que ninguém pode ser privado de sua liberdade em desacordo com a Constituição e as leis, e ninguém pode ser submetido a detenção arbitrária.Analogamente, prevê em seu art. 5.1, combinado ao art. 1, que os Estados têm a obrigação de prevenir, proteger, respeitar e garantir o direito à integridade física e psíquica, e, no art. 27.2, estabelece que tal direito não pode ser suspenso nem em situação de estado de exceção.

---

[13] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 82-83.

[14] Internalizada no direito brasileiro pelo Decreto nº 678/1994.

Tais previsões demonstram, nitidamente, a fundamentalidade dos direitos à liberdade e à integridade psicofísica e da vedação a prisões ilegais e arbitrárias, bem como sua ligação íntima com a dignidade humana.

O Estado, assim, não pode violar os direitos à liberdade e à integridade psicofísica, nem prender ninguém ilegalmente. Se o faz, gera dano moral, e deve indenizá-lo.

Em relação à fixação do *quantum* indenizatório, como se trata de lesão inestimável, não há, *a priori*, um valor fixo e certo para a indenização. No entanto, preconiza o Código Civil, em seu art. 944, que toda indenização se mede pela extensão do dano, de modo que a relevância do direito violado ganha especial importância aqui. **Em se tratando, como no caso, dos direitos fundamentais à liberdade e à integridade psicofísica, deve o valor indenizatório ser alto, de maneira compatível com seu relevo, já exposto.**

Além disso, leciona a doutrina que a indenização por danos morais deve ter, além do aspecto compensatório, um punitivo, de modo a desestimular que o agente torne a causar aquela lesão. Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira: "[...] 'caráter punitivo', para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido".[15]

E desenvolve Cavalieri Filho: "[...] a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido da redistribuição)".[16]

Aqui, é especialmente relevante a punição do Estado, eis que, por seus agentes, encarcerou, de maneira inconstitucional, anticonvencional e ilegal, um estudante de apenas 19 (dezenove) anos que nada de ilícito havia praticado, deixando-o incomunicável por cerca de 20 (vinte) dias e preso por um total de 105 (cento e cinco), 51 (cinquenta e um) dos quais dividindo uma cela com outras 70 (setenta) pessoas no Presídio Ary Franco.

A aludida unidade prisional, segundo relatório de vistoria realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em 2015, que segue anexo, tinha capacidade para 968 (novecentos e sessenta e oito) pessoas e, à época, contava com 1.737 (mil, setecentos e trinta e sete) presos, ou seja, quase 800 (oitocentos) presos a mais do que a capacidade. O presídio é subterrâneo e apresenta condições extremamente insalubres, com dificuldade de ventilação, infiltrações e esgoto a céu aberto. Os presos veem a luz solar apenas a partir de uma pequena

[15] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 49.
[16] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 98.

abertura para o céu existente nos fundos das celas, a cerca de 6 (seis) metros do solo, e têm banho de sol apenas uma vez por semana, em torno de 1h30 (uma hora e meia). Em relatos à Defensoria Pública, porém, muitos presos afirmaram jamais terem ido à área externa.[17]

Em razão de tais condições, já desde 2011 o Subcomitê de Prevenção à Tortura da Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou a desativação da unidade prisional.[18] Segundo reportagem publicada pelo jornal *O Globo* em 2016, "o Presídio Ary Franco, em Água Santa, Zona Norte da cidade, é uma versão contemporânea das masmorras medievais. Seu ambiente é claustrofóbico, fétido e asfixiante. As celas estão infestadas de ratos, morcegos e insetos".[19]

A mesma reportagem observa que, no dia seguinte à vistoria realizada em novembro de 2014, o juiz Eduardo Oberg, integrante desse egrégio Tribunal de Justiça, "teve febre, fraqueza e viu o seu estado se agravar. Levado para um hospital, esteve entre a vida e a morte por 20 dias no CTI. Diagnóstico: histoplasmose pulmonar – uma infecção causada pela inalação de esporos de um fungo das fezes de morcego –, provavelmente contraída na vistoria".

Posteriormente, o autor foi transferido a outra unidade prisional (Presídio João Carlos da Silva), que possui capacidade para 884 (oitocentos e oitenta e quatro) pessoas, mas contava, em 2016, segundo relatório de vistoria realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro,[20] com 1.965 (mil, novecentos e sessenta e cinco) presos, ou seja, mais de mil pessoas a mais do que a capacidade. Havia também instalações elétricas precárias, com risco de choque elétrico e incêndio, infiltrações e inundações de esgoto. Não havia fornecimento de água potável aos internos.

A prisão em condições tão degradantes, por si só, já seria apta a gerar dano moral indenizável, ainda que fosse lícita a decretação – o que nem ocorre aqui, como visto. É o que foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 580.252 em fevereiro de 2017, tendo sido fixada, com repercussão geral, a tese de que:

> Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos,

[17] O relatório de vistoria também segue anexo.

[18] O relatório contendo tal recomendação pode ser obtido em https://nacoesunidas.org/relatorio-do-subcomite-de-prevencao-da-tortura-spt-sobre-o-brasil-2012/. Acesso em: 26 abr. 2019.

[19] Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/no-ary-franco-presos-dividem-galerias-com-ratos-morcegos-18735542#ixzz5mENo6aRJ. Acesso em: 26 abr. 2019.

[20] Relatório também anexo.

> inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Some-se a isso o fato de que fora preso injustamente e ficou, ao longo de todo esse período, encarcerado mesmo sendo inocente e sem saber se sua inocência seria, ao final, reconhecida, ou se acabaria injustamente condenado – salientando que era acusado de crime que tem penas de até 15 (quinze) anos de reclusão. Considerando a incidência da causa de aumento de pena que fora cominada, poderia ser condenado a até 25 (vinte e cinco) anos de prisão.

Pelo trauma gerado pela detenção, o autor passou a ter de ingerir remédios psiquiátricos, o que faz até hoje.

Além disso, no contexto da detenção, já sabendo que ele não estava armado e, portanto, não apresentava risco a quem quer que fosse, **agentes estatais atiraram na perna do autor com fuzil e chutaram seu rosto quando já imobilizado e deitado no chão.**

É de conhecimento comum que um **disparo de fuzil provoca lesão de expressiva monta** – inicialmente, o autor **não conseguia sequer andar**. Além disso – provavelmente em razão das condições insalubres na prisão –, o **ferimento infeccionou**, o que gerou necessidade de pronta intervenção médica.

A conduta dos agentes estatais é especialmente reprovável. A uma, porque não cabia sequer prisão no caso, tendo esta sido ilegal, baseada numa imputação falsa realizada pelos policiais. A duas, porque os policiais atiraram no autor e chutaram seu rosto sem que houvesse qualquer situação a amparar o uso da força.

É necessário, então, que, na fixação da indenização, ao se considerar o caráter punitivo que deve ter, se observe **essa situação e se estabeleça valor que seja suficientemente alto a ponto de finalmente desestimular a adoção de condutas análogas no futuro.**

Saliente-se, por fim, que a condição socioeconômica da vítima não pode ser considerada na fixação da indenização por danos morais, o que configuraria discriminação, como se o sofrimento de indivíduo de menos recursos valesse menos, o que afrontaria o princípio constitucional da isonomia e da não discriminação em razão de classe socioeconômica. Nessa direção também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> **CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO**. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por

> pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp **951.777**/DF, Rel. p/ Acórdão, Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, 19/06/2007 - sublinhamos)

Partindo de tais premissas, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem precedentes estipulando valores indenizatórios que servem para (tentar) resgatar a dignidade atingida pela conduta do Estado em casos de prisão ilegal:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO GENÉRICA À LEI. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS NÃO ATACADOS. SÚMULA 283/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 514, II, CPC. INEXISTÊNCIA. RAZÕES DE APELAÇÃO SUFICIENTES À IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> [...]
> 5. A jurisprudência do STJ admite a revisão do *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais em ações de responsabilidade civil quando configurada situação de anormalidade nos valores, sendo estes irrisórios ou exorbitantes.
> 6. Na hipótese em questão, foi com base nas provas e nos fatos constantes dos autos que o Tribunal de origem entendeu que é justo o valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), arbitrado a título de indenização por danos morais, eis que baseado nos danos sofridos em decorrência de prisão ilegal. Desta forma, a acolhida da pretensão recursal demanda prévio reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7/STJ.
> 7. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no AREsp 617.412/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 19/02/2015 - sublinhamos)
> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A Corte de origem, ao analisar o conteúdo fático-probatório dos autos, concluiu pela existência dos danos morais e fixou o valor da indenização em R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Assim, para alterar a conclusão do Tribunal a quo, como requer o recorrente, é imprescindível adentrar

> a seara dos fatos, o que esbarra na Súmula 7/STJ.
> 2. Agravo Regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1465876/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014 - sublinhamos)

Além da prisão indevida, em casos de lesões decorrentes de disparos de arma de fogo efetuados por policiais, vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE LOCOMOÇÃO E LABORATIVA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO EFETUADOS POR POLICIAIS. DANOS MORAIS. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE (R$ 50.000,00). IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não há que se falar em ofensa aos arts. 458 e 535 do CPC.
> 2. Somente é possível rever o valor a ser indenizado quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não se observa no presente caso, em que a indenização foi fixada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em razão da redução da capacidade de locomoção e laborativa de vítima de disparos de arma de fogo efetuados por policiais.
> 3. Agravo Regimental do Estado de Sergipe desprovido.

Por fim, quanto a agressões no contexto de prisões:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AGRESSÃO POLICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO. DANOS MORAIS. REVISÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. O MAGISTRADO FICA HABILITADO A VALORAR, LIVREMENTE, AS PROVAS TRAZIDAS À DEMANDA. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA COM RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

> 1. O acolhimento das alegações deduzidas no Apelo Nobre, a fim de afastar a ocorrência de dano moral, demandaria a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.
> 2. O art. 130 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Magistrado fica habilitado a valorar, livremente, as provas trazidas à demanda.
> 3. Somente em hipóteses excepcionais, quando estiver evidente que os danos morais foram fixados em montante irrisório ou exorbitante, é possível a esta Corte rever o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias com esteio nos deslindes fáticos da controvérsia. No caso dos autos, os danos morais foram fixados em R$ 20.000.00, valor que não extrapola os limites da razoabilidade.
> 4. Agravo Regimental do ESTADO DE RORAIMA a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 573.939/RR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015)

No caso em tela, então, tendo restado demonstrada a inequívoca responsabilidade do Estado-réu – assentada na teoria do risco administrativo – pela conduta dos agentes públicos, que prenderam ilegalmente o autor, imputando-lhe crime que não praticara; considerando, ainda, a gravidade das circunstâncias específicas em que se deu a prisão – tendo XXX sido alvejado com tiro de fuzil que impedia que caminhasse e que infeccionou, e recebido chute no rosto já imobilizado, além de ter ficado incomunicável por cerca de 20 (vinte) dias e, após, preso em condições extremamente insalubres, em celas absolutamente superlotadas, sem banho de sol e sem água potável, com infiltrações, ratos, baratas, morcegos –; e considerando os traumas gerados pela prisão, a exigir a ingestão contínua de remédios psiquiátricos, deve ser condenado o Estado-réu a indenizar o autor pelos danos morais sofridos, fixando-se a indenização, levando em conta a relevância dos direitos lesados e a gravidade e multiplicidade dos danos, somadas à necessidade de punir o Estado pela conduta e desestimulá-lo de tornar a praticá-la, em patamar não inferior a 105 (cento e cinco) salários mínimos, atualmente em torno de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais).

4.3. Da necessidade de custeio dos medicamentos de que necessita o autor

Ainda como decorrência do ilícito e dos danos morais sofridos (*vide* item 4.2, *supra*), o autor passou a sofrer de episódios depressivos (CID 10 F32.9), consoante atestam os laudos médicos anexos.

Consequentemente, impõe-se que o causador do dano – o réu – seja condenado a custear os medicamentos que ele necessita ingerir diariamente, ainda consoante indicado nos laudos, bem como outros que lhe venham a ser prescritos por médico, além de custear outros tratamentos. Trata-se, mesmo, de previsão expressa do Código Civil, que dispõe, em seu art. 949: "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido."

Consoante já indicado, **a conduta ilícita dos prepostos do réu gerou abalo à integridade psicofísica e à saúde psíquica do autor. Assim, necessitando ele de tratamento médico como decorrência, deve o réu custeá-lo – seja fornecendo diretamente os medicamentos, por meio de farmácias populares, e prestando diretamente consultas, por médicos da rede pública ou conveniada de saúde, seja arcando com eles junto à rede privada, em caso de estarem indisponíveis na rede pública**.

Trata-se, mais ainda, de uma decorrência direta da própria Constituição – o art. 196 assim dispõe: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Em seguida, o art. 198, II, determina que as ações e os serviços públicos de saúde, promovidos pelo Estado, devem ser integrais, cobrindo o maior número de tratamentos possível contra o maior número de doenças, de forma então a garantir a efetividade do direito fundamental à saúde (previsto expressamente no art. 6º da Carta Magna) – é despiciendo ressaltar que ele não seria plenamente assegurado se o Estado não tivesse o dever de prover todos os tratamentos possíveis, ou pudesse não tratar determinadas doenças.

Por todos esses motivos, tem o Estado o dever de fornecer tratamentos, inclusive medicamentos, aos pacientes para os quais isso seja recomendado por médico, como é o caso do autor. Deve, assim, equipar-se com recursos humanos e materiais que o permitam, ou, caso não o faça, arcar com os custos do tratamento ou medicamento adquirido na iniciativa privada – afinal, deveria ter ele próprio, Estado, se organizado para fornecê-lo. Se não o faz, é certo que os pacientes não podem deixar de recebê-lo, tendo o Estado de custear seu fornecimento junto a prestadores privados.

O egrégio Tribunal de Justiça editou, inclusive, súmulas reconhecendo o dever estatal de prestar medicamentos adequados ao tratamento de doenças, diretamente ou custeando sua aquisição junto a entes privados, e ainda que não sejam padronizados:

> Súmula nº 116 – Na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia.
> Súmula nº 178 – Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas.
> Súmula nº 180 – A obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível.

Por todo o exposto, deve o réu ser condenado a fornecer os tratamentos e os medicamentos de que necessita ou venha a necessitar o autor, diretamente ou arcando com sua prestação por entes privados – trata-se de imposição constitucional e ainda, neste caso específico, decorrência direta de sua responsabilidade civil.

4.4. Da indenização por dano estético ao autor

Atualmente, a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que o dano estético difere do dano moral, sendo cumuláveis, a teor da Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Consoante esclarece Sérgio Cavalieri Filho:

> Prevaleceu na Corte Superior de Justiça [STJ] o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida.[21]

[21] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.

Leciona, ainda, Cavalieri Filho que, "inicialmente ligado às deformidades físicas que provocam aleijão e repugnância, aos poucos passou-se a admitir o dano estético também nos casos de marcas e outros defeitos físicos que causem à vítima desgosto ou complexo de inferioridade".[22]

No caso dos autos, o autor, em razão do disparo de fuzil que o atingiu e que transfixou sua perna, adquiriu grande e visível cicatriz, o que lhe causa desgosto, além de ocasionais indagações sobre o que a teria originado, o que o obriga a reviver o trauma sofrido.

Em casos tais, deve também esse dano ser indenizado. Acerca do patamar indenizatório, verifica-se que, tal qual o dano moral, o dano estético não possui um valor fixado *a priori*, por se tratar de prejuízo inestimável. No entanto, a jurisprudência também fixa parâmetros:

> 0344685-65.2010.8.19.0001 – APELACAO – 1ª Ementa DES. MARCELO LIMA BUHATEM – Julgamento: 03/03/2015 – VIGESIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL
> ADMINISTRATIVO – APELAÇÕES CÍVEIS RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – DISPAROS DE ARMA DE FOGO PROVOCADOS POR POLICIAIS MILITARES DEMANDANTE ATINGIDO POR TRÊS PROJÉTEIS DE ARMA DE FOGO – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – REFORMA DO DECISUM – DANO MORAL – MAJORAÇÃO – DANO ESTÉTICO – AUTONOMIA NA CARACTERIZAÇÃO E ESTIPULAÇÃO DO QUANTUM – SÚMULA DO E. STJ – CICATRIZ A INFLUENCIAR NO ESPÍRITO DE VAIDADE E AUTOESTIMA DO AUTOR – ARBITRAMENTO SENTENÇA QUE SE REFORMA EM PARTE.
> 1. Trata-se de ação indenizatória por danos materiais, morais e estéticos, movida por vítima de disparos de arma de fogo provocados por policiais, ao sair de baile.
> 2. Dinâmica dos fatos: Restou incontroverso nos autos que o autor, no dia 10/07/2010, por volta das 4 h, foi baleado por policiais militares, quando voltava de baile, não logrando êxito o Estado em apresentar motivo que justificasse tal atitude. Alegação estatal de que os policiais assim agiram, porque ouviram antes um tiro e acharam que o carro em se encontrava o autor era suspeito.
> [...]
> 7. Quanto ao dano estético, como se sabe, prevalece o entendimento de que o dano estético é compensação

[22] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

> distinta do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo o sofrimento mental - dor, aflição e angústia.
> 8. Aplicação *tout court* da Súmula 387 do STJ "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".
> 9. *In casu*, restou configurado o dano estético, passível de ser indenizado, conforme se pode constatar pela dimensão e aparência das cicatrizes, certamente lhe influenciará no espírito de vaidade e autoestima, sendo proporcional à sua reparação o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais).
> 10. Majoração da verba fixada a título de indenização por danos morais, reconhecendose o dano estético. Mantida, no mais, a sentença.
> DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR PARA MAJORAR A VERBA FIXADA A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E RECONHECER O DANO ESTÉTICO, E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

Dessa forma, atentando-se para a gravidade do dano – no caso, da lesão –, somada à necessidade de punir o Estado pela conduta dos policiais, que geraram o dano estético ao atirar indevidamente contra o autor, com fuzil, tem-se proporcional a fixação da indenização em patamar não inferior a 20 (vinte) salários mínimos, atualmente correspondentes a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

5. Do pedido

Diante do exposto, requer a Vossa Excelência:

a) a concessão da gratuidade de justiça;
b) a citação do réu para, querendo, responder os termos da presente ação, sob pena de revelia;
c) seja condenado o réu a compensar os autores pelos danos morais sofridos, em valor não inferior a 105 (cento e cinco) salários mínimos, atualmente em torno de R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais);
d) seja o réu condenado a fornecer os tratamentos médicos e medicamentos de que necessite o autor, em razão do trauma sofrido, consoante prescrito por laudo médico;
e) seja condenado o réu a compensar o autor pelos danos estéticos sofridos, em valor não inferior a 20 (vinte) salários-mínimos, atualmente em torno de R$ 20.000,00 (vinte mil reais);

f) seja condenado o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85 do CPC/2015, em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – CEJUR/DPGE, que é cabível "inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos", em conformidade com o art. 4º, XXI, da LC nº 80/1994, com a redação dada pela LC nº 132/2009, superando o enunciado da súmula 421 do STJ, por ser norma especial e posterior ao Código Civil.

Com relação à realização de audiência de conciliação ou sessão de mediação, atento ao que preceitua o art. 319, VII, do CPC/2015, considerando se tratar de demanda em face do Estado, a parte autora manifesta sua opção pela **NÃO** designação do ato, pois, em regra, não se vislumbra a possibilidade de transigir com os representantes da Fazenda Pública em juízo.

Protesta pela produção de todos os meios de prova legítimos e aceitos em direito, especialmente documental, testemunhal e depoimento pessoal de presentantes do réu.

Atribui-se à causa o valor de **R$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)**, que é ao que equivale a soma dos pedidos líquidos.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2019.

DEFENSORA PÚBLICA

XXVI CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DISCURSO DE POSSE NO XXVI CONCURSO PARA INGRESSO NA CLASSE INICIAL DA CARREIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA, PROFERIDO EM 27/08/19, NA SALA CECÍLIA MEIRELES

Maísa Alves Gomes Sampaio
Defensora pública aprovada em 1º lugar no XXVI Concurso

Excelentíssimo Senhor Wilson Witzel, Governador do Estado do Rio de Janeiro,

Excelentíssimo Senhor Rodrigo Pacheco, Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro,

Demais autoridades, familiares, amores e amigos,

Bom dia. Com muita honra represento os vinte e quatro novos defensores públicos que fizeram suas escolhas e renúncias para ingressar hoje nessa carreira e em nenhuma outra, nessa instituição e em nenhuma outra.

Cada um de nós tem sua história com a Defensoria Pública. Mas discursarei na primeira pessoa do plural, tentando abarcar os sonhos, os agradecimentos e também as promessas desse grupo que se propõe a ser mais do que engrenagens em um sistema.

Nossa gratidão ao Defensor Público-Geral, Dr. Rodrigo Pacheco, e também ao seu antecessor, Dr. André Luís Machado de Castro, bem como a toda a administração superior e servidores, pelo máximo empenho na realização do concurso. A consolidação de nossa autonomia administrativa, orçamentária e financeira se conquista com palavras, mas, sobretudo, com ações.

E como importante parceiro para o fortalecimento institucional da Defensoria Pública, essencial para que nossa posse se desse tão rapidamente, contamos com um ex-integrante da carreira: Governador Wilson Witzel, nosso muito obrigado. Quem já foi defensor nunca deixará de sê-lo.

Professores queridos, agradecemos pelo aprendizado e pela paciência. Familiares e amigos, temos imensa gratidão por terem compartilhado conosco o pesado custo emocional de nosso projeto. Por muito tempo vimos o mundo com a lente quadrada do concurso público, da qual prometemos nos livrar. Assumimos o compromisso, porém, do estudo constante, inclusive para auxiliar tantos amigos vocacionados que nos ajudaram e que persistem para realizar igual sonho.

O suporte material que vocês nos forneceram foi também imprescindível: não se conquista um cargo de elite no funcionalismo público sem elevado

investimento financeiro. É necessário dar efetividade ao sistema de cotas. Enquanto os negros e pobres estiverem sentados apenas no banco dos réus, a Defensoria Pública não terá atingido com plenitude sua missão constitucional.

Vivemos sob a égide do que Loïc Wacquant chamou de Estado Centauro: cabeça liberal e corpo autoritário. Estado mínimo para os direitos sociais e Estado máximo para punir os pobres.

E a cada corpo negro caído no chão, um laudo, uma certidão, um carimbo. O direito penal subterrâneo não se basta na farda, mas ritualiza, com a anuência da toga, um massacre a conta-gotas.

Apesar das audiências de custódia, explode a população carcerária. A Defensoria Pública está presente em cada apresentação perante um juiz, na defesa individual no processo, buscando melhorias por meio de audiências públicas, dando informações à imprensa, propondo ações judiciais coletivas e até mesmo peticionando junto aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A Constituição da República hoje traz em seu texto a garantia de assistência jurídica integral e gratuita a todos os necessitados. É a Defensoria a instituição que socorre os desesperados, sejam ricos ou pobres, no plantão judiciário.

É evidente, porém, que, durante a madrugada, quem buscará a gratuidade para sepultar seu filho será o miserável. A Defensoria, muitas vezes, é a última esperança dos que não são, embora sejam. Que não têm nome, têm número. Os ninguéns. Estamos ao lado dos que buscam, por meio da primeira certidão de nascimento, o reconhecimento de sua existência jurídica; com a garantia da pensão alimentícia, concretizamos o direito à existência material; e, ainda, com a retificação de nome e gênero, contribuímos para a máxima efetividade da existência de homens, mulheres e pessoas não binárias enquanto sujeitos de suas próprias vidas.

É por isso que o Decálogo do Defensor Público determina em seu artigo primeiro: "Dedica-te, de corpo e alma, a teu nobre mister: ser Defensor é viver lutando".

E, assim, lidamos com a contradição entre ser Estado e litigar contra ele. Ser defensor é pisar na lama e no asfalto, é estar hoje nesse lindo teatro sem esquecer o cheiro de um presídio.

Como aconselhou Frei Betto, não devemos idealizar os pobres, que não são melhores nem piores que os demais seres humanos. A diferença é que são pobres, pessoas privadas injusta e involuntariamente dos bens essenciais à vida digna. Por isso, estamos ao lado deles. Por uma questão de justiça.

Essa visão também se aplica à assistência dos vulneráveis, que precisam de megafones, e não porta-vozes. Pois Defensoria não se confunde com militância, embora também seja. Está muito distante de qualquer coisa parecida com

caridade e, jamais, em nenhuma hipótese, tratemos esse direito como favor. Tenhamos coerência. Porque somos, antes de mais nada, servidores públicos.

A Defensoria é construída por muitas mãos, várias delas hipossuficientes. Em tempos de crise financeira, a instituição tem o desafio urgente de valorizar seus servidores, estagiários e funcionários terceirizados. Para que sejamos sempre, para dentro e para fora, a Casa da Cidadania.

Cientes das limitações institucionais que sempre existirão, devemos ter no horizonte que é a utopia que move a caminhada, e assim seguir na defesa de um mundo onde sejamos socialmente iguais, humanamente diferentes e totalmente livres.

E encerro com trecho de Sérgio Vaz, o poeta da periferia:

Quando não tiver palavras belas, improvise. Diga a verdade.

As manhãs de sol são lindas, mas é preciso trabalhar também nos dias de chuva. Abra os braços. Segure na mão de quem está na frente e puxe a mão de quem estiver atrás.

Não confunda briga com luta. Briga tem hora para acabar, a luta é para uma vida inteira.

Muito obrigada!

JURAMENTO NA SOLENIDADE DE POSSE POPULAR DO XXVI CONCURSO PARA INGRESSO NA DEFENSORIA PÚBLICA, REALIZADA EM 27/09/19, NO CENTRO DE ARTES DA MARÉ, COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

Juro que acato este juramento e que procurarei cumpri-lo, no exercício da minha profissão.

Afirmo o absoluto compromisso com a defesa dos direitos de toda a população, em especial daquelas e daqueles que experimentam condições de vulnerabilidade econômica, social ou institucional, bem como desigualdades raciais e de gênero.

Reitero, como defensora pública/defensor público, minha responsabilidade com a cidadania plena, com direitos individuais e coletivos, respeitando e promovendo a diversidade e afirmando o Estado democrático de direito e a liberdade como regra.

Um atendimento respeitoso, acolhedor e qualificado, às usuárias e usuários da Defensoria Pública, será referência da minha atuação, tendo como finalidade garantir respostas efetivas, claras e de forma cuidadosa a quem me procurar.

Defenderei a defesa da democracia, da dignidade humana e da redução das desigualdades estruturais, incentivando a autonomia e a pluralidade dos povos e afirmando uma sociedade socialmente justa, solidária e com mais direitos.

Por fim, renovo o meu compromisso em estabelecer, de forma permanente e duradoura, uma Defensoria Pública aberta e articulada com a sociedade civil organizada e não organizada, defendendo a missão da Instituição e sua vocação democrática.

"A *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* nº 29 (2019), que tenho a satisfação de apresentar, espelha bem o momento atual da instituição. Ao lado de textos dogmáticos de alta qualidade técnica, a *Revista* exibe, de maneira multifacetada, o enorme empenho da Defensoria em fazer valer a dignidade e os direitos fundamentais das parcelas mais vulneráveis da nossa sociedade, em meio a um contexto cada vez mais perturbador e propício a abusos de toda sorte.

[...]

Enfim, mais uma publicação do nosso Centro de Estudos Jurídicos com a cara e o perfume inconfundíveis da Defensoria Pública. Diante de um cenário cada vez mais assustador para pessoas e grupos vulneráveis, inconformismo e luta não podem faltar, seja na atuação prática diária da instituição, seja na trincheira acadêmica." (Rodrigo Baptista Pacheco)

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