

Volume 23 - Números 45/46 jan./jun. - jul./dez. 2017

ISSN 1415-112X

Revista

da esmape





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO - TJPE
ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO – ESMAPE

ISSN 1415-112X

Revista da esmape

Publicação Científica

Volume 23 – Números 45/46
jan./jun. - jul./dez. 2017

Revista da ESMAPE – Recife – v. 23 – n. 45/46 – p. 01 - 188 – jan./jun. - jul./dez. 2017

© Copyright by ESMape

A Revista da ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial de Pernambuco – ESMape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004), sendo a Revista da ESMape preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Base de dados indexadora



Revisão: Autores

Designer gráfico: Carlos Júlio P. dos Santos

Tiragem: 400 exemplares

Correspondências:
Escola Judicial de Pernambuco – ESMape
Rua Desembargador Otílio Neiva Coelho, SN,
Ilha de Joana Bezerra – Recife – PE – CEP 50.080-900
ej.diretoria.geral@tjpe.jus.br
ej.biblioteca@tjpe.jus.br

Revista da ESMape / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife : ESMape, 1996 – v. Semestral
ISSN 1415-112x

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco - EJUD-TJPE. II ESMape

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2019



Escola Judicial de Pernambuco

Diretoria Geral

Biênio 2018 - 2020

Desembargador Jones Figueirêdo Alves
Diretor-Geral

Desembargador Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo
Vice-Diretor-Geral

Juiz de Direito Saulo Fabianne de Melo Ferreira
Supervisor

COORDENADORES

Pós-Graduação Lato-Sensu

Juíza de Direito Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Pós-Graduação Stricto-Sensu

Juiz de Direito Sílvio Romero Brandão

Formação Inicial de Magistrados

Juiz de Direito Breno Duarte Ribeiro de Oliveira

Vitalicramento de Magistrado

Juíza de Direito Sônia Stamford Magalhães Melo

Aperfeiçoamento de Magistrados

Juiz de Direito José Ronemberg Travassos da Silva

Aperfeiçoamento de Servidores

Juíza de Direito Adriana Cintra Coelho

Programas Internacionais

Juiz de Direito Sílvio Romero Brandão

Juiz de Direito Rafael Cavalcanti Lemos

Diretoria

Directors

Relações Institucionais
Juiz de Direito Eduardo Guilliod Maranhão

Informatização Jurídica
Juiz de Direito Alexandre Freire Pimentel

Preparação à Magistratura e Cursos Externos
Juiz de Direito Igor da Silva Rego

Extrajudicial
Juiz de Direito Sérgio Paulo Ribeiro da Silva,
Juiz de Direito Janduhy Finizola da Cunha
Tabelião Ivanildo de Figueirêdo Andrade de Oliveira
Tabeliã Alda Lúcia Soares Paes de Souza.

Conciliação e Mediação
Juíza de Direito Karina Albuquerque Aragão de Amorim

Formação Inicial de Servidores
Juiz de Direito Rafael Medeiros Antunes Ferreira

Infância e Juventude
Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Juizados Especiais
Juíza de Direito Ana Luiza Wanderley Mesquita Saraiva Câmara
Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula

Pesquisas Científicas
Juiz de Direito Teodomiro Noronha Cardozo

Extensão e Eventos Científicos e Culturais
Juiz de Direito Isaias Andrade Lins Neto

Ensino à Distância
Juíza de Direito Catarina Vila Nova Alves de Lima

DIRETOR - GERAL

Desembargador Jones Figueirêdo Alves

FILOSOFIA DO DIREITO

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo
Prof. Dr. João Maurício Adeodato
Prof. Dr. João Paulo Fernandes de S. Allain Teixeira

DIREITO CONSTITUCIONAL

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Profa. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer
Prof. Dr. Ivo Dantas
Prof. Dr. Walber de Moura Agra

DIREITO ADMINISTRATIVO

Prof. Msc. Breno Duarte Ribeiro de Oliveira
Prof. Msc. José Carlos de Arruda Dantas
Profa. Dra. Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha
Prof. Esp. Orlando Morais Neto

DIREITO CIVIL

Profa. Msc. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Prof. Msc. José André Machado Barbosa Pinto
Prof. Dr. Roberto Grassi Neto
Prof. Msc. José Ronemberg Travassos da Silva
Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior
Prof. Dr. Sílvio Romero Beltrão

Conselho editorial

Editorial
committee

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Dr. Leonardo Carneiro da Cunha
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

DIREITO EMPRESARIAL

Prof. Dr. Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho
Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte
Prof. Msc. Roney José Lemos R. de Souza

DIREITO AMBIENTAL

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell
Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva

DIREITO PENAL

Profa. Msc. Fernanda Moura de Carvalho
Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima
Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo
Prof. Esp. Desembargador Mauro Alencar de Barros

DIREITO TRIBUTÁRIO

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourem Campos
Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

DIREITO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Prof. Desembargador Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Prof. Esp. Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

COORDENAÇÃO TÉCNICA, EDITORIAL E PLANEJAMENTO GRÁFICO

Bel. Esp. Joseane Ramos Duarte Soares

ANDRIAN DE LUCENA GALINDO

Preclusão do Direito à prova decorrente de ausência injustificada à audiência de saneamento e organização compartilhada do processo

9

DIEGO MOURA DE ARAÚJO

Discovery e o dever de cooperação

33

EDUARDO PEREZ OLIVEIRA

A atuação do Judiciário e seus contornos: quando se rompem os limites da lei já nada mais é seguro

49

FÁBIO WILDER DA SILVA DANTAS

Segurança jurídica e a reapreciação judicial da prova do processo de controle externo

69

LENITA MARTINS BANDEIRA DANTAS

O acesso à educação e a pessoa com Síndrome de Down

85

LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIRÊDO

Avanços tecnológicos a serviço do Processo Penal

113

RAFAEL CARLOS DE MORAIS

Do descumprimento de medida protetiva de urgência

129

RAFAEL CAVALCANTI LEMOS

VYAVAHĀRA NO ARHANNĪTI

141

RAFAEL SOUZA CARDOZO

A extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida pela perda do caráter pedagógico ao maior de 18 anos de idade: não violação à Súmula 605 e à Tese 992 do STJ

149

RENATO FAZIO E GERSIKA CAMILA S. BORBA

Travestilidade e execução da pena: O Cerceamento das garantias constitucionais às travestis no cumprimento da pena privativa de liberdade

159

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

A Gestão da prova no Processo Penal: A atividade subsidiária do juiz

179

Sumário

Contents



Preclusão do Direito à prova decorrente de ausência injustificada à audiência de saneamento e organização compartilhada do processo

Andrian de Lucena Galindo

Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Judicial de Pernambuco - Esmape. Professor da Faculdade de Direito de Garanhuns. Sócio fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

Resumo

Este artigo analisa a audiência de saneamento e organização compartilhada do processo em sua estrutura e função, à luz dos princípios da eficiência, razoável duração do processo e cooperação, em cotejo com o caráter não absoluto do direito à prova. Registra-se como

principal conclusão a incidência de preclusão do direito à prova para a parte que injustificadamente deixa de comparecer à referida audiência.

Palavras-chaves: Audiência. Preclusão. Prova.

Abstract

This paper analyses the structure and functions of court hearings, on the context of principles such as efficiency, the reasonable time length of the process, and cooperation, also considering the right to provide probative evidence as a relative concept. The main conclusion of

this study is that, whenever one of the parties of a trial fails to attend to a court hearing, without a reasonable reason, the right to provide probative evidence precludes.

Keywords: Court hearing. Preclusion. Evidence.

Introdução

O aparente antagonismo entre a celeridade e segurança no processo parece ser perene. Em movimento pendular, com o passar nos anos as sucessivas reformas das normas adjetivas privilegiam ora um valor, ora outro, na busca por um equilíbrio que, hoje se sabe, é dinâmico.

Na quadra atual da história, em terras brasileiras, os ventos sopram pela celeridade, premidos por uma angustiante morosidade processual. Os processos se eternizam com reflexos graves na economia, na segurança jurídica e na confiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Sob nova perspectiva mostra-se necessária uma releitura da audiência de saneamento e organização compartilhada do processo, inserta no ordenamento processual civil brasileiro em 1994 com denominação de audiência preliminar, prevista no art. 357, §3º, do CPC/15, a respeito de um particular aspecto da disciplina procedimental na qual se encontra inserida.

Este trabalho intenta demonstrar o acerto, e, mais que isso, a necessidade de interpretar a presença das partes, *rectius*, dos advogados das partes, à audiência de saneamento e organização do processo como um ônus, associando à ausência não justificada a uma preclusão consistente na perda da possibilidade de produzir provas em futura audiência de instrução.

Trata-se de tese controversa, não derivada da literalidade legal, e sem significativa adesão na doutrina ou jurisprudência. Não obstante, conforme será demonstrado, o procedimento defendido reúne grande potencial para elevar este ato processual a patamar de eficiência ainda não experimentado. Ademais, é o caminho adequado para conferir máxima efetividade aos princípios da cooperação e razoável duração do processo.

Em sede conclusiva, apresentaremos uma proposta de alteração legislativa destinada a consolidar o entendimento defendido no texto e afastar dúvidas e questionamentos acerca da adequação do caminho processual esposado.



1 O direito à prova e seus limites

O direito à prova tem assento constitucional. Trata-se de princípio derivado do devido processo legal, a “base sobre o qual todos os outros (princípios do processo civil) se sustentam”¹. Com efeito, se entendemos como devido processo, em acepção formal (procedure due process of law), a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”², necessariamente haveremos de considerar essencial a possibilidade da parte de praticar atos tendentes à demonstração da existência e teor dos fatos jurídicos necessários à defesa em juízo de seus interesses.

Há quem entenda, com ponderável argumentação, que o direito à prova deriva dos direitos fundamentais ao contraditório e do acesso à justiça³ e que pode ainda ser visto como princípio implícito, externo à Constituição Federal, porquanto expressamente previsto em dois tratados internacionais internalizados no ordenamento brasileiro⁴.

Para outros “o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa”⁵.

Este breve apanhado demonstra a ausência de consenso na doutrina, mas, ao mesmo tempo, atesta relação de mútua influência existente entre os princípios. E assim deve se considerar porque a construção do significado de uns apoia-se invariavelmente nos significados dos outros. Contraditório, ampla defesa, devido processo, direito à prova e outros direitos e garantias processuais se entrelaçam quando o jurista intenta delimitar seus perfis dogmáticos.

1 Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 25. “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

2 Cf. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 37.

3 Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 18.

4 Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo Decreto n. 678/69; e Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92. Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 19.

5 Cf. BEDAQUE, José Roberto Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: RT, 2001, p. 21.

O direito à prova garante ao cidadão adequada participação nas lides. Assegura a possibilidade de influenciar o juiz, e neste ponto imbrica-se com o contraditório, mas com este não se confunde. Do mesmo modo, vincula-se ao princípio da ação, pois assegura ao autor possibilidade de demonstrar os fatos alegados como suporte de sua pretensão. Também neste caso afastada a identidade. Outrossim, e seguindo o mesmo raciocínio, o direito de defesa também restaria impactado se ausente a possibilidade do réu de demonstrar os fatos necessários para o afastamento da pretensão contra si dirigida, mas o direito de se defender compreende garantia muito mais ampla que o direito à prova.

Apesar da estreita vinculação entre os termos, correto é considerar, conforme enunciado acima, o direito à prova decorrente do princípio do devido processo legal, e não dos princípios derivados acima citados, de modo a não confundir a especificidade de seu objeto, o que lhe retiraria em grande medida a utilidade conceitual⁶.

Assentada a matriz constitucional, afirmado o direito prova como derivação do devido processo legal, impõe-se defini-lo como a liberdade das partes de acesso a fontes e meios aptos a demonstrar existência e contornos de fatos em juízo, na defesa de seus interesses, de acordo com a lei, sem restrições indevidas que maculem o justo processo⁷. O direito à prova incorpora o direito de requerer a produção da prova, de acompanhar sua concretização e de se manifestar sobre o resultado.

Muitas constituições, dentre as quais a brasileira, impõem limites ao direito de provar, o qual, à evidência, não se trata de direito absoluto, e encontra sua delimitação nas cartas magnas e nas leis processuais⁸.

Nesta linha, a Constituição Federal brasileira de 1988 veda a admissão no processo de provas admitidas por meios ilícitos⁹, diante da constatação de que a verdade não deve ser perseguida a qualquer preço.

6 Cf. GÓES, Gisele. **Teoria geral da prova** – aspectos polêmicos. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 26. Ainda Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 48.

7 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. V. III, p. 48

8 O tribunal constitucional brasileiro tem posição pacificada no sentido da inexistência de direitos e garantias de caráter absoluto, mesmo dentre os de caráter fundamental. Por todos cf. STF, 2ª Turma. HC 93.250/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.06.2008, un., DJe 27.6.2008. Transcrevo excerto da ementa: “6. Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.”

9 Art. 5º. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Mas as maiores balizas (de) limitadoras do direito de provar estão mesmo na legislação infraconstitucional, a qual estabelece formalidades disciplinadoras da atividade probatória. As leis dizem como e quando provar, e para garantir a observância à ordem estabelecida, fixam sistemas de nulidades, que retiram validade da prova, e preclusões, que impedem a sua produção.

A este conjunto de normas denominamos sistema probatório, e tantos são os condicionantes estabelecidos que “direito à prova legítima”, exercido “segundo os procedimentos regidos por lei”¹⁰, se apresenta como conceito mais útil para a ciência jurídica que sua correspondente sintética “direito à prova”.

O sistema normativo probatório caracteriza-se pela concretização em torno de um método próprio, estruturado mediante princípios e regras processuais. “A prova dos fatos deverá ser colhida pelos elementos admitidos em direito, no processo, e pela forma admitida em lei”¹¹.

Interessa-nos, por agora, destacar um dos elementos de que se vale o sistema para organizar a produção probatória – a preclusão –, notadamente investigar como este instituto se apresenta quando restringe o direito à prova.

Rubin advoga uma postura expansiva diante do direito à prova, e a excepcionalidade de suas limitações no confronto com as limitações preclusivas. Defende o que denomina de “caráter excepcional da limitação ao direito (constitucionalmente resguardado) de provar”¹².

O entendimento é defensável, mormente se consideradas as comezinhas regras de hermenêutica ordenadoras da exegese estrita das regras excepcionais. Ademais, o sistema preconiza a liberdade e “trata de, previamente, dificultar a produção e o acolhimento de meios probantes no processo”, seja pela vedação de provas ilícitas, pela imposição de produção probatória em tempo oportuno sob pena de preclusão, seja ainda pelo estabelecimento de “normas específicas sobre a utilização adequada e racional de cada meio probatório”¹³.

10 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 48

11 SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV, p. 10.

12 RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 184.

13 Idem, p. 184-185. O autor apresenta interessante rol de limitações quanto ao direito à prova no processo brasileiro.

Contudo, a adesão à tese da excepcionalidade não implica aceitar a relativização ou flexibilização pautada em critérios subjetivos dos efeitos preclusivos incidentes sobre o direito à prova.

A excepcionalidade serve de argumento para afastar as limitações probatórias, dentre as quais as derivadas da preclusão, apenas em situações limite, em caso de dúvida fundada acerca da incidência do instituto no caso concreto.

Admitir ponderações dos valores subjacentes ao objeto litigioso e outros argumentos retóricos para o fim de investigar incidência de regras atinentes à preclusão redundará em grande insegurança jurídica no processo. Ou seja, permitir que em casos envolvendo direitos fundamentais ou outros de grande importância se afaste a preclusão, ao pretexto de que o direito material deve ter preferência em face do direito processual, é medida a ser rechaçada com veemência.

Em síntese, as regras preclusivas limitadoras do direito à prova devem ser pautadas em critérios claros e objetivos. Deve estar claramente evidenciado pelo sistema o ato a ser praticado, o seu modo e tempo, bem como (e especialmente) a consequência do não-ato. Se clara a regra, delimitado seu suporte fático e sua consequência jurídica com razoabilidade, sem surpresas ou imposições de práticas de atos draconianos às partes como condição para obtenção de provas, as limitações impostas pela incidência da preclusão serão constitucionalmente válidas.

2 A audiência de saneamento e organização compartilhada do processo

Ao tempo das Ordenações, a audiência consistia no “período de tempo durante o qual o magistrado ficava à disposição das partes para a prática de atos”¹⁴, de natureza administrativa ou jurisdicional. O juiz ouvia as partes e seus procuradores, apreciava seus requerimentos e decidia durante a ocorrência deste ato complexo que, ainda nos dias de hoje, para o cidadão, constitui um dos momentos culminantes do processo.

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

Com efeito, é na audiência que a Justiça se faz presente em sua forma humana, na pessoa do juiz. Sua figura solene deve transmitir mais que a imagem do poder, antes a sensação de equilíbrio e ponderação, instrumentos para o resgate da paz em algum momento afetada pelo litígio em julgamento.

Para além desta função simbólica sempre teve a audiência importância no procedimento, mas sua forma e função sofreram profundas transformações nos variados ordenamentos do mundo ocidental, e também no direito processual brasileiro.

Interessa-nos neste trabalho tratar de uma específica modalidade de audiência, denominada audiência de saneamento e organização compartilhada, prevista no art. 357, §3º, do CPC/2015, em evolução à audiência preliminar criada em 1994. Mudou o nome mas a função e estrutura permaneceram no essencial idênticas¹⁵.

Para parte da doutrina a audiência preliminar foi idealizada por Franz Klein no fim do século XIX¹⁶, estruturada para perseguir apreciação de questões formais previamente à decisão final, solucionar exceções dilatórias e ordenar a instrução probatória para realização posterior de audiência de instrução.

Nesta linha de raciocínio sustenta Grassi que:

a audiência preliminar austríaca, uma das mais interessantes criações de Klein, inspirada no processo penal moderno do sec. XIX, copiada em todo o mundo com maior ou menor êxito, é também um meio de concentrar uma audiência principal sobre o fundo do litígio, no que verifica-se uma estreita ligação com o princípio da concentração¹⁷.

A harmonia entre os princípios inquisitório e dispositivo, e a especial relevância dada ao princípio da colaboração entre as partes e o juiz tem sido apontadas como características da audiência para saneamento e organização em grande medida herdadas do Código Processual Civil Modelo para a América Latina. Trata-se de trabalho concluído em 1988 pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual,

15 Para Araken de Assis a audiência deve continuar a se denominar preliminar, a despeito da mudança legislativa. Cf. ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte especial, procedimento comum (da demanda a coisa julgada). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 393. v. III.

16 TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.

17 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Audiência preliminar**: eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual. Revista da Esmape, Recife, v. 13, n. 28, 407-434, jul. /dez. 2008. p. 410.

entidade sediada em Montevideo, composto de “estudos, opiniões doutrinárias e sugestões para eventuais reformas nos países latino-americanos”¹⁸. Os moldes são muito semelhantes aos abraçados pelo direito brasileiro, e também utilizada no estudo a denominação “audiência preliminar”¹⁹.

À evidência, o surgimento da audiência preliminar no direito brasileiro, em 1994, derivou de influências diversas, não sendo possível apontar apenas uma origem. A Lei nº 8.952, de 13.12.1994, modificou a redação do art. 331, o qual tratava do saneamento do processo na forma escrita, para criar uma audiência com finalidades inéditas no ordenamento brasileiro, a saber: a) tentar a conciliação, b) decidir sobre matérias de ordem processual, c) discutir e delimitar o que e como provar doravante²⁰.

A disciplina original do instituto foi objeto de reforma pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002, dando ao instituto a conformação que vigorou até o CPC/15.

A atual audiência de saneamento e organização compartilhada do processo é composta por uma série de atos, que lhe traduzem a finalidade, a serem praticados pelas partes e pelo juiz. A lei trata de sua realização quando identificada “complexidade” de fato ou direito, e essa textura aberta da norma confere elevado grau de discricionariedade em sua designação pelo magistrado.

Não se afasta a possibilidade de nova tentativa de conciliação, mormente se por qualquer motivo não se houver realizada audiência específica prevista no art. 334 anteriormente.

Frustrado acordo, incumbe ao magistrado sanear o processo, resolvendo sobre nulidades, arguidas ou constatadas de ofício, e decidindo sobre exceções eventualmente interpostas. A atividade saneadora, em tempos de elevado número de processos nas varas, não tem merecido a atenção devida. A consequência derivada da omissão, bastas vezes justificada, mas ainda uma omissão, é que processos natimortos, maculados por graves deficiências de natureza processual, são impulsionados para a fase probatória indevidamente, em violação ao princípio da economia processual.

18 GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Audiência preliminar**: eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual. Revista da Esmape, Recife, v. 13, n. 28, 407-434, jul. / dez. 2008. p. 413.

19 Cf. art. 301 do Código Processual Civil Modelo para a América Latina.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 121.

Não obtida a conciliação, e constatada a possibilidade do feito prosseguir, ou seja, ausentes máculas processuais, incumbe adentrar em fase prospectiva da audiência, na qual se praticam atos de ordenação probatória.

O primeiro destes atos deve ser praticado pelo juiz. Em diálogo com as partes o magistrado deve partir da causa de pedir articulada pelo autor, e em cotejo com os fatos impugnados e afirmados pelo réu especificar os pontos controvertidos. Recomendável, em interpretação extensiva, nos moldes do direito português, fixar também os pontos incontroversos. Preclusa esta fase, a respeito destes as partes não poderão demandar provas.

Sabendo o que devem provar, as partes estarão aptas, em fase seguinte, a especificar as provas mediante as quais pretendem influenciar o magistrado. A especificação das provas é, portanto, o passo seguinte.

Ao final, o magistrado decide sobre as provas requeridas, indeferindo aquelas que tratem sobre pontos não especificados como controversos, e decidindo, se for o caso, sobre pedido de distribuição dinâmica do ônus da prova, e designa audiência de instrução.

Em boa hora a lei passou a prever o saneamento e organização dialogados entre as partes e o juiz. A oralidade, imediação e o contraditório pleno derivados da nova sistemática permitem um conhecimento mais aprofundado dos temas a decidir, e conferem mais legitimidade às decisões.

O saneamento e organização do processo em diálogo com as partes pode promover uma maior possibilidade de adesão às decisões interlocutórias, o que evita recursos²¹.

Ademais, o ordenamento probatório dialogado evita a produção de provas inúteis, sobre pontos irrelevantes ou mesmo reconhecidos em audiência como incontroversos. Para além disso, a concentração de atos numa mesma audiência

21 De acordo com Nunes e Bahia “um processo mal instruído, em que não houve a colocação clara (e debates acerca) dos pontos controvertidos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que certamente não auxilia na obtenção de uma razoável duração do processo”. Cf. NUNES, Dierle José Coelho; e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. P. 159-179. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 162. No mesmo sentido cf. HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 203.

promove economia processual, desafogando a estrutura judiciária, com reflexos positivos na forma de maior celeridade em todo o sistema.

Muitas vezes os verdadeiros motivos do litígio não se transmitem das mentes e corações das pessoas para os articulados, perdem-se no trajeto, implicando uma compreensão imperfeita do magistrado. A letra não traduz integralmente a ideia; apenas provoca no cérebro alheio o despertar de um produto intelectual semelhante, nunca idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir²².

A redução ou eliminação desta imperfeição cognitiva pode ser alcançada mediante contato pessoal do juiz com as partes e advogados. O princípio da imediatidade, corolário da oralidade, incide também nesta fase do processo, e não apenas na fase de produção probatória, porquanto permite ao juiz conhecer melhor o fato *probandi* e se aproximar mais da prova²³.

Defende-se a linha de ação adotada no direito português, explicitada no digesto processual de 2013. Para alcançar os escopos declarados de celeridade e flexibilidade que devem orientar a preparação do julgamento, registrou-se na exposição de motivos:

A essencialidade da realização, tendencialmente obrigatória, de uma audiência preliminar, sujeita a um princípio de oralidade e debate contraditório, por se considerar que uma fase puramente escrita de saneamento e condensação do processo não é normalmente adequada²⁴.

3 Da preclusão do direito à prova em face da ausência injustificada

Conforme já anunciado anteriormente, sustenta-se nesta investigação a ocorrência de preclusão quanto ao direito de produzir provas novas imposta à parte ausente injustificadamente à audiência de saneamento e organização. A

22 Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 117-118.

23 Para referência abrangente do princípio cf. GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 57 e ss.

24 Exposição de motivos do CPC português aprovado em 2013. Disponível em "[http://www.portugal.gov.pt / media/463719/exposi_o_de_motivos.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/463719/exposi_o_de_motivos.pdf)", acesso em: 30 out. 2013.

preclusão depende de expressa intimação sobre o procedimento adotado e sobre a perda da faculdade processual decorrente da ausência²⁵.

A tese é refutada por grande parte da doutrina. Os autores, de forma geral limitam-se a dizer que a ausência injustificada das partes à audiência não permitiria imposição de sanção alguma, e que não incidiria preclusão, diante da falta de previsão normativa expressa²⁶. O juiz haveria de considerar apenas o desinteresse na conciliação, sanear o processo e, não sendo o caso de julgamento antecipado, impulsionar o feito para a fase instrutória.

Uma interpretação sistemática com recurso apenas às regras legais vem ao encontro da tese defendida. É dizer, mesmo com abstração do recurso aos princípios, tão-somente para argumentar, conclui-se pela possibilidade da preclusão ora defendida.

A supressão do uso dos princípios, apenas *ad argumentandum tantum*, se justifica porque atualmente, no Brasil, muitas críticas têm sido dirigidas ao uso exagerado e deturpado dos princípios, os quais tornaram-se ferramenta retórica mediante a qual se chega a qualquer solução jurídica pretendida. Esta postura caracteriza-se pelo desprezo a regras constitucionalmente estabelecidas, substituídas por outras, criadas pelo aplicador ao talante de sua visão de mundo.

25 À guisa de ilustração, sugere-se o seguinte despacho judicial. "Determino a realização de audiência para audiência de saneamento e organização compartilhada no dia XX.XX.XXXX, às 10 h. Na audiência será tentada a conciliação. Frustrada a composição pela via conciliatória, promoverá o juiz em diálogo com as partes o saneamento do processo e especificará os pontos controversos e incontestados. Em seguida, definidos os fatos sobre os quais deverá recair a prova, será concedida a palavra às partes para que especifiquem as provas que pretendem produzir. Após, o magistrado apreciará os requerimentos probatórios e designará, se for o caso, audiência de instrução e julgamento. Intimem-se as partes e seus procuradores a comparecerem à audiência, dando ciência de que o momento adequado para a especificação de provas ainda não produzidas foi determinado pelo magistrado como o momento da audiência, à luz do permissivo contido no art. 218 do CPC ("Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. §1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato."). Assim, a ausência injustificada ao ato implicará preclusão quanto ao direito de produzir provas novas, em virtude do transcurso do prazo fixado para a realização do ato de requerimento probatório."

26 Cf. ainda sobre audiência preliminar, DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 110; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 55; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 68. Em sentido semelhante, em comentários ao CPC português pretérito, Cf. FREITAS, José Lebre de. **A ação declarativa comum**: à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 152.

A “ponderação à brasileira”²⁷, desvirtuamento do método criado por Alexy para acomodação de princípios em conflito²⁸, de forma consciente ou inconsciente promove uma banalização das regras²⁹, as quais passam a valer pouco, pois a qualquer momento podem ter sua validade questionada pela alegação de ofensa a este ou aquele princípio, mesmo quando os pontos de contato entre as normas são tênues e distantes.

As recorrentes críticas, em alguma medida pertinentes, justificam esta demonstração, de modo a provar que, mesmo entre os que advogam o uso restrito dos princípios, a tese tem sustentação.

Segundo o art. 357 do CPC, deve o magistrado promover atos de saneamento e ordenação probatória. De modo mais específico, a sequência a ser observada é: 1) saneamento; 2) fixação dos pontos controvertidos; 3) especificação de provas pelas partes, à luz dos pontos fixados; 4) decisão sobre provas, com designação de audiência de instrução, se for o caso.

A determinação das provas a serem produzidas não pode ser efetivada antes que as partes, já cientes das questões de fato importantes para o deslinde da causa, especifiquem as provas que pretendem produzir.

Lado outro, a determinação das provas que se realizarão, quer as deferidas pelas partes, quer as determinadas de ofício por força da prerrogativa contida no art. 370 do CPC, bem como o indeferimento das provas consideradas inadmissíveis, depende da fixação dos pontos controvertidos.

A indicação de provas consiste em menção genérica dos meios de provas com os quais o autor e réu pretendem demonstrar suas alegações. Deve se realizar na petição inicial e na contestação, conforme artigos 319 e 336 do CPC/15. Trata-se de mero protesto genérico pela produção de provas, sem qualquer individualização³⁰. Nas exatas palavras de Calmon de Passos, em aderência à lição de Lopes da Costa,

27 A expressão é de Streck, mas o autor ressalta que também na fórmula original de Alexy há fortes traços discricionários e decisionistas. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

28 Para análise do sistema entabulado por Alexy para os casos de colisão entre princípios cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 93 e ss.

29 Sobre a banalização das relações complexas existentes entre princípios e regras, em virtude do uso indevido e hipertrófico de princípios, cf. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 171 e ss.

30 Cf. LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

a constitui a indicação genérica de provas nos primeiros articulados, para o autor e para o réu, “uma ridícula inutilidade”³¹.

Diversamente, a especificação de provas consiste na particularização dos meios de prova almejados, e só tem sentido após a fixação dos pontos controvertidos. As partes só podem especificar as provas que pretendem produzir se souberem o que precisam provar. Discrepa a mais não poder da lógica exigir que as partes digam como provar num momento em que não sabem ainda precisamente o que provar.

Portanto, a especificação das provas tem seu momento próprio – a audiência de saneamento e organização – e consiste em projeção natural da especificação dos pontos controvertidos. Apesar da ausência de norma clara a respeito, pelos motivos expostos, trata-se de ato a ser praticado apenas após a fixação dos pontos controvertidos e antes da decisão do juiz sobre as provas a serem produzidas.

Observe-se que a lei diz expressamente que se designada audiência de saneamento e organização as partes devem levar para o ato rol de testemunhas. Só há sentido em levar rol se o juiz for decidir sobre deferimento de provas, e só pode haver deferimento se houver especificação pelas partes.

Assentado que o momento da especificação de provas, em análise sistemática do art. 357, é o da audiência de saneamento e organização, importa consignar que não pode haver dúvida quanto à incidência da preclusão. Por este motivo, para que a preclusão incida, o momento da prática do ato “especificação da prova” deve estar claro para os atores processuais.

Nesta linha de entendimento, o magistrado deve fazer uso do art. 218 do CPC para espancar quaisquer dúvidas quanto ao prazo para a prática do ato. Referido dispositivo confere ao juiz a prerrogativa de fixar prazos para a prática de atos processuais quando omissa a lei. Ora, quem pode o mais pode o menos. Se o juiz pode fixar prazo em caso de omissão pode explicitar o prazo quando a lei não se mostra clara e unívoca.

A preclusão em si, a perda da faculdade de especificar provas, e em decorrência de seu conseqüente lógico – a faculdade de produzir provas –, não se apresenta como criação do juiz. Ao revés, a preclusão já consta do sistema, incumbindo ao

31 Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 211 e 306. v. III.

juiz apenas aclarar um dos elementos do suporte fático do fenômeno preclusivo – o prazo para a prática do ato.

A preclusão ora em estudo afeta a produção da prova testemunhal e pericial, mas não atinge a prova documental, a qual segue ritmo próprio e independe de requerimento para sua produção³².

Uma segunda linha de argumentação sustenta a incidência da preclusão no caso em estudo com lastro tanto na lei quanto nos princípios processuais da cooperação, eficiência³³ e razoável duração do processo.

Quanto ao princípio da razoável duração do processo e sua vinculação com a audiência de saneamento e organização importa consignar que este ato, devido a sua estrutura e funções, tem grande potencial de acelerar o andamento dos processos, a) aumentando a adesão aos provimentos judiciais e com isso diminuindo o número de recursos, b) aglutinando num só momento diversos atos processuais, c) ordenando prospectivamente a prova em diálogo, o que contribui para expungir atos probatórios inúteis.

Resta falar do princípio da cooperação processual, e os motivos pelos quais se reconhece sua influência na defesa da tese ora esposada.

Lado outro, “cooperação processual” é expressão que designa, ao mesmo tempo, um modelo de processo e um princípio atualmente positivado no art. 6º do CPC/15³⁴.

É modelo na exata medida em que visa a dar feição às formas do processo, dividindo o trabalho de forma harmônica e equilibrada entre os atores processuais. Resulta da superação histórica dos modelos inquisitivo e adversarial de processo³⁵.

É princípio porquanto consagra valores e impõe um estado de coisas a ser

32 Consoante Marinoni e Arenhart, “a produção de prova documental reveste-se de peculiaridade interessante” pois “em relação a ela, as fases de propositura e produção se confundem em um único momento”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 718.

33 Ao conceito de eficiência ligam-se as ideias de qualidade e produtividade. Cf. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 19.

34 “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

35 Cf. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?** Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, 2011, n. 194, 55-68, p. 57-58.

promovido para a realização destes valores³⁶. Com o objetivo de alcançar uma decisão justa de modo breve e eficaz o princípio da cooperação orienta a conduta das partes e do juiz no processo.

Conferindo-lhe densidade normativa, derivam do princípio da cooperação processual diversos deveres, direcionados às partes e ao juiz. Em relação às partes tem o juiz os deveres de prevenção, auxílio, consulta e auxílio. As partes devem observar em suas relações umas com as outras, e em suas relações com o juiz, os deveres de respeito à boa-fé, comparecimento ao juízo, prestar esclarecimentos, urbanidade, correção e veracidade³⁷.

O legislador pátrio optou pela enunciação concisa, mas parece evidente que os poderes/deveres consagrados no direito português (esclarecimento, auxílio, prevenção e consulta) podem ser transpostos para o regramento brasileiro, porquanto são imanentes ao princípio. Positivado o princípio, torna-se vigente em toda a sua carga semântica.

Iluminada pelo princípio da cooperação a audiência se apresenta em todo seu potencial. Aliás, é referido ato o momento de cooperação por excelência, onde o diálogo mais tem condições de fluir, onde são demandados e exercidos os poderes/deveres inerentes ao modelo cooperativo.

Um cotejo entre os poderes/deveres referidos e sua perfeita concretização em audiência preliminar se mostra adequado.

Pelo dever de esclarecimento, o tribunal deve se esclarecer perante as partes acerca de questões pertinentes de fato ou de direito, dando conhecimento à outra parte do resultado da diligência. Contrapartida do dever do tribunal de se esclarecer assenta no direito das partes de informar quando demandadas. A audiência de saneamento e organização é o momento ideal para referidos esclarecimentos. O diálogo direto entre o juiz e as partes permite uma enunciação mais precisa das dúvidas a dirimir, uma resposta expedita, reperguntas imediatas, se necessárias, para afastamento de dúvidas surgidas da primeira resposta.

36 Adota-se o conceito de princípio de Ávila. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78-79.

37 Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 309-310.

Ademais, permite o imediato controle dos esclarecimentos pela parte adversa, e não apenas ao final.

Pelo dever de prevenção, deve o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências e insuficiências em suas alegações ou pedidos. O objetivo é impedir a frustração da defesa ou da ação decorra de uso inadequado de ferramentas processuais³⁸. A audiência revela-se ambiente propício para o juiz apontar as deficiências e solicitar correções, as quais podem acontecer no mesmo ato. Com maior razão ainda neste caso se mostra de todo recomendável a presença da parte adversa, diante do temor, especialmente em países sem tradição com o manejo da cooperação, como é o caso do Brasil, de que o magistrado extrapole suas funções preventivas e se transforme em verdadeiro consultor para uma das partes, mutilando a desejada imparcialidade.

De acordo com o dever de consulta, o julgador deve consultar as partes sempre que pretenda decidir sobre tema a respeito do qual as partes não se manifestaram especificamente. Trata-se de garantia do contraditório, medida que visa assegurar aos litigantes o direito de praticar atos tendentes a influenciar na decisão judicial³⁹. As decisões-surpresa, fenômeno que se pretende evitar, tendem a ocorrer logo após a fase postulatória, e normalmente se configuram como decisões terminativas, nas quais o julgador não incursiona no mérito porquanto identifica alguma matéria que pode conhecer de ofício e que conduz o feito à extinção. Ouvindo em audiência a parte a quem desaproveita a decisão, antes de proferi-la, não só fica garantido o contraditório, mas o imediato saneamento e ordenação probatória em caso de reconsideração.

Por fim, em função do dever de auxílio o magistrado deve auxiliar as partes na remoção de obstáculos ao livre exercício de seus direitos e faculdades processuais. A medida colabora para o alcance da verdade real e a isonomia substancial no processo. Também no tocante a este dever pode-se afirmar que sua realização mais completa somente pode ocorrer na audiência de saneamento e organização. Trata-se de típica atividade vinculada à ordenação probatória, e portanto tem como antecedente lógico a fixação dos pontos controvertidos, os quais são fixados em audiência preliminar. Ademais, o

38 Cf. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil**: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: Leituras complementares de processo civil. Org. DIDIER JR. Fredie. 8. ed. rev. e ampl. 369-383. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 374.

39 Cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1, p. 52.



obstáculo que justifica a atuação judicial é o obstáculo “sério”, e a identificação desta qualidade se realiza de forma mais precisa em audiência.

Mostra-se evidenciado, diante de todo o exposto, que princípio da cooperação e audiência de saneamento e organização se ligam de modo indissociável, e que depende da realização deste ato a concretização de um processo sob modelo verdadeiramente cooperativo, revestido de legitimidade que se espera do exercício da função jurisdicional no estado democrático de direito.

O reconhecimento do processo civil brasileiro como um processo de matriz colaborativa implica em reforçar, em todos os aspectos, a audiência de saneamento e organização. Nesta linha de raciocínio, deve prevalecer interpretação tendente a considerar ampla a margem de decisão do juiz sobre a realização desta audiência.

De outra banda, deve prevalecer exegese tendente a considerar obrigatória para as partes o comparecimento, pois a ausência injustificada frustra a audiência em seus elevados escopos e, por via transversa, frustra a concretização do princípio da cooperação.

Para além dos deveres do juiz acima sublinhados, o princípio da cooperação traz a reboque uma reafirmação e reforço dos princípios de boa-fé e lealdade processual, e estes valores são jogados ao chão quando a parte não comparece ao ato. Frustra também a renovação de tentativa conciliatória, e se ninguém pode ser obrigado a conciliar, o dever de estar presente em ato destinado à tentativa de conciliação tem sido imposto em diversos ordenamentos, com razão e algum sucesso⁴⁰.

Da magnitude dos efeitos nocivos da ausência infere-se a gravidade da omissão. As respostas do ordenamento a violações graves devem ser incisivas, conforme preconiza o Código Processual Civil Modelo para a América Latina. O diploma estabelece que o autor ausente de forma injustificada seja tido como desistente, e se a ausência for do réu, incidam os efeitos materiais da revelia⁴¹.

40 Etapa prévia, extraprocessual, com forte propensão conciliatória, sem a qual não se abrem as portas do processo ao autor, existe no direito inglês, onde exige-se observância a protocolos, os quais estabelecem “obrigações que as futuras partes e seus representantes devem cumprir antes de dar início ao processo formal”. Cf. ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos** na Inglaterra. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

41 300.2. *La inasistencia no justificada del actor a la audiencia preliminar, se tendrá como desistimiento de su pretensión.* 300.3. *Si el inasistente fuere el demandado, el Tribunal pronunciará sentencia de inmediato y tendrá por ciertos los hechos afirmados por el actor en todo lo que no se haya probado lo contrario, salvo que el proceso refiriere a alguna de las cuestiones mencionadas en el inciso 2 del artículo 124, en cuyo caso se estará a lo que allí se dispone.*

Sob esta perspectiva, não se apresenta desproporcional ou abusiva a associação de uma preclusão à ausência injustificada⁴². O direito à prova não é absoluto. O sistema prevê variadas hipóteses de preclusão aplicáveis à matéria probatória, podendo ser citado como exemplo o transcurso *in albis* do prazo para depósito do rol de testemunhas. Não apresentado o rol com antecedência assinada, fenece para a parte o direito de ouvir as testemunhas em audiência.

Se para a prática do depósito do rol de testemunhas o ordenamento permite a vinculação de uma preclusão em matéria probatória, com maior razão adequada a preclusão quando a omissão transborda da esfera jurídica da parte e afeta os demais atores processuais e os próprios escopos do processo, impedindo não só a tentativa de conciliação, mas também a prática de uma série de atos tendentes a conferir mais eficácia, justiça e celeridade à composição da lide⁴³.

Conclusão

Transcorridos mais de vinte anos da positivação da audiência preliminar nos ordenamentos brasileiro e português, lá e cá os (bons) frutos da experiência não se apresentaram claros. Há muito ceticismo em torno do novel instituto.

Mantido o instituto no CPC/15, agora com nova designação de audiência de saneamento e organização, trata-se de ferramenta extremamente útil para conferir celeridade e eficiência aos processos. Ademais, se bem utilizada, iluminada na integralidade pelo princípio da cooperação, deverá ampliar o diálogo e, por conseguinte, a legitimidade da atividade jurisdicional.

Os resultados pouco animadores até o momento obtidos devem ser reputados, em grande medida, ao baixo grau de adesão que modelo despertou nos operadores jurídicos. Em linguagem bem brasileira: “a lei não colou”.

Advogados, promotores e especialmente os juízes não despertaram para a amplitude das funções da audiência de saneamento e organização, e seu relevante papel no procedimento. Grau de culpa maior, evidentemente, cabe aos juízes, diante de seu papel gestor do processo.

42 Para Pinto, em concordância com a tese, “a parte ausente não poderá sequer requerer qualquer produção de prova, operando-se, neste aspecto específico, preclusão”. Cf. PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 160.

43 No Brasil atualmente o princípio da eficiência está positivado na Carta Magna e no CPC (art. 8º), e também resta violado pela parte que promove o desperdício de recursos públicos ao frustrar ato processual. Provocar a perda da oportunidade de concentrar e economizar atos processuais significa desperdiçar recursos públicos.

A falta de uma cultura cooperativa implicou numa audiência preliminar desvirtuada, com operadores despreparados para a prática dos atos de saneamento e ordenamento compartilhados.

A audiência preliminar, portanto, foi julgada pelo que não é – e muitos a condenaram tendo por base um simulacro do ato.

Especialmente num momento em que a cooperação se apresenta como modelo de processo mais adequado ao estado democrático de direito, não se justifica abandonar sua principal ferramenta por falhas que não lhe são inerentes. Ao revés, a audiência de saneamento e organização deve ser reforçada, e uma das melhores formas para promover este reforço assenta da estipulação de um dever de comparecimento dos advogados à audiência preliminar, sob pena de preclusão probatória.

A estrutura argumentativa levada a efeito neste trabalho demonstrou a validade da associação da preclusão probatória à ausência injustificada à audiência de instrução e julgamento.

Contudo, o direito depende de processos discursivos para sua realização, motivo pelo qual deve-se zelar pelo apuramento conceitual e estabelecimento de regras sempre mais claras⁴⁴.

Nesta linha, propõe-se a alteração da lei, com a inclusão de mais um parágrafo ao artigo 357 do CPC/15 que afaste de vez as dúvidas quanto à preclusão ora defendida. O dispositivo deve ter a seguinte redação: “§ XX A ausência injustificada do advogado à audiência de saneamento e organização torna precluso o direito da parte à produção das provas não requeridas ou não ratificadas em audiência.”

A proposta semelhante já foi apresentada uma vez, decorrente de esforço da Associação dos Magistrados Brasileiros, mas foi rejeitada no curso dos trabalhos de elaboração do novo código ao argumento falso de que haveria uma sanção prevista pelo sistema, uma multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

O CPC/15 prevê uma audiência de conciliação tendencialmente obrigatória no início do procedimento, a ser conduzida por mediadores e conciliadores, em

44 Cf. ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In: **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Vol. 2. P. 353-362. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 362.

acertada evolução⁴⁵. Talvez por este motivo, para não “saturar o processo com audiências”, o projeto tenha estabelecido a realização da preliminar residualmente, e não tenha associado obrigatoriedade de realização ou comparecimento.

Apesar do revés justifica-se repisar a proposta, diante da convicção quanto ao seu mérito. Talvez a ascensão do modelo cooperativo, positivado mas ainda não plenamente acolhido pela comunidade jurídica, permita melhor sorte em tempos futuros.

45 Para análise pormenorizada dos mecanismos desta audiência cf. GALINDO, Andrian de Lucena. Avanços e retrocessos na disciplina das audiências no projeto do NCP. In: **O projeto do Covo Código de Processo Civil**: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Coord. DIDIER JR., Fredie e BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. P. 83-108. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 87 e ss.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte especial, procedimento comum (da demanda a coisa julgada). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. III.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O que é devido processo legal? In: **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. vol. 2, p. 353-362. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. III. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. III.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, vol. 2: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.III

_____. **A reforma do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, José Lebre de. **A ação declarativa comum: à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra, 2010.

GALINDO, Andrian de Lucena. **Avanços e retrocessos na disciplina das audiências no projeto do NCPC**. In: O projeto do Covo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. Coord. DIDIER JR, Fredie e BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. P. 83-108. Salvador: Juspodivm, 2012.

GÓES, Gisele. **Teoria geral da prova: aspectos polêmicos**. Salvador: Juspodivm, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Audiência preliminar: eixo central e aglutinador dos atos de cognição processual**. Revista da Esmape, Recife, v. 13, n. 28, 407-434, jul./dez. 2008.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: **Leituras complementares de processo civil**. Org.

DIDIER JR. Fredie. 8. ed. rev. e ampl. 369-383. Salvador: Juspodivm, 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade: procedimento por audiências no Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HOFFMAN, Paulo. **Saneamento compartilhado**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil como prêt-à-porter?** Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, 2011, nº 194, p. 55-68.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um paradigma democrático de processo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. P. 159-179. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodium, 2010.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil** vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Referência do Texto

GALINDO, Andrian de Lucena. Preclusão do Direito à prova decorrente de ausência injustificada à audiência de saneamento e organização compartilhada do processo. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 9-31, jan./jun. – jul./dez. 2017.



Discovery e o dever de cooperação

Diego Moura de Araújo

Doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco/MT. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Professor da UNIFAP, da Escola Judicial do Estado do Amapá e da Escola de Magistratura do Estado do Amapá. Curso de Formador de Formadores pela ENFAM.

Resumo

O sistema Discovery apresenta muitas peculiaridades em relação ao sistema romano-germânico, principalmente pela fase do pre-trial. As normas americanas de processo civil (FRPC) utiliza a intensa troca de informações e documentações pelas partes, sem que haja a necessária intervenção do juiz. A esse método é denominado de Discovery. Ao estudar

de forma mais profunda sobre a temática, compreende-se que o dever de colaboração faz parte do Discovery em razão da interpretação da Regra 1 e também pelas últimas alterações ocorridas no ano de 2015.

Palavras-chave: Discovery. Informações. Dever de colaboração.

Abstract

The Discovery system presents many peculiarities in relation to the Roman-Germanic system, mainly by the pre-trial phase. The Federal Rules of Civil Procedure (FRPC) uses the intense exchange of information and documentation by the parties, without the necessary intervention of the judge. This method is

called Discovery. By studying more deeply the subject, it is understood that the duty of collaboration is part of Discovery because of the interpretation of Rule 1 and also by the last changes occurred in the year 2015.

Keywords: Discovery System. Information. Duty of collaboration.

Introdução

O dever de colaboração no sistema processual brasileiro apesar de decorrente do princípio da boa-fé, só apareceu explicitamente com o atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Afirma o art. 6º, do referido código, que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A ideia da inserção do citado princípio foi instituir no país um processo cooperativo, fundamentado no contraditório pleno e atualizado com os ditames democráticos da Constituição de 1988. Estabeleceu-se, portanto, o ritual do processo colaborativo e não adversarial.

Nos EUA, existem o sistema *Discovery*, que é um método de descoberta de provas que se utiliza do dever de cooperação e do contraditório. Embora, possua inúmeras vantagens e desvantagens, pretende-se mostrá-lo no presente artigo como um interessante método, previsto na *common law*, para a resolução de litígios, mormente depois das recentes alterações legislativas introduzidas no ano de 2015.

1 *Common Law x Civil Law*

Tradicionalmente, dentre as várias classificações existentes, procura-se dividir os sistemas jurídicos em dois tipos principais: *common law* de tradição anglo-americana e a *civil law* de tradição romano-germânica. Tais sistemas possuem características peculiares que os diferenciam, porém não são tão antagônicos como se pensava até pouco tempo pela doutrina.

A *civil law* representa o legado da família romano-germânica, congregando países de forte tradição do direito romano. Apresenta como característica o fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, atreladas a preocupações morais e de justiça, preocupando-se em formular seus direitos na busca de regulação das relações entre os cidadãos¹.

Destaca-se nesse sistema que a casuística romana nunca está vinculada com a solução de litígios concretos. Ela representa uma casuística abstrata e imaginária

¹ Ana Carolina Borges de Oliveira, Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v.6, n.10, jan. / jun. 2012, p. 46.



fixada em torno de um sistema com princípios previamente formulados. Não se julga com base em casos particulares. Nesse entender, “para tratar de descobrir algún asunto concreto, hay que recurrir a fuentes no jurídicas, hay que acudir a la historiografía, a las fuentes históricas o, eventualmente, a la retórica, a los alegatos de Cicerón...”²

A base do *civil law* foi desenvolvida a partir de Bolonha, século XI, em que foram reestudados os textos romanos e dado primazia à lei³. As grandes codificações do século XIX, como o Código Civil de Napoleão de 1804, vieram a consolidar o movimento positivista e, conseqüentemente, o modelo romano-germânico nos países da Europa Ocidental e da América do Sul como Brasil e Argentina.

Por outra banda, o sistema da *common law* remonta as tradições inglesas e países do Reino Unido, chegando, posteriormente, aos Estados Unidos. É baseado no *case law* ou direito casuístico, apresentando como principal fonte os costumes, justificados pelos precedentes judiciais. Teve formação entre os anos de 1066 e 1485, época do sistema feudal na Inglaterra⁴.

Ao contrário do sistema romano-germânico em que se admite uma maior intervenção do juiz no processo, tradicionalmente, no sistema anglo-saxônico há uma completa entrega às partes para a produção de provas. Essa troca de informações com o objetivo de tentar encontrar documentos comprometedores da parte contrária tem a denominação de *Discovery* à americana⁵.

A teoria dos precedentes judiciais ou *stare decisis* é talvez uma das características mais marcantes da *common law*. Pelo sistema de precedentes, busca-se em casos já decididos anteriormente e com a mesma fundamentação aplicar ao caso atual para manter a lógica e a uniformidade da jurisprudência além de fornecer maior segurança jurídica. Ensina ANA CAROLINA BORGES DE OLIVEIRA que o efeito vinculante ganhou força com o *case Beamisch v. Beamisch*, em 1861, conduzido pelo *Lord Campbell*⁶.

2 Robert Jacob, ¿Es el *common law* el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Isonomia*. Mexico, n.44, abr.2016, p. 23.

3 Ana Carolina Borges de Oliveira, *ob.cit.*, p. 54.

4 *Idem*, p. 48.

5 Mariana França Gouveia, **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**, 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 202.

6 *Idem*, p. 49.

Tradicionalmente, o modelo inglês de resolução de litígios detinha as seguintes características: divisão do procedimento na fase preparatório (*pre-trial*) e na sessão de julgamento (*trial*); atuação do juiz limitada ao *trial*; predomínio das prova orais; passividade do juiz com o controle do andamento do feito dado aos advogados das partes e pouca preocupação em descobrir a verdade dos fatos como realmente ocorreram⁷.

Os EUA possuem um sistema um pouco diferente devido ao fato de ser uma federação de Estados. Neste ponto, a Suprema Corte Federal americana e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas as suas próprias decisões, permitindo alterá-las através da técnica do *overruling*⁸.

Apesar das diferenças entre a *civil law* e a *common law* serem bem nítidas, os sistemas não se repelem mutuamente. MICHELE TARUFFO⁹ entende que algumas máximas antigamente válidas, hoje se encontram superadas. A primeira é que a *common law* é um processo essencialmente oral e a *civil law* é predominantemente escrito. Segundo o autor, a *common law* utiliza-se de vários atos escritos, tendência reforçada, atualmente, além de usar o processo do *equity*, que é essencialmente escrito. Por outro lado, o sistema da *civil law* também recorre com frequência à oralidade, *v.g.* debates orais e produção de provas em audiência, decisões orais proferidas pelo magistrado etc.

A segunda máxima superada é a ideia de que *common law* é sinônimo de processo adversarial e a *civil law* inquisitorial. Este é outro erro apontado por MICHELE TARUFFO¹⁰, uma vez que no sistema anglo-americano é cada vez recorrente o método inquisitorial em razão da presença e participação mais ativa do juiz devido às mudanças na gestão processual.

Destarte, o juiz inglês ou americano deixou de ser aquele julgador que assistia passivamente o debate das partes após as reformas experimentadas pela *Civil Procedural Rules* (CPR) de 1998 (no caso inglês) e na *Federal Rules of Civil Procedure* dos anos 90 do século passado e encerradas em 2015 (no caso americano). Por sua vez, o sistema romano-germânico também se torna mais adversarial na medida

7 José Carlos Barbosa Moreira, A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**. v.118, nov-dez. 2004, p.75.

8 O *overruling* ou superação do precedente é diferente do *distinguishing*, que corresponde a uma técnica em que o julgador analisa se o precedente aplica-se ou não ao caso concreto.

9 Cfr. **La prueba, artículos y conferecias**. Santiago, 2009, pp.231-232.

10 *Idem*, pp. 233-237.



em que dá poderes às partes para debater, transigir e produzir provas tudo fundamentado no contraditório prévio¹¹.

Atento a essas alterações, José Carlos Barbosa Moreira¹² enfatiza que a CPR inglesa trouxe novas orientações em relação à postura do magistrado na audiência. Essas alterações, apesar de não determinarem expressamente a produção de provas de ofício pelo juiz, houve o acréscimo dos seguintes poderes: determinar o modo de produção de provas; excluir provas desnecessárias ao processo; limitar o *cross-examination*; indicar às partes as questões que entenda necessitar de prova (dever de cooperação) e nomear assessores para auxiliar o juiz em assuntos especializados.

O último tabu superado é o entendimento de que é característico da *common law* a presença de jurados para julgamento de controvérsias cíveis. Conforme ensina Michele Taruffo, os jurados na Inglaterra para causas cíveis há tempos deixaram de existir. Nos Estados Unidos, a figura dos jurados ainda se faz presente, por uma razão histórico-constitucional decorrente da previsão da Emenda VII e pela atuação generosa dos jurados em casos de acordo de indenizações e *punitive damages*¹³.

Diante de todo o analisado, entende-se que os sistemas da *civil law* e da *common law* cada vez mais se aproximam, buscando as características mais úteis e efetivas de cada. Países como o Japão, que até o século XIX tinha o ordenamento processual inspirado no modelo germânico, passou a adotar, a partir da segunda guerra mundial, elementos do sistema americano como o *cross examination* além de preservar peculiaridades locais¹⁴.

Por fim, a relação entre os dois sistemas fica mais evidente quando se fala em obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial pela Convenção de

11 *Ibidem*.

12 *Ob.cit.*, p. 78.

13 *Idem*, p. 241.

14 *Idem*, pp. 243-244. Não precisa ir tão longe para verificar a influência do sistema anglo-americano na *civil law*. O sistema jurídico brasileiro, tipicamente de origem romano-germânica, no novo CPC adotou mecanismos expressos de precedentes judiciais, v.g. "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados".

Haia de 1970 e pela Convenção Interamericana de 1975. Por estas convenções, resta demonstrado que se não houver colaboração entre os países da *common law* e da *civil law*, "o procedimento *pre-trial Discovery* mostra-se como uma ferramenta pouco adequada para ser utilizada na cooperação internacional, principalmente nos Estados em que sua previsão não existe, tais como os de tradição *civil law*¹⁵".

2 Características processuais do *Discovery*

Discovery, que literalmente quer dizer descoberta, é um procedimento de atos processuais previsto na lei americana e de outros países anglo-saxões que se utiliza da troca de informações e documentos pelas partes. O sistema americano é fundamentado nas regras 26 a 37 da Lei de Processo Civil – *the Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) – recentemente alterada no ano de 2015. A descoberta é ampla e pode envolver qualquer material que seja minimamente razoável para alcançar provas admissíveis.

A ideia fundamental do *Discovery* é fazer com que o pedido de descoberta pelas partes em litígio faça com que elas avaliem os riscos e o sucesso da ação que queiram demandar. Atualmente, é bastante usada a descoberta eletrônica (ESI) em que as solicitações por documentos se referem aos conteúdos contidos em meios digitais.

Conforme os ensinamentos de CRISTIAN GUAL GRAU¹⁶ o sistema de descoberta cumpre várias funções: serve como meio de uma prova antecipada ou asseguração da prova; confronta testemunhas para evitar depoimentos contraditórios no juízo e pondera qual a melhor posição dentro do processo de forma que se garantam ganhos como perdas mínimas. Ressalte-se que essas posições vão sendo construídas por ocasião do *pre-trial* (pré-julgamento) e são bastante flexíveis à medida que se avançam na colheita de provas.

15 Antônio Carvalho Filho, **Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial**. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>.> Acesso em: 15-02-2017. O autor cita como exemplo o caso *Aérospatiale*, empresa francesa de construção de aeronaves que teve, na década de 80 do século passado, uma ação de indenização pela queda de um avião de sua fabricação no Estado de Iowa, EUA. Depois de uma série de discussões sobre a aplicação ou não da Convenção de Haia ao caso, a Suprema Corte Americana, após rever seu posicionamento anterior, entendeu por bem aplicar o previsto no Capítulo II da referida Convenção, utilizando para tanto agente diplomático, consular ou comissário, sem a coerção do *pre-trial Discovery*.

16 Cfr. Breves apuntes sobre el *Discovery*. **Actualidad Jurídica**, n. 29, 2011, pp. 115-116.

Entende o autor que essa última função equivale a uma depuração ou clarificação do processo de modo que as partes tenham uma economia e previsibilidade de gastos, favorecendo uma melhor realização da Justiça¹⁷. É de se notar que a fase do *pre-trial*, que surgiu para que as partes se preparassem adequadamente, isto é, esclarecendo fatos e argumentos para serem enfrentados na fase seguinte do *trial*, acabou por fazer com que a maioria dos processos se resolvessem na fase prévia por meio de conciliações e acordos¹⁸.

Sem dúvida, o *pre-trial*¹⁹ é a fase que mais chama atenção do sistema anglo-saxão, pois não existe no sistema romano-germânico. Ele consiste em duas modalidades de busca de provas, quais sejam, o *Discovery*, que trata de todas as matérias que não se relacionem à prova verbal e o *deposition*, que pode ser feito perante qualquer pessoa, em qualquer momento ou lugar, e qualquer notificação e na forma legalmente especificada.

A Regra 26 (A) da FRCP afirma que as partes são obrigadas a dividir elementos de provas que fundamentam o seu caso mesmo não sendo solicitadas pela parte contrária. Todavia, são isentos de divulgação inicial alguns documentos como: petição de *habeas corpus*, ação para executar sentença arbitral, ação dos EUA para recuperar pagamento de benefícios e ação para revisão em registro administrativo.

17 *Ibidem*. Sobre os fundamentos legais para a efetividade do sistema *Discovery* vide Gregory B. Christansen. Law as a Discovery Procedure. 9 *Cato J.* 497 (1989-1990), pp. 499-503.

18 Michele Taruffo, *ob.cit.*, pp.238-239. Também citando as vantagens do *Discovery*, Alexandre Grandi Mandelli e Christian Frau Obrador Chaves, O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. **Revista da PGFN**, ano II, n. 3, 2012, p. 79, entendem que esse procedimento torna possível o êxito das demandas em casos de litigância contra grandes empresas no momento em que a parte precisa se municiar de documentos sobre suas atividades. Assim, esse sistema permite a solução consensual do litígio, porque os litigantes podem avaliar com realismo a real posição e as chances de sucesso.

19 O *pre-trial Discovery*, na lição de Antônio Carvalho Filho, *idem*, pode ser definido como “um procedimento inquisitório em que as partes, sem a interferência do juiz, têm possibilidades, antes do início do julgamento, de colher, sem coerção, determinado tipo (sic) de evidências ou indícios, nomeadamente documentos, que estejam em poder da contra-parte ou de terceiro, possibilitando a preparação para o julgamento, o qual é contínuo e possibilita a “descoberta” de novas provas que possam interessar ao deslinde da causa”. Ressalte-se a forte oposição dos países pertencentes ao sistema romano-germânico (Alemanha e França) na utilização do *pre-trial*, consoante expõe VIVIAN GROSSWALD CURRAN, U.S. Discovery and Foreign Blocking Statutes. **Louisiana Law Review**, Forthcoming; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper, n. 2016-05 (February 15, 2016), p. 1167: “Further, in Continental Europe, the American-style pretrial evidence acquisition is not permissible within domestic practice. In both France and Germany, a deeply entrenched principle of law, directly derived from Roman law, shields parties from an obligation to assist their opponent in litigation”.

A Regra 26 (B) permite certa liberdade²⁰ ao magistrado para gerir o *Discovery*, controlando o número de depoimentos, interrogatórios e acordos envolvidos. Nesta regra se situa o escopo e o limite da descoberta. De maneira geral, as partes podem obter a descoberta de qualquer questão não privilegiada que seja importante para a acusação ou a defesa de algum dos envolvidos além de atender à proporcionalidade e à necessidade do caso em discussão. Neste momento, atender-se-á a quantidade de questionamentos, o acesso relativo das partes às informações relevantes, a importância da descoberta para a solução do litígio e se o ônus da descoberta excederá o benefício desejado²¹.

Ainda quanto aos limites da descoberta, o Tribunal, de ofício ou a requerimento, poderá limitar a frequência ou a extensão do *Discovery* nos termos das normas de processo civil se verificar, principalmente, que a descoberta está fora do âmbito da FRCP e que a descoberta procurada seja desnecessariamente cumulativa ou redundante ou possa ser obtida por uma forma menos onerosa.

Segundo a Regra 26 (C), a parte pode se recusar, em determinadas situações a não fornecer documentos solicitados pelo *Discovery*. Para isso, ele deverá requerer uma ordem protetora do Tribunal através de um *motion*. Esta moção deve declarar que a parte requerente está de boa-fé e tentou ajudar de alguma forma a parte solicitante do *Discovery* para resolver o litígio sem ação judicial. Destarte, o Tribunal, poderá conceder ordem para que se proteja essa parte do incômodo e das despesas em ter que apresentar a descoberta solicitada.

Outros mecanismos importantes no *Discovery* são os *depositions*. Em síntese, são depoimentos das partes ou de testemunhas, tomados sob juramento e respeitando o contraditório. Tudo é devidamente registrado, normalmente na forma audiovisual. Há uma liberdade nas perguntas formuladas pelos advogados, não tendo delimitação por regras de prova. As perguntas e reperguntas podem

20 WILLIAM W. SCHWARZER e ALAN HIRSCH, Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes. **Julgar**. Coimbra, n.19, jan-abr.2013, p. 197, entendem que essa discricionariedade permitida pela Regra 26 (b) serve para prevenir a redundância de pedidos, exigir que os advogados usem meios menos onerosos para a obtenção das informações necessárias – incluindo o *Discovery* eletrônico (ESI), evitando, portanto, despesas desproporcionais e que desvirtuem os interesses em jogo.

21 Comentando a alteração da Regra 26 pela revisão ocorrida no ano de 2000, K.R. BERMAN, *Reinventing Discovery under the new federal rules*. **Litigation**, n. 42, p.26, proclama que foi salutar a emenda, pois agora restou mais evidente que o pedido de descoberta deve ser importante para resolver o problema das partes no conflito, isto é, para a acusação ou para a defesa. Desfigura-se, portanto, pedidos desnecessários que não interessam ao jogo de interesses. Nesse sentido: “*The implication is clear. Matter relevant to a party’s claim or defense is in play. Everything else is out of bounds. A party who wants to discover something will have to persuade the oponente or a judge that information sought is somehow relevant to a claim or defense.*”

surgir das respostas do depoente ou interrogando, aparecendo um leque bastante aberto de novas indagações sobre a credibilidade do testemunho²².

Porém, a característica mais marcante do *Discovery* são as trocas de informações através de petições, as denominadas *fishing expeditions*. Por essa troca de informações demasiadamente ampla, cabe a cada parte “pescar” os documentos que entender necessários para dar solidez a sua demanda, garantindo, portanto, êxito ao final com uma proposta de conciliação ou mesmo vitória na fase do *trial*. Antes da facilidade dos arquivos em formatos digitais, eram comuns as reclamações das partes pela quantidade de papel a ter que se produzir, o que requeria tempo e gastos muitas vezes desnecessários e impertinentes para a resolução da demanda²³.

O papel do juiz no *pre-trial Discovery*, tradicionalmente, é de mera passividade. Preconiza Geoffrey C. Hazard Jr. que o juiz não é o responsável por adequar o desenrolar dos debates orais entre as partes em busca de evidências de provas. O juiz não é o responsável na procura da verdade, pois ele simplesmente “*chooses between the contentions of law and the versions of facts laid before him by the parties*”²⁴.

Ademais, caso não haja acordo ou não se resolva o litígio na fase do *pre-trial*, chega-se ao julgamento propriamente dito, isto é, ao *trial*. Neste momento, as partes já devem ter produzidas todas as provas necessárias ao esclarecimento do juiz e, dependendo do caso, será decidida por um júri formado por doze pessoas²⁵. É no *trial* que se verifica a sessão de julgamento por excelência em que os advogados expõem seus arrazoados, apresentam provas e se pronunciam sobre os fatos da parte contrária.

Nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira²⁶, nesta fase de julgamento, o autor é quem tem o ônus da prova e o seu causídico expõe a causa no *opening speech* e produz suas provas. As testemunhas apresentadas podem ser reinquiridas através do *cross examination*. Em seguida, iniciam-se as argumentações da parte contrária.

22 Cristian Gual Grau, *ob.cit.*, p. 119.

23 *Idem*, p. 117.

24 Cfr. *Discovery and the role of the judge in civil law jurisdiction*. *Notre Dame Law Review*, n.73, 1998, p. 1019.

25 Antônio Carvalho Filho, **Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial**. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>.> Acesso em: 15-02-2017.

26 *Ob.cit.*, p. 6.

Após, vem os *closing speeches*, momento pelo qual os advogados procuram expor as razões jurídicas da controvérsia além de demonstrar que as provas produzidas ratificam suas alegações.

Na fase do *trial*, existe a possibilidade de controle judicial por meio do uso de *skeleton arguments*, material apresentado pelos causídicos antes do início da fase do julgamento em que informam ao juiz sobre as razões que pretendem sustentar e as provas que irão apresentar. A lida pelo juiz desses resumos possibilita um maior controle da instrução, facilitando que o magistrado faça intervenções efetivas sobre os temas debatidos, dispensando documentos desnecessários e perguntas formuladas sem interesse para a causa²⁷.

Por derradeiro, importante expor o entendimento de Jonah B. Gelbach e Bruce H. Kobayashi²⁸ quando analisam, sob o aspecto da proporcionalidade, os custos e benefícios da realização do *Discovery*. Para eles, o *Discovery System* traz dois fatores a serem considerados economicamente.

O primeiro é referente à externalização dos custos pelas partes com as provas a serem produzidas e entregues. Em alguns casos, isso pode ser predominante para que uma das partes desista e firme logo um acordo encerrando o litígio, o que pode favorecer grandes empresas ou uma parte mais abastada para enfrentar essa fase mais onerosa. As recentes reformas no FRCP tentam restringir provas desnecessárias fundadas no princípio da proporcionalidade para a causa além de aumentar os poderes do juiz para realização desse controle²⁹.

O segundo fator é que, em alguns casos, o *Discovery* cria benefícios sociais ao revelar de antemão resultados sociais úteis para os envolvidos. Isso porque, pela descoberta de provas e pelo depoimento de partes e testemunhas, a acusação ou a defesa pode ponderar as provas que possuem e verificar se há utilidade ou não de vitória. Existe uma flexibilidade nas posições processuais o que ajuda a evitar demandas desnecessárias. Tudo isso deverá ser observado por meio de provas obtidas com o *fishing expeditions*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ The law and economics of proportionality *Discovery*. **Georgia Law Review**. v.50, n. 4, 2016, p.1103.

²⁹ *Ibidem*.

3 O dever de cooperação no *Discovery*

Como visto, o procedimento do *Discovery* pressupõe intensa troca de documentações e informações de uma parte a outra além da realização de interrogatórios às partes e às testemunhas, tudo sobre o manto do contraditório. Nota-se, *ab initio*, que o dever de cooperação é extraído do FRCP, principalmente, na fase *pre-trial* do *Discovery*, embora não esteja explicitamente inserido.

Na regra 1, da Legislação Processual Civil, é descrito o objetivo da norma que se coaduna com as diretrizes do dever de cooperação. Sendo assim, as regras federais de processo civil americano devem ser interpretadas, administradas e empregadas pelo Tribunal e pelas partes com o fim de assegurar a determinação justa, rápida e barata de cada ação e processo. Tal determinação é semelhante à empregada nos arts. 6º, n.1 e 7º, n.1 do CPC português.

Desde 2008, houve vários grupos de trabalho com o fim de aperfeiçoar a interpretação e aplicação do sistema da descoberta. Dentre eles, destaca-se a *Sedona Conference*, que elaborou um estudo avançado sobre a temática com o nome de *Cooperation Proclamation*. Esse método “busca promover o diálogo, o treinamento dos advogados e dos juízes, e o desenvolvimento de mecanismos práticos que facilitem a cooperação e a colaboração no processo civil, especialmente na etapa do *Discovery*”³⁰.

A *Cooperation Proclamation* traz a cooperação não como violadora do dever do advogado com seu cliente e, sim, como forma de tornar o processo um meio mais transparente e ético em relação às partes, advogados e juízes para juntos identificarem os pontos que realmente interessam à decisão judicial ou aqueles pelos quais as partes podem chegar a um consenso e por fim ao litígio de forma amigável. Em relação aos advogados, a proclamação referida traz uma importante reflexão, isto é, preconiza que eles exercem um papel de *officers of the Court*, exigindo, portanto, uma atuação sincera e colaborativa no exercício da atividade jurisdicional³¹.

Também se pode extrair da *Cooperation Proclamation* o desejo pelo nível de cooperação mais elevado em que as partes devem atuar conjuntamente

30 Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Tatiana Machado Alves, A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. v.15, jan./jun.2015, p. 244.

31 *Ibidem*.

para mencionar de forma clara os pontos que querem ser esclarecidos na fase probatória, incluindo o ônus da prova e a aplicação da proporcionalidade³². Destarte, uma vez bem empregado através das ferramentas da consciência e do comprometimento de todos os envolvidos, o princípio da cooperação trará redução de custos e perda de tempo útil às partes e menos discussões desnecessárias para a fase do *trial*.

A doutrina recorda que o desejo pelo dever de cooperação nos EUA surge em oportuno momento para tentar diminuir a cultura do sistema adversarial em que os advogados muitas vezes preferem ganhar pelo cansaço do combate (processo). Essa ênfase litigiosa é conhecida como *Rambo litigation*.

DAVID J. WAXSE³³ entende que, para diminuir essa cultura combativa processual, a solução seria melhorar a gestão processual e usar mais sanções por comportamentos inapropriados. Em outras palavras, encorajar partes, advogados e Tribunal para o exercício da cooperação no Discovery como forma de aumentar o grau de resolução amigável de litígios.

Para chegar a essas soluções, o autor faz um estudo comparado nas mais diversas ciências do conhecimento, tanto sociais, animais e humanas para justificar que política da cooperação sempre é o melhor caminho para enfrentar as dificuldades da vida³⁴.

Em relação ao *Rambo litigation*, conclui que a mudança deve partir dos bancos da Universidade, já que é lá onde o advogado forma a consciência adversarial. Muitos causídicos pensam que seus clientes desejam que eles briguem até as últimas consequências quando, na verdade, o que se quer é resolver o litígio da forma mais justa e célere na forma da Regra 1. Em outros casos, os advogados preferem a cultura adversarial, pois assim podem pleitear honorários mais polpudos em virtude do tempo despendido nos Tribunais³⁵.

Pode-se entender que os métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR) adotados pelos EUA e que se espalharam pelo mundo tiveram grande êxito graças

32 *Idem*, p. 246.

33 Cfr. Cooperation – What is it and Why do it? **Rich.J.L. &Tech 8**. v.XVIII, 2012, p.2.

34 *Idem*, pp.3-5. Por sua vez, RICHARD MARCUS, Cooperation and Litigation: thoughts and american experience. **Kansas Law Review**, v.61, 2013, p.823, em interessante analogia, afirma que a cooperação entre os homens foi essencial para que a o ser humano saísse das cavernas e pudesse evoluir como é hoje.

35 David J. Waxse, *ob.Cit.*, p.12.

à adoção do sistema colaborativo que, efetivamente empregado, resulta em êxito na maior parte dos casos³⁶.

Ademais, em várias passagens das regras do estatuto processual civil americano, há menções implícitas do princípio da cooperação, mormente depois das últimas reformas encerradas em 2015. Na Regra 16, existe o dever de prevenção e auxílio do magistrado no processo, pois o Tribunal pode ordenar que os advogados e quaisquer partes não representadas comparecessem para as conferências prévias aos julgamentos nos seguintes casos: acelerar a disposição da ação; estabelecer um controle precoce e contínuo para que o caso não seja prolongado por falta de gestão; desencorajar o desperdício de atividades pré-julgamento dentre outras situações.

Na Regra 26 (G) há previsão de que o juiz poderá aplicar sanção de ofício ou a pedido quando uma parte requer produção de provas que não estejam de acordo com as normas processuais, sendo desnecessárias ou mesmo protelatórias, mostrando-se totalmente desproporcionais para os fins de resolução do litígio.

Na Regra 32 está previsto que o juiz deve indicar às partes as questões a cujo respeito entende necessitar de provas. Ora, isto corresponde ao dever de auxílio e um convite ao aperfeiçoamento por parte do juiz às partes.

No mesmo sentido, a Regra 37 mostra as consequências e sanções pela não colaboração na descoberta, o que reforça o dever de cooperação. Se uma parte não fizer a divulgação exigida nas conformidades com a Regra 26, qualquer parte pode fazer moção específica para obrigar a divulgação e para sanções apropriadas. Os casos principais são: o depoente não responder a uma pergunta feita nos moldes das Regras 30 e 31; uma parte não responder a um interrogatório submetido e uma parte não apresentar documentos ou deixar de responder ou mesmo deixar de permitir a inspeção.

Em caso de concessão da moção pelo Tribunal ou se a divulgação ou descoberta for fornecida após o arquivamento e ainda se o advogado ou parte agirem de má-fé por ocasião do pedido da descoberta, será ordenando que a parte vencida efetue o pagamento dos encargos e dos honorários da parte contrária em razão dessa falha gravíssima.

³⁶ Richard Marcus, *ob.cit.* p. 823.

Conclusão

O princípio da colaboração no sistema romano-germânico e no anglo-saxônico, como analisado, é considerado como uma tendência democrática para resolução dos litígios na atualidade. Não se pode mais pensar que o processo é um ringue onde uma das partes deve derrubar o adversário para conseguir a vitória, isto é, a procedência do (s) pedido (s). Tal ideia além de ser ultrapassada gera sérios ônus financeiros ao Poder Judiciário além de desperdiçar tempo e dinheiro das partes.

Hoje o processo deve ser visto como um meio colaborativo em que as partes e o Tribunal, este de maneira sempre imparcial, buscam resolver o litígio de forma justa, pondo fim à querela processual e social. E isso só ocorrerá quando as partes buscarem através da boa-fé processual conseguir seus objetivos com uma atuação honesta perante a parte contrária e ao magistrado que presidirá o processo.

O mesmo tipo de pensamento foi inserido, recentemente, no sistema processual civil americano fundado no *Discovery*. Lá o processo que era adversarial por natureza, passou a ser mais bem gerido pelo juiz. Com as reformas, o juiz adquiriu maior poder de controle sobre a fase do *pre-trial* com aplicação de sanções como se vê nas regras 26 (G) e 37 para impedir atitudes emulativas.

E essa mudança de entendimento não está relacionada apenas ao aspecto jurídico. Os EUA, sempre muito práticos, utilizam também como parâmetros judiciais alguns aspectos econômicos. Desta forma, descobriram que o tradicional sistema do *Rambo litigation* com a descoberta de provas desnecessárias gerava grande dispêndio pela parte menos favorecida além de aumentar significativamente os honorários advocatícios.

O caminho para fortalecer o dever de colaboração deve começar na própria Universidade onde se formam os advogados e demais profissionais do direito. Métodos alternativos de resolução de conflito e o princípio e dever de cooperação devem ser fomentados sempre pelos professores aos alunos. Nenhum advogado nasce litigante. Ele assim se torna pelo que aprendeu em sala de aula, nos cursos de atualização e pela realidade em que convive e trabalha.

Referências

BERMAN, K.R. Reinventing Discovery under the new federal rules. **Litigation**, n. 42, p. 22-29.

CARVALHO FILHO, Antônio. **Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial**. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>> Acesso em: 15-02-2017.

CHRISTAINSEN, Gregory B. Law as a Discovery Procedure. **9 Cato J.** (1989-1990), p. 497-530.

CURRAN, Vivian Grosswald, U.S. Discovery and Foreign Blocking Statutes. **Louisiana Law Review**, Forthcoming; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper, n. 2016-05(February 15, 2016), pp. 1165-1174.

GELBACH, Jonah B.; KOBAYASHI, Bruce H. The law and economics of proportionality Discovery. **Georgia Law Review**. v.50, n. 4, 2016, pp. 1093-1120.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GUAL GRAU, Cristian. Breves apuntes sobre el Discovery. **Actualidad Jurídica**, n. 29, 2011, pp. 114-119.

HAZARD JR. Geoffrey C. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdiction. **Notre Dame Law Review**, n.73, 1998, pp. 1017-1028.

JACOB, Robert. ¿Es el *common law* el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? Libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. **Isonomia**. Mexico, n.44, abr.2016, pp. 11-37.

MANDELLI, Alexandre Grandi e CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. **Revista da PGFN**, ano II, n. 3, 2012, pp.77-110.

MARCUS, Richard. Cooperation and Litigation: thoughts and american experience. **Kansas Law Review**, v.61, 2013, pp. 821-848.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. **Revista de Processo**. v.118, nov-dez. 2004, pp. 75-88.

OLIVEIRA, Ana Carolina Borges. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v.6, n.10, jan./jun. 2012, p. 43-68.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de e ALVES, Tatiana Machado. A cooperação no novo Código de Processo Civil: desafios concretos para sua implementação. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**. v.15, jan./jun. 2015, p. 240-267.

SCHWARZER, William W. e HIRSCH, Alan. Os elementos da gestão processual: um guia de bolso para juízes. **Julgare**. Coimbra: Coimbra Editora, n.19, jan-abr. 2013, pp. 189-206.

TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferecias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2009.

WAXSE, David J. Cooperation – What is it and Why do it? **Rich.J.L. &Tech** 8. v.XVIII, 2012, p.1-18.

Referência do Texto

ARAÚJO, Diego Moura de, Discovery e o Dever de Cooperação. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 33-48, jan./jun. – jul./dez. 2017.

A atuação do Judiciário e seus contornos: quando se rompem os limites da lei já nada mais é seguro

Eduardo Perez Oliveira

Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e em Filosofia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS). Mestrando em Filosofia pela UFG. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, escritor, articulista e palestrante.

Durante sua visita à Inglaterra em finais do século XVIII, o czar Pedro, o Grande, se interessou por um castigo que se impunha aos marinheiros da Marinha Real acusados de traição. Consistia em encerrar o condenado em um tanque dotado de um dispositivo que enchia-o de água até que o réu se afogasse. Não havia, naquele momento, nenhum marinheiro condenado a este tipo de castigo, o que não constituiu problema para o czar: “Que se castigue um dos meus homens”. O rei inglês, Guilherme III, se opôs: “Majestade, seus homens se encontram na Inglaterra e estão sob a proteção de suas leis. (Revista Historia y Vida, Madrid, n. 457, in BARZOTTO).

Resumo

O presente artigo aborda, por uma visão inicial da formação do contrato social, a relevância dos princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*, tomando como paradigma os regimes - comunista soviético e nazista alemão da primeira metade do século passado. A partir desse

ponto, faz uma análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação extensiva da Lei n.º 7.716/1989, que trata de racismo, à prática de ofensas contra homossexuais e transexuais.

Palavras-chave: Direito Penal. Filosofia.

Abstract

The present article talks about the relevance of the principles *nullum crimen sine lege* and *nulla poena sine lege*, taking as a paradigm the Soviet communist and Nazi regimes of the first half of the last century. From that point, it analyzes the recent decision of the Federal Supreme

Court regarding the extensive interpretation of Federal Law No. 7166/1989, about racism, to the practice of offenses against homosexuals and transsexuals.

Keywords: Criminal Law. Philosophy.

Introdução

Este artigo é um convite à reflexão sobre os limites da atuação do Judiciário e as balizas legais construídas ao longo de milênios de tentativa e erro, notadamente sobre a possibilidade de criação de crime por inovação das cortes, tomando como paradigma o julgamento da ADO n.º 26 pelo Supremo Tribunal Federal. Recomenda-se a leitura com a mente própria de quem se dispõe a pensar fora dos parâmetros dos preconceitos e extremismos de lado a lado.

Imagine que você está andando com sua mãe pela rua e, de repente, ela é atingida por um motociclista que perdeu o controle. Em desespero, você pede por ajuda.

Aparece uma pessoa e diz que sua mãe precisa de uma cirurgia ali mesmo e que ela irá fazer com uma faca. Em preocupação, você pergunta se a pessoa é médica. Ela diz que não é. Então você pergunta se ela tem alguma formação em saúde. A pessoa, irritada, afirma que é muito honesta, faz caridade, trabalha corretamente, não ofende ninguém, e é defensora das causas sociais. “Pode perguntar para qualquer um”, termina.

Você deixaria ela operar sua mãe? De fato, ninguém o faria. Isso porque é notório que não basta ser uma boa pessoa para realizar uma tarefa a contento, é preciso saber o que se está fazendo. E a sensação de que ser (ou julgar-se) “bom” basta conduz à falsa ideia de autossuficiência.

Há uma plêiade de indivíduos com opiniões prontas sobre como as coisas deveriam ser feitas: do futebol até a paz mundial. Isso significa que grande parte das pessoas tem em si o gérmen do totalitarismo: há o meu jeito de fazer e o jeito errado.

Há muitos exemplos na cultura pop para demonstrar essa ideia. Tome-se o último episódio da série *Game of Thrones* (e se você não gosta de *spoiler* pule os próximos parágrafos), que trouxe alguns momentos interessantes no que foi um final bem simplório.

Em um deles, Tyrion Lannister diz a Jon Snow, referindo-se a Daenerys Targaryen:



"Ela acredita que seu destino é construir um mundo melhor para todos. Se você acreditasse nisso - se você realmente acreditasse nisso - não mataria qualquer um que se colocasse entre você e o paraíso?"¹

Mais adiante Jon Snow e Daenerys dialogam²:

Jon - Como você sabe? Como você sabe que será bom [o novo mundo]?

Daenerys - Porque eu sei o que é bom. Assim como você.

J - Eu não.

D - Você sabe. Você sabe. Você sempre soube.

J - E sobre todos os outros? Todas as outras pessoas que pensam saber o que é bom.

D - Não lhes é dado escolher.

Há duas condutas socialmente bastante perigosas, mas que não raro andam juntas: aceitar que basta ter boa vontade para realizar uma tarefa e se considerar possuidor do monopólio da verdade. Não é de espantar que quem é muito seguro de si normalmente está mal informado.

Boa vontade e caráter, embora importantes, não substituem nunca a técnica e o conhecimento. Ignorantes com boas intenções são comuns, e bem mais comuns em áreas como sociologia, economia e direito, afinal, não há muito espaço para discussão quando se trata de uma neurocirurgia ou da construção de um prédio.

No direito até mesmo o que contraria a realidade é aceito. A possibilidade de manipular o tecido que mantém a sociedade coesa por vezes faz perder a realidade de vista, em especial o fato de que as normas existem para a sociedade, ou seja, em favor desta, e não a sociedade para as normas.

Quando nos juntamos a primeira vez, seja do ponto de vista hobbesiano do medo e da esperança, seja do ponto de vista de Rousseau ou Locke, o fizemos porque a alternativa, a lei do mais forte, não era alternativa.

A questão é tão evidente que, e falando fora do eixo eurocêntrico, o Shatapatha Brahmana, escrito entre os séculos 8 e 6 A. C., trata da questão do que veio a se

¹ *"She believes her destiny is to build a better world for everyone. If you believed that — if you truly believed it — wouldn't you kill whoever stood between you and paradise?"*

² https://www.springfieldspringfield.co.uk/view_episode_scripts.php?tv-show=game-of-thrones&episode=s08e06. Acesso em: 26 maio 2019.

chamar de *matsya nyaya*, ou justiça dos peixes (1, 8, 1), isto é, o fato de que o peixe maior come o menor.

Quando Manu, o legislador e rei ancestral, vai ao rio buscar água é interpelado por um pequeno peixe (*matsya*), na verdade, o avatar de Prajapati-Brahma, que pede para ser salvo de ser comido pelos outros peixes. Manu pega a pequena criatura e a coloca a salvo em um pote. É o prelúdio da história do dilúvio na versão hindu (SATAPATHA BRAHMANA, 1882).

Matsya nyaya, a lei dos peixes, é o equivalente à popular lei da selva, ou lei do mais forte. Na natureza vence aquele que tem melhores condições de se manter vivo, devorando e evitando ser devorado. O ser humano é capaz de quebrar esse ciclo ao desenvolver a sociedade e cultivar as virtudes. Por isso Manu pôde salvar o peixe de seu habitual destino.

Logo, soa claro que qualquer lei ou interpretação de lei deve, no mínimo, respeitar a realidade e os direitos naturais, tais como liberdade, vida e propriedade.

Um sistema que ignore isso, além de tirânico, quiçá totalitário, tende a ruir sob seu próprio peso, prejudicando, contudo, milhões de vidas antes que isso aconteça.

Para que essa lei da selva não seja soberana que criamos nossas leis, espelhando-as, quando justas, na razão e no direito natural, e, quando injustas, em interesses pessoais ou de grupos, ou ideologias derivadas de delírios patológicos inconciliáveis com a realidade e a racionalidade.

Com as devidas adaptações, é a diferença que Platão, entre outros filósofos antigos, apontava entre opinião (*doxa*) e conhecimento verdadeiro (*episteme*). Em sua obra, *A República*, *doxa* é entendida como mera opinião, enquanto *episteme* é o saber pleno relacionado com a realidade, é o conhecimento verdadeiro em oposição ao famoso “eu acho” (KAREN, 2004).

Platão explica muito bem a diferença entre a opinião e o conhecimento verdadeiro por intermédio de sua famosa alegoria ou mito da caverna, presente no Livro VII d’A República (PLATÃO, 2000. p. 319-322).



Justamente porque são muitas as opiniões e difícil atingir o conhecimento do real que, reconhecendo a falibilidade humana e a tendência ao monopólio da verdade e ao totalitarismo dos homens de boa vontade ou sequiosos de poder, criaram-se mecanismos para evitar ou diminuir os erros e afastar a tirania, a ditadura.

A história mostra que quando um tirano chega ao poder age de forma arbitrária. Ninguém está ou se sente seguro, porque a qualquer momento pode ser preso e punido sem nem mesmo saber o motivo.

Foi o caso, por exemplo, da antiga União Soviética, cujo paradigma é de interessante estudo no aspecto da proteção legal do indivíduo contra o arbítrio estatal.

Para começar, veja-se o relato de Richard Pipes:

Aqueles que viviam sob o regime bolchevique se encontraram em uma situação para a qual não havia precedente histórico. Havia tribunais para crimes comuns e para crimes contra o estado, mas sem leis para guiá-los; cidadãos foram sentenciados por juízes sem qualificações profissionais para crimes que não foram definidos em nenhum lugar. Os princípios *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*... foram lançados ao mar como um lastro inútil ... Um observador notou, em abril de 1918, que nos cinco meses anteriores, ninguém havia sido condenado por saques, roubos ou assassinato, exceto por esquadrões de execução e turbas de linchamento. Ele se perguntou para onde todos os criminosos haviam desaparecido ... A resposta, claro, era que a Rússia tinha se tornado uma sociedade sem lei. (PIPES, 1991. p. 961)

Sobre o tema, em seu magistral artigo, Augusto Zimmerman menciona que o sistema legal da antiga URSS criou garantias ao cidadão meramente formais, uma fachada, pois o regime soviético não tinha interesse em obedecer à lei. Esta, aliás, era uma mera formalidade, porque o verdadeiro poder era exercido por uma pequena liderança do partido bolchevique (ZIMMERMAN, 2010. p. 386).

Curiosamente, a primeira constituição soviética de 1918 previa o domínio de uma ditadura do proletariado e que os direitos humanos eram assegurados apenas aos trabalhadores, excluindo todos os demais (CONSTITUIÇÃO DE 1918).

Mesmo as constituições posteriores, embora falassem em direitos individuais, nunca os garantiram ou asseguram de fato à população, até a queda do regime em 1991.

Acerca das cortes soviéticas, estas tinham duas funções principais: viabilizar o avanço do socialismo e destruir todos os inimigos, reais ou imaginários, do estado socialista (ZIMMERMAN, 2010. p. 387).

Para Lenin, *“a única tarefa do judiciário é prover, principiologicamente e politicamente correta (e não meramente estritamente judicial)... a essência e justificação do terror... A corte não é a eliminação do terror... mas a sua substituição e legitimação em princípio”* (PIPES, 1995. p. 480).

Observe-se como funcionava o Tribunal Popular, instituído por Vladimir Lenin em 1918:

Os bolcheviques deram forma institucional aos julgamentos da turba através dos novos Tribunais Populares, onde a ‘justiça revolucionária’ foi sumariamente administrada em todos os casos criminais. O antigo sistema de justiça criminal, com suas regras formais de direito, foi abolido como uma relíquia da “ordem burguesa” ... As sessões dos Tribunais Populares eram pouco mais que julgamentos da turba formalizados. Não havia nenhum conjunto de procedimentos legais ou regras de evidência, que em qualquer caso dificilmente eram apresentados. As condenações eram geralmente garantidas com base em denúncias, muitas vezes decorrentes de vendetas privadas, e sentenças elaboradas para agradar ao humor da multidão, que expressavam livremente suas opiniões da galeria pública ...

Os julgamentos da Corte Popular eram realizados de acordo com o status social do acusado e de suas vítimas. Em um Tribunal Popular, os jurados criaram o hábito de inspecionar as mãos do réu e, se fossem limpas e macias, considerá-lo culpado. Comerciantes especuladores eram severamente punidos e às vezes até sentenciados à morte, enquanto que os ladrões - e às vezes até assassinos - dos ricos geralmente recebiam apenas uma sentença muito leve, ou mesmo absolvidos, se alegassem que a pobreza era a causa do crime. O saque dos “saqueadores” havia sido legalizado e, no processo, a lei como tal foi abolida: havia apenas ilegalidade. (FIGES, 1996. p. 653/654)

Porém, não satisfeito com isso e entendendo que os tribunais ainda eram suaves ou venais, Lenin criou a temida Cheka (matriz da futura KGB), com a função



não só de rever os julgamentos, mas também de controlar os juízes, atividades que realizava com firmeza. De suas decisões não havia recurso e seus procedimentos eram maleáveis, ou seja, os membros adaptavam às regras à conveniência.

Sobre a Cheka:

Não sendo um órgão judicial, os atos da Cheka são de caráter administrativo ... Não julga o inimigo, ela ataca... A medida mais extrema é atirar ... A segunda é o isolamento nos campos de concentração. A terceira medida é o confisco da propriedade ... Os contra-revolucionários são ativos em todas as esferas da vida ... Conseqüentemente, não há esfera de vida na qual a Cheka não funcione. Ela cuida de assuntos militares, suprimentos de alimentos, educação ... etc. Em suas atividades, a Cheka tem se esforçado para causar uma impressão tão grande no povo que a mera menção do nome Cheka destruirá o desejo de sabotar, extorquir, tramar. (GSOVSKI, 1961)

Mesmo com a posterior promulgação de normas, como o Ato Judiciário de 1923, que uniformizou o sistema judicial e sobreviveu até a queda do regime, a lei continuou sendo apenas uma formalidade no projeto de poder. Os juízes soviéticos não podiam ser imparciais, nem eram independentes, uma vez que eram obrigados a seguir as orientações do Partido (ZIMMERMAN, 2010. p. 391).

Até pessoas em altos níveis e que apoiavam o Terror Vermelho, foram suas vítimas, como Krylenko, Procurador Geral Soviético, que em 1938 teve que abdicar do cargo para logo em seguida ser sentenciado à morte em um julgamento que durou vinte minutos.

A função do Judiciário do regime de terror não era aplicar a lei de forma imparcial, mas destruir sem piedade os inimigos do povo em qualquer forma, na visão de Vishinsky, para quem a lei codificada deve subordinar-se à lei revolucionária, e, em caso de conflito, sempre aplicar os princípios da revolução do proletariado (ZIMMERMAN, 2010. p. 392).

O primeiro Código Penal soviético, de 1º de junho de 1922, tinha por objetivo não proteger a população das arbitrariedades do estado no plano da perseguição política ou aplicar sanções justas, mas apenas de justificar o terror.

A título de comentário, para Lênin o capitalismo era a causa dos crimes comuns, de forma que a mudança para o socialismo eliminaria tais condutas do seio da sociedade. O próprio código previa a inexistência de culpa individual e que a pena não deveria ser vista como uma retribuição, tratamento muito diferente daquele dado aos “criminosos políticos”, classificados como inimigos e sujeitos a todo tipo de barbárie pelo aparato estatal (ZIMMERMAN, 2010. 393).

Essa visão simpática e quase santificadora do criminoso “comum”, por mais grave que fosse o crime, fez com que Anne Applebaum dissesse que “(...) *alguns aspectos da linguagem do código penal soviético teriam “aquecido os corações dos reformistas penais progressistas mais radicais do Ocidente”* (Anne Applebaum, *Gulag: A History* (London: Anchor, 2004), 160, apud ZIMMERMAN, 2010. p. 394)

O aludido código trazia previsões abertas, como, em seu artigo 58, ao considerar contrarrevolucionária toda atividade que constituísse participação na burguesia internacional, com punição de três anos de reclusão até o banimento perpétuo. Em razão de seu tipo amplo e sem limites, incontáveis inocentes foram condenados por esse “crime”, dentre eles os que tiveram a ousadia de criar um comitê para lutar contra a fome severa de 1921/1922 (ZIMMERMAN, 2010. p. 394).

Se você fosse considerado socialmente perigoso ou contrarrevolucionário, conforme o entendimento da autoridade, seria condenado.

Como o objeto deste artigo é discutir a necessidade de bases sólidas para a aplicação de qualquer pena em sociedade, não é necessário alongar-se nos abusos do sistema penal soviético, como as torturas, as prisões de grávidas e crianças, estas últimas enviadas a orfanatos com alta taxa de morticínio, e as que sobrevivessem sofreriam uma lavagem cerebral para que considerassem seus pais como inimigos do estado.

Bastava uma piada para ser encaminhado ao Gulag e lá ficar por anos preso, realizando trabalhos forçados, uma vez que não havia qualquer tipo de limites à arbitrariedade estatal.

Até mesmo advogados soviéticos que insistissem em defender muito arduamente seus clientes corriam o risco de perder sua licença e seus empregos.

A situação soviética é apenas um exemplo dos regimes ditatoriais e totalitários, nos quais o direito do cidadão não existe e prevalece apenas a arbitrariedade da casta governamental.

Embora possa aqui ser acusado de aplicar a Lei de Godwin³, o que não é o caso, a Alemanha nazista também aboliu a previsão de que não existe crime sem lei anterior que o defina, irmanado com a mesma técnica soviética de utilização da lei para um projeto de poder.

Como nos ensina Hoefler, a legislação penal de Hitler foi um retrocesso àquela da República de Weimar, podendo ser sintetizada da seguinte forma (HOEFER, 1945 p. 386):

- I. Abolição de todas as garantias constitucionais para a liberdade de cidadãos inocentes.
- II. Legislação por decreto do governo.
- III Criação de novas infrações penais até agora desconhecidas, a fim de promover a perseguição política, racial e religiosa.
- IV. Aumento na severidade da punição; aumento do uso da pena de morte.
- V. Criação de novas punições.
- VI. Dualismo de punição legal e extrajudicial.

Durante o regime nazista, leis infraconstitucionais ignoravam a proibição constitucional da punição arbitrária sem previsão legal ou da irretroatividade. Essa proibição foi revogada por decreto em 28 de junho de 1935, admitindo-se expressamente a punição *ex post facto* e banindo a necessidade de lei prévia para caracterização de crime, admitindo que alguém fosse penalizado por atos ofensivos ao “sentimento do povo” mesmo que nenhuma lei tenha sido de fato violada (HOEFER, 1945, p. 386).

A Lei da Traição nazista, editada também por decreto em 24 de abril de 1934, previa como punível qualquer pessoa que recebesse material anti-nazista ou debatesse com alguém que se opusesse ao regime sem denunciar espontaneamente essa pessoa à Gestapo. Decretos de 21 de março de 1933 e 20 de dezembro de 1934 puniam com pena de prisão por cinco anos a crítica, pública ou particular, ao nazismo. A Lei de proteção ao sangue e honra germânicos, de 15 de setembro de 1935, proibiu o casamento entre judeus e arianos, sob pena de prisão e trabalhos forçados por quinze anos (HOEFER, 1945. p. 387-388).

³ https://en.wikipedia.org/wiki/Godwin%27s_law

Inclusive, como forma de controlar o Judiciário, quando Hitler foi alçado ao poder em 1933 tomou como uma de suas primeiras medidas remover de seus cargos todos os juízes anti-nazistas, abolindo todas as suas prerrogativas, e transformando os cargos em indicações políticas, contrariamente ao regime anterior, altamente técnico e moral (HOEFER, 1945. p. 392).

Somente poderia ser juiz quem fosse membro do partido nazista. O advento da Lei de Serviço Civil, de 1937, passou a exigir também um juramento de lealdade a Hitler e a possibilidade de remover os magistrados por motivos políticos.

Como é evidente, em um sistema ditatorial quem controla a força controla toda a sociedade, não só materialmente, mas também em seu aspecto cultural. É o caso da Coréia do Norte, que suprime e altera fatos históricos, conhecimentos científicos, artísticos e outros.

A forma de manter o poder desse tipo de governo é e sempre será pela força e pelo medo. Embora possa eventualmente buscar uma aparência de legitimidade, com sistemas legais de garantias do cidadão, não abdica do controle absoluto de cada aspecto da vida do indivíduo.

O método de sucesso é controlar os três direitos naturais expressos por Locke: vida, liberdade e propriedade (LOCKE, 2001).

A ameaça constante a esses três direitos torna toda a sociedade refém e incapaz até mesmo de se organizar contra o poder ditatorial dominante.

Para lidar com esse tipo de situação foram desenvolvidos mecanismos capazes de limitar a arbitrariedade do estado. Considerando que o aspecto penal é sempre o mais grave em sociedade, porque implica restrição à liberdade e às vezes a vida do indivíduo, é natural que ele possua maior destaque.

Quem é da área jurídica conhece três aforismos elementares do Direito Penal: não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*), não há crime sem lei anterior que o defina (*nullum crimen sine poena legali*) e não há pena sem lei (*nulla poena sine lege*).

Em suma, para alguém ser condenado e punido é preciso que exista uma lei anterior que defina a sua conduta como criminosa e qual a pena cominada.



Curiosamente, embora as expressões latinas remetam a uma idéia de que teriam origem na Roma Antiga, boa parte entender ser criação do Liberalismo do século XVIII (HALL, 1937).

Margherita Scognamiglio, pesquisadora de Direito romano e antigo da Universidade de Salerno, destaca que *“no início do século XIX, o jurista alemão Paul Johann Anselm Feuerbach resumiu com três máximas em latim (nulla poena sine crimine, nullum crimen sine legal poena e nulla poena sine lege) o princípio que viria a se tornar uma das pedras angulares de quase todos os sistemas jurídicos modernos: o princípio da legalidade penal. As três máximas foram posteriormente retrabalhadas para formar o mais conhecido princípio nullum crimen sine lege”* (SCOGNAMIGLIO, 2019).

Hall traça uma interessante origem da evolução desse princípio a partir da Roma antiga, passando pela britânica, notadamente a Magna Carta, de 1215, prussiana, com o código de 1721, e o austríaco, de 1769, inclusive cita a Revolução Francesa (1789), que enfatizou a legalidade para suprimir laivos da arbitrariedade do *ancien regime* no Judiciário (HALL, 1937).

Ela que apresenta, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu artigo oitavo prevê (DECLARAÇÃO DE 1789): *“A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”*

Em seu artigo Hall destaca o risco da analogia legal para punir e como um conservadorismo judicial, embora por um tempo possa permitir a impunidade de alguns criminosos, é um preço pequeno a pagar pelos benefícios que traz, como evitar o arbitrário punitivismo, contando que o Legislativo se faça presente para corrigir a impunidade (HALL, 1937. p. 176-177).

Destaca que *“(...) a abolição da nulla poena fornece uma peneira através da qual pode fluir não apenas a humanidade e a ciência, mas também repressão e estupidez”* (HALL, 1937. p. 189).

Praticamente toda democracia que efetivamente é uma democracia possui essa previsão da inexistência de crime sem lei anterior que o defina.

No Brasil se manifesta de forma essencial e sintética no art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que é repetido no art. 1º do Código Penal.

Via de regra quando se fala em lei, especialmente no que toca à legislação penal, a competência será sempre da União (art. 22, I da CF), e é preciso o debate legislativo para a criação de um tipo penal.

Admitir a punição de alguém por criação ou analogia judicial, sem que tenha havido o prévio trabalho legislativo, vulnera essa previsão antiga e consuetudinária de todos os povos livres.

Por isso é com perplexidade que alguns recebem a notícia de que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos de seus ministros, entendeu pela aplicação analógica das penalidades da Lei n.º 7.716/1989, que trata de racismo, à prática de ofensas contra homossexuais e transexuais.

Trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO n. 26), na qual, até então, tem-se entendido a omissão do Legislativo em aprovar leis protetivas à chamada comunidade LGBTI.

Em seu voto, o ministro Edson Fachin destaca:

A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade.

Para o ministro, não seria possível aguardar a apreciação do tema pelo Congresso Nacional, considerando o quadro de violações aos direitos da comunidade LGBTI no Brasil, um dos países em que mais ocorreram mortes e agressões contra essa população.

Na mesma linha é o voto do decano, ministro Celso de Mello, para quem “os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados, ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que tem marginalizado



grupos minoritários em nosso país, como a comunidade LGBT". Para o ministro, a homofobia representa uma forma atual de racismo.

O fundamento de ambos os ministros é irrefutável: violar o direito de outra pessoa em razão de sexo, cor de pele, forma de pensar, gênero, sexualidade e congêneres é torpe e merece punição.

Não é apenas a discriminação em razão da orientação sexual que é abjeta, é toda aquela violação que atinja o cerne da dignidade no viés puramente kantiano do termo, ou seja, a igualdade de tratamento quanto aos direitos fundamentais em um estado de direito.

De acordo com o 2018 Expat Insider Survey, pesquisa feita em 187 países, o Brasil é o último na subcategoria de Segurança (EXPAT Insider 2018).

Em 2015 o Brasil teve mais de 59 mil homicídios. Em números absolutos, o que mais se aproximou foi a Índia, com 41,6 mil homicídios em 2014, com a diferença de que sua população é seis vezes maior que a do Brasil. Em 2016, tivemos 61,6 mil homicídios (SUPERINTERESSANTE).

Em 2017, foram 63.880 mortes violentas no país e 60.018 casos registrados de estupro (aumento de 8%), conforme o 12º Anuário de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA).

Esses são os casos registrados. Muitos crimes, como homicídios, roubos e estupros sequer são levados ao conhecimento da autoridade policial, constituindo uma cifra oculta incalculável.

A conclusão dos ministros de que o Brasil é um país violento e há proteção deficiente é parcialmente correta, porque não se limita à dita comunidade LGBTI, mas abrange toda a população. Todo brasileiro sofre de uma proteção estatal deficiente, fruto também, mas não só, da impunidade, da má gestão e da cultura oportunista semeada no país.

A falha do Legislativo, mas não só desse poder, em modificar o panorama legal brasileiro contribui para esse estado de coisas, com certeza. E o Supremo Tribunal Federal reconhece isso, contudo, apenas para o fim de aplicar analogamente à conduta de homofobia a tipificação dos crimes da lei contra o racismo.

É racionalmente impossível discordar do STF no que tange à violência e ao preconceito sofrido por homossexuais e transexuais no Brasil. Negar isso é negar a realidade.

Já tive oportunidade de, em caso de violência doméstica praticada contra transexual, aplicar analogamente as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, mesmo contra o entendimento majoritário e diante de severas críticas, porque não implicava a criação de novo tipo penal e visava a proteção emergencial da vítima.

Não houve a criação de um novo tipo penal por decisão judicial. A conduta violenta já havia sido praticada e havia o risco de reiteração. O objetivo foi resguardar a integridade da vítima naquele momento.

Daí para criar uma lei há um abismo.

Particularmente, tenho muitas opiniões sobre como tornar o mundo melhor. *Doxa*, mera opinião, todos temos. Acredito que as penas para corruptos são muito brandas, assim como a legislação penal brasileira como um todo, mas na minha atividade não imponho minha forma de pensar, e sim a lei que democraticamente foi elaborada.

Platão, em um de seus diálogos, coloca Sócrates para debater com Íon, um rapsodo que acredita que, por ser especialista na obra de Homero e declamar bem seus versos, tem competência universal em todas as atividades que lá são tratadas. Entende, inclusive, que por ser o melhor rapsodo da Grécia, é também o melhor general, considerando que já interpretara um (PLATÃO, 1988).

Como Íon, os aplicadores e intérpretes da lei também necessitam de um Sócrates para, em dialética, reconhecerem que o Direito não contém a chave do universo. Antes, deve refletir a realidade e as necessidades humanas com o foco na razão.

Admitir a criação de tipos penais por decisão judicial, ainda que com boas intenções, viola a construção de milênios de experiência reconhecendo que não pode haver crime sem lei anterior que o defina, entendendo-se por lei na seara penal em um estado democrático de direito aquela oriunda do Poder Legislativo.

É certo que nem sempre o tempo das instituições é o tempo do anseio social. O próprio Supremo Tribunal Federal demorou 26 anos para julgar uma lei sobre

segurança em estacionamento no Rio de Janeiro⁴ e 15 anos para decidir que a URV possui natureza remuneratória⁵. A ação mais antiga no Supremo foi distribuída há 50 anos e não tem previsão de ser julgada⁶.

O Congresso está em falta não só com a proteção dos homossexuais e transexuais, mas em diversos outros aspectos pelos quais a sociedade como um todo pede providências.

Para isso há alternativas, mas a história mostra que a via judicial não parece ser a melhor delas.

A sociedade há de aprender a amadurecer e saber votar, cobrar dos que foram eleitos, exigir responsabilidades. As casas legislativas devem julgar seus membros. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem a possibilidade de priorizar os julgamentos em face das pessoas dotadas de foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, pois, se o caso de condenação, retirarão da vida pública aquele indigno dela, e nisso executará um excelente papel, inclusive profilático.

Os atalhos em uma democracia levam apenas à ditadura. Como disse Hall, a impunidade de uns poucos, durante o tempo do Legislativo, é um preço pequeno a pagar diante da alternativa de fragilizar todo um sistema legal e/ou de punir inocentes.

Na atividade judicante pessoas de toda sorte procuram o magistrado em busca de medidas que sabem corretas, mas que não estão albergadas pela lei. O que costume dizer a essas pessoas, muitas vezes humildes, é que o juiz possui limites, graças a Deus.

Embora pareça interessante nesse momento um magistrado que possa fazer justiça fora da legalidade, trata-se de uma porteira aberta que por onde passou o boi, passará uma boiada. Nada impede que no futuro um outro magistrado resolva decidir fora da lei, mas dessa vez contra quem, contudo, considerou boa a primeira violação.

4 <https://oglobo.globo.com/rio/mais-de-26-anos-depois-stf-derruba-lei-sobre-estacionamentos-no-rio-1-21654757>

5 <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/15-anos-stf-reconhece-urv-possui-natureza-remuneratoria>

6 <https://sao-paulo.estadao.com.br/blogs/pelo-interior/iperio-espera-ha-50-anos-por-julgamento-de-acao-mais-antiga-no-stf/>

Se a lei não é o limite da atuação do juiz, se o juiz pode buscar seu fundamento na própria consciência, em sua boa vontade, na opinião que tem das coisas, e não no conhecimento verdadeiro, então não há limites.

E isso vale para todos os cargos públicos e para o convívio privado igualmente.

Porque não podemos depender da boa vontade de quem titulariza o cargo é que existem leis gerais e abstratas. Se é árduo o trabalho para aprová-las, tanto melhor, porque significa que não há a vontade de um só, ou de poucos, impondo-se sobre o povo, como nos exemplos do Partido Nazista e do Partido Comunista Soviético.

O fundamento de validade e existência da função de magistrado decorre da lei. Violá-la é violar aquilo que torna possível existirem juízes.

Sim, é asqueroso, é torpe, é abjeto que existam ainda pessoas que entendam que a pessoa pode ser execrada por sua forma de pensar, por sua sexualidade, gênero, cor de pele etc. O trabalho de conscientização é constante, assim como a punição e o lapidar das leis.

Não há, porém, atalho seguro. A desconsideração da garantia fundamental e cláusula pétrea da Constituição de que somente a lei cria tipo penal não pode ser relativizada, por mais que haja boa intenção fundada na melhor *doxa*. É abrir a caixa de Pandora, pois impossível conter no futuro novas interpretações dessa natureza sobre qualquer assunto.

A garantia de que isso não acontecerá não pode vir da confiança no indivíduo que ocupa o cargo. A norma é clara e não admite violações. As instituições perduram para além do indivíduo, e é preciso que haja estabilidade e coerência dentro de um sistema legal previsível que não deixe a população em constante sobressalto de mudança por conta de decisões judiciais.

O Judiciário só protagoniza os limites dos excessos dos demais poderes, mas não pode usurpá-los, sob pena de gerar um efeito dominó em todo o sistema legal.

Embora esses direitos sejam urgentes, há perigo em se trocar uma casa construída em terra firme por um castelo sobre a areia. É preciso amadurecimento: do povo e das autoridades. Não há solução simples ou mágica que possa resolver conflitos fora do espectro da segurança democrática.

Há um ditado que diz que andar mais depressa no caminho errado só te levará mais rápido para onde você não quer chegar. E Rubem Alves bem sintetizou: “Quem tenta ajudar uma borboleta a sair do casulo a mata. Quem tenta ajudar um broto a sair da semente o destrói. Há certas coisas que não podem ser ajudadas. Tem que acontecer de dentro para fora.”

Referências

BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de Lei Contribuição a uma Teoria do Princípio da Legalidade. **Revista direito**, v. 3, n. 21, p. 219.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CONSTITUIÇÃO RUSSA DE 1918. **Constitution of 1918**. Disponível em: <https://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/index.htm>. Acesso em 26 de maio de 2019.

DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> ("La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée."). Acesso em 26 de maio de 2019.

EXPAT INSIDER 2018. Disponível em: <https://www.internations.org/expat-insider/2018/brazil-39600>. Acesso em 26.5.2019.

FACHIN, Edson. **Voto do ministro na ADO n. 26 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em 26.5.2019.

FIGES, Orlando. **A People's Tragedy: A History of the Russian Revolution**. London: Pimlico, 1996.

FORUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. 12º Anuário de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>. Acesso em 26.5.2019.

FRANKLIN, Karen. Os conceitos de Doxa e Episteme como determinação ética em Platão. **Educ. Rev. Curitiba**, n. 23, p. 374, jun. 2004. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602004000100023&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26 maio 2019.

GSOVSKI, Vladimir. Citando Latsis, Chrezvychainaia Komissii, pp. 8, 15, 23, 24 em Preventive and Administrative Detention in the USSR, Vladimir Gsovski. **Journal of the International Commission of Jurists**, Spring 1961. Editor Jean-Flavian Salive, vol. III, n. 1. . p. 137.

HALL, Jerome. Nulla Poena Sine Lege (1937). Articles by Maurer Faculty. Paper 1378.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOEFER, Frederick Hoefler, e Nazi Penal System--I, 35 **J. Crim. L. & Criminology**, 385 (1944-1945)

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e outros Escritos**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MELLO, Celso de. **Voto do ministro na ADO n. 26 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em 26.5.2019.

PETRELLI, Humberto Zanardo. **Íons de Platão: ensaio introdutório, texto original**. Tradução e comentário crítico. Usp, 2003.

PIPES, Richard. **Russia under the Bolshevik Regime**. 1st ed. New York: Vintage Books, 1995.

PIPES, Richard. **The Russian Revolution**. 1st ed. New York: Vintage Books, 1991.

PLATÃO. **A República**. Trad. Carlos Alberto Nunes. 3 ed. Belém:EDUFPA, 2000. Livro VII, p. 319/322

PLATÃO, Íon. Trad. Victor Jabouille. Lisboa: Ed. Inquérito Limitada, 1988.

RAMOS FILHO, José Silva. **O conceito de episteme em Platão Análises em diálogos do período intermediário ao da maturidade.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Goiás.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político.** Trad. Antônio de Paula Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SATAPATHA BRAHMANA. Trad. Julius Eggeling tr. [1882]. Disponível em <http://www.sacred-texts.com/hin/sbr/sbe12/sbe1234.htm>. Acesso em 25.5.2019.

SCOGNAMIGLIO, Margherita. Nullum crimen sine lege, iurisprudencia. it, **Rivista Giuridica.** Anno IV, Maggio 2019. Disponível em: <http://www.iurisprudencia.it/nullum-crimen-sine-lege/>. Acesso em 26 de maio de 2019.

SUPERINTERESSANTE. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/contaoutra/o-brasil-tem-mais-assassinatos-do-que-todos-estes-paises-somados/>. Acesso em 26.5.2019.

ZIMMERMANN, Augusto. Marxist jurisprudence in the former soviet union: a critical appraisal. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 7, n. 01, p. 383-397, dez. 2010. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/571>>. Acesso em: 26 maio 2019.

Referência do Texto

OLIVEIRA, Eduardo Perez, A atuação do Judiciário e seus contornos: quando se rompem os limites da Lei já nada mais é seguro. **Revista da ESMape.** Recife, v. 23, n. 45/46, p. 49-68, jan./jun. – jul./dez. 2017.

Segurança jurídica e a reapreciação judicial da prova do processo de controle externo

Fábio Wilder da Silva Dantas

Assessor Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Exerceu as funções de Diretor de Aperfeiçoamento Disciplinar da Superintendência de Correição da Controladoria-Geral do Estado de Alagoas - CGE/AL. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito (FDA) da Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-Graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Direito de Maceió (FADIMA) do Centro Universitário CESMAC.

Resumo

O presente artigo trata da segurança jurídica e da certeza do direito sob a perspectiva do processo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, tomando como referência o procedimento em Tomada de Contas Especial – TCE, o qual, por sua vez, possui características semelhantes do processo litigioso judicial. A partir da tese de Carlos Aurélio Mota de Souza acerca do papel da jurisprudência enquanto provedora

ou reafirmadora da segurança jurídica criada pela lei, o trabalho analisa a questão da segurança e da certeza do direito em face da possibilidade de reapreciação, no âmbito do processo judicial, das provas utilizadas no processo de controle externo dos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Certeza do direito. Tribunal de Contas. Controle Externo. Provas. Revisão judicial.

Abstract

The essay studies legal security, legal certainty and legal certitude under perspective of the Accountability developed by the Audit Courts in Brazil, especially considering an specific procedure of Tomada de Contas Especial – TCE, which resembles the judicial civil law procedure in Brazilian Judiciary branch of power. Taking Carlos Aurélio Mota de Souza's thesis as reference, the

essay analyzes legal security in the decisions made by the Audit Courts of Brazil, due to the possibility that the evidences subjected to the due process of law might be reviewed by the Judicial Power.

Keywords: Legal security. Legal certainty. Legal certitude. Audit Court. Accountability. Evidences. Judicial review.

Introdução

A *Segurança Jurídica* sempre foi objeto de estudo da doutrina, em especial em tempos de crise, quando a instabilidade das instituições e das relações humanas exige novas reflexões para encontrarmos um novo equilíbrio social. Quando se pensa no desgaste da legitimidade do sistema de democracia representativa brasileira, os escândalos envolvendo desvios de recursos públicos e corrupção de todo gênero logo se revelam como uma constante ao longo da nossa história, em especial com a redemocratização a partir da Constituição da República de 1988, a evolução dos meios de comunicação e a expansão do acesso à informação que a seguiu.

A constante demanda por serviço público e a consequente necessidade cada vez maior de atuação direta do Estado, a fim de concretizar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988 e, por outro lado, a falta de credibilidade na gestão do patrimônio público, contribuem para que o controle externo, desempenhado pelo Parlamento e pelos Tribunais de Contas, assumam cada vez importância no seu papel de zelar pela eficiência e pela probidade na administração pública.

Neste contexto, os conflitos entre decisões proferidas pelos Tribunais de Contas em todo o país e suas posteriores revisões ou reformas através de processo judicial, onde o administrador público punido pleiteia inclusive a reapreciação de provas já utilizadas no processo de controle externo, nos levam a analisar a questão da segurança jurídica sob a perspectiva da atuação das Cortes de Contas em face do Poder Judiciário.

1 Segurança jurídica e certeza do Direito

A segurança jurídica é um conceito importante para o Direito, uma vez que está ligada à sua própria função de pacificação de conflitos de interesses. Para José Afonso da Silva, a segurança no direito pode ser entendida em duplo sentido: segurança do direito e segurança jurídica.

Para o referido autor, a segurança do direito “[...] exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida

em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo”¹. A segurança jurídica é “[...] uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania.”².

No positivismo de Kelsen, para quem o Direito é entendido como um sistema de normas que regulam o comportamento humano, a norma jurídica se refere a algo que deve ser ou acontecer, de modo que um homem se deve conduzir de determinada maneira³. Nesse contexto, a norma jurídica permite que os indivíduos que convivem socialmente tenham uma noção razoavelmente previsível e calculável do agir, ao determinar a forma como se conduzir, ou, pelo menos, conferir organização à sociedade, permitindo que se saiba previamente o que o indivíduo deve fazer ou de que forma responderá caso a descumpra. Para o autor, “a conduta humana é regulada positivamente por um ordenamento positivo, [...], quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato”⁴.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”⁵. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”⁶.

Carlos Aurélio Mota de Souza, em sua conhecida obra “Segurança Jurídica e jurisprudência”, traz um conceito importante de **segurança jurídica**, distinguindo-a de forma clara da ideia de **certeza do direito**, quando defende, *in verbis*:

Segurança é Fato, é o direiro como factum visível, concreto, que se vê, como a pista de uma rodovia em que se transita, que dá firmeza ao caminhante,

1 SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. IN: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 16.

2 Idem, p. 17.

3 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

4 Idem, p. 16.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264

6 Idem, p. 264.

para que não se perca nem saia dos limites traçados pela Autoridade competente:

(...)

Ademais, Certeza é Valor, o que vale no Direito, aquilo em que pode confiar, porque tem validez. O caminhante tem “certeza” quando conhece o caminho, pois sendo visível, ele também é “previsível”. No direito, o caminho é o costume e a Lei, a Lei vem de legere, significando que que é para ser lida, como nos ensina singelamente Isidoro de Sevilha, humanista e doutor da Igreja (560-636);⁷

Adiante, arremata:

Assim é o Direito: institui regras permanentes que ficam, haja usuários ou não, sirva a alguns ou não, pois sempre haverá em algum dia, alguém necessitando indicativos para uma conduta certa, direita, justa, sem perigos e danos, e, portanto, segura. Desta forma, a **Segurança objetiva das leis dá ao cidadão a Certeza subjetiva das ações justas, segundo o Direito.**⁸ (destaquei)

A distinção entre os conceitos de segurança jurídica e certeza do direito não é acidental, já que a própria ideia de certeza já traz consigo duas concepções diferentes. É que a certeza quando em sentido objetivo corresponde à garantia objetiva do conhecimento, enquanto em sentido subjetivo corresponde à segurança subjetiva do conhecimento.

Para ilustrar as duas conotações do vocábulo, o autor explica, por exemplo, que embora na língua portuguesa as duas ideias sejam expressas pela mesma palavra “certeza”, na nossa língua mãe, o latim, a certeza em sentido objetivo correspondia à palavra *certitudo*, no mesmo sentido, em várias línguas estrangeiras, como a espanhola, corresponde à *certeza*, e mesmo na língua inglesa, *certainty*. Em sentido subjetivo, por outro lado, se utiliza respectivamente as palavras *certitudinis*, *certiturse* e *certitumbre*, para designar o que nós conhecemos com essa mesma palavra. Segundo o autor, *in verbis*:⁹

Verifiquemos o primeiro aspecto: *certainty*, *certeza* (esp.) É o significado objetivo, que prevalece no pensamento clássico e expressa a solidez ou estabilidade do conhecimento verdadeiro. É estar alguém certo de algo, com base na evidência objetiva.

7 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996, p. 25

8 Idem, p. 27.

9 Idem, p. 29.

(...)

A Certeza, neste aspecto, não é mais que um atributo da verdade, é o caráter estável da própria verdade, não sujeito a desmentido. A verdade é ou não é; se é verdade, não pode ser desmentida; e a Certeza é esta face estável da verdade.

Vejamos o segundo conceito, o da *Certeza subjetiva*; seria como certidão, que não se usa em português porque já existe significado definido e não cabe criar artificialmente outro (...) algo como um sentimento interior, convicção íntima, para o inglês é *certitude*, quando diz, v.g., "*I am certain about this*", "estou certo disto", é acreditar em algo que não é passível ou necessita de prova."

A obra aprofunda a sua análise para defender, em síntese, que a jurisprudência é a fonte mais adequada de segurança jurídica, na medida em que a autoridade do julgamento restaura a certeza das partes, ou seja, o sentimento íntimo de que determinada conduta é lícita, ou "justa", enquanto a lei, por ser geral e abstrata, não se adapta por si só às circunstâncias de cada caso concreto. Eis a tese do autor, em linhas gerais, *in verbis*:

Podemos extrair do exposto algumas ideias, à guisa de conclusões: a primeira que a Jurisprudência é fonte valorizadora da Segurança Jurídica; a segunda, que a autoridade da coisa julgada devolve às partes a certeza do Direito, restaurando-se, em consequência, a Segurança Jurídica inicial; a terceira, que **o valor acrescido à Lei pela jurisprudência dominante é a expressão de Direito justo**, sobretudo nas questões jurídicas relevantes; em consequência, por derradeira, **a coisa julgada, através da jurisprudência, sobretudo sumulada, estende sua autoridade à própria ordem jurídica, para a sua reafirmação e completude.**¹⁰ (destaquei)

E conclui, adiante:¹¹

"A segurança que advém da coisa julgada dá mais certeza que a segurança do legislador. A segurança do legislador, ao elaborar a lei nova, é segurança hipotética, porque ele cria, a priori, uma obra genérica e abstrata; como uma fábrica que produz peças de tecidos que servem a todos; assim fabricada, dá a certeza de que, com alguns metros pode-se confeccionar uma roupa; é uma segurança dada pelo mercado (que seria o ordenamento jurídico, a proteção, o amparo).

(...)

Essa multiplicidade contrasta com a unicidade da lei; enquanto a Lei é única

¹⁰ SOUZA, *ob. cit.*, p. 39.

¹¹ *Idem*, p. 161 e 162.

e, por isso, universal, tem de servir para a descoberta da verdade: qual o culpado, quem tem razão, quem pode pleitear uma indenização, quem deve pagá-la. Esta é a grande incerteza do Direito. Temos a segurança da Lei, mas não temos certeza do Direito; na hipótese de uma indenização, temos certeza do *an debeatur*, mas não do *quantum* a receber.

Somente com a decisão judicial haverá certeza “justa” do Direito; como a roupa que se adapta perfeitamente ao corpo da pessoa, a decisão deve adaptar de modo certo ao caso concreto, à ocorrência jurídica de fato.” (destaquei)

Sem embargo dos contundentes argumentos, aos propósitos do presente estudo importa compreender com detalhes como, de acordo com a tese do autor, a jurisprudência reconstrói (restaura, ou “reafirma”) a segurança fornecida pelo ordenamento jurídico, ao firmar uma certeza sobre fatos que são levados ao seu conhecimento através do processo.

A certeza (em sentido subjetivo, isto é, enquanto segurança subjetiva do conhecimento) está no âmago da decisão judicial, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado que integra o nosso sistema de jurisdição, tal como disposto no art. 371 do Código de Processo Civil de 2015, pois, se o juiz é levado a decidir para pacificar o conflito de interesses (lide) e reafirmar a segurança jurídica, ele deve fazê-lo de forma fundamentada, ou seja, mediante a afirmação dos seus motivos, estabelecendo uma certeza quanto aos fatos aos quais se refere.

É neste contexto que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, no referido dispositivo legal, *in verbis*: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”¹²

Portanto, os motivos que formam o convencimento do magistrado por isso mesmo são imbuídos de certeza (*subjetiva*), pois na sentença se expressa uma convicção de que determinados fatos ocorreram, e em quais circunstâncias.

Ao discorrer sobre a certeza na decisão judicial, o autor se refere à “certeza judicial ou jurisprudencial” (p. 34), ressaltando que esta, embora importante para o Direito, não faz jurisprudência, dependendo sempre do julgamento de eventuais

¹² Teor idêntico ao disposto no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

recursos a fim de que venha a se estabelecer enquanto precedente jurisprudencial e, conseqüentemente, possa produzir segurança jurídica.

O conceito de certeza judicial está essencialmente ligado, na obra em questão, ao que o autor denomina de “**evidência objetiva**”, que seria uma espécie de conhecimento objetivo sobre fatos, enquanto realidade concreta. Afirma o autor, *in verbis*:

O Juiz não trabalha com a existência da certeza, mas busca o motivo primordial da certeza, qual o fator essencial, necessário, imprescindível, último e universal que a determina. **Esta causa última é a evidência objetiva.** Evidência deriva de *ex-vedere* (ver para fora), aquilo que vemos através dos sentidos. O mundo, as coisas que nos rodeiam entram para o nosso conhecimento através dos sentidos. Daí todo um processo de classificação, de apuração, mas esse é o processo de apreensão das coisas. **Então evidência objetiva é aquilo que se vê fora de nós, na realidade concreta.**¹³

Adotando as premissas da Carlos Aurélio Nota de Souza, entendo que a prova tem por finalidade, no processo, a formação da **evidência objetiva** que serve de motivação para a decisão judicial. Com efeito, essa é, indiretamente, a conclusão a que chegou o autor, quando afirma, *in verbis*:¹⁴

A certeza afasta a dúvida, e da parte do Objeto, daquela coisa que está sendo vista, desvelada: a evidência objetiva do enunciável. Se vemos que é dia, por exemplo, podemos fazer um enunciado. Então, da parte do Objeto, a evidência é objetiva daquilo que vou falar: “agora é dia”. **O Objeto me dá certeza pela evidência objetiva, para firmeza da minha afirmação.**

Pode-se, pois, definir a certeza como a adesão firme da mente a um enunciável evidente; tudo aquilo que pode ser enunciado, definido, apontado.

(...)

Para concluir, a evidência objetiva é o motivo último da certeza; a verdade, evidentemente conhecida, faz que julguemos as coisas com certeza; o erro não o pode fazer, pois é um a certeza falsa, muitas vezes subjetivista, que não tranquiliza a mente.

(...)

13 *Ob. cit.*, p. 42.

14 *Ob. cit.* 43-45.

Portanto, uma Certeza genuína, autêntica ou formal existe e **o motivo é a evidência objetiva**. Essa é a conclusão a que podemos chegar: motivo da causa (destaquei)

No processo judicial, em que a atividade jurisdicional envolve a interpretação de normas jurídicas e da sua incidência sobre determinados fatos, qualificando-os como **fatos jurídicos**,¹⁵ esses mesmos fatos (suporte fático, ou hipótese de incidência) constituem a causa de pedir, seja da parte autora, seja da parte ré, e são o próprio objeto da prova, sobre os quais se deve colher as **evidências objetivas** que motivam a decisão do magistrado.

Ocorre que, no caso do controle externo, os fatos da Administração Pública e os atos de gestão do erário, ou seja, aqueles que importam em despesa pública ou mesmo que resultem em obrigação de caráter pecuniário do Estado (nos termos do art. 70 da Constituição Federal de 1988) não constituem apenas fatos jurídicos, mas também fatos econômicos.

Em outras palavras, as Cortes de Contas não apreciam no exercício de suas funções exclusivamente a repercussão desses fatos para o *Direito*, enquanto fonte de *direitos* e *obrigações*, notadamente o dever de ressarcir o Estado ou de sofrer sanção legal, mas também, e talvez principalmente, a repercussão econômica e financeira da conduta dos gestores e terceiros responsáveis em face do patrimônio público, a saber, a dimensão da eficiência, ou economicidade, do ato administrativo da obrigação ou despesa pública.

A Constituição Federal de 1988 conceitua o controle da administração pública no *caput* do seu art. 70, como sendo “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” das despesas públicas, no que diz respeito à “legalidade, legitimidade e **economicidade**”. Trata-se, como esclarece Francisco Eduardo Carrilho Chaves de uma das funções administrativas clássicas, que são as de planejar, coordenar, supervisionar, executar e controlar, e, em síntese, corresponde a uma atividade de verificar uma ocorrência, que no caso corresponde à própria gestão do administrador público, e compará-la a um

¹⁵ Acerca da incidência da norma, colhe-se a interessante lição, *in verbis*: “Por incidência da norma jurídica se tem entendido seu efeito de transformar em fato jurídico o suporte fático que o Direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Sendo a norma jurídica formada logicamente por uma proposição descritiva ligada a outra prescritiva pelo conectivo *dever-ser*, toda vez que ocorrem no mundo os fatos previstos em seu descritor ela incide, qualificando-os de jurídicos: criam-se assim os fatos jurídicos.” *In*: COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

determinado padrão, que, por sua vez, corresponde às diversas normas de Direito Administrativo e Financeiro, bem como regras de natureza contábil, que pautam a conduta de cada agente público.¹⁶

2 A prova no processo de controle externo: A Tomada de Contas Especial

O controle externo, em sentido amplo, envolve uma multiplicidade de atribuições constitucionais, que compreendem desde a fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercida com exclusividade e diretamente pelos Tribunais de Contas em face do administrador público, excetuado o chefe do Poder Executivo de cada ente federativo; o controle de licitações e contratos diversos; a apreciação da legalidade de atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias e pensões civis e militares; o auxílio ao Parlamento, através de parecer técnico, para controle da prestação de contas do chefe do Poder Executivo, ou em resposta a consulta solicitada, como forma de equilíbrio entre os Poderes Republicanos (art. 70 da CF/88); e até mesmo as funções mais inusitadas, a exemplo do acompanhamento, no caso do Tribunal de Contas da União – TCU, da revisão tarifária realizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica (Portaria/TCU nº 35/2001 e Instrução Normativa nº 43/ 2002).

Assim, por exemplo, o Título II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que serve de referência aos demais órgãos congêneres no nosso país, dispõe, no Capítulo I, sobre o processo de julgamento das contas e, no Capítulo II, sobre a fiscalização, onde disciplina cada procedimento de acordo com a sua natureza e função, inclusive quanto à apreciação da legalidade dos atos sujeitos a registro, além dos procedimentos especiais decorrentes da colaboração prestada ao Congresso Nacional, dos quais se destaca o parecer prévio sobre as contas prestadas pelo Presidente da República, de que trata o *caput* do art. 71.

As várias espécies de procedimento podem ser assim classificadas:¹⁷

1. Processo de Tomada e Prestação de Contas;

16 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: A fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (teoria e jurisprudência)**. Niterói: Impetus, 2007. p. 4.

17 Classificação proposta por GUERRA, Evandro Martins. **Os controles Externo e Interno da Administração Pública**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 207-214.

2. Processo de Tomada de Contas Especial (TCE);
3. Procedimentos de fiscalização;
4. Apreciação da admissão de pessoal e da concessão de aposentadorias;
5. Procedimentos Especiais (Denúncia e Consulta).

A fim de viabilizar a discussão acerca da segurança jurídica e da prova no processo de controle externo, o objeto do presente estudo terá como parâmetro o processo de **tomada de contas especial - TCE**, primeiro porque a TCE apresenta maior similaridade com o processo judicial, em especial pelo fato dele ser naturalmente contencioso, ou seja, nele se caracteriza um conflito de interesses (lide), havendo semelhanças no modo como se desenvolve o seu procedimento em relação ao procedimento ordinário em processo civil de conhecimento, seja quanto à instrução, com exercício do contraditório e à ampla defesa; seja quanto à decisão; ou ainda, pela presença de representante do Ministério Público (art. 130 da CF/88), que intervém no processo a título de *custus legis*, tendo em vista o interesse público evidente.

Além do mais, a questão da segurança jurídica e da certeza do direito no âmbito dos Tribunais de Contas só faz sentido na hipótese da parte interessada, a quem for imputado a prática de algum **fato**, manifestar a sua irrisignação perante o Poder Judiciário, caso em que o conflito de atribuições constitucionais e, conseqüentemente, de sistemas de processo, levam à insegurança e à incerteza que justifica o nosso estudo.

O Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal Jorge Ulisses Jacoby Fernandes classifica o processo de tomada de contas especial - TCE em três espécies, de acordo com o modo pelo qual é deflagrado, tendo em vista que cada procedimento observa regras próprias, seja em razão da natureza do fato apurado, seja em razão da desnecessidade de instrução prévia (fase interna), conforme o caso. Segundo o autor, *in verbis*:¹⁸

O primeiro tipo é a completa ou ordinária. Se inserem nesse tipo as Tomadas de Contas Especiais que se encontram dentro do valor de alçada do Tribunal de Contas: têm fase interna e externa e são efetivamente julgadas. Serão objeto de amplo estudo nessa obra.

18 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

O segundo tipo resulta de conversão. Pode o Tribunal de Contas, examinando outro tipo de processo, como o de inspeção, auditoria ou aposentadoria, verificar a ocorrência de dano ao erário ou omissão no dever de prestar contas. Em tais casos, ordena a conversão do processo em Tomada de Contas Especial. Como características desse processo cita-se a ausência de comissão de TCE e de fase interna, e também não cabe qualquer recurso da decisão que ordena a conversão, exceto embargos de declaração.

O terceiro tipo é a Tomada de contas Especial *ex officio*. Constitui um tipo autônomo porque tem Comissão e o rito processual é da TCE completa e ordinária, independentemente de o dano ser ressarcido no curso de sua tramitação ou ter havido a prestação de contas. A ordem para instaurar a TCE, oriunda de uma Corte de Contas, não pode ser barrada pela autoridade administrativa, sob hipótese alguma. Como regra, está subjacente a verificação pelo Tribunal de uma grave ilegalidade ou relevante desvio de conduta do gestor. Pode, no entanto, a autoridade administrativa, seja pela inexpressividade do valor do dano, seja pelo efetivo ressarcimento do valor, requerer ao Tribunal de Contas que reveja a decisão, inclusive recorrer e embargar.

O primeiro tipo de **tomada de contas especial** pode ser considerado o modelo de procedimento, daí porque o autor a classifica como “ordinária”. Nela, assim como no terceiro tipo, o processo pode ser dividido em **duas fases**, a saber, a **fase interna**, destinada a investigar indícios de prática de ato ilegítimo, ilegal ou antieconômico que resulte em dano ao erário, bem como, conforme o caso, quantificá-lo, e a **fase externa**, instaurada de ofício ou por provocação, na qual é instaurado um processo essencialmente contencioso para apurar a responsabilidade pelo dano.

Embora estudo detalhado de cada espécie escape ao objeto do presente trabalho, reputo oportuno fazer algumas considerações acerca do procedimento de instrução desse tipo de processo, uma vez que a certeza firmada com base nas provas (**evidência objetiva**) está no cerne do problema proposto, ou seja, a insegurança jurídica decorrente da eventual reapreciação de provas pelos órgãos judiciais.

O **primeiro** e o **terceiro** tipos de TCEs, nos quais se verifica fase interna, são caracterizados por um procedimento prévio de instrução que se desenvolve no âmbito da própria administração pública onde ocorreu a irregularidade. Tal procedimento é semelhante ao da apuração de falta disciplinar comum previsto no Estatuto dos Servidores Públicos de cada ente federativo (no caso da União,

por exemplo, se toma por fonte complementar de regras o art. 143 da Lei nº 8.112/1990).

A fase interna da TCE constitui procedimento de instrução unilateral, ou inquisitorial, razão pela qual o contraditório não lhe é essencial. Contudo, a garantia processual do devido processo legal, nas suas dimensões material e procedimental, se aplicam a todos os procedimentos jurisdicionais ou administrativos (inclusive por disposição expressa do art. 1º da Resolução/TCU nº 36/1995), razão pela qual se admite, conforme o caso, a notificação ou citação prévia do agente a quem se tenha imputado a prática do ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, embora não obrigatória.

Em síntese, a instrução é realizada por comissão de servidores que produz um relatório de trabalhos, o qual, por sua vez, é submetido a parecer prévio do órgão de controle interno da unidade administrativa supostamente prejudicada, sendo decidido pela autoridade administrativa responsável pelo órgão.

Os autos são então remetidos ao Tribunal de Contas do respectivo ente federativo, dando início à fase externa do processo de tomada de contas especial, no qual mais uma vez se procede à instrução e saneamento dos autos. Acerca da função do órgão instrutivo, assim leciona JACOBY, *in verbis*:¹⁹

O órgão instrutivo firmará um juízo preliminar de valor, porque o definitivo somente será possível após a garantia do princípio do contraditório.

Semelhantemente a suma sentença ou ao relatório conclusivo da comissão de TCE, a manifestação do órgão instrutivo deve apresentar um relatório dos fatos, uma fundamentação e uma conclusão.

Nem sempre os relatórios da comissão da TCE e do órgão instrutivo são coincidentes, aspecto que pode ser atribuído ao fato de que o segundo revisa o ato do primeiro e o vislumbra sob a ótica do controle externo.

Convencendo-se da higidez do procedimento adotado, e concluindo pela existência de dano e pela caracterização da responsabilidade, o Ministério Público de Contas propõe a citação do agente, a fim de que este exerça o direito de defesa ou recolha o valor do débito que lhe é imputado, com a posterior inclusão do feito em pauta de julgamento (art. 67, §2º da LOTCU e art. 7º do RITCU).

¹⁹ JACOBY, *op. cit.* p. 384.

Das decisões do Tribunal de Contas cabem os seguintes recursos, em síntese: recurso de reconsideração, pedido de reexame, embargos de declaração, recurso de revisão e agravo. Ressalte-se, por oportuno, que a súmula vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal, publicada em 20.06.08, já sedimentou a aplicabilidade do princípio do devido processo legal no Âmbito dos Tribunais de contas, passando a enunciar, *in verbis*:²⁰

Súmula vinculante nº 07: “Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Assim sendo, assegurado o princípio do devido processo legal, nas suas dimensões formal e material, de acordo com a concepção proposta pelo professor Francisco Wildo Lacerda Dantas,²¹ é garantido às partes os direitos de: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base de ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a oportunidade de reperguntar as testemunhas; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; e g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

Conclusão

Adotando como premissa a tese de Carlos Aurélio Mota de Souza, para quem a **segurança objetiva** das leis dá ao cidadão a **certeza subjetiva** das ações justas, segundo o Direito, tendo a jurisprudência o papel de reafirmar essa segurança quando decide a lide e reestabelece a certeza sobre fatos determinados envolvidos no conflito, temos que a possibilidade de reapreciação, no âmbito do Poder Judiciário, das provas produzidas perante dos Tribunais de Contas leva à indagação acerca da segurança jurídica do processo de controle externo da Administração Pública.

A certeza judicial está fundamentada na busca pelo seu motivo primordial, seu fator essencial, necessário, imprescindível, último e universal que a determina,

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 7. Sessão Plenária de 11/06/2008, DJe nº 112 de 20/6/2008, p. 1.; DOU de 20/6/2008, p. 1.

21 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição, Ação (Defesa), Processo)**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 423-424.

qual seja, a **evidência objetiva**, que serve de motivação para a decisão judicial (art. 131 do Código de Processo Civil). Essa evidência diz respeito às circunstâncias de fato do processo, as quais, por sua vez, são o objeto da prova tanto no processo de controle externo quanto no judicial.

A possibilidade de reapreciação das provas no Poder Judiciário, quando já submetidas exaustivamente ao contraditório e à ampla defesa no âmbito dos Tribunais de Contas, a exemplo do procedimento paradigmático no processo de Tomada de Contas Especial – TCE, no qual, havendo ou não fase interna, a instrução do feito atende ao devido processo legal, quebra a certeza da decisão das Cortes de Contas, mitigando a segurança jurídica que estes órgãos poderiam prover em face dos atos de gestão do patrimônio público.

O Poder Judiciário deve levar em consideração as consequências da ampla reapreciação de provas advindas do processo de controle externo, principalmente no que diz respeito à segurança jurídica estabelecida com base na certeza acerca de fatos imputados ao gestor público ou terceiros responsáveis, a quem tenha sido dada a oportunidade de contraditório e ampla defesa.



Referências

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. IN: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.** Belo Horizonte: Fórum, 2005

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo: LTr, 1996

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Incidência da Norma Jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2009

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas (teoria e jurisprudência).** Niterói: Impetus, 2007

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles Externo e Interno da Administração Pública.** 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo (Jurisdição, Ação (Defesa), Processo).** 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

Referência do Texto

DANTAS, Fábio Wilder da Silva, Segurança jurídica e a reapreciação judicial da prova do processo de controle externo. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 69-83, jan./jun. – jul./dez. 2017.



O acesso à educação e a pessoa com Síndrome de Down

Lenita Martins Bandeira Dantas

Advogada. Especialista em Direito Constitucional Administrativo pela Faculdade de Direito de Maceió - Centro de Estudos Superiores- CESMAC. Bacharel em Direito pela Faculdade de Alagoas - FAL.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo o estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais relacionados com o direito à educação e acesso ao ensino público e privado, da pessoa com deficiência, sob a perspectiva dos indivíduos com Síndrome de Down (SD), abordando as recentes disposições legais

sobre a matéria e considerando os aspectos da deficiência intelectual decorrente da síndrome e a sua repercussão no âmbito do exercício do direito à educação.

Palavras-chave: Direitos humanos. Pessoa com deficiência. Síndrome de Down. Educação.

Abstract

This essay aims at analyzing the constitutional norms and laws related to the right to education and access to public and private educational establishments, of the people with disabilities, from the point of view of the individuals with Down Syndrome (DS), approaching the

recent federal acts that regulate the subject and considering the nature of the disability and its repercussions regarding the exercise of the right to education.

Keywords: Human rights. Disabled person Down's syndrome. Education.

Introdução

O trabalho se propõe a estudar o direito à educação sob a perspectiva da pessoa com deficiência, particularmente dos indivíduos com Síndrome de Down (SD). Para tanto, será feita uma abordagem acerca das fontes constitucionais e infraconstitucionais desse direito, passando por breves considerações acerca da deficiência intelectual decorrente da síndrome e a sua repercussão no âmbito do exercício do direito à educação.

Por se tratar de um fato social complexo, faremos um estudo multidisciplinar sobre a questão, ainda que superficial, notadamente quanto às peculiaridades da Síndrome de Down e a sua consequência para o exercício do direito à educação, com a ressalva de que o exaurimento da discussão demandaria um aprofundamento incompatível com a finalidade do trabalho, considerando a repercussão do tema em diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo da sociologia, da pedagogia, da psicologia, da psiquiatria e do Direito.

O exercício do direito subjetivo à educação pela pessoa com Síndrome de Down tem despertado cada vez mais o interesse acadêmico pelo fato de se tratar de uma situação frequente no cotidiano das escolas e demais instituições de ensino, talvez pela alta incidência da Síndrome de Down na população brasileira.

Segundo o senso elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE no ano 2000¹, 14,5% (quatorze e meio por cento) da população brasileira tinha, naquele ano, algum tipo de deficiência, seja física, sensitiva ou intelectual, sendo que, dentre as últimas, a Síndrome de Down respondia por aproximadamente 1/3 (um terço) dos casos, perfazendo a quantia estimada de 300.000 (trezentas mil) pessoas com Síndrome de Down no Brasil à época. Para se ter uma ideia, esse número representa aproximadamente 1:800 (uma a cada oitocentas) crianças brasileiras² em idade escolar.

Neste contexto, considerando que a educação foi consagrada como direito fundamental na ordem constitucional de 1988, a qual incumbiu ao Estado o dever de prover o seu acesso amplo e irrestrito, nos deparamos com a curiosidade em

1 Disponível em: < <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/default.asp?t=3&z=t&o=25&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1> >. Acesso em: 20 de outubro de 2013.

2 Disponível em: < http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/08/printable/000000_numerosdowndown.html >. Acesso em: 20 out. 2013.

saber como o ordenamento jurídico pátrio preparou as instituições de ensino públicas e privadas para alcançarem esses indivíduos a fim de concretizar tais preceitos.

Os conflitos de interesse decorrentes da inserção da pessoa com Síndrome de Down, com suas particularidades, no ambiente escolar, abrangem desde dificuldades quanto ao próprio ingresso nas instituições de ensino, a exemplo da recusa na matrícula, diferenciação de preços em matrículas e no custo de material escolar, até adaptações do próprio ambiente escolar, tais como estrutura física, conteúdo pedagógico e das formas de avaliação, acompanhamento especializado do docente e do aluno, limite do número de indivíduos atendidos nestas circunstâncias em cada sala de aula, dentre outros.

Por se tratar de um debate com tão amplo alcance, optamos por delimitar o objeto de estudo, a fim de viabilizar a pesquisa, abstraindo da discussão as questões de caráter predominantemente pedagógicas, como a eventual necessidade de adaptações físicas do ambiente escolar, do conteúdo curricular e dos métodos de avaliação do aluno com Síndrome de Down, de modo a nos concentrarmos nos aspectos jurídicos do problema, especialmente quanto à questões contratuais relativas ao ingresso desse estudante na rede particular de ensino.

Cumpramos esclarecer, ainda, que não há na doutrina um conceito específico, técnico-jurídico, do que seja “acesso à educação”, de modo que trabalharemos com a ideia de que esse direito diz respeito à inclusão social da pessoa com Síndrome de Down no ambiente escolar, ou seja, o direito de ser admitido nas instituições públicas e privadas de ensino sem discriminações em função de sua condição, bem como o de ser educado e avaliado de acordo com os limites decorrentes de sua deficiência intelectual.

Ao longo do trabalho estudaremos a hipótese de que as instituições de ensino, sobretudo as escolas, tanto públicas quanto privadas, têm o dever de estarem adaptadas para incluir todas as pessoas, independentemente de terem algum tipo de necessidade especial específica decorrente de deficiência física ou intelectual, e que devem estar preparadas para prover a todas as pessoas o acesso à educação, seja por expressa disposição legal, seja à luz das normas e princípios de caráter constitucional, especialmente após a adesão do Brasil à convenção de Nova Iorque

e à incorporação do tratado como emenda à constituição, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal³.

1 A pessoa com Síndrome de Down e o direito de acesso à educação

O direito à educação sempre foi estudado no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Administrativo como um dos direitos mais importantes dos cidadãos e um dos mais destacados deveres do Estado, merecendo a previsão expressa no rol dos direitos sociais do *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1988, além da dedicação de toda a Seção I do seu Capítulo III, compreendendo os artigos 205 a 214.

Tamanha a importância estratégica da educação na Constituição que as disposições sobre a organização institucional do serviço público de educação encontrados nos referidos artigos foram alterados em três oportunidades, sempre no sentido de ampliar as garantias de acesso à população atendida e o fortalecimento político dos agentes públicos que atuam na área, a exemplo das Emendas Constitucionais nº 14, de 1996, nº 53, de 2006 e nº 59, de 2009.

Além das normas encontradas expressamente no corpo principal da Constituição Federal de 1988, tratam do tema diversos dispositivos, de caráter igualmente constitucional, encontrados na Convenção de Nova Iorque, a qual foi incorporada ao texto constitucional através do rito do art. 5º, §3º da Constituição. No âmbito infraconstitucional, temos como destaques o recente Estatuto da pessoa com Deficiência (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), e, mais especificamente em relação à educação, a Lei nº 9394/1996 - lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDBE).

Antes, porém, de discorrer sobre as fontes normativas do direito de acesso à educação, faz-se necessário advertir que a linguagem adotada em diversas espécies normativas, inclusive no próprio texto original da Constituição Federal de 1988, se tornou obsoleta e inadequada para caracterizar tanto a pessoa com deficiência intelectual, dentre as quais a pessoa com Síndrome de Down, quanto a própria deficiência.

3 BRASIL. Decreto Legislativo nº 186/2008, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10 jul. 2008.



A sociedade inclusiva proposta na Constituição em diversos dispositivos, como será em breve demonstrado, não prescinde do cuidado com a linguagem utilizada, tendo em vista que a carga valorativa implícita nos vocábulos pode levar à discriminação. Com efeito, autores como Romeu Kazumi Sassaki⁴ têm advertido que na linguagem se expressa, voluntariamente ou involuntariamente, o respeito ou a discriminação em relação às pessoas com deficiências.

Assim, por exemplo, vocábulos eventualmente utilizados na legislação, como “pessoa portadora de deficiência” induzem o raciocínio de que a deficiência é algo “portado pela pessoa”, ou seja, algo que não faz parte da própria pessoa, que está fora dela, mas que esta “possui” e “porta” por onde quer que vá, quando de fato a deficiência é uma característica intrínseca da pessoa, um fato que condiciona a forma como o indivíduo se comporta, interage socialmente e se desenvolve.

No mesmo sentido, algumas legislações, sobretudo as mais antigas, fazem referência ao termo “deficiente mental”, ou “pessoa com deficiência mental” (quando se referem a qualquer tipo de deficiência intelectual). Neste caso, a terminologia está inadequada por dois motivos. Primeiro porque ao se reportar à “pessoa deficiente”, o indivíduo é denominado e entendido em função da sua condição, segundo porque a Síndrome de Down não é uma “deficiência mental”.

A distinção entre “deficiência mental” (atualmente identificado como deficiência intelectual) e “doença mental” foi tratada de forma adequada aos propósitos desse trabalho por Daniel Souza Campos Miziara. Afirma o autor, *in verbis*:⁵

Segundo a Associação Americana de Deficiência Mental e o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, por deficiência mental entende-se o estado de redução notável do funcionamento intelectual significativamente inferior à média, associado a limitações pelo menos em dois aspectos do funcionamento adaptativo: comunicação e cuidados pessoais, competência domésticas, habilidades sociais, utilização dos recursos comunitários, autonomia, saúde e segurança, aptidões escolares, lazer e trabalho. Todos esses aspectos devem ocorrer durante o desenvolvimento infantil, ou seja, antes dos 18 anos para que um indivíduo seja diagnosticado como deficiente intelectual.

4 Romeu Kazumi Sassaki In: VIVARTA, Veet (coord.). **Mídia e deficiência**. Brasília: Andi/Fundação Banco do Brasil, 2003. p. 160-165.

5 MIZIARA, D. S. C. Interdição Judicial da Pessoa com Deficiência Intelectual. **Revista do Advogado**, v. 95, p. 21-33, 2007. p. 22.

(...)

Já a doença ou o transtorno mental, conforme assinala a Associação Brasileira de Psiquiatria, engloba um amplo espectro de condições que afetam a mente (nosso mapa genético, química cerebral, aspecto de nosso estilo de vida, acontecimentos passados). Seja qual for a causa, a pessoa que desenvolve a doença ou o transtorno mental muitas vezes se sente em sofrimento, desesperançada e incapaz de levar sua vida em plenitude. Caracteriza-se, portanto, como uma variação mórbida do normal capaz de produzir prejuízo no desempenho global da pessoa nos âmbitos social, ocupacional, familiar e pessoal.

Dessa forma, se na deficiência o indivíduo apresenta desenvolvimento intelectual reduzido ou incompleto, não dispondo, por conseguinte, de instrumentos necessários para à boa compreensão de todas ou de parte das coisas, na doença ou no transtorno mental, ele detém os instrumentos intelectuais necessários, os quais, entretanto, apresentam o funcionamento comprometido.”⁶

Apesar das características fisionômicas típicas da Síndrome de Down, que serão abordadas no momento oportuno, a síndrome é considerada deficiência intelectual. Essa aliás, foi a linguagem adotada na Convenção de Nova Iorque, justamente conhecida como “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência”, que se revela como a mais atual e moderna disciplina jurídica dos direitos das pessoas com deficiência.

1.1 Fontes constitucionais

Dentre os dispositivos constitucionais que prescrevem o direito de acesso à educação, quatro se destacam no contexto do direito subjetivo à educação do ponto de vista da pessoa com Síndrome de Down, em especial o art. 208, inciso III da Constituição Federal, os quais reputo conveniente transcrever, para comentá-los. São eles, *in verbis*:

Art. 205. **A educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

⁶ Ob. cit. p. 23.



I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

(...)

§1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

(...) II - **universalização do atendimento escolar;**

(...) §1º - **O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.**

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

- **(Destacamos)**

Os artigos em comento repercutem, por um lado, o princípio da igualdade, ou isonomia, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal⁷, e, por outro, como seu corolário, o princípio da universalidade do acesso à educação (art. 214, II),

⁷ "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:"

segundo o qual a educação deve ser prestada a todos, em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I), que no ensino obrigatório gratuito constitui direito público subjetivo (§1º do art. 208).

Ao estudar a proteção constitucional das pessoas com deficiência, Luiz Alberto David Araújo chama a atenção para o fato de que a Constituição Federal não garante à pessoa com deficiência apenas o direito à educação em si, mas o direito de ser integrado socialmente no ambiente escolar, ou, em outras palavras, o direito à inclusão social por meio da educação. Segundo o autor, *in verbis*:⁸

Da mesma forma que o direito à saúde, o artigo 205 assegura a educação como sendo um direito de todos e um dever do Estado. (...) Duas ideias básicas surgem da análise do dispositivo em comento: a primeira, no sentido de que é dever do Estado e da Família prestar a educação, ou seja, a busca pelo pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

(...)

O dever do Estado de prestar educação, portanto, passa obrigatoriamente, pelo fornecimento de educação especial às pessoas portadoras de deficiência⁹. Esta educação, justamente por força do comando constitucional que afirma que o Estado **promoverá a integração das pessoas portadoras de deficiência na vida comunitária (inciso IV do artigo 203)**¹⁰, deve ser feita na rede regular de ensino, preferencialmente. (Destacamos)

A observação é deveras pertinente, quanto mais quando se levam em consideração os benefícios do convívio entre a pessoa com Síndrome de Down e os demais alunos no ambiente escolar. A respeito da questão, estudo de Lúcia de Araújo Ramos Martins concluiu que, *in verbis*:

Hoje em dia a educação tem como um dos princípios básicos a integração. A política Nacional de Educação Especial vigente a define como um “processo dinâmico de participação de pessoas num contexto relacional, legitimando a sua integral nos grupos sociais. A integração implica reciprocidade”. Significa

8 ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3ª edição. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2002. (Série Legislação em Direitos Humanos, Pessoa Portadora de Deficiência; v. 3). p. 89 e 90.

9 Conforme será abordado no momento apropriado, a linguagem adotada pela legislação e pelo autor quando se referem à “pessoa portadora de deficiência” é inadequada e se tornou obsoleta. Atualmente a denominação aceita pela doutrina é a de “pessoa com deficiência”.

10 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;(...)”.

dizer que, para haver integração não basta inserir fisicamente pessoas num ambiente comum: é imprescindível também a participação ativa delas. É necessário que elas sejam parte integrante desse ambiente, recebendo e exercendo influências, que tenham identificação com o grupo, e que sejam valorizadas, cobradas a contribuir de forma compatível com o seu nível e, ao mesmo tempo, ajudadas no que for necessário.¹¹

(....)

A integração não pode ser percebida como um processo homogêneo, único, sob pena de não atender às necessidades dos alunos, devendo se adaptar às suas condições. Porém, a oportunidade de participarem juntos – alunos com deficiência e alunos considerados dentro dos padrões da normalidade – das atividades educativas é de suma importância para o seu desenvolvimento e para a sua integração social.¹²

Os benefícios mútuos da convivência entre alunos com Síndrome de Down e alunos sem deficiência ultrapassam o mero discurso ideológico para alcançar efeitos sociais concretos, na medida em que se atende ao processo de inclusão social sem prejuízo para o rendimento escolar dos demais alunos, senão vejamos:

Em relação aos alunos considerados normais, essa convivência vem propiciando mais interação com os colegas e com as pessoas que compõem a comunidade escolar, assim como a criação de laços afetivos, conduzindo a uma visão menos preconceituosa sobre as crianças portadoras da Síndromes de Down. Em nenhum momento foi registrado que a presença dessas crianças na sala regular era motivo para que os demais alunos fossem impedidos de progredir, apesar dessa ter sido uma preocupação inicial observada entre algumas mães e docentes.¹³

Ao aprofundar a análise do inciso III do art. 208 da Constituição Federal de 1988, Luiz Alberto David Araújo assevera, com bastante pertinência, que a interpretação acerca da “preferência” pelo atendimento do aluno com síndrome de down (ou qualquer outra deficiência intelectual) na rede regular de ensino, de que trata o dispositivo constitucional, evoluiu na doutrina e na jurisprudência no sentido de alcançar não apenas uma faculdade, mas verdadeiro direito subjetivo ao ingresso no ambiente escolar e à convivência com alunos sem deficiência. Afirma o autor, *in verbis*:¹⁴

11 MARTINS, Lúcia de A. R. Integração Escolar do Portador da Síndrome de Down: um Estudo sobre a Percepção dos Educadores. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 5, p. 73-85, 1999. p. 74 e 75.

12 Idem. p. 79 e 80.

13 Idem ibdem, p. 80.

14 ARAÚJO, Luiz Alberto David. Ob. cit. p. 90 e 91.

...Hoje a ideia predominante é a ideia da inclusão, onde a criança é colocada na rede regular. O professor terá que ter habilidades próprias para receber o novo aluno e acompanhá-lo. Seus colegas de classe vão conviver com as suas dificuldades, desenvolvendo o espírito de solidariedade. E a criança estará incluída nos desafios regulares da rede. Portanto, houve mutação constitucional, ou seja, mudança da realidade fática, sem que houvesse alteração formal do texto. A palavra “preferencialmente” recebeu novo entendimento (apesar, ressaltamos, de manter-se o mesmo texto). Hoje não se imagina mais uma escola segregada, onde crianças portadoras de deficiência convivam com crianças portadoras de deficiência apenas. É preciso desenvolver a inclusão como forma de participação social e democrática. O aluno ingressa na rede regular, trabalha com colegas não portadores de deficiência, e se desenvolve a partir de critérios próprios, escolhidos pela professora que saberá (deverá saber) avaliar o aluno dentro de sua realidade.

Note-se que a lei não traz uma definição clara do que é “rede regular de ensino”, embora faça referência a esse conceito em diversas ocasiões. De maneira geral, se entende por rede regular de ensino, ou ensino regular, os cursos com o tempo padrão de duração prevista na legislação. Compreende os ensinamentos fundamental, básico e médio, nas redes pública e privada. No ensino fundamental, por exemplo, o ensino regular tem a duração de 9 (nove) anos, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade (art. 32 da LDBE) e o ensino médio tem duração mínima de 3 (três) anos (art. 35 da LDBE).

1.1.1 A Convenção de Nova Iorque

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi ratificada pelo Brasil em 30 de março de 2007, e promulgado, após aprovação do Congresso pelo rito previsto no §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009,¹⁵ de modo que a sua hierarquia no nosso ordenamento jurídico é o de Emenda Constitucional.¹⁶

A convenção de Nova Iorque consiste no instrumento normativo mais moderno e eficaz para a tutela jurídica dos interesses das pessoas com Síndrome de Down,

15 BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

16 CF/88: “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: (...) §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.”

por se tratar de iniciativa política internacional pela defesa das pessoas com deficiência, coordenado pela Organização das Nações Unidas – ONU.

Art. 24 – Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para realizar este direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes deverão assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

- a. O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
- b. O desenvolvimento máximo possível personalidade e dos talentos e criatividade das pessoas com deficiência, assim de suas habilidades físicas e intelectuais;
- c. A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização deste direito, os Estados Partes deverão assegurar que:

a. As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob a alegação de deficiência;

b. As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c. Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d. As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e

(...)

5. Os Estados Partes deverão assegurar que as pessoas com deficiência possam ter acesso à educação comum nas modalidades de: ensino superior, treinamento profissional, educação de jovens e adultos e aprendizado continuado, sem discriminação e em igualdade de

condições com as demais pessoas. Para tanto, os Estados Partes deverão assegurar a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência. – (Destacamos).

As disposições da convenção de Nova Iorque, incorporadas com *status* de emenda constitucional, são claras ao reforçar o direito à inclusão social da pessoa com deficiência, que já era previsto no texto original da Constituição Federal de 1988, e avançam no sentido de garantir o acesso ao ensino nas modalidades comum nas modalidades de: ensino superior, treinamento profissional, educação de jovens e adultos e aprendizado continuado.

Apesar da convenção se referir ao direito de acesso à educação não apenas na rede pública de ensino, mas no “sistema educacional geral”, a sua aplicabilidade prática ainda encontra resistência fora do “ensino fundamental gratuito e compulsório”. Na rede particular de ensino a matrícula do aluno com Síndrome de Down ocasionalmente é recusada pelos mais diversos pretextos.

Com efeito, cotidianamente a imprensa veicula notícias de que algumas instituições privadas de ensino recusam a matrícula nessas condições¹⁷. No mesmo sentido, os sítios eletrônicos dedicados ao assunto, a exemplo do Movimento Down revela que os pais dessas crianças frequentemente encontram dificuldades com a matrícula de seus filhos, em razão da síndrome¹⁸.

À luz das normas de caráter constitucional, considerando, sobretudo, a adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque, essa conduta se revela flagrantemente inconstitucional, consistindo em ato discriminatório e intolerável na sociedade inclusiva preconizada na Constituição Federal. Configura, inclusive, ilícito penal dado que o artigo 8º da Lei nº 7.853/89 especifica que recusar a inscrição de um aluno em qualquer escola, seja pública ou privada, por motivos relacionados a qualquer deficiência, é crime. Além de receber uma multa, os diretores ou responsáveis pela escola que se negar a matricular pessoas com deficiência podem ser punidos com reclusão de um a quatro anos¹⁹.

17 Como ilustram as seguintes notícias, ambas recentes: “Menina com síndrome de Down tem matrícula negada em seis escolas”. Disponível em: <<http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/28518/Menina-com-sindrome-de-Down-tem-matricula-negada-em-seis-escolas.html>> acessado em 09.09.2013> Acesso em: 20 de outubro de 2013; e “Crianças com Down sem direito à matrícula”. Disponível em: <<http://www.oestadoce.com.br/noticia/criancas-com-down-sem-direito-matricula>> Acesso em: 20 de outubro de 2013.

18 <http://www.movimentodown.org.br/educacao/educacao-e-sindrome-de-down/> acessado em 09.09.2013.

19 Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta; (...)

1.2 Fontes infraconstitucionais

A mais importante fonte infraconstitucional de normas acerca do direito de acesso à educação é sem dúvida o **Estatuto da Pessoa com Deficiência** (Lei nº 13.146/2015)²⁰, a qual trouxe inovações de mais alta importância para a garantia do acesso à educação para todas as pessoas com deficiência e, particularmente, para a pessoa com Síndrome de Down, seja pelo fato de trazer dispositivos claros e específicos quanto à matéria, seja por incorporar de forma enfática as diretrizes e valores já aderidos pelo Brasil na Convenção de Nova Iorque de 2007, dando inclusive grande visibilidade para o assunto em questão.

Neste contexto, dentre as disposições da nova lei acerca da matéria, disciplinada nos artigos 27 a 30 do referido diploma legal, se destacam os artigos 28, XI e XVII, os quais se aplicam aos estabelecimentos privados de ensino, conforme dispõe o §1º do mesmo dispositivo, uma vez que tratam da estrutura necessária à efetiva inclusão da pessoa com deficiência, cujas medidas prescritas incluem a formação de professores para o atendimento educacional especializado e a oferta de profissionais de apoio. Assim dispõem os referidos dispositivos, *in verbis*:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Além dos referidos dispositivos legais, também se destacam os incisos I e II do art. 30, do referido diploma, que representam grande avanço para o acesso à educação da pessoa com deficiência, porque estendem as garantias expressamente ao ensino superior, educação profissional e tecnológica, incluindo aspectos relevantes como a adaptação da forma de inscrição e exames, bem como, a adaptação do método

20 BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

de seleção de candidatos com deficiência que pretendam ingressar no ambiente de ensino superior ou profissionalizante, conforme se depreende do texto legal, *in verbis*:

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

Tratando do ensino propriamente dito, o acesso à educação é disciplinado de forma mais específica na **Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDBE** (Lei nº 9394/1996), a qual se aplica tanto às instituições de ensino públicas quanto às privadas. A referida lei atende ao art. 214 da Constituição Federal, já referido, e dispõe sobre a política pública nacional de educação. Quanto ao acesso à educação, a LDBE assim dispõe, literalmente:²¹

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...)

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

II - universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;

21 BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.



(...) VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades **adequadas às suas necessidades e disponibilidades**, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola; (...)

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. – (Destacamos)

Novamente nos deparamos com o conceito de “rede regular de ensino”, ao qual nos referimos anteriormente, no sentido de ensino com duração padrão, ou condições “comuns” de ensino. Note-se que a **rede regular** diz respeito às instituições que praticam o “ensino regular”, ou seja, as instituições de ensino que adotam o calendário anual ou semestral, no caso dos ensinos fundamental e médio, e que ministram o conteúdo curricular completo de acordo com as determinações do Ministério da Educação, que fazem parte do **ensino regular**.

Ao conceito de ensino regular aparentemente se opõe o de **ensino especializado**, ou especial (*latu sensu*), disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a exemplo da Educação Profissional (art. 39 da LBDE), da Educação de Jovens e Adultos – EJA (art. 37 da LBDE) e da Educação Especial (*strictu sensu*), prevista nos artigos 58 e 59 da Lei, cujo teor interessa em particular ao nosso estudo. Assim dispõem os referidos dispositivos legais, *in verbis*:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a **modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino**, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, **não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular**.

§3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; (...) – (Destacamos)

Depreende-se dos referidos dispositivos legais que, que o ensino especial deve ser ministrado “preferencialmente na rede regular de ensino”, ainda que, para isso, sejam necessários “serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial. Conforme já vimos, o sentido dessa preferência expressa na Constituição Federal, e repercutida na lei, evoluiu para conduzir ao entendimento de que esse acesso ao ambiente “comum” de ensino, em que se convive com alunos sem deficiência intelectual, é direito subjetivo da pessoa com Síndrome de Down, em privilégio à inclusão social preconizada na Constituição.

Neste contexto, o ensino especial em “classes, escolas ou serviços especializados” de que trata o §2º do art. 58 da LDBE deve ser entendido como última alternativa para o acesso à educação, apenas admissível quanto, nos termos da lei, “não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular”, tendo em vista, inclusive, o modelo de educação inclusiva preconizado no art. 27 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. até porque²².

Ocorre que esta hipótese é totalmente inadequada para o caso das pessoas com Síndrome de Down, a par da sua duvidosa plausibilidade jurídica e legitimidade em face de outras deficiências de natureza diversas. Isso porque, como será demonstrado, a Síndrome de Down não inviabiliza nem compromete a integração do indivíduo nas “classes comuns de ensino regular”.

²² Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, **assegurados sistema educacional inclusivo** em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.” – (destacamos)



2 As consequências da Síndrome de Down para o ensino

O indivíduo com Síndrome de Down é facilmente identificado pelas características físicas típicas que a síndrome apresenta, tais como baixa estatura, pescoço curto e robusto (pescoço alado), nariz achatado, língua grossa e olhos puxados. Esses atributos físicos são denominados tecnicamente de características fenotípicas, ou fenótipos, e consistem, grosso modo, na repercussão física ou estética de um fato genético. Acerca dessas características, interessante estudo de Nara Liana Pereira Silva e Maria Auxiliadora Dessen, pesquisadoras da Universidade de Brasília que se dedicaram ao tema, *in verbis*:²³

Dentre as características fenotípicas desta síndrome destacam-se a braquicefalia, descrita por um diâmetro fronto-occipital muito pequeno, fissuras palpebrais com inclinação superior, pregas epicânticas, base nasal achatada e hipoplasia da região mediana da face. Além dessas características da face, observa-se, também, que o pescoço é curto, podendo estar presente apenas uma prega palmar; a pila é pequena e displásica; a língua é protusa e hipotônica; há clinodactilia do 5º dedo das mãos e uma distância aumentada entre o 1º e o 2º dedos dos pés. Em geral, as crianças com SD apresentam hipotonia muscular e são muito sonolentas. Logo após o nascimento, elas mostram dificuldades para a sucção e deglutição. Observa-se, também, um atraso no desenvolvimento de alguns reflexos do bebê, havendo um comprometimento na postura de semiflexão dos quadris, que pode não ser evidente ou, até mesmo, estar ausente.

Essas características, no entanto, não implicam em qualquer limitação ou restrição às atividades do indivíduo com Síndrome de Down, razão pela qual esta não é considerada deficiência física nem sensorial. Trata-se, com efeito, de deficiência intelectual, pois o fenótipo mais relevante da síndrome reside precisamente no comprometimento de funções cognitivas e de linguagem que comprometem a capacidade da pessoa com síndrome de Down de apreender informações e compreender processos comunicativos acessíveis às pessoas sem deficiência. Ao discorrer sobre essa dificuldade, as autoras asseveram, *in verbis*:²⁴

A linguagem dessas crianças é bastante comprometida, principalmente se comparadas com o grupo de crianças com desenvolvimento 'normal'. Segundo Tristão e Feitosa (1998), o quadro apresentado por essas crianças pode ser

23 PEREIRA-SILVA, N. L.; DESSEN, M. A. Síndrome de Down: etiologia, caracterização e impacto na família. *Interação em Psicologia*, v. 6, n. 2, p. 167-176, 2002. p. 167.

24 Ob. cit. p. 167.

mais complexo, uma vez que associado ao atraso no desenvolvimento da linguagem, encontra-se também uma "...instabilidade na produção vocal, organização gramatical pobre, fala funcional quando adquirida na maioria dos casos" (p. 135). Mas, segundo estas autoras, alguns indivíduos podem atingir altos níveis de linguagem. De acordo com Schwartzman (1999c), apesar destas dificuldades, "...a maioria dos indivíduos faz uso funcional da linguagem e compreende as regras utilizadas nas conversações"

Ao comparar a Síndrome de Down à Síndrome de Williams, outras duas pesquisadoras, psicólogas da Universidade Federal de Minas Gerais e da Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Belo Horizonte, investigaram com bastante profundidade a relação entre o processo fonológico e a habilidade da leitura, o que tem implicações importantes para as limitações ao aprendizado e, por conseguinte, as adaptações necessárias ao ensino especial das pessoas com Síndrome de Down. Assim concluíram as autoras, *in verbis*:²⁵

...Com efeito, há evidência de que o desenvolvimento da linguagem é inferior até mesmo ao que seria esperado com base no nível de desenvolvimento mental da criança. Por outro lado, as habilidades viso-espaciais são condizentes com ou, até mesmo, superiores ao nível de desenvolvimento mental característico da síndrome (Pennington, Moon, Edgin, Stedron & Nadel, 2003).

Segundo Buckley (1985), em torno de 40% dos jovens com síndrome de Down adquirem pelo menos alguma habilidade de leitura. Em alguns casos, a habilidade de leitura é excepcional. Por exemplo, Buckley cita casos de crianças com SD em idade pré-escolar que eram capazes de ler centenas de palavras. Tendo em vista as dificuldades de linguagem características da síndrome, Buckley sugeriu que as crianças com SD baseiam-se em suas capacidades viso-espaciais para aprender a ler. O fato de que algumas das crianças observadas por ela tenham começado a ler quando ainda mal podiam falar parece, de fato, consistente com a hipótese de que crianças com SD aprendem a ler visualmente. Conforme discutimos a seguir, no entanto, há evidência de que **a habilidade de ler palavras na SD correlaciona-se estreitamente com medidas do processamento fonológico.** (pg. 03 e 04)

(...)

Além de importantes do ponto de vista prático, os resultados desses estudos serão importantes do ponto de vista teórico. **A pesquisa nos últimos anos tem destacado a importância da fonologia para a aprendizagem**

25 CARDOSO-MARTINS, C.; SILVA, J. R. **A relação ente o processamento fonológico e a habilidade de leitura: Evidência da síndrome de Down e da Síndrome de Williams.** Psicologia. Reflexão e Crítica, v. 21, p. 83-90, 2008. p. 87.



da leitura. Com efeito, Perfetti e Dunlap (in press) sugeriram que uma premissa central de uma teoria universal da leitura deverá ser o princípio fonológico, segundo o qual a leitura de palavras ativa a fonologia em todas as línguas. Os resultados discutidos neste artigo sugerem **que as representações fonológicas também são ativadas em todos os leitores, independentemente de suas habilidades fonológicas.** Contudo, eles também sugerem que o funcionamento do princípio fonológico varia em função de variações em outras habilidades cognitivas relevantes. Estudos sobre a habilidade de leitura em diferentes transtornos do desenvolvimento contribuirão, certamente, para elucidar a natureza dessas habilidades e de como elas interagem com o funcionamento do princípio fonológico na aprendizagem da leitura. – (Destacamos)

Conforme se depreende das referidas pesquisas, as dificuldades do aprendizado apresentadas pela pessoa com síndrome de down se relacionam ao comprometimento da linguagem decorrente da síndrome, o que demanda uma adaptação do processo de ensino. Ao estudar percepção dos educadores acerca da integração escolar da pessoa com Síndrome de Down, Lúcia Araújo chama a atenção para o fato de que os profissionais da educação sentem a necessidade de apoio especializado para lidar com a situação peculiar de incluir no ambiente de ensino o aluno com tais necessidades específicas, *in verbis*:²⁶

Há unanimidade entre professores e pais em relação à necessidade de se aperfeiçoar a escola, pois acreditam que só com a melhoria da escola para todos os alunos será alcançada a melhoria do processo integrativo. Um dos pontos mais destacados diz respeito à preparação dos profissionais da educação que atuam na escola – professores, técnicos, administradores – para atuar frente às diferenças do corpo discente da escola, incluindo nesse contexto os que apresentam síndrome de down.

Outro aspecto destacado, refere-se ao **acessoriamente especializado ao professor e à equipe da escola, antes e depois do processo integrativo.** Consideram desrespeito para o professor e para o aluno ser dado início a um trabalho integrativo sem que haja orientação básica sobre o trabalho nem acompanhamento sistemática durante todo o processo, no qual o profissional de educação possa compartilhar dúvidas, ansiedades e receber subsídios válidos para o seu trabalho, que se traduzam em benefícios para os alunos.

Percebem, igualmente, que **o acompanhamento especializado não deve se restringir aos profissionais de educação, mas envolver os próprios alunos portadores da síndrome de down e seus familiares.** Esses alunos devem receber apoio psicopedagógico, sem o qual acreditam que não terão

26 MARTINS, Lúcia de A. R. Integração Escolar do Portador da Síndrome de Down: um Estudo sobre a Percepção dos Educadores. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 5, p. 73-85, 1999. p. 78.

condição de avançar na sala de aula regular. As suas famílias necessitam, igualmente, de orientação para que possam ter mais consciência das potencialidades dos filhos, dos seus direitos como cidadãos. Só assim poderão lutar contra situações discriminatórias – das quais muitas vezes têm sido alvo –, ajudar a disseminar informações corretas e positivas sobre a criança portadora dessa síndrome, bem como colaborar ativamente com o atendimento escolar desenvolvido. (Destacamos)

Dentre as conclusões da autora, ao perceber os desafios do acesso à educação da pessoa com Síndrome de Down do ponto de vista do educador, estão o aperfeiçoamento da estratégia política nos sistemas educacionais públicos em benefício de uma perspectiva integradora e a adaptação da matriz curricular dos cursos de formação de professores, com a inclusão de pelo menos uma disciplina obrigatória versando sobre a educação destinada aos educandos com necessidades especiais na classe regular.²⁷

As características decorrentes da Síndrome de Down, em que pese levarem à discussão acerca da necessidade de apoio especializado ao aluno e ao docente educador, jamais poderiam justificar a segregação do ambiente escolar nos termos do §2º do art. 58 da LDBE, tendo em vista que a inclusão da pessoa com essa condição nas “classes comuns de ensino regular” não é apenas possível, nem mesmo adequado, mas verdadeiramente necessária e obrigatório diante dos preceitos constitucionais e legais vigentes no Brasil.

3 O acesso à educação na rede particular de ensino

As considerações feitas até agora deixam claro que as normas que disciplinam o direito de acesso à educação, e o correspondente dever de educar, são facilmente associados à função pública de prover educação ampla e irrestrita aos cidadãos. Com efeito, o acesso à educação é expressamente definido na Constituição Federal como direito público subjetivo (art. 208, §1º da CF/88), diretamente assegurado pela Convenção de Nova Iorque (art. 24, item “2”, alínea a”) e reiterado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 5ª da LDBE).

Os obstáculos e desafios decorrem, na prática, da conduta de estabelecimentos privados de ensino que recusam ou dificultam o acesso à educação das pessoas com síndrome de down. Neste contexto, há que se levar em consideração a

27 MARTINS, Lúcia de A. R. ob. cit. p. 81.

natureza da atividade empresarial explorar por estes estabelecimentos, bem como as normas de ordem pública que a disciplinam, a fim de analisar a questão da forma adequada.

Em primeiro lugar, cumpre observar que, por ter como objeto a satisfação de uma necessidade coletiva, a educação privada é serviço público em sentido material, caracterizado como “serviço público impróprio” na classificação proposta por Arnaldo de Valles e trazida por Maria Sylvania Zanella, para quem, *in verbis*.²⁸

Para esses autores, serviços públicos próprios são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, **por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas, ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do Poder de Polícia do Estado.**

Na realidade, essa categoria de atividade, denominada de serviço público impróprio, **não é serviço público em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância... – (Destacamos)**

Por esta classificação, o ensino prestado diretamente pelo Estado seria serviço público próprio, mas, quando prestado pela iniciativa privada, sob autorização, regulamentação e fiscalização do Estado, trata-se de atividade empresarial de interesse público, ou “serviço público impróprio” dado que, por sua relevância, tal atividade se submete a “especial regime jurídico”, que se traduz em “maior ingerência do Poder de Polícia do Estado.”. A classificação proposta encontra amplo respaldo na legislação pertinente, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Assim, por exemplo, a LDBE disciplina a rede privada de ensino da seguinte forma:

28 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.103.

Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

Já o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao dispor sobre o sistema educacional inclusivo, prescreve que os estabelecimentos de educação pública e privada devem “garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena”, incluindo a adaptação do conteúdo curricular, conforme se depreende do seu artigo 28, I, II, XIV c/c §1º, do estatuto.

Além de submeter expressamente as instituições privadas de ensino à autorização do Poder Público e as sujeitar à avaliação de qualidade, a LDBE dispõe que essas instituições integram os sistemas de educação da União, dos Estados e dos Municípios, conforme desenvolvam, respectivamente, as atividades de ensino superior (art. 16 da LDBE), ensino fundamental e médio (art. 17 da LDBE) ou de educação infantil (art. 18 da LDBE). Além disso, discriminam os tipos de instituições de ensino dentro do contexto da Organização da Educação Nacional, *in verbis*:

TÍTULO IV

Da Organização da Educação Nacional

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;



II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

Percebe-se, portanto, que as instituições privadas de ensino devem ser compreendidas num contexto maior de acesso à educação, pois exercem atividade de grande relevância social e de evidente interesse público. No mesmo sentido, devem se pautar pelos princípios da isonomia e da universalidade da educação nas relações contratuais que firmam com particulares, observada, ainda, a função social do contrato, neste contexto²⁹.

Nota-se, inclusive, que normalmente as matrículas em instituições privadas de ensino caracterizam relações de consumo, de modo que se lhe aplicam as normas de proteção prevista no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990)³⁰, notadamente quanto à possibilidade de revisão judicial das cláusulas que estabelecem prestações desproporcionais ao consumidor.³¹

Assim sendo, as adaptações necessárias para incluir a pessoa com deficiência, notadamente a deficiência decorrente da Síndrome de Down, sejam as adaptações pedagógicas, sejam as adaptações estruturais, é um dever do empreendedor particular que opta por explorar a atividade empresária de ensino privado, e um ônus próprio desse mesmo empreendimento, que não pode ser repassado, mediante cobrança a qualquer título, ao particular que necessita dessas adaptações, sob pena de discriminação e de violação de preceitos constitucionais e legais.

29 LÔBO, Paulo. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. *passim*.

30 BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

31 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Conclusão

O trabalho estuda o direito à educação sob a perspectiva da pessoa com síndrome de down, a partir de uma abordagem acerca das fontes constitucionais e infraconstitucionais desse direito, passando por breves considerações acerca da deficiência intelectual decorrente da síndrome.

O trabalho adota como conceito de “acesso à educação” a ideia de direito à inclusão social da pessoa com Síndrome de Down no ambiente escolar, ou seja, o direito de ser admitido nas instituições públicas e privadas de ensino sem discriminações em função de sua condição, bem como o de ser educado e avaliado de acordo com os limites decorrentes de sua deficiência intelectual.

A Síndrome de Down é considerada deficiência intelectual, pois o fenótipo mais relevante da síndrome reside no comprometimento de funções cognitivas e de linguagem que limitam a capacidade do indivíduo de apreender informações e compreender processos comunicativos acessíveis às pessoas sem deficiência.

O direito de acesso à educação é previsto em diversos dispositivos originais do texto constitucional, e compreende, além do direito à educação em si, o direito de ser integrado socialmente no ambiente escolar, ou, em outras palavras, o direito à inclusão social por meio da educação. A “preferência” pela rede regular de ensino a que se refere o inciso III do art. 208 da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretada não apenas como uma faculdade, mas um direito subjetivo ao ingresso no ambiente escolar e à convivência com alunos sem deficiência.

A Convenção de Nova Iorque, ou Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, foi ratificada pelo Brasil e promulgado com *status* de Emenda Constitucional pelo rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. À luz das normas de caráter constitucional, considerando a adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque, a recusa de matrícula ao aluno com síndrome de down, em razão de sua deficiência, viola preceitos constitucionais, além de caracterizar ilícito penal nos termos do art. 8º da Lei nº 7.853/89.

A prestação do ensino especial à pessoa com Síndrome de Down através de “classes, escolas ou serviços especializados” de que trata o §2º do art. 58 da LDBE, deve ser entendido como última alternativa para o acesso à educação, e não se aplica às pessoas com Síndrome de Down, pelo fato de que a deficiência



intelectual decorrente da síndrome não inviabiliza nem compromete a integração do indivíduo nas “classes comuns de ensino regular”, limitando-se à dificuldades do aprendizado decorrentes do comprometimento da linguagem.

As instituições privadas de ensino devem ser compreendidas num contexto maior de acesso à educação, pois exercem atividade de grande relevância social e de evidente interesse público. No mesmo sentido, devem se pautar pelos princípios da isonomia e da universalidade da educação nas relações contratuais que firmam com particulares, observada, ainda, a função social do contrato.

Neste contexto, as adaptações necessárias para incluir a pessoa com deficiência, notadamente a deficiência decorrente da Síndrome de Down, sejam as adaptações pedagógicas, sejam as adaptações estruturais, é um dever do empreendedor particular que opta por explorar a atividade empresária de ensino privado, e um ônus próprio desse mesmo empreendimento, que não pode ser repassado, mediante cobrança a qualquer título, ao particular que necessita dessas adaptações, sob pena de discriminação e de violação de preceitos constitucionais e legais.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3.ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2002. (Série Legislação em Direitos Humanos, Pessoa Portadora de Deficiência; v. 3).

CARDOSO-MARTINS, C.; SILVA, J. R.. A relação ente o processamento fonológico e a habilidade de leitura: Evidência da síndrome de Down e da Síndrome de Williams. **Psicologia. Reflexão e Crítica**, v. 21, p. 83-90, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, A. E. C.; BAIA, B.R.L.; MORAES, A.N.M.. **SÍNDROME DE DOWN: ASPECTOS CLÍNICOS E EPIDEMIOLÓGICOS E A ATUAÇÃO DO PROGRAMA CAMINHAR**. In: 12ª Jornada de Extensão na UFPA, 2009, Belém (PA). Anais da 12ª Jornada de Extensão da UFPA, 2009.

LÔBO, Paulo. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005

MARTINS, Lúcia de A. R. Integração Escolar do Portador da Síndrome de Down: um Estudo sobre a Percepção dos Educadores. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 5, p. 73-85, 1999.

PEREIRA-SILVA, N. L.; DESSEN, M. A. Síndrome de Down: etiologia, caracterização e impacto na família. **Interação em Psicologia**, v. 6, n. 2, p. 167-176, 2002.

Romeu Kazumi Sasaki In: VIVARTA, Veet (coord.). **Mídia e deficiência**. Brasília: Andi/Fundação Banco do Brasil, 2003.

MIZIARA, D. S. C. Interdição Judicial da Pessoa com Deficiência Intelectual. **Revista do Advogado**, v. 95, p. 21-33, 2007.

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



BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186/2008**, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Publicado no Diário Oficial da União em 10.7.2008.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Outras fontes de consulta:

<<http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/popul/default.asp?t=3&z=t&o=25&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>> Acesso em: 20 de junho de 2019.

<http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/08/printable/000000_numerosdownlmp.shtml> Acesso em: 20 de junho de 2019.

<<http://www.sbt.com.br/jornalismo/noticias/28518/Menina-com-sindrome-de-Down-tem-matricula-negada-em-seis-escolas.html>> acessado em 09.09.2013> Acesso em: 20 de junho de 2019.

<<http://www.oestadoce.com.br/noticia/criancas-com-down-sem-direito-matricula>> Acesso em: 20 de junho de 2019.

Referência do Texto

DANTAS, Lenita Martins Bandeira, O acesso à educação e a pessoa com Síndrome de Down. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 85-111, jan./jun. – jul./dez. 2017.



Avanços tecnológicos a serviço do Processo Penal

Luiz Carlos Vieira de Figueirêdo

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), especialista pelo Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU) e mestre pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor de Direito Processual Penal da Escola Judicial de Pernambuco - Esmape e dos Programas de Pós-Graduação. Autor e Coordenador de Obras Jurídicas. Membro fundador do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC) e membro fundador do Fórum dos Magistrados Criminais do Tribunal de Justiça de Pernambuco (FOMACRIM).

Resumo

O presente trabalho trata dos avanços tecnológicos a serviço da investigação policial e instrução criminal. Analisa os temas relacionados à ciência forense computacional, a análise de dispositivos móveis, a internet das coisas, a análise

de redes e de dados que podem ajudar na persecução criminal.

Palavras-chave: Processo penal. Investigação Policial - Tecnologia.

Abstract

This paper deals with technological advances in the service of police investigation and criminal education. It analyzes topics related to computer forensic science, mobile device analysis, the internet of things, network and

data analysis that can help in criminal prosecution.

Keywords: Criminal proceedings. Police Investigation - Technology.

Introdução

Em março de 2019, a Secretaria de Segurança Pública da Bahia anunciou o cumprimento de mandado de prisão em decorrência da utilização de sistema de **reconhecimento facial** instalado no polo carnavalesco Barra-Ondina. O alvo do mandado trajava vestes femininas, peruca e fantasias roxas, mas não escapou da refinada tecnologia, que captura imagens em tempo real e as compara com imagens de banco de dados policial¹.

Nos Estados Unidos da América, dados de frequência cardíaca de um Fitbit² foram usados para revelar a autoria de um homicídio. O padraço Anthony Aiello alegou que deixara a casa de sua enteada Karen Navarra, logo após 15 minutos de sua chegada.

Contudo, os dados do Fitbit utilizado por Karen foram comparados com as imagens do circuito de segurança e revelaram que o homicídio ocorreu enquanto o padraço ainda estava no local.

Os dados do referido dispositivo registraram que o ritmo cardíaco de Karen Navarra se elevou às 3:20 da noite antes de rapidamente diminuir e parar completamente às 03:28. A polícia também identificou roupas com manchas de sangue na casa de Anthony Aiello³.

Esses casos ilustram como a tecnologia vem auxiliando a persecução penal, seja na coleta de provas de autoria e de materialidade, seja na localização de vítimas e suspeitos.

O presente artigo analisará os seguintes tópicos: a) a Ciência Forense Computacional, b) a internet das coisas, c) Infiltração policial virtual e d) Tecnologia Forense no combate à corrupção.

1 Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/reconhecimento-facial-ajuda-a-prender-criminoso-no-carnaval-de-salvador-134189/> Acesso em: 05 ago. 2019.

2 Dispositivo em formato de pulseira/relógio que mede e registra alguns dados, como batimento cardíaco, distância percorrida, calorias, número de passos, horas dormidas e até a qualidade do sono. Tais dados são transferidos para outros aparelhos como computadores, telefones celulares e tablets.

3 Disponível em: <https://www.theverge.com/2018/10/4/17936722/fitbit-data-murder-trial-stepdaughter> Acesso em: 05 ago. 2019.

1 Ciência Forense Computacional

A ciência forense computacional tem por escopo a COLETA e a ANÁLISE DE EVIDÊNCIAS em plataformas de computadores pessoais e servidores, geralmente configurados com sistemas operacionais Windows ou derivados de Unix.

Em um mundo imerso em tecnologia, sua importância decorre da aquisição, preservação, recuperação e análise de dados armazenados em mídias computadorizadas.

Para entender bem a importância desse ramo do conhecimento, é necessário visitar o conceito de "big data"⁴:

Conjunto de dados extremamente amplos que, por isto, necessitam de ferramentas especiais para comportar o grande volume de dados que são encontrados, extraídos, organizados, transformados em informações que possibilitam uma análise ampla e em tempo hábil.

O volume, a variedade e a velocidade dos dados computacionais na rede reclamam ferramentas adequadas para organização e análise.

Com a otimização adequada, o analista pode tomar as corretas decisões. No mundo dos negócios, por exemplo, pode ser aplicável na avaliação de riscos, análise comportamental do consumidor e até em análises preditivas.

E como esse ramo do conhecimento pode ser aplicado no processo penal?

É preciso dizer que existe uma norma para padronização do tratamento de evidências digitais, processos esses fundamentais em uma investigação afim de preservar a integridade da evidência digital – força probatória e relevância em processos judiciais ou disciplinares (ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013).

No campo do processo penal, destaco quatro vertentes da Computação Forense: a aplicação em Dispositivos Móveis; na Internet das Coisas; na análise em Redes e em Banco de Dados.

4 GARCIA, Marco. **Big Data: O que é, conceito e definição**. Disponível em: <https://www.cetax.com.br/blog/big-data/> Acesso em: 05 ago. 19.

2 A Computação Forense aplicada aos dispositivos móveis

Uma situação corriqueira: Nas abordagens realizadas pela polícia militar a pessoas suspeitas de tráfico de drogas é muito comum a apreensão de aparelhos celulares. Muitas vezes, as mensagens dos compradores chegam no aparelho durante a atuação policial.

Inegavelmente, a análise dos dados do aparelho é de suma importância para elucidar a real situação de narcotraficância, para revelar outros envolvidos na atividade criminosa, a prática de outros crimes conexos (é muito comum o homicídio decorrente da disputa por bocas de fumo ou de dívida dos usuários). Imagens, diálogos, vídeos, áudios e registros de localização podem ser coletados pelo analista.

Atualmente a principal questão ligada ao tema é a seguinte: Pode a autoridade policial acessar o aplicativo de *whatsApp* do celular apreendido SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o acesso sem autorização judicial torna a prova ilícita⁵:

Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ

O enunciado nº 7 da publicação “Jurisprudência em Teses” de número 111, do STJ é no mesmo sentido:

5 Recurso em Habeas Corpus nº 89.981 - MG (2017/0250966-3)



7) É ilícita a prova colhida mediante acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (WhatsApp), e obtida diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial.

Não é assim que pensa o Fórum Nacional de Juízes Criminais - FONAJUC. O FONAJUC⁶ possui enunciado em sentido oposto:

Enunciado nº. 07 O acesso ao conteúdo de todos os dados, dentre eles, aplicativos e contatos telefônicos, em celular apreendido durante flagrante pela polícia não precisa de autorização judicial.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui alguns precedentes no sentido de dispensar a autorização judicial para análise do aparelho celular: No RHC 86.076-MT, entendeu-se pela desnecessidade de autorização judicial para análise de dados e conversas registradas no whatsapp de aparelho de propriedade da vítima falecida:

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus em que se discute, entre outras questões, a validade da quebra de sigilo de conversações via aplicativo whatsapp sem prévia autorização judicial. Sobre o tema, vale salientar que a Sexta Turma desta Corte Superior vem reconhecendo a ilicitude da referida prova nos casos em que dizem respeito à interceptação de celular do acusado, cujo conteúdo vem a ser devassado sem autorização judicial. Na hipótese em exame, todavia, a situação é oposta, visto que houve um homicídio em que o telefone – de propriedade da vítima – teria sido, inclusive, um veículo para a prática do crime; sendo entregue à polícia por sua esposa após o cometimento do ilícito. Portanto, se o detentor de eventual direito ao sigilo estava morto, não havia mais sigilo algum a proteger do titular daquele direito. Sendo assim, não há sequer necessidade de uma ordem judicial porque, frise-se, no processo penal, o que se protege são os interesses do acusado. Logo, soa como impróprio proteger-se a intimidade de quem foi vítima do homicídio, sendo que o objeto da apreensão e da investigação é esclarecer o homicídio e punir aquele que, teoricamente, foi o responsável pela morte.

Outra situação que permitiria a análise dos dados sem autorização judicial é o consentimento do proprietário do aparelho:

HABEASCORPUS.PROCESSOPENAL.TRÁFICODEDROGAS.ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. INVOLABILIDADE DE DOMICÍLIO.

⁶ Para mais informações, acessar o sítio www.fonajuc.com.br

NÃO OCORRÊNCIA. LICITUDE DAS PROVAS. ACESSO ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DO RÉU. ILEGALIDADE.

INEXISTÊNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias concluíram que as drogas foram encontradas pelos policiais militares no bar do Paciente (dentro de uma bolsa próxima ao balcão), ou seja, em local aparentemente aberto ao público, que não se enquadra no conceito de domicílio, ainda que por extensão.

2. Para acolher a alegação da Defesa de que a droga teria sido encontrada na residência do Acusado, e que “havia cerca de quinze homens em sua lanchonete, pois estavam realizando um chá de fralda, já que sua companheira estava grávida”, seria necessário, inevitavelmente, aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que é impróprio na via do habeas corpus. 3. “O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida” (AgRg no HC 391.080/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017).

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 468.968/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019)

Portanto, apesar da jurisprudência dominante ser no sentido da necessidade de autorização judicial o acesso a dados em aparelhos eletrônicos apreendidos, existem julgados que a ressalvam.

Outro tema interessante é a análise dos **sinais emitidos** por esses dispositivos móveis. O Código de Processo Penal foi alterado em 2016 para incluir o artigo 13-B:

Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, sinal significa posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência.

§ 2º Na hipótese de que trata o **caput**, o sinal:

I - não permitirá acesso ao conteúdo da comunicação de qualquer natureza,

que dependerá de autorização judicial, conforme disposto em lei;

II - deverá ser fornecido pela prestadora de telefonia móvel celular por período não superior a 30 (trinta) dias, renovável por uma única vez, por igual período;

III - para períodos superiores àquele de que trata o inciso II, será necessária a apresentação de ordem judicial.

§ 3º Na hipótese prevista neste artigo, o inquérito policial deverá ser instaurado no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas, contado do registro da respectiva ocorrência policial.

§ 4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Vê-se que o legislador percebeu a importância dessa ferramenta de tecnologia para desvendar crimes, salvar vítimas e responsabilizar penalmente criminosos.

3 A internet das coisas

Cada vez mais se percebe a quantidade de dispositivos e utensílios que se conectam e “conversam”, realizando o compartilhamento de informações: objetos pessoais, como smartwatches, eletrodomésticos, TVs. Já existem geladeiras inteligentes, que possuem a tecnologia de realizar compras em tela de *led* ou visualizar o seu interior, quando a pessoa estiver no supermercado.⁷

Essa revolução tecnológica já tem sido utilizada para desvendar crimes. Um dos casos mais emblemáticos é o de Mark Fellows.

Além de assassino de aluguel, Mark “Iceman” Fellows era corredor amador. Foi a análise de dados de seu Garmin Forerunner — um monitor de condicionamento físico com GPS - que serviu de importante prova para sua condenação à prisão perpétua pelos homicídios de Paul Massey e John Kinsella, fato ocorridos na Inglaterra.

De acordo com o Liverpool Echo, uma foto tirada na Great Manchester Run mostrou que Fellows usava o relógio menos de dois meses antes do assassinato de Massey. E quando as autoridades analisaram os dados da

⁷ GEA, Jean. **Internet das coisas: como funciona?** Disponível em <https://www.oxigenweb.com.br/artigos/internet-das-coisas-samsung-lanca-refrigerador-inteligente/> Acesso em 06 ago 19.

Garmin, eles colocaram Fellows perto da casa de Massey poucos dias antes, no que os promotores chamaram de missão de reconhecimento.

No tribunal, um especialista em GPS explicou que o relógio não apenas rastreava os dados de localização, mas também registrava a velocidade, sugerindo como partes específicas da rota entre os bairros de Fellows e Massey eram percorridas. Segundo a *Runner's World*:

O professor Last disse que o usuário partiu inicialmente viajando a cerca de 12 mph [19,3 km/h], o que sugeriu que ele estava de bicicleta. Quando chegaram ao campo, a velocidade caiu para cerca de 3 mph [4,8 km/h], consistente com a caminhada, antes de parar por cerca de 8 minutos. De acordo com o *Liverpool Echo*, esta é a suposta rota de fuga que Fellows correu ou talvez pedalou dois meses depois, quando abateu Massey em sua própria garagem⁸.

Outro caso muito interessante envolve a coleta de dados contidos no dispositivo conhecido por Amazon echo, muito popular nos Estados Unidos da América.

O Amazon Echo é uma torre que está sempre ouvindo e responde ao comando "Alexa", como se fosse uma pessoa sendo chamada mesmo. No caso, uma pessoa com conexão à internet capaz de responder a uma variedade de comandos diferentes, que vão desde tocar uma música a adicionar itens numa lista de compras, passando por coisas mais complexas como conversões de medidas ou definir palavras.⁹

Timothy Verrill foi encontrado acusado pelos homicídios de Christine Sullivan e Jenna Pellegrini, cujos corpos foram no quintal da casa do namorado de Sullivan, Dean Smoronk. Nas proximidades foi encontrado um **Amazon echo**.

O juiz do caso ordenou que a Amazon fornecesse dados e eventuais gravações que o aparelho eventualmente tenha captado para ajudar no deslinde do caso.

8 MENEGUS, Bryan. **Smartwatch de assassino de aluguel dedura participação em crime**. Disponível em <https://gizmodo.uol.com.br/smartwatch-assassino-aluguel/> Acesso em: 06 ago. 2019.

9 SILVA, Rafael. **Amazon anuncia Echo, uma torre-assistente virtual para ajudar em casa**. Disponível em <https://tecnoblog.net/169174/amazon-echo-assistente-virtual/> Acesso em: 06 ago. 2019.

Docket No. 219-2017-CR-072

ORDER ON MOTION TO SEARCH IN LIEU OF SEARCH WARRANT

The State moves to allow the search of the server(s) and/or records maintained for or by Amazon.com for all recordings made by an Echo smart speaker with Alexa voice command capability, FCC ID number ZWJ-0823, from the period of January 27, 2017 to January 29, 2017, in addition to any information identifying cellular devices that were linked to that smart speaker during that time period, and to produce such information to the court. (Court index #204.) The State asserts there is probable cause to believe that evidence of crimes—audio recordings capturing the attack on victim Christine Sullivan that occurred in the kitchen of 979 Meaderboro Road and any events that preceded or succeeded the attack—may be found on the server(s) maintained by or for Amazon.com for all recordings made by the aforementioned Echo smart speaker. (*Id.*) The State asserts that the Echo smart speaker was among the items lawfully seized by investigators at 979 Meaderboro Road on February 3, 2017, and is currently in the possession of the New Hampshire State Police. (*Id.*)

(Cópia da ordem judicial. Imagem: Image: TechCrunch¹⁰)

Existem vários outros casos, julgados e em andamento, nos quais os dispositivos eletrônicos são periciados e ajudam a desvendar crimes¹¹. Em brilhante artigo, João Ozorio de Melo¹² escreveu:

Na era da Internet das Coisas, definida como a conectividade de dispositivos à internet e a outros dispositivos, há uma infinidade de “coisas” que interagem com você e obedecem a seus comandos de voz. Mas, ao mesmo tempo, coletam dados que podem ser usados contra você — ou a seu favor — em uma ação criminal. Ou em um processo civil.

Dispositivos inteligentes estão se tornando uma nova espécie de prova e “testemunho”.

Imagine um advogado falando a seu cliente: “Há uma má notícia. Surgiu uma nova testemunha contra você: sua geladeira. Dados coletados por investigadores na geladeira mostraram que você estava em casa na hora do crime”.

10 Disponível em <https://techcrunch.com/2018/11/14/amazon-echo-recordings-judge-murder-case/> Acesso em: 06 ago. 2019.

11 Sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo **‘When Amazon Echo, Fitbit & Other Tech Are Witnesses to Murder’**, Disponível em <https://www.lifewire.com/when-tech-is-witness-to-murder-4149689> Acesso em: 06 ago. 2019.

12 MELO, João Ozório de. **Internet das Coisas já é usada como prova em julgamentos nos EUA**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/internet-coisas-usada-prova-julgamentos-eua> Acesso em: 06 ago. 2019.

Esse diálogo não seria fruto de uma previsão futurística. É um exemplo de atualidade. Durante a ABA Techshow deste ano, a advogada Antigone Peyton, presidente do departamento de propriedade intelectual e tecnologia da banca Protorae Law, e o advogado Bob Ambrogi, blogueiro de tecnologia jurídica do LawSites, deram exemplos de casos da vida real em que a Internet das Coisas exerceu uma influência no julgamento, segundo o Jornal da ABA.

Num dos exemplos, Ambrogi descreveu um caso recente de homicídio em Wisconsin. A vítima era Nicole VanderHeyden, e seu namorado foi, desde o começo, o principal suspeito. Entretanto, ao coletar dados de seu Fitbit, uma "pulseira inteligente" que obtém diversos dados do usuário, os investigadores afastaram as suspeitas contra ele.

Durante as investigações, George Burch se tornou o novo suspeito. Os investigadores retiraram dados de seu Google Dashboard, que o colocaram no local da morte de Nicole, na hora do crime. Eles também acessaram seu histórico de pesquisas na internet, que mostraram que ele havia lido notícias sobre a morte de Nicole 64 vezes.

Por último, Nicole tinha um Snapshot, uma ferramenta de sua empresa de seguros que rastreia os movimentos do carro para dar descontos a bons motoristas. Com essa informação, os investigadores tinham dados sobre os movimentos do carro e outras informações que ajudaram a esclarecer o caso.

Tudo isso levou à condenação de Burch na semana passada. Ambrogi observou que, nesse caso, os dados obtidos foram "corroborativos", em vez de probatórios. Antigone Peyton acrescentou que essa tecnologia ajuda a contar a história do crime.

Outros casos foram contados. Entre eles, um caso em que o Alexa, um assistente pessoal inteligente que se conecta a dispositivos por comando de voz, "entrouviu um assassinato em Arkansas". No Canadá, dados do Fitbit serviram para comprovar se a mobilidade e a qualidade de vida do autor de uma ação indenizatória foram impactadas negativamente por um acidente de carro.

Em um caso de processo civil, em 2017, a fabricante do We-Vibe teve de pagar uma indenização de US\$ 3,75 milhões a autoras de uma ação coletiva. O We-Vibe é um "brinquedo sexual" inteligente, que excita ao mesmo tempo o clitóris e o ponto G, sem impedir a penetração do pênis. Mas o dispositivo também coleta dados das usuárias através de um aplicativo de smartphone, sem um claro consentimento das pessoas.

No mês passado, outra ação coletiva foi movida contra a Lovense, uma divisão da Hytto Ltd., sediada em Hong Kong, também acusada de violações

à privacidade das pessoas através de um brinquedo sexual habilitado por Bluetooth, chamado Lush.

Os dispositivos inteligentes, conectados à internet e a outros dispositivos, estão se tornando, progressivamente, uma nova espécie de provas e “testemunhos” que chegam aos fóruns criminais e civis todos os dias. Em 2017, existiam 8,4 bilhões de dispositivos da Internet das Coisas no mundo, segundo a firma de pesquisa Gartner. Em 2020, serão pelo menos 20,4 bilhões.

4 A análise em redes

A “Análise em Redes” contempla um vastíssimo campo para elucidação de crimes. Já existe uma importante ferramenta positiva no direito brasileiro: **a infiltração policial virtual.**

Nos termos dos artigos 190-A a 190-E da Lei 8.069/90 (redação da lei 13.441/2017), a infiltração policial virtual caracteriza-se por ser efetuada na rede mundial de computadores.

Trata-se de uma técnica especial e subsidiária de investigação, qualificada pela atuação dissimulada (com ocultação da real identidade) e sigilosa de agente policial, em relação a um criminoso (ou criminosos), com o escopo de obter provas e auxiliar na prevenção de ilícitos. Eis o artigo 190-A do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA:

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), obedecerá às seguintes regras: (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

I – será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

II – dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

III – não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. (Incluído pela Lei nº 13.441, de 2017)

Como a tecnologia é nova e previsão legal é recente, não existe jurisprudência consolidada sobre esta forma de captação de prova. Há questões que seguramente serão enfrentadas, como eventual tese flagrante forjado (com a invocação da Súmula 145 do STF), extensão da técnica de investigação para outros crimes, para além do rol do artigo 190-A do ECA etc. Entretanto, já se pode antever o valor probatório relevante da ferramenta, particularmente nos casos de pedofilia.

5 A forense em banco de dados

A análise em banco de dados talvez seja ferramenta tecnológica mais consolidada para a utilização no processo penal.

E nesse campo, não se pode deixar de registrar o SIMBA.

O Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias - SIMBA, é um conjunto de processos, módulos e normas para tráfego de dados bancários entre instituições financeiras e órgãos governamentais. O projeto é uma evolução do modelo adotado pela Assessoria de Pesquisa e Análise - ASSPA, que é uma unidade vinculada ao gabinete do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal.

A análise de tais dados tem contribuído exponencialmente nos casos envolvendo corrupção.

Outra ferramenta importantíssima é o Sistema IPED. O software foi criado por peritos da Polícia Federal para utilização da Operação Lava Jato. O programa permite a identificação de evidências digitais como: Detecção de documentos cifrados; Consulta a base de hashes (KFF) para alertar ou ignorar arquivos; Visualização integrada de dezenas de formatos; Visualizador de texto filtrado para qualquer formato; Galeria multithread para visualizar miniaturas de dezenas de formatos de imagens (via Image/GraphicsMagick); Geração de miniaturas de vídeos (contribuição PCF Wladimir); Ordenação por propriedades, como nome, tipo, datas e caminho; Marcação, exportação e cópia de propriedades dos arquivos; Geração

de arquivo CSV com as propriedades de todos os itens; Extração automática de categorias para casos de extração automática de dados; Extração e reindexação de itens selecionados pela interface de pesquisa após análise do perito; Geração de relatório HTML (contribuição PCF Wladimir) dentre outras funcionalidades.¹³

Outros programas também merecem destaque como: **EnCase**, **UFED Touch**, **Xplico** e **Mywebday e Drousys**.

O UFED Cellebrite Touch também foi amplamente utilizado na operação lava-jato, especificamente em relação aos aparelhos celulares apreendidos. Esse *software* faz a extração e análise de dados armazenados na memória do celular, mesmo se estiverem bloqueados com senhas, criptografados ou apagados da memória do dispositivo¹⁴.

Por fim, destaco o excelente projeto “Operação Serenata de Amor, Inteligência Artificial Para Controle Social da Administração Pública”.

Trata-se de um projeto aberto que usa ciência de dados com a finalidade de fiscalizar gastos públicos e compartilhar as informações de forma acessível a qualquer pessoa. A Serenata criou a Rosie: uma inteligência artificial capaz de analisar os gastos reembolsados pela Cota para Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP), de deputados federais e senadores, feitos em exercício de sua função, identificando suspeitas e incentivando a população a questioná-los¹⁵.

Uma ferramenta poderosa que pode ser utilizada por qualquer do povo e permite eventual *notitia criminis* de crimes contra a administração pública (artigo 27 do CPP).

Conclusão

Há um inegável dilema ético e jurídico nos casos tratados neste singelo artigo. Até que ponto nossa intimidade, nossa privacidade, nossos dados podem ser devassados? Essa questão será naturalmente enfrentada pelos Tribunais.

13 Disponível em <https://www.tiforense.com.br/iped-indexador-e-processor-de-evidencias-digitais-dpf/> 06 ago 19.

14 Disponível em <http://forensedigital.com.br/product/1309/> Acesso em: 08 ago. 2019.

15 Mais informações acessar: <https://serenata.ai/explore/>

Como visto, no caso da análise de aplicativos de mensagens de celulares apreendidos, já existe posição do STJ no sentido de exigência de decisão judicial como regra.

Há de se considerar que, quando optamos pela utilização de smartphones e smartwatches ou fazemos uso de um “app” (Facebook e Instagram), abrimos mão de parcela de nossa privacidade. Raramente, alguém lê a “política de privacidade” e clica logo na caixa “eu aceito”.

Por outro lado, há o interesse da coletividade na segurança pública e no deslinde de casos criminais, devendo o julgador utilizar a já conhecida técnica de ponderação de princípios.

As situações registradas neste trabalho são novas, mas, na medida que a tecnologia evolui e é mais amplamente adotada, espera-se que ela se torne mais comum em investigações criminais.

Até mesmo a Nanotecnologia tem aplicação no campo penal. Na Austrália, pesquisadores desenvolveram uma técnica para detectar os vestígios de aminoácidos presentes no suor, que permanecem nas superfícies mesmo depois que os rastros de impressão digital tenham se perdido.¹⁶

Quanto mais evolução tecnológica, mais dados são gerados, cada vez mais detalhados e úteis para as causas criminais. Brevemente teremos casas inteligentes capturando detalhes sobre nossas atividades do dia a dia, mais dispositivos móveis e até mesmo roupas inteligentes, as quais poderão fornecer evidências para a persecução penal.

16 VENTURA, Felipe. **Cientistas australianos usam nanotecnologia para ajudar a resolver crimes**. Disponível em <https://gizmodo.uol.com.br/cientistas-australianos-usam-nanotecnologia-para-ajudar-a-resolver-crimes/> Acesso em: 06 ago. 2019.



REFERÊNCIAS

GARCIA, Marco. **Big Data: O que é, conceito e definição**. Disponível em: <https://www.cetax.com.br/blog/big-data/>. Acesso em: 5 ago. 2019.

GEA, Jean. **Internet das coisas: como funciona?** Disponível em: <https://www.oxygenweb.com.br/artigos/internet-das-coisas-samsung-lanca-refrigerador-inteligente/>. Acesso em: 06 ago. 2019.

MELO, João Ozório de. **Internet das Coisas já é usada como prova em julgamentos nos EUA**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mar-14/internet-coisas-usada-prova-julgamentos-eua>. Acesso em: 06 ago. 2019.

MENEGUS, Bryan. **Smartwatch de assassino de aluguel dedura participação em crime**. Disponível em: <https://gizmodo.uol.com.br/smartwatch-assassino-aluguel/> Acesso em: 06 ago. 2019.

SILVA, Rafael. **Amazon anuncia Echo, uma torre-assistente virtual para ajudar em casa**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/169174/amazon-echo-assistente-virtual/> Acesso em: 06 ago. 2019.

VENTURA, Felipe. **Cientistas australianos usam nanotecnologia para ajudar a resolver crimes**. Disponível em <https://gizmodo.uol.com.br/cientistas-australianos-usam-nanotecnologia-para-ajudar-a-resolver-crimes/> Acesso em: 06 ago. 2019.

Referência do Texto

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. Avanços tecnológicos a serviço do Processo Penal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 113-127, jan./jun. – jul./dez. 2017.



Do descumprimento de medida protetiva de urgência

Rafael Carlos de Moraes

Juiz de Direito. Titular da Vara de Violência Doméstica de Olinda-PE. Graduado pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Pós-graduado em Direito Público e Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Pós-graduado em Investigação Policial pela UCDF. Professor de Direito Penal da FASNE – Faculdade Salesiana do Nordeste.

Seção IV

(Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência.

Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Resumo

A Lei nº. 13.641/18, publicada no dia 04 de abril de 2018, instituiu o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência², prevendo, com isso, um novo tipo penal incriminador no bojo da Lei nº. 11.340/2006 (art. 24-A), cujo preceito secundário prevê pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Nessa perspectiva, logo que a norma penal incriminadora entrou em vigor (data da publicação da Lei instituidora - 04/04/2018), discussões jurídicas vieram

à tona, especialmente quanto à sujeição passiva do delito e aspectos atinentes à configuração e consumação do crime. O presente artigo é uma breve análise das conceituações penais do único crime disposto expressamente na Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Art. 24-A da Lei 11.340/06. O crime de descumprimento de medida protetiva. Competência.

1 Art. 24- A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 17/11/2018.

Abstract

Law no. 13,641 / 18, published on April 4, 2018, instituted the crime of non-compliance with an urgent protective measure², thereby providing for a new incriminating criminal type within the scope of Law no. 11.340 / 2006 (art. 24-A), whose secondary provision provides for a penalty of imprisonment from 3 (three) months to 2 (two) years. From this perspective, as soon as the incriminating criminal norm came into force (date of publication of the instituting law -

04/04/2018), legal discussions came to light, especially regarding the passive subjection of the offense and aspects related to the configuration and consummation of the crime. This article is a brief analysis of the criminal conceptualizations of the only crime expressly provided for in the Maria da Penha Law.

Keywords: Maria da Penha Law. Article 24-A of Law 11,340 / 06. The crime of non-compliance with protective measures. Competence.

Introdução. Medidas Protetivas de Urgência. Histórico

A Lei Maria da Penha, criada no ano de 2006, até a edição da Lei nº. 13.641/2018, que acrescentou o art. 24-A acima transcrito, não previa qualquer norma penal incriminadora, possuindo apenas dispositivos/mecanismos processuais para coibir e prevenir toda e qualquer forma de violência doméstica e familiar contra a mulher baseada na diferenciação de gênero.

Pois bem, o preceito primário do referido dispositivo prescinde de qualquer interpretação diversa da textual, sendo, pois, de clareza insofismável. Com isso, sem maiores incursões explicativas, haverá subsunção fato-norma quando o agente descumprir medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha e deferida parcial ou totalmente pela Autoridade Judicial.

Salientamos que a medida protetiva de urgência é um mecanismo de proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar que foi estabelecido com a edição da Lei nº. 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. É de fácil percepção, portanto, que, entre a criação das medidas protetivas de urgência e o estabelecimento da norma penal incriminadora trazida apenas com a edição da Lei nº. 13.641/2018, a qual penaliza o descumpridor da ordem judicial de proteção, passaram-se 12 (doze) anos, e, nesta perspectiva, como a aparente desproteção era entendida pela doutrina e jurisprudência? O descumprimento das medidas protetivas de urgência, antes da criação do tipo penal em estudo, configurava o crime de desobediência (art. 330 do CP)?

Duas correntes foram bem delimitadas acerca da temática. Uma primeira, sustentada por Juízes e Juízas, além de membros do Ministério Público que atuavam nas Varas de Violência Doméstica e Familiar, defendia que o descumprimento das medidas protetivas de urgência configurava o crime de desobediência (art. 330 do CP), o que, inclusive, ensejou na edição do Enunciado FONAVID nº 27², o qual estabelecia que o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 configurava prática do crime de desobediência. Uma segunda, capitaneada pela jurisprudência pátria, entendia que se tratava de fato atípico, pois a própria lei de regência – Lei Maria da Penha – possuía dispositivos processuais para coibir os descumprimentos das decisões judiciais envolvendo as medidas protetivas de urgência.

Nessa perspectiva, após diversos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática, a Corte Superior de Justiça, responsável pela interpretação da lei penal – infraconstitucional, pacificou a controvérsia, porquanto a Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, nos informativos 544 e 538, respectivamente, assentaram que o descumprimento de medida protetiva de urgência previsto na Lei Maria da Penha não configurava crime de desobediência, *in verbis*:

DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que, para a configuração do crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de descumprimento (HC 115.504-SP, Sexta Turma, Dje 9/2/2009). Desse modo, está evidenciada a atipicidade da conduta, porque a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal. Precedentes citados: REsp 1.374.653-MG, Sexta Turma, DJe 2/4/2014; e AgRg no Resp 1.445.446-MS, Quinta Turma, DJe 6/6/2014. RHC 41.970-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/8/2014. Quinta Turma. STJ: RHC 41.970-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/8/2014 (Vide Informativo n. 538). <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 05/04/2019.

2 Enunciado nº. 27 do FONAVID: O descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº. 11.340/2006 configura prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, a ser a apurado independentemente da prisão preventiva do acusado. (REVOGADO NO VII FONAVID). Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 14/05/2019.

DIREITO PENAL. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. O descumprimento de medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha (art. 22 da Lei 11.340/2006) não configura crime de desobediência (art. 330 do CP). De fato, o art. 330 do CP dispõe sobre o crime de desobediência, que consiste em “desobedecer a ordem legal de funcionário público”. Para esse crime, entende o STJ que as determinações cujo cumprimento seja assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330 do CP (HC 16.940-DF, Quinta Turma, DJ 18/11/2002). Nesse contexto, o art. 22, § 4º, da Lei 11.340/2006 diz que se aplica às medidas protetivas, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 do CPC, ou seja, no caso de descumprimento de medida protetiva, pode o juiz fixar providência com o objetivo de alcançar a tutela específica da obrigação, afastando-se o crime de desobediência. Vale ressaltar que, a exclusão do crime em questão ocorre tanto no caso de previsão legal de penalidade administrativa ou civil como no caso de penalidade de cunho processual penal. Assim, quando o descumprimento da medida protetiva der ensejo à prisão preventiva, nos termos do art. 313, III, do CPP, também não há falar em crime de desobediência. REsp 1.374.653-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/3/2014. Sexta Turma. (STJ. Informativo n. 538. REsp 1.374.653-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/3/2014). <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 05/04/2019.

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que o descumprimento de medida protetiva de urgência (Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006) não configurava o crime de desobediência, seja em sua forma geral (art. 330 do CP), seja em sua forma específica (art. 359 do CP), porquanto, no entendimento da Corte Superior, a Lei Maria da Penha, *lex specialis*, prevê uma diversidade de cominações para o inadimplemento das aludidas medidas protetivas, incluindo a custódia cautelar do agressor (art. 313, III, do CPP) como medida mais extrema. No arremate argumentativo, os Ministros entenderam que as pluralidades de cominações para o inadimplemento das medidas de proteção previstas na Lei Maria da Penha são suficientes para a proteção da mulher vítima de violência de gênero, não reclamando uma intervenção penal por intermédio do crime de desobediência (art. 330 do CP), ou do crime de desobediência à ordem judicial (art. 359 do CP), conforme arestos paradigmáticos acima transcritos.

Diante dessa consolidação de entendimento jurisprudencial, o Enunciado FONAVID nº 27³, acima mencionado, foi revogado em observância à segurança jurídica e em respeito aos precedentes judiciais consolidados.

Contudo, o legislador ordinário, inobstante a existência dessas ferramentas processuais estabelecidas pela Lei nº. 11.340/2006 para coibirem os descumprimentos das medidas protetivas de urgência deferidas judicialmente, atendendo aos reclamos sociais, bem como prestigiando a amplitude de garantia dos direitos da mulher, editou tipo penal próprio para os casos de descumprimento das medidas de proteção deferidas judicialmente, estabelecendo o crime disposto no art. 24-A da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

No ponto, entendo que caminhou em sentido adequado o legislador penal ao criminalizar expressamente a desobediência à ordem judicial específica quanto às medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha. O próprio princípio da fragmentariedade do Direito Penal, por certo, direcionou o legislador penal para a adoção de tal crime, e, quanto ao tema, trago à colação excerto do festejado doutrinador Rogério Greco, *in verbis*:

Como corolário dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social temos o princípio da fragmentariedade do Direito Penal. O caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária. A fragmentariedade é, como já foi dito, uma consequência da adoção dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que serviram para orientar o legislador no processo de criação dos tipos penais. Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais relevantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal⁴.

Destarte, com a edição da Lei nº. 13.641/2018, e, conseqüentemente, a criação da norma penal inserida na Lei nº. 11.340/2006 (art. 24-A), o legislador, em verdadeiro caráter fragmentário, reconheceu que as medidas processuais outrora

3 Enunciado nº. 27 do FONAVID: O descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº. 11.340/2006 configura prática do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, a ser apurado independentemente da prisão preventiva do acusado. (REVOGADO NO VII FONAVID). Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 14/05/2019.

4 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Vol. 01. Ed. Impetus. 2009, p. 61.

previstas não eram suficientes para coibirem adequadamente o descumprimento da ordem judicial exarada no bojo de medida de proteção deferida em favor da vítima de violência doméstica e familiar. Em outras palavras, na lição de Muñoz Conde⁵, o Direito Penal se limita somente a castigar as ações mais graves contra bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter fragmentário.

Nesse panorama, dúvidas não há de que o legislador, ao criminalizar o descumprimento de medida protetiva de urgência, atendeu ao anseio social inarredável, na medida em que os instrumentos processuais até então existentes não estavam sendo adequados para coibirem a prática de condutas descumpridoras das ordens judiciais atinentes às medidas protetivas de urgência deferidas com base na Lei 11.340/2006.

Foi, então, nesse cenário social que o legislador penal criou delito próprio para os casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência deferidas em contexto doméstico e familiar contra a mulher.

1 Crime previsto no Art. 24-A da Lei 11.340/2006: Aspectos gerais e doutrinários.

O delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência, como dito e repisado, está previsto no art. 24-A da Lei nº. 11.340/2006.

O dispositivo legal traz como núcleo único o verbo “descumprir”, referindo-se aos descumprimentos das medidas protetivas de urgência. O sentido dado pelo núcleo verbal utilizado pelo legislador nos indica que se trata, aparentemente, de crime próprio, endereçado, pois, àqueles que deveriam observar ordem judicial que deferiu parcial ou totalmente medidas protetivas de urgências. Destarte, dúvidas não há quanto ao sujeito ativo do crime, qual seja: o destinatário da ordem judicial a ser cumprida, ou seja, o Requerido/Indiciado/Réu (= Medida Protetiva/Inquérito Policial/Ação Penal).

Saliento, porquanto oportuno, que as medidas protetivas de urgência são de duas espécies: as que obrigam o agressor (art. 22 da Lei Maria da Penha) e as concedidas em favor da ofendida (art. 23 da Lei Maria da Penha). Em ambas as hipóteses, poderá o juiz concedê-las inicialmente, ou seja, após solicitação feita pela vítima ainda em sede policial, poderá ser concedida, também, durante

5 MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 71-71.

procedimento administrativo investigatório, e, por fim, poderá ser concedida após a inauguração da ação penal. Logo, sujeito ativo deste crime é o destinatário da ordem judicial restritiva, que concedeu total ou parcialmente as medidas protetivas em favor da ofendida.

O mesmo caráter incontroverso não se dá quanto ao sujeito passivo. Inicialmente, é irrefragável que o Estado-Juiz, competente para apreciar os pedidos de medida protetiva de urgência, é diretamente atingido quando o destinatário da ordem judicial não a cumpre, vilipendiando mandamento estatal explícito, tornando, pois, o Estado como sendo sujeito passivo do delito. Discute-se, contudo, se a mulher, vítima da violência que deu ensejo ao deferimento das medidas protetivas, é ou não sujeito passivo próprio deste delito.

Com todas as vênias aos entendimentos diversos, entendo que estamos diante de um claro delito de dupla subjetividade passiva, e, portanto, a mulher, neste contexto, é sujeito passivo do crime, em cumulação com o Estado.

Conforme já exposto anteriormente, antes da criação do crime em estudo, havia outros instrumentos processuais à disposição do Juiz, caso o agressor não observasse as medidas protetivas de urgência, dentre elas a imposição de outras medidas de proteção de maior gravidade, a exemplo da monitoração eletrônica, ou mesmo a decretação de sua prisão preventiva (art. 313, III, CPP⁶). Logo, todas as medidas protetivas de urgência elencadas são instrumentos processuais, ou mecanismos, utilizando-se o termo da legislação de regência, para garantir a execução das medidas de proteção, e, com isso, cumprir a finalidade precípua da Lei Maria da Penha, que é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher⁷, prevista logo em seu artigo 1º.

Dessa forma, as medidas protetivas sempre existiram, pois foram previstas na redação original da normatização de regência, havendo previsão expressa de

6 Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

7 Art. 1º Esta Lei cria **mecanismos** para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm#tituloivcapituloiisecaoiv. Acesso em 17/11/2018.

mecanismos judiciais/processuais para combater eventual descumprimento da ordem judicial, embora, como sacramentado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ausência de previsão legal expressa, o desrespeito a tal ordem judicial não pudesse ser configurado figura típica. Com isso, após a edição da norma incriminadora, não há dúvida de que a mulher também passou a ser sujeito passivo do descumprimento da ordem judicial, já que sofrerá, pessoalmente, as consequências dessa violação, seja por intermédio de um perigo concreto, seja em decorrência de perigo abstrato.

Nesse sentido, entendo que, nos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência, o Estado-Juiz é sujeito passivo imediato do crime, ao passo que a vítima se torna sujeito passivo mediato do delito, pois, como dito, é a pessoa que suportará as consequências imediatas desse descumprimento. Friso, ainda, que, além de a vítima suportar as consequências do eventual descumprimento, poderá também ser vitimada por outros fatos criminosos eventualmente praticados pelo descumpridor, caso o descumprimento seja materializado pela prática de novo crime, fazendo com que o réu, simultaneamente, seja responsabilizado pelo crime disposto no art. 24-A da Lei nº. 11.340/2006 e pela prática do novo fato penalmente relevante, como, por exemplo, uma ameaça, agressão, invasão de domicílio, vias de fato, etc., ao passo que a vítima, também de forma concomitante, será vítima mediata do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência e vítima imediata do novo fato típico praticado pelo agressor.

De outra banda, desconsiderar a mulher como sujeito passivo mediato do crime em estudo seria o mesmo que direcioná-la para um plano secundário de importância, maximizando, por outra via, o desrespeito ao Estado-Juiz como se este fosse o único atingido pelo não cumprimento da ordem judicial desrespeitada. Em outras palavras, admitir que somente o Estado-Juiz seja o sujeito passivo do crime previsto no art. 24-A da Lei 11.340/2006 seria apequenar a causa de pedir remota passiva que deu ensejo ao deferimento da medida protetiva, relegando para um segundo plano de importância a própria causa da decisão judicial descumprida. Enfim, a vítima, inicialmente vilipendiada em sua dignidade, em quaisquer de suas formas, teve em seu favor decisão judicial que deferiu medidas protetivas de urgência, e, caso estas não sejam cumpridas, é inegável que a vítima será novamente aviltada, incrementando o seu sentimento de insegurança. Desta forma, considerar que apenas o Estado-Juiz é sujeito passivo do descumprimento é o mesmo que desencorajar a vítima, na medida em que coloca o Estado como preponderante em seu mandamento, desconsiderando novas práticas ou ameaças de violência.

Com essas considerações, entendo que o crime de descumprimento de medida de proteção (art. 24-A da Lei nº. 11.340/2006) é classificado doutrinariamente como crime bípriprio e com uma dupla subjetividade passiva, porquanto exige condição especial do sujeito ativo e condição especial dos sujeitos passivos. Logo, a Administração da Justiça é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal, em conjugação com a integridade física e/ou psíquica da vítima que solicitou as medidas protetivas de urgência descumpridas, com base em fatos anteriores, pois, com o descumprimento judicial superveniente, a vítima suportará as consequências psíquicas, sem prejuízo da responsabilização do agressor por novos atos de violência caracterizadores de novos tipos penais.

Quanto à consumação do delito, entendo que o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência se consuma quando o agente/agressor faz ou deixa de fazer alguma coisa contrariamente à ordem judicial, e, por consequência, os limites das medidas protetivas de urgência. Saliento que é imprescindível que o agressor tenha conhecimento acerca do deferimento judicial das medidas protetivas de urgência, ou seja, imperioso que ele tenha sido intimado da decisão judicial. O dolo, portanto, é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo, pois, previsão para a modalidade culposa. Portanto, o agressor, para que seja responsabilizado pelo delito, deverá ter conhecimento da ordem judicial que deferiu total ou parcialmente a medida protetiva de urgência. Contudo, caso fique configurado nos autos que o destinatário da ordem judicial esteja se furtando em receber a intimação, não há pespego para a utilização da citação/intimação por hora certa⁸. Saliento que as medidas protetivas de urgência, em que pese deferidas por juízes com competência híbrida, possuem natureza jurídica de decisões judiciais de índole cível, sendo, pois, aplicável a Norma Adjetiva Civil, embora haja dispositivo legal corresponde no Código de Processo Penal⁹.

Sobre a temática, foi editado o Enunciado nº. 42 do FONAVID¹⁰, que reconhece

8 Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 19/11/2018.

9 Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 19/11/2018.

10 ENUNCIADO 42: É cabível a intimação com hora certa de medidas protetivas de urgência, em analogia à citação com hora certa (art. 362, do CPP e art. 227 do CPC) – APROVADO POR UNANIMIDADE – IX FONAVID - Natal. Disponível em <http://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em 17/11/2018.

o cabimento da intimação com hora certa de medidas protetivas de urgência, em analogia à citação com hora certa (art. 362, do CPP e art. 227 do CPC), tendo tal enunciado sido aprovado, à unanimidade, durante IX FONAVID - Natal.

Destarte, além das nuances acima declinadas, o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência (art. 24-A da Lei 11.340/2006) é classificado como crime doloso; de forma livre, comissivo ou omissivo; instantâneo; monosubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente; transeunte ou não transeunte, a depender da forma como se deu o ato descumpridor da ordem judicial.

Conclusão

A Lei nº. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, completou 12 (doze) anos de existência no ano de 2018. A edição da 'Lei das Mulheres', em que pese tardia para muitas vítimas de violência doméstica e familiar, inclusive para a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome popular à Lei, veio proteger e tutelar milhões de mulheres brasileiras vítimas de agressões, em todas as suas facetas, garantindo a elas o direito de viver em paz.

Durante todos esses anos de vigência da Lei Maria da Penha, é inegável que a temática passou a ser discutida e desenvolvida em todos os meios sociais, saindo do anonimato para romper os 'muros' familiares e domésticos. Acontecimentos criminosos que antes eram absorvidos pelas vítimas em seus próprios núcleos familiares vieram à tona após o empoderamento das mulheres e o amplo debate social acerca das práticas criminosas suportadas pelas ofendidas.

É insofismável que avançamos socialmente na 'luta' contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, porém, com a mesma certeza do avanço, sabemos que ainda há muito a ser feito.

A edição da Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018, que alterou a Lei nº. 11.340/2006, especificamente para tipificar formalmente o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, então previsto no art. 24-A da Lei nº 11.340/2006, é mais um avanço legislativo a serviço da causa feminista, tornando a Lei Maria da Penha mais efetiva no combate a todas as formas de violência contra a mulher, quando baseadas no gênero e em contexto familiar e doméstico.



Referências

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Art. 24-A, criado pela Lei nº. 13.641/18, de 04 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 16 de novembro de 2018.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República do Brasil. Art. 105, III, "a". Do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de novembro de 2018.

D.O.U. Dia 08 de agosto de 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 17/11/2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral. Vol. 01. Ed. Impetus. 2009, p. 61.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, p. 71-71.

Referência do Texto

MORAIS, Rafael Carlos de. Do descumprimento de Medida Protetiva de Urgência. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 129-139, jan./jun. – jul./dez. 2017.



VYAVAHĀRA NO ARHANNĪTI

Rafael Cavalcanti Lemos

Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE),
Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Fellow of the Royal
Asiatic Society of Great Britain and Ireland.

Resumo

No antigo direito indiano, trabalhava-se já com graus de verossimilhança, podendo a prova produzida por uma parte, cotejada com a produzida pela parte adversa, revelar-se “inferior” ou “mais fraca”. No Arhannīti, põe-se em causa ser função do processo dirimir uma

dúvida; serviria o processo a, por meio da decisão judicial, compor um litígio.

Palavras-chave: Direito indiano antigo. Graus de verossimilhança. Prova. Processo. Função compositiva da decisão judicial.

Abstract

Levels of verisimilitude were already admitted in ancient Indian law. The evidence produced by the plaintiff could be considered inferior or weaker after confronted with the evidence produced by the adverse party. The Arhannīti calls into question if it is the proceeding's duty to remove a doubt or simply, by means

of a judicial decision, provide coherence to factual accounts.

Keywords: Ancient Indian law. Levels of verisimilitude. Evidence. Proceeding. Coherence-conferring duty of the judicial decision.

Os hindus atribuem origem divina à lei derivada dos Vedas¹, tidos (os Vedas) por revelações de Deus a Brahma, quem (Brahma) a (lei) teria deles (dos Vedas) extraído e (quem a teria) ensinado ao primeiro Manu, seu (de Brahma) neto (ou filho – JONES, 1982, p. XIV) – PRASAD, 1981, p. 272.

Como explica Davis Jr. (2007, p. 241-242), “[a]s teologias hindus [Hindu theologies] estão impregnadas [pervaded] de normas, categorias e argumentação jurídicas [legal rules, legal categories, and legal reasoning]. Acervo colossal de textos e tradição escolástica [A gigantic textual corpus and scholastic tradition—the Dharmaśāstras—], devotam-se [are devoted] os Dharmaśāstras aos deveres religiosos e jurídicos hindus [Hindu religious and legal duties]. Apesar de que se tenha publicado um número crescente de estudos (Derrett, 1968; Strauch, 2002; Davis, 2004 e 2005; Michaels, 2005) descritivos de aspectos da praxe jurídica, em comunidades hindus, em diversos períodos da história indiana [aspects of practical law among Hindu communities in several periods of Indic history], tão só à mais remota margem dos Estudos Hindus [at the remotest margins of Hindu studies] figura (quando o [figurar] faz) [figures, if at all] o conceito de direito [the idea of law] como campo de estudo [as a field].”; “[d]os códigos de leis hindús – Dharma-xástras, mais notáveis, mencion[a Abreu (1879, p. 207)]: o Livro das leis mánavas, o Livro das leis de Yājñavalkya, – ambos em verso heroico, o Livro das Leis de Gautama, cuja base são os Grihya-sútras, Leis domésticas dos tempos védicos.”

Dharmaśāstra significa “doutrina (ou ciência) da retidão”, abrangendo inclusive o que se entende atualmente por direito (DERRETT, 1973, p. 2); *dharma*, (palavra) cuja raiz é “dhr” (“manter”, em português), compreende as condutas que alguém deva realizar não por mera conveniência, mas por obrigação, seja esta (obrigação) moral, social ou supersticiosa (DERRETT, 1973, p. 4):

Dharma em Dharmaśāstra abarca regras (de), atos (de) e efeitos cerimoniais, purgatórios, dietéticos, governativos e penitenciais, além de normas de

¹ Na *filologia* védica, a propósito, ensina Ferreira (2011, p. 155-156) que “a caracteris[t]ica primeira do texto maior do Vedismo [o R̥g-veda-saṁhitā ou em português ‘Coletânea do saber expresso em estrofes’ – <FERREIRA, 2011> p. 7], no que respeita à enunciação da linguagem, é o ‘paradoxo’ – a sua capacidade de *ocultar os significados ‘secretos’ (guhya) sob a superfície das palavras ‘convencionais’ (nitya)*. [...] [T]ratando-se duma poesia *altamente motivada* como a védica, incumbe ao exegeta perceber a *maximalização* das relações motivador[a]s entre significante e significado exibidas pelos *mantra* [em português, ‘cantos mágicos’ – POSSEBON, 2012, p. 54], no propósito de apontar-lhes as ‘*incandescências*’ (*tapas*) *informativas*.”

direito *processual*, contratual, das coisas, empresarial, sucessório, matrimonial e penal diversas [*the prescriptions for, the acts of, and the effects of ritual, purification, diet, statecraft, and penance in addition to rules for legal procedure, contracts, property, corporations and partnerships, inheritance, marriage, and crimes of various sorts*]. Nenhuma distinção² é contudo feita entre tais normas e atos [*between these rules and acts*] que corresponda àquela (distinção) [atual] entre direito e religião [*of law and religion*] – elas (normas) são o mesmo; elas são *dharma*. (DAVIS JR., 2007, p. 243).

Pode-se entretanto afirmar com Abreu (1879, p. 206) que *outrossim* “[a] litteratura *scientifica* da India antiga é muito notavel, e o seu estudo de importancia *capital*, em tres ramos do saber humano – a *grammatica*, a *legislação*, a *philosophia*”.

No antigo direito indiano, chamava-se o processo judicial de “*vyavahāra i.e. supressão [removal] ou resolução [determination] da dúvida* concernente aos direitos e (às) obrigações das partes em litígio” (PRASAD, 1981, p. 279) e (chamava-se) de “*ação*” (“*kriyā*”, em sânscrito) a fase da *instrução processual* (ROCHER, 2012, p. 364), chegando Stenzler (1849, p. 48) a traduzir para o alemão do sânscrito por “*autor*” (*kläger [sic com inicial minúscula]*) o que de fato seria “a parte onerada com a prova [*that party with whom lies the burden of proof*]” (ROCHER, 2012, p. 367, n. 450). Ali (no antigo direito indiano), porém, trabalhava-se já com grau de *verossimilhança*: quando num processo autor e réu alegavam o mesmo (v.g. “É minha a herança.”), o ônus da prova recaía sobre quem (réu ou autor) houvesse primeiro feito a alegação (dito portanto “*pūrvavādin*”), podendo a prova todavia por ele (quem primeiro fez a alegação) produzida, *cotejada* com a (prova produzida) pela parte adversa, revelar-se “*inferior*” ou “*mais fraca*” (“*adhara*”, em sânscrito) do que esta (prova produzida pela parte adversa) – ROCHER, 2012, p. 367, n. 449.

No *Arhannīti* (obra cuja autoria é atribuída ao literato e lexicógrafo jaina dos séculos XI-XII Hemaçandra³), põe-se em causa ser função do processo dirimir uma dúvida (DERRETT, 1976, p. 7). Serviria este (processo) a *sim compor um litígio* (DERRETT, 1976, p. 7). Tradu-lo (*Arhannīti*) do sânscrito Derrett (1976, p. 6-7):

2 A (distinção) entre sutra e *śāstra* esclarece Abreu (1879, p. 313; cf. tb. 1891, p. 38): “Os sutras são aforismos breves, brevíssimos quasi sempre. Os xāstras em verso têm forma litteraria e são posteriores aos sutras, seu fundamento e base tradicional. Os sutras são mais caracteristicamente compendios feitos de proposito para estudo das praxes, das prescrições religiosas mais ou menos particulares, duma escola vedica. Os xāstras são ainda compendios mas já repositórios: onde se reuniram com intuitos mais largos, litterarios e normalísticos, preceitos que, embora provenientes duma escola, pretendem ser doutrinação de praxe social.”

3 Não crê Derrett (1976, p. 2), tão mal redigido o *Arhannīti*, em que Hemaçandra, etimólogo e linguista comparativo, haja-lhe (do *Arhannīti*) sido o autor.

Definindo *vyavahāra*:

Quando, em relação a certo objeto, houver duas alegações de direito [law-claims] (literalmente, *dharmas*) incompatíveis, uma delas (alegações de direito) é rejeitada e, com isso [rejeição], acolhe-se [*is accepted*] o argumento [*case*] com diversa alegação de direito [*whose law-claim is different*], amparando a decisão a este [com diversa alegação de direito] ponto de vista [*the decision upholds the latter side*]. Para com tal objeto, *vyavahāra* é manifestação [*pronouncement*] (*vacana*) que tanto [*both*] submete a apreciação [*submits*] como refuta [*reprobates*] (*i.e.* tanto confirma [*proves*] quanto desmente [*disproves*]).

Poder-se-ia argumentar que, em relação a determinado objeto de que tratam ambas as alegações de direito [*a single object which is the subject matter of both law-claims*] (*dharmas*), a prova [*submission (or 'establishing')*] é produzida [*uttered*] pelo autor [*plaintiff*] a fim de obter uma decisão que rejeite uma alegação de direito e acolha a (alegação de direito) diversa [*rejecting one law-claim and approving a law-claim which differs from it*]. Na mesma ocasião [*Meanwhile*], dá-se a manifestação [*pronouncement*] dos réus [*defendants*], no esforço de fazer incidir [*project*] rejeição (ao argumento do autor) [*a rejection (of the plaintiff's case)*], manifestação [*pronouncement*] (*vacana* = contestação [*plea*]) hostil ao argumento construído pelo autor [*hostile to the case made by the plaintiff*] e (manifestação que é o) único motivo de (os réus) produzirem a própria prova [*which is the single cause of establishing their own submission*], e esta manifestação [*pronouncement*] dificilmente estará em concordância [*can hardly coincide*] com a outra (manifestação). Se assim for [*At that rate*], *vyavahāra* é a resolução *duma dúvida* por meio de *conflito mútuo* [*a resolution of doubt by means of mutual conflict*].

Isso é *incorreto*. Não devemos reputar por aberração [anomaly] definir *vyavahāra* como manifestação [*i.e.* decisão – *pronouncement*] que *componha* [*constitutes*] tanto [*both*] uma submissão a apreciação [*submission*] quanto uma refutação [*reprobation*], (manifestação) imponível a autor e réu [*applying to plaintiff and defendant*], em vista do entendimento de cada litigante [*in pursuance of the understanding of each litigant*] em relação ao mesmo objeto [*in respect of the same object*]. O autor [*plaintiff*] produz, assim [*Thus*], a prova [*asserts his submission (proof)*] conforme seu [do autor] entendimento, e posteriormente [*later*] outrossim o réu [*defendant*] [produz a prova] conforme o próprio entendimento [*according to his understanding*], e deste



modo [é que o réu] exprime uma refutação [*thereby declares a reprobation*]. Na realidade [*in reality*], portanto, não coexistem, tendo-se em conta a psique de cada parte [*according to the minds of the respective parties*], submissão a apreciação e refutação [*i.e. o que há – ou deveria haver – é a exposição de entendimentos diversos*], em relação a determinado objeto [*a (simultaneous) submission and reprobation in respect of one object*].

O órgão jurisdicional dá pois *coerência* às narrativas fáticas (de partes, testemunhas, peritos e documentos) colhidas no processo concernentes aos pedidos das partes. A narrativa fática coerente a que procede o órgão jurisdicional enseja a incidência da norma jurídica *adequada* àquela (à narrativa fática coerente), eventualmente acolhendo este (órgão jurisdicional) ou rejeitando, no todo ou em parte, *outrossim de modo coerente*, os pedidos das partes.

Referências

ABREU, Guilherme de Vasconcellos. **Curso de litteratura e lingua sãoskritica classica e vedica: resumo grammatical. Chrestomathia.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1879, t. 2.

ABREU, Guilherme de Vasconcellos. **Summario das investigações em samscritologia desde 1886 até 1891: opúsculo escripto a convite da comissão organizadora do Congresso Internacional de Orientalistas, Londres, 1891.** Lisboa: Imprensa Nacional, 1891.

DAVIS JR., Donald R. Hinduism as a legal tradition. **Journal of the American Academy of Religion**, v. 75, n. 2, p. 241-267, jun. 2007.

DERRETT, J. Duncan M. **Dharmaśāstra and juridical literature.** Wiesbaden: Otto Harrassowitz, 1973.

DERRETT, J. Duncan M. Hemācārya's Arhannīti: an original Jaina juridical work of the Middle Ages. **Annals of the Bhandarkar Oriental Research Institute**, v. LVII, partes I-IV, p. 1-21, 1976.

FERREIRA, Mário. **A concepção da linguagem na poesia arcaica da Índia antiga.** João Pessoa: UFPB, 2011.

JONES, William. Preface. *In*: HAUGHTON, G. C. **Mánava Dharma Sástra or the Institutes of Manu (comprising the Indian system of duties, religious and civil).** Reimpr. New Delhi: Asian Educational Services, 1982, p. XIII-XXIV.

POSSEBON, Fabricio. **Curso básico de sânscrito (prathamam padam).** João Pessoa: UFPB, 2012.

PRASAD, Kamlesh. Legal and judicial system in ancient India. *In*: SHARMA, R. K. (ed.). **Proceedings of the first International Sanskrit Conference (March 26th-31st 1972 – Vigyan Bhawan, New Delhi). Papers on different aspects of Sanskrit literature, thought and culture.** Delhi: Rashtriya Sanskrit Sansthan, 1981, v. III, 2a. parte, p. 272-280.



ROCHER, Ludo. **Studies in Hindu law and Dharmaśāstra**. London: Anthem, 2012.
STENZLER, Adolf Friedrich (ed.). **Yājñavalkya's Gesetzbuch (Sanskrit und Deutsch)**. Berlin: Ferd. Dümmler, 1849.

Referência do Texto

LEMOS, Rafael Cavalcanti. VYAVAHĀRA NO ARHANNĪTI. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 141-147, jan./jun. – jul./dez. 2017.



A extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida pela perda do caráter pedagógico ao maior de 18 anos de idade: não violação à Súmula 605 e à Tese 992 do STJ

Rafael Souza Cardozo

Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da ABRAMINJ – Associação Brasileira de Magistrados da Infância e Juventude. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com atuação na Vara da Infância e Juventude de Jaboatão dos Guararapes.

Resumo

O presente artigo visa a discorrer sobre a possibilidade de extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida àqueles que atingiram a maioridade civil, sob o viés do caráter pedagógico que permeia as medidas socioeducativas e a técnica do distinguishing, com a fixação

de parâmetros para essa extinção, a fim de não violar a Súmula 605 e Tese 992, ambas fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Palavras chaves: Liberdade Assistida; Maioridade; Extinção.

Abstract

This article discuss the possibility of extinction of the socioeducative measure of assisted freedom to those who have reached a legal age, under pedagogical purposes that permeates socio-educational's measures and "distinguishing" techniques, setting

extinction parameters, in order to not violate Precedent 605 and Thesis 992, both of the Superior Court of Justice.

Keywords: Assisted Freedom; Legal age; Extinction.

Introdução

O Estatuto da Criança e do Adolescente é aplicável aos menores de dezoito anos e, *excepcionalmente*, àqueles que atingiram a maioridade civil até os vinte e um anos¹.

Em virtude da expressão “excepcionalmente” surgiram entendimentos doutrinários e judiciais que restringiam a aplicação das medidas socioeducativas aos maiores de 18 anos apenas às medidas restritivas de liberdade, ou seja, internação e semiliberdade. Afastava-se a possibilidade da aplicação ou continuidade das medidas em meio aberto aos jovens adultos.

Diante da divergência jurisprudencial, o STJ, em março de 2018, consolidou o tema por meio da Súmula 605, assentando que “a superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”².

No mesmo sentido, em agosto de 2018, foi o julgamento dos REsp 1705149/RJ e REsp 1717022/RJ, na sistemática dos Recursos Repetitivos, que culminou na tese 992³, a qual repetiu o verbete sumular.

Com base no entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça poder-se-ia concluir que o advento da maioridade civil não é fator que leve à extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida.

Contudo, não raras vezes, na prática forense, nos deparamos com processos de execuções de medidas socioeducativas de liberdade assistida de jovens adultos que se arrastam ao longo do tempo e cujo cumprimento da medida é ineficaz, seja pela deficiência dos órgãos gestores responsáveis pela execução das medidas em meio aberto, seja pelas alterações na dinâmica da vida do socioeducando que atingiu a maioridade, dentre elas a independência e a formação de núcleo familiar

1 Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

2 STJ. Súmula 605, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2018, DJe 19/03/2018.

3 A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.

próprio, com o ingresso do jovem no mercado de trabalho, ainda que informal, como forma de sustentar os próprios filhos.

Neste contexto, os precedentes do STJ não devem ser considerados absolutos e devem ser interpretados, utilizando-se da técnica do “distinguishing”, à luz do caso concreto, o que será demonstrado neste artigo, com base no caráter pedagógico da medida de liberdade assistida e nos princípios da atualidade e da intervenção precoce. Ou seja, busca-se chamar a atenção do aplicador do Direito de que a extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida, em casos específicos, pode e deve ser adotada.

1 Desenvolvimento

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni “nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. A aplicação de precedentes, portanto, obviamente não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos” (MARINONI, 2015, p. 613).

Neste contexto, a técnica do *distinguishing* é utilizada para diferenciar o caso sob apreciação do julgado anteriormente, como efeito natural do processo de análise sobre a aplicabilidade de um precedente.

Ensina Marinoni que “em primeiro lugar é preciso saber quando um precedente é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente - se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica -se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes - e por isso não consideradas - no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção (*distinguishing*)” (MARINONI, 2015, p. 615).

Quando da edição da Súmula 605 e da Tese 992, o Superior Tribunal de Justiça não analisou a continuidade da medida socioeducativa de liberdade assistida sob o viés do caráter pedagógico, embora considere tal postulado como orientador de

toda a sistemática das medidas socioeducativas⁴, mas tão somente com foco na expressão “excepcionalmente” prevista no art. 2º do ECA, alargando seu alcance a todas as medidas socioeducativas previstas no Estatuto.

Concluiu o Tribunal da Cidadania que o implemento da maioria, por si só, não leva à extinção do feito de forma automática das medidas socioeducativas, em especial da liberdade assistida, omitindo-se sobre sua extinção quando desaparecer a finalidade pedagógica da medida.

Pois bem. As medidas socioeducativas têm como escopo principal a ressocialização, educação, reeducação e visam ao fortalecimento moral e intelectual do adolescente em conflito com a lei para que não volte a praticar novos atos infracionais. Vê-se, pois, que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente têm caráter eminentemente pedagógico.

De acordo com Olympio Sotto Maior “a proposta para o adolescente autor de ato infracional é de que, no contexto da proteção integral, receba ele medida socioeducativa (portanto não punitivas) tendente a interferir no seu processo de desenvolvimento, objetivando melhor compreensão da realidade e efetiva integração social” (SOTTO MAIOR, 2010, p.1).

Sendo o caráter da medida eminentemente pedagógico, deve-se analisar se a sua aplicação/execução será capaz de contribuir com a maturidade pessoal, educação e inserção de valores na vida do jovem, possibilitando tomada de decisões importantes para o futuro.

Assim, a imposição de qualquer medida com o fito único de punir o jovem pela prática do ato infracional deve ser veementemente rechaçada, sob pena de se afastar das diretrizes traçadas pelo Estatuto.

A medida socioeducativa de liberdade assistida é a que mais exprime o viés

4 Em diversas oportunidades o STJ reiteradamente entende que “objetivo principal da aplicação das medidas socioeducativas é o pedagógico, nos moldes previstos nos arts. 112 a 125 da Lei nº 8.069/90, pois se destinam à formação e reeducação do adolescente infrator, considerado pessoa em desenvolvimento (art. 6º da Lei nº 8.069/90) e sujeito à proteção integral (art. 1º da Lei nº 8.069/90) pelos organismos estatais” (RHC 86.700/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 16/10/2017). Inclusive, a Terceira Seção quando concluiu pela possibilidade da execução medida da medida socioeducativa usou como um dos fundamentos o caráter pedagógico da medida (HC 346.380-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/4/2016, DJe 13/5/2016).



pedagógico do Estatuto da Criança e do Adolescente e possui a finalidade precípua de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente⁵.

Caberá, portanto, ao orientador social promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula e diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho, *ex vi* do disposto no art. 119 do ECA.

No caso do jovem adulto, em regra⁶, tais diretrizes desaparecem, uma vez que, com o advento da maioridade, o socioeducando poderá gerir sua vida como bem lhe aprouver, possuindo independência e sendo responsável civil e penalmente pelos seus atos. O acompanhamento, auxílio e orientação, expressões máximas da liberdade assistida, tornam-se inócuos a quem já possui a personalidade formada e faz desaparecer a finalidade pedagógica da medida.

Sob a ótica dos princípios da intervenção precoce e da atualidade, há de se considerar, ainda, o lapso temporal desde a prática do ato infracional, de modo que a ausência de contemporaneidade entre a conduta infracional e a efetiva execução da medida socioeducativa, desvirtua a sua natureza jurídica e assume conotação de pena⁷, sobretudo quando se trata de maiores de dezoito anos.

Embora não previstos especificamente no capítulo relativo à prática de ato infracional, os referidos princípios encontram-se positivados no art. 100, parágrafo único, incisos VI e VIII, do ECA e, por força do art. 113 do mesmo diploma, têm aplicação às medidas socioeducativas.

Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel assinala que “a Lei 12.010/2009 acrescentou parágrafo único ao art. 100, elencando 12 princípios que devem ser considerados na aplicação das medidas. O zelo com a prontidão da resposta estatal e com a responsabilidade parental sobressaiu dentre os propósitos almejados

5 Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

6 Em situações excepcionais, de acordo com o grau de desenvolvimento e capacidade do socioeducando, justifica-se a aplicação e manutenção da medida de liberdade assistida aos maiores de dezoito anos, como forma de serem alcançados os objetos previsto no art. 119 do ECA, tudo sobre o viés pedagógico da medida e ressocialização do jovem.

7 TJPR - 2ª C. Crim. RA-ECA nº 887323-6. Rel. Lidio José Rotoli de Macedo. J. em 10/05/2012.

pelo legislador à luz da efetiva promoção dos direitos de que são titulares os destinatários do processo socioeducativo” (MACIEL, 2014, p. 1012).

Nos dizeres de Luciano Alves Rossato “o princípio da atualidade, na aplicação da medida, deve ser verificado quando de sua execução, e não de quando ocorreu a prática do ato infracional. Tal fator justifica a adaptação da medida socioeducativa àquela que for mais conveniente segundo o contexto em que se encontra o adolescente, apesar da existência de sentença, com trânsito em julgado” (ROSSATO, 2015, p. 347).

Relativamente ao princípio da intervenção precoce, continua o citado doutrinador (ROSSATO, 2015, p. 347) esclarecendo que “nada justifica que a execução de uma medida socioeducativa seja em tempo muito posterior à prática do ato infracional. O adolescente, repita-se, pessoa em desenvolvimento, tem sua situação de vida modificada em tempo razoavelmente rápido. Se no momento da prática do ato infracional havia a necessidade de intervenção mais drástica, pode ser que, em razão de um novo contexto de vida e acompanhamento familiar, não seja mais necessária a intervenção por medida socioeducativa”.

No mesmo sentido da doutrina, o próprio STJ admite a incidência dos princípios em comento quando da aplicação da medida socioeducativa. De ver-se a exemplo:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ATUALIDADE, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE QUASE 2 (DOIS) ANOS DA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Em se tratando de ato infracional praticado mediante grave ameaça à pessoa é possível a aplicação de medida socioeducativa de internação, tendo em vista o exposto permissivo constante do inciso I do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. Não obstante, há que ser reconhecida a ausência de atualidade da medida consistente em internação, pois aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo - quase 2 (dois) anos - desde a data do fato, devendo ser restabelecida a sentença que aplicou as medidas socioeducativas de prestação de serviços a comunidade e liberdade assistida para fins de nova unificação das medidas aplicadas.



3. Habeas corpus concedido para restabelecer a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau e determinar que seja realizada nova unificação das medidas socioeducativas aplicadas.

(HC 394.271/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017 – grifo nosso)

Assim, deve a medida socioeducativa ser adequada e proporcional ao momento atual (da execução da medida) e não ao da época do cometimento do ato infracional, sob pena de esvaziar o seu caráter pedagógico.

Ademais, não tendo o Estado executado a tempo e modo as medidas socioeducativas e não havendo outros registros de novas práticas infracionais ou mesmo criminais, é de se concluir que os objetivos almejados pelo Estatuto, de certa maneira, foram alcançados pelo socioeducando, ainda que de forma individual ou com o suporte familiar, pelo que não se pode erigir o suposto “descumprimento” da medida de liberdade assistida, nestes casos, como impeditivo para sua extinção.

Aliás, para o jovem é irrelevante o motivo da demora estatal, de forma que não cabe perquirir o porquê de eventual paralisação do feito executivo, se decorrente da ineficiência do órgão gestor das medidas em meio aberto ou da demora do Poder Judiciário, sobretudo quando não se cogita de má-fé ou prevaricação e há grande volume de distribuição e reduzido quadro de servidores, como na maior parte das unidades judiciárias do País.

Por outro lado, mesmo se o jovem adulto em liberdade assistida tiver se envolvido em novas práticas criminosas, é de se analisar a extinção da medida por força do disposto no art. 46, §1 da Lei do SINASE⁸, o qual traduz expressão positivada da perda do caráter pedagógico.

De todo o exposto, a extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida ao maior de dezoito anos se impõe em função da perda superveniente do caráter pedagógico.

8 Art. 46, § 1º No caso de o maior de 18 (dezoito) anos, em cumprimento de medida socioeducativa, responder a processo-crime, caberá à autoridade judiciária decidir sobre eventual extinção da execução, cientificando da decisão o juízo criminal competente.

Conclusão

A súmula 605 e a Tese 922, ambas fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça no presente ano, não impedem a extinção da execução da medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada ao jovem adulto pela perda da finalidade pedagógica.

Isso porque os precedentes acima citados apenas afastam a possibilidade da extinção das medidas socioeducativas pelo implemento da maioridade, por si só, de forma automática.

Assim, adotando-se a técnica do *distinguishing*, afasta-se o entendimento sumular e repetitivo, para concluir que a união dos vetores 1) maioridade; 2) decurso do tempo desde a data do fato e 3) os princípios da atualidade e da intervenção precoce, acarretam a perda do caráter pedagógico da medida socioeducativa de liberdade assistida ao jovem adulto e autorizam a extinção do respectivo processo de execução.



Referência

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto a Criança e do Adolescente. Disponível em www.planalto.gov.br . Acesso em 29/06/2019.

_____. Lei do SINASE. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Disponível em www.planalto.gov.br . Acesso em 29/06/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 29/06/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Disponível em www.tjpr.jus.br, acesso em 29/06/2019.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e adolescente : aspectos teóricos e práticos**. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da criança e adolescente : Lei 8.069/90 comentado artigo por artigo / Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanhces Cunha**. 7.ed.rev. atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOTTO MAIOR, Olímpio de Sá. **Ato Infracional, medidas sócio-educativas e o papel do sistema de justiça na disciplina escolar**. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-822.html> Acesso em 29/06/2019.

Referência do Texto

CARDOZO, Rafael Souza. A extinção da medida socioeducativa de liberdade assistida pela perda do caráter pedagógico AO MAIOR DE 18 ANOS DE IDADE: não violação à súmula 605 e à tese 992 do STJ. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 149-157, jan./jun. – jul./dez. 2017.



Travestilidade e execução da pena: O Cerceamento das garantias constitucionais às travestis no cumprimento da pena privativa de liberdade

Renato Fazio

Advogado Criminalista e Professor Universitário. Especializado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia de Pernambuco.

Gersika Camila S. Borba

Advogada

Resumo

O presente trabalho tem por escopo realizar análise acerca do cerceamento de garantias salvaguardadas pela Constituição Federal e acordos internacionais, no processo de execução da pena no tocante às Travestis. Consoante a demonstração de imprescindibilidade na adequação desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, atrelada a lacuna existente nas normas pertinentes a gênero. Para tanto, aborda a necessidade de atualização face os sistemas corretivos exercidos pelo poder Estatal, predominantemente no que tange à temática central. Sobremaneira, emerge debate controverso e que ainda divaga e sofre às margens de investidas do preconceito, sob o olhar de uma sociedade rixosa de nuances conservadoras e de difícil aceitação à

diversidade e à diferença, motivada pelos reflexos do patriarcalismo, ainda latente no Brasil. Porquanto, depreende-se a apresentar panorama entre a omissão do Estado e as poucas investidas em políticas públicas sociais, de modo a refletir na aplicação de direitos imanentes ao ser humano. Por fim, ressalta que o corrente estudo não objetiva trazer soluções, mas abraçar as questões de gênero com interesse em expandir a visão de tema marginalizado e, ainda pouco abordado, no plano Executivo, Legislativo e Jurídico, acerca da humanização na forma de cumprimento das penas privativas de liberdade e, conseqüentemente, das unidades prisionais, sobretudo atinentes às Travestis, as quais são objeto da pesquisa.

Palavras-chave: Gênero. Pena. Travestis.

Abstract

The present work aims to analyze the constraints of safeguards safeguarded by the Federal Constitution and international agreements in the process of execution of the sentence regarding Transvestites, as to the demonstration of indispensability in the adequacy of this institute in the Brazilian legal system, coupled with the existing gap in the norms pertinent to gender. To do so, it addresses the need to update the corrective systems exercised by State power, predominantly in relation to the central theme. A controversial debate emerges that still wanders and suffers on the margins of prejudice, under the watchful eye of a society that is conservative in nuances and is difficult to accept diversity and difference, motivated

by the reflexes of patriarchy, still latent in Brazil. That way, it appears to present an overview between the omission of the State and the few investiture in public social policies, so as to reflect in the application of inherent rights to the human being. Lastly, it emphasizes that this study does not aim to bring solutions, but to embrace gender issues with an interest in expanding the vision of a marginalized and, as yet little explored, issue in the Executive, Legislative and Legal levels, about humanization in the form of custodial sentences and, consequently, of the prison units, especially concerning the Transvestites, which are the reason of the research.

Keywords: Genre. Punishment. Transvestites.



Introdução

O binarismo de gênero taxativo e atuante no sistema carcerário brasileiro traz consigo o reflexo do conservadorismo e heteronormatividade ainda existente na atual conjuntura social. A imprescindibilidade quanto a superação dos moldes ressocializadores no contemporâneo sistema carcerário, diante do cometimento de infração penal praticada pelas travestis, é assunto que precisa ser amplamente debatido no meio social, porquanto se trata de tema marginalizado, pouco abordado e, ainda, de difícil aceitação na sociedade.

Por diversas vezes, as travestis, possuem os seus direitos negados enquanto cidadãs, e, em virtude dessa subcidadania, veem como escape o envolvimento em atividades ilícitas ligadas à prostituição e ao tráfico de entorpecentes. Desta forma, são imersas na famigerada seletividade penal, a qual traz à tona um sistema além de transfóbico, também racista, machista, misógino e sexista.

A omissão estatal e a inexistência de políticas públicas sociais bem definidas, tornam a problemática em apreço controversa. Não obstante, a existência de Resolução, na tentativa de suprir a lacuna existente, bem como, os princípios de Yogyakarta, relativo aos Direitos Humanos, delimitando parâmetros para formas de tratamento humanizadas quanto ao gênero, é notório o tolhimento à diferença e à diversidade.

O desrespeito a identidade de gênero lesa direitos fundamentais assegurados pela Constituição Pátria e por acordos internacionais, além de apresentar uma sociedade que ainda demonstra estar arraigada sob uma vertente patriarcal. A despeito da crescente evolução histórica da humanidade, atinente à aplicação das penas, as quais na Idade Média atingiam diretamente o corpo, o maniqueísmo, ainda que velado, causa efeitos até os dias atuais àqueles que cumprem as medidas de correção exercidas pelo braço estatal.

Trazer à baila a forma como a ambiguidade de gênero dotada pelas travestis é tratada no processo de execução penal e como a incidência de lesão aos princípios constitucionais da intimidade e dignidade da pessoa humana, interferem na aplicação da execução da pena, é de suma importância para o reconhecimento da identidade social e para a consecução de tratamento humanizado no sistema carcerário brasileiro. Pois, do modo que ocorre no cotidiano, a marginalização se torna muito mais latente que a ressocialização.

O encarceramento traz, por si só, uma espécie de sanção que transcende os limites do corpo, como em outrora, vindo a atingir a alma. O sistema carcerário brasileiro é nitidamente deficiente tanto de forma estrutural quanto funcional, causando deturpação no sentido da efetivação dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente aos apenados. À sombra desse sistema, enfatizado pela visão patriarcal, mediante forte influência das relações de poder, surge a problemática de gênero no processo de execução penal. Neste sentido, sob o véu do respeito a identidade de gênero, se tem a dualidade da sanção aplicada pelo Estado.

As travestis são coagidas de forma compulsória a adentrar no padrão heteronormativo, onde o Estado, por sua vez, nega a existência desse grupo social quanto mulheres, não legitimando sua identidade de gênero, em razão da ambiguidade relativa ao sexo, qual seja, sexo biológico masculino e identidade pessoal do gênero oposto.

Objetiva-se, então, a expansão do olhar do Estado em relação às travestis na fase de execução penal, a fim de atingir o cumprimento humanizado, afora políticas públicas sociais específicas/definidas em todas as unidades federativas, de modo a adequar as respectivas unidades prisionais à travestilidade, respeitando, portanto, a identidade social e pessoal dessas.

1 As travestis e as questões de gênero

Pauta controvertida desde meados do século XIX, as questões de gênero surgem a partir de movimentos feministas e, a presente discussão acerca do assunto subsiste até os dias atuais. Tendo em vista, que “a identidade social se mostra um fenômeno de alta importância para qualquer indivíduo”, de acordo com Santos e Silva (2014).

Não há empecilhos para ilustrar todos os dissabores envoltos ao tema, vez que as imposições sociais advindas de dogmas religiosos, princípios conservadores, doutrinas militares, dentre outras, geram correntes, posicionamentos e mentes. Contudo, todos os embaraços elencados são suprativos em refutação ao assunto.

Haja vista, a maior oposição que fomenta diretamente a rejeição é a intolerância. Esta muitas vezes em níveis que não permitem reconhecer o próximo de gênero e/ou orientação diversa como sujeito de direitos e, por vezes, nem como sujeito.

As correlações de gênero são intrínsecas as relações sociais, bem como, a forte influência das relações de poder, as quais são exercidas de maneira imperiosa em sua grande maioria, principalmente pelo Estado.

Segundo Beauvoir (1990), gênero trata-se de uma construção cultural e social. É a caracterização da união de fatores comportamentais, maneira de agir, formas de se expressar, além de interesses e valores. Embora, a classificação do ser humano quanto ao seu gênero ainda seja vista socialmente de maneira tão somente dicotômica, padronizada a partir do atrelar de característica biológica e estanque. Ou masculino. Ou feminino.

[...] muitas configurações foram propostas e dispostas ao longo da história humana, o que levou a cultura, a ciência e a sociedade a uma tentativa de dividir, segregar e normatizar a sexualidade. Prova deste fato são os conceitos de masculinidade e feminilidade tão disseminados, que definem modos de existência e organizam as diversas práticas sociais, normatizando, "exigindo uma linearidade sem fissuras entre sexo genital, gênero, desejo e práticas sexuais. (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572 apud SANTOS; SILVA, 2014)

Tendo em vista o pensamento beauvoriano, o gênero é o propulsor que influenciará nas relações sociais, essa classificação traz consigo a reincidência contínua de atos que compõem o indivíduo, assim os aspectos exercidos na construção social refletem tanto de forma positiva, diante da afirmação, quanto de forma negativa, de modo a gerar estigmatização.

A identidade de gênero pessoal e a identidade de gênero social não se coadunam com as questões de orientação afetivo-sexual do indivíduo, tampouco correlaciona-se com o sexo biológico, ou seja, aquele apresentado no ato do nascimento em virtude de seu sexo anatômico, isto é, genitália e cromossomos. Cada classificação possui a sua singularidade. A homossexualidade e a transexualidade apontam para uma transgressão desses modelos estanques de acordo com Zeger (2016).

A primeira está relacionada ao modo que o ser humano se reconhece diante da dualidade de gênero existente; haja vista, a segunda ficar a cargo da construção social ao longo das relações sociais vivenciadas, de maneira a pertencer/enquadrar em determinados grupos sociais; a terceira, perfaz no modo como cada indivíduo relaciona-se no sentido afetivo e sexual, sendo subdividida segundo estudiosos,

em quatro tipos, quais sejam, bissexual, heterossexual, homossexual e assexual; e a última, intrínseca aos aspectos biológicos.

A maioria dos indivíduos tem seus aspectos psicológicos e emocionais vinculados ao seu gênero. Porém, um homem ou mulher pode ser biologicamente – fisiológica e anatomicamente – homem ou mulher, mas não inserir-se psiquicamente no universo do gênero masculino ou feminino. É o que acontece com travestis, transexuais ou transgêneros. (ZEGGER, 2016, p. 233)

Ainda que a sociedade atual vivencie o modelo binário quanto ao gênero, semicerrando os olhos à diversidade, há pessoas que se sentem em dissonância quanto seu corpo, suas características biológicas, não se reconhecendo na classificação a qual fora atribuída no nascimento. Benedetti (2005) diz, a personificação ambígua inerente às travestis é uma espécie de polissemia das relações, sendo vistas de acordo com o seu sexo biológico, mas com identidade de gênero diversa da definida biologicamente.

Em virtude de aspectos políticos e socioeconômicos a marginalização da ambiguidade torna-se latente, a partir da existência, ainda, de uma deturpação por boa parte da sociedade em relação às travestis, ora forma rixosa, revela o preconceito que ainda atrela, de maneira equivocada, de modo a defini-las como alguém do sexo masculino, trajado por vestes do gênero oposto para fins de prostituição. Ser travesti não há correlação com atividades de cunho sexual. Mas, findam por apresentar-se como meio principal de inserção social, ainda que de forma degradante.

Os locais de prostituição, trazem conotação de refúgio e inclusão perseguidos. Para tanto, o escape escolhido tem seus desdobramentos, vez que, concomitante trabalham às atividades ilícitas. Trata-se de um caminho quase inevitável para a permanência da travesti dentro de um nicho visto como lugar de acolhimento.

É salutar dizer que a dualidade de gênero em um único indivíduo, tais quais as travestis, não as tornam menos femininas, menos mulheres, tão somente, por trazer consigo característica do sexo o qual não se reconhecem. Pois, o processo de transgenitalização, o que as diferencia de uma transexual segundo aspectos atribuídos pela área da medicina, não pode vir a ser mote para a marginalização delas.



Ainda, de certa forma, a transexualidade é patologizada no âmbito da medicina. A Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina a define como uma espécie de transtorno de identidade sexual. Sendo assim, a cirurgia de redesignação sexual o tratamento para o presumido desvio psicológico. Mais uma vez, é nítido o atrelar de uma definição personalíssima à intervenção do Estado, de modo a adentrar na intimidade, dignidade e liberdade do sujeito de direitos.

A cirurgia de mudança de sexo é uma escolha, não uma imposição, visto que vontade de alteração do sexo independe de cirurgia de transgenitalização, pois envolve fatores psíquicos, devendo prevalecer a busca pela felicidade, privacidade, não intervenção estatal, intimidade, igualdade, autodeterminação e liberdade em prol do moralismo e do conservadorismo, que já evidenciaram diversas injustiças. E mais: o ato cirúrgico de redesignação sexual, por si só, não modifica a formação genética de uma pessoa, apenas concretiza uma correção no sexo daquelas 'aprisionadas' pela 'anatomia invertida'. (IBDFAM apud ZEGGER, 2016, p. 239)

Conforme dispõe o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, todos somos iguais perante a lei, ou seja, ainda quais forem as diferenças inerentes ao indivíduo em questão, caberá a ela salvaguardar o tratamento igualitário diante dos cidadãos, a fim de prosperar a manutenção do respeito, dignidade e bem-estar de cada um não importando raça, crença e gênero.

O documento assinado em Yogyakarta que traz princípios de tratamento quanto a aplicação da lei internacional de direitos humanos, relativas às questões de orientação sexual e identidade de gênero, versando sobre estigma e violação de direitos, logo em suas noções introdutórias endossa a ideia apresentada ao longo de nossa Carta Magna e principalmente de seu artigo supramencionado.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual 1) e a identidade gênero 2) são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso. (PRINCÍPIOS, 2006.)

O desrespeito à identidade de gênero lesa direitos fundamentais, princípios legais de cunho internacional e constitucional assegurados a todo e qualquer cidadão, sujeito de direitos. Igualmente, a rejeição fomentada pela intolerância diante dessas pessoas torna-se o pilar principal da estrutura que sustenta a

discriminação em face das travestis, tolhendo o devido tratamento como sujeito de direitos.

A travestilidade ainda é notada pelo prisma do exotismo por boa parte da sociedade, o que desencadeia uma óptica preconceituosa e intolerante, e, por conseguinte, o cerceamento de direitos que deveriam ser garantidos, tais quais cidadãs que são. A hipersexualização sobre seus corpos, o tolhimento ao uso do nome social no cotidiano e demais formas de abjeção, trazem à tona a realidade marginalizada vivenciada pelas travestis na saga de uma busca incansável pelo direito de ser quem é.

Diante da relativização de direitos atinentes as questões de gênero e diversidade, principalmente em relação as travestis, são colocadas em segundo plano na aplicação de políticas públicas sociais, deixando-as neste sentido, na zona periférica de tratamento na sociedade.

Os avanços jurídicos ainda caminham paulatinamente, e a vulnerabilidade diante da límpida segregação é bem evidente. Não exercer a sua qualidade de sujeito de direitos devido circunstância alheia a própria vontade é cercear a subjetividade individual a qual pertence de fato e de direito ao ser humano, é uma forma de dizer que enquanto for vista como indivíduo desviante aos padrões sociais brasileiros estabelecidos, as travestis não existirão quanto mulheres.

Então, neste sentido, se faz necessário uma similitude entre a prática e o conteúdo constante nos, ainda poucos, diplomas legais pertinentes à temática, trazendo efetivação e amplitude da visão social e jurídica diante das questões de gênero, principalmente relativo às travestis que, por vezes, possuem os seus direitos negados enquanto cidadãs, sendo imersas em subcidadania.

Do contrário, continuarão à mercê da marginalização, sendo tratadas como abjetas por simplesmente demonstrar resistência e luta ao direito que lhe é inerente, o direito de ser quem é.

2 Execução da pena: políticas de repressão social e etiquetamento social das travestis

Ante a necessária convivência harmônica entre os indivíduos em uma sociedade civil, para tanto se faz jus a existência de normas comportamentais

para sua regulação. De modo que, à priori, essa espécie de controle social seja exercida de maneira horizontal, pelos próprios componentes da sociedade e, conseqüentemente, em segundo plano, exercido pelo Estado, na forma de controle vertical, derivado, mormente, a ineficácia da primeira modalidade.

A forma de resposta do Estado através de sanção penal deve possuir limitações para o seu exercício legitimado, partindo da premissa que vivenciamos um Estado democrático de direito consubstanciado através da Constituição cidadã promulgada em 1988.

Ainda em meados do século XVIII, era completamente possível a aplicação dos castigos criminais sem que houvesse o menor pudor em legitimá-los. O soberano era o total responsável por impor as sanções sem maiores justificativas, tão somente por ser tido como uma espécie de representante de divindade (ESTEFAM, 2017).

O castigo até então aplicado diretamente ao corpo, desde a ostentação do suplício, passando pela execução secreta e demais outros, transformou-se em pena dotada de caráter eminentemente moral, ou seja, o Direito penal do fato, as punições são diretamente para as condutas, não para aqueles que praticam.

Embora o nítido avanço na aplicação das punições, ultrapassando sanções corpóreas para sanções morais, Foucault (2004) diz que as medidas corretivas aplicadas pelo Estado transcendem a matéria corpórea, atingem a moral e alma, a julgar pelas condições e mazelas presentes no sistema carcerário.

Isto posto, o instituto da criminologia perfaz-se na ciência que tem por escopo analisar além do crime, enquanto fato, mas similarmente o agente, a vítima e, sobretudo, a reação social diante desse ciclo formado acerca do que venha a ser a delito.

Assim sendo, trata-se da busca pela matriz da motivação que fez imbuir o agente na prática da conduta delitiva ou a seguir pela vida pregressa da criminalidade. Dentre as várias teorias que cercam essa ciência empírica, a teoria do etiquetamento ou *labeling approach*, traz consigo a arguição de um recorte em face do sistema carcerário em essência. (GRECO, 2011)

A partir desse sistema com viés maniqueísta, advém uma sociedade que pauta sua segregação por meio de taxatividade, entre minorias tidas com grau

considerável de periculosidade, diante de maioria composta por maior parcela dessa mesmíssima sociedade que se considera parte benévola.

A rotulação que ocorrera anteriormente em virtude, tão somente, de aspectos físicos, ultrapassou para características de cor, sexo e condições sociais para estigmatizar quem é e, ou ainda, será considerado criminoso em potencial. O sistema carcerário reflete os valores da sociedade, trata-se da reverberação da realidade do comportamento social que vivenciamos, constituindo uma cultura individualista e preconceituosa.

Sob a premissa que uma travesti é vista como ser exótico, indivíduo transviante/desviante, o qual surge tão somente em virtude da prática do exercício da prostituição e demais atividades ilícitas, ou ainda, denotando de modo mais cru, vista como aberração, traça-se o recorte do seletivismo penal diante desse prisma.

O fato de não haver encaixe aos padrões estanques estabelecidos quanto ao gênero, as Travestis são imersas no limbo e etiquetamento social, ao passo da não adequação ao convívio social, às relações sociais. Posto a mácula exercida, a total falta de acolhimento no meio social, além da escassez de uma sociedade empática à diferença e à diversidade.

Em vista disso, ocorre a reprodução em linha reta deste comportamento rotulado/etiquetado nas estatísticas da seletividade penal, sob a reprodução de um sistema carcerário, além de transfóbico, também machista, misógino, sexista e, sobretudo seletivista, conforme a própria denominação aduz.

É a reprodução mais agressiva do que ocorre em sociedade, no cotidiano. As mazelas já existentes no sistema penal, tal qual tratamentos desumanos, por exemplo, são intensificados quando vistos a contar do exercício do poder dotado pelas instituições em face daquelas que são renegadas quanto existência no cotidiano.

O fato de uma pessoa ter cometido qualquer tipo de delito, ter sua sentença transitada em julgado e, assim fazer jus a pena privativa de liberdade, por exemplo, não o desvincula de suas características quanto cidadão, de modo que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada. Segundo Masson (2019), o Direito Penal desempenha complemento acerca das normas constitucionais existentes.



Não obstante, ainda à luz de Masson (2019), há de se igualar tanto as liberdades, quanto as garantias e os direitos constitucionais, haja vista consubstanciarem a base da validade. Vale salientar, que são assegurados ao apenado, todo tipo de assistência seja jurídico, familiar, educacional, social, material, de saúde, até mesmo religiosa, as quais formam a base da reintegração social.

Depois do Direito Constitucional, que na verdade, não pode ser encarado como ramo, mas sim como tronco do ordenamento jurídico, no qual todos os ramos vão encontrar sua fonte de vida, de validade, é o Direito Penal, sem dúvida, aquele que mais necessita da atenção do Estado, uma vez que, por meio de suas sanções, se coloca em jogo o bem jurídico mais relevante, após a vida, vale dizer, a liberdade. (GRECO, 2011, p. 5-6)

Contextualizar a relação da violação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em contraponto ao exercício de poder do Estado é proeminente de questões bastante controvertidas. Pois, há norma que pauta o direito, mas não há efetivação desse direito na prática.

3 O cerceamento dos direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais das travestis no processo de execução da pena

É inegável que a Lei de Execução Penal é pautada pela obediência aos princípios e garantias dispostos e assegurados pela Constituição de 1988, além de diplomas internacionais. Tendo em vista, que os apenados são o centro de uma cadeia de causas de vulnerabilidade e necessitam de proteção para sair da zona de invisibilidade, derivada da indiferença exercida sobre esses indivíduos.

O Código Penal em seu artigo 37, apresenta que as mulheres cumprirão pena em estabelecimento próprio, observando deste modo os deveres e direitos inerentes à condição pessoal delas. Tendo em vista tais separações e as visíveis condições de especial vulnerabilidade das Travestis, caracterizaria de forma velada o emprego de penas cruéis ao inseri-las em celas superlotadas, em conjunto com outros sujeitos que são a personificação mais hostil da sociedade rixosa que vivenciamos?

Partindo dessa indagação, emerge a lacuna quanto à aplicação das penas atinentes às Travestis, pois como respeitar direitos inerentes aos apenados, diga-se, ser chamado pelo nome próprio, ter igualdade de tratamento, principalmente

quanto a humanização da pena, a não aplicação de penas cruéis, dentre outros, exercendo o poder punitivo de maneira descabida.

O direito ao reconhecimento da identidade de gênero social e pessoal ficam totalmente cerceados, à mercê da própria sorte, sem nenhum respeito às condições pessoais das Travestis, as quais já sofrem com os efeitos de uma subcidadania no convívio social, assim tornando-se uma punição dupla quando exercida no sistema carcerário.

A partir do momento que a execução da pena ultrapassa os limites cabíveis, passando a atingir o íntimo, chegando a extremidades que não deveriam ser alcançadas, deve-se depreender atenção das esferas componentes do Poder, a fim de sanar essa violação.

Nessa perspectiva, analisar e atestar que essa forma de cumprimento da pena privativa de liberdade infringe princípios legais não é um argumento passível de negação. É notável que, sobretudo, a dignidade humana é corrompida, vez que ser coagida a entrar em padrão heteronormativo para cumprimento de medida penal, ratifica a estigmatização das Travestis.

Pautar esse tolhimento de garantias iminentes, pela justificativa falaciosa de que a sociedade deve etiquetar esse grupo como aberrações, dotadas de caráter eminentemente lesivo aos bens jurídicos e, que devem adentrar em um padrão heteronormativo custe o que custar, mesmo que o custo fique a cargo dos seus direitos e garantias individuais. É imprescindível o discernimento no sentido de que não devemos nos manter distantes de todos os êxitos obtidos ao longo do tempo em relação aos direitos humanos.

4 Princípios de Yogyakarta e o recorte em relação à travestilidade nos demais dispositivos legais

Tratado internacional consiste na reunião entre Chefes de Estado para fins de produção de norma que seja aplicável a todas as nações, as quais forem signatárias. No Brasil, tratado internacional, que versar sobre Direitos Humanos, após Emenda n.º 45/2004, passando por votação equivalente ao mínimo de 3/5, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, reflete seus efeitos como se Emenda Constitucional fosse.



O diploma legal assinado em Yogyakarta, Indonésia, cuida-se, sobre os princípios referentes à aplicação de norma internacional no tocante aos direitos humanos, relacionada às questões de identidade de gênero e orientação sexual.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros. (PRINCÍPIOS, 2006)

Os princípios de Yogyakarta têm sua iniciativa pautada, a partir dos debates controversos ao longo dos anos acerca de Direitos Humanos, gênero e orientação sexual, tem por intuito a nível de Direito Internacional, preservar a população LGBTI (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais).

Embora os nítidos avanços alcançados pela Organização das Nações Unidas (ONU), ainda era notório elevado grau de homofobia e de suas derivações a âmbito internacional fosse, no cotidiano ou nos debates intercontinentais realizados entre os países.

Com o intuito de buscar, então, a utilização de textos fundamentais e universais de Direitos Humanos, aplicados quando da ocorrência de casos de violência e estigmatização relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual. É um documento que possui carga fundamental de suma importância, é materialização de que os Direitos Humanos são para todos, independentemente de identidade de gênero pessoal/social e orientação sexual.

São vinte e nove princípios ao longo do tratado, dentre eles há, sem retirar a carga de essencialidade dos demais, alguns que trazem à tona direitos elementares, atinente ao direito de ser quem se queira ser, sem demais julgamentos. O direito ao reconhecimento perante a lei é um dos mais significativos ao longo do documento de Yogyakarta.

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos

mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero. (PRINCÍPIOS, 2006)

Trazendo para o prisma da obrigação da cirurgia de transgenitalização, com o intuito de reconhecimento da identidade social e pessoal da Travesti é ferir brutalmente princípio de Direitos Humanos, reconhecido internacionalmente.

Porquanto, outro princípio eminentemente importante, trata-se do direito à vida, esse é um dos basilares dos direitos e garantias fundamentais desde a Revolução Francesa, por meio deste documento assinado em Yogyakarta, há a ratificação de sua importância. As Travestis possuem expectativa de vida por volta de 35 (trinta e cinco) anos, ou menos, segundo Sammarco (2013). É um dado bastante alarmante, haja vista que a expectativa de vida do ser humano em geral é superior a estipulada às Travestis.

Se todo ser humano tem o direito imanente de não sofrer qualquer que seja o tipo de tortura, castigo cruel, desumano e/ou degradante, por óbvio que as Travestis, tal qual sujeitos de direitos que são, deverão ser inclusas.

Além disso, as péssimas condições estruturais, superlotação de celas e, ainda, o estado horrendo de higiene em que são obrigados a vivenciar, corroboram com a indignação daqueles que cumprem as medidas corretivas do Estado. É possível ter dimensão do dano praticado às Travestis em meio a negação de direitos específicos, além das mazelas já sofridas, as quais são apresentadas no sistema penal.

Logo, o fato de se restringir o gênero é algo que vai contra o direito fundamental à dignidade humana, que se expressa pela afirmação da subjetividade e da identidade em um contexto social. Mas para chegarmos a uma cultura que preze pelo respeito às subjetividades individuais e coletivas, é preciso superar uma imposição histórica colonizadora, hierarquizante, sexista, patriarcalista e subalternizante: a chamada heteronormatividade presente na dinâmica jurídico-judiciária brasileira. (ARCELO; SILVA, 2016, p. 31)



O direito à inviolabilidade da intimidade da Travestis, também perfaz rol de direitos e garantias individuais e inerentes, ao passo que, em tempo, são tolhidos na execução da penal. A preservação do indivíduo e da sua intimidade, similarmente a dignidade da pessoa humana, está acima de qualquer cumprimento de pena privativa de liberdade, está frente ao arbítrio do Estado e da sua heteronormatividade.

De modo efetivar os direitos humanos constantes em convenções internacionais como, nos Princípios de Yogyakarta, bem como, nos dispositivos constantes Constituição Federal de 1988, dentre demais diplomas legais pertinentes.

O Conselho Nacional de Combate à Discriminação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis (CNCD-LGBT), concomitante ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), desenvolveram a Resolução Conjunta nº 1, publicada no Diário Oficial da União em abril do ano de 2014, afim de propor a reiteração aos preceitos fundamentais acerca dos direitos relativos às questões de gênero e orientação sexual.

Destina-se a proteção contra abusos, violências, torturas, além do respeito à identidade de gênero pessoal e social, estabelecendo critérios no âmbito do sistema prisional, quanto ao acolhimento do grupo LGBT no cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil.

Haja vista, agrega ainda que, o registro efetuado na unidade prisional, será igualmente realizado com o nome social, desde o ingresso a pessoa presa deve receber o nome social, o qual representa o gênero reconhecido por ela, não aquele atinente ao seu sexo biológico constante no registro de nascimento.

Porquanto, se anteriormente não era previsto a ingestão/uso de tratamentos hormonais destinados às Travestis, a partir da Resolução Conjunta, fora possível ter norma regulamentadora acerca do direito ao uso de fármacos específicos, além do acompanhamento médico necessário, conforme artigo 7º.

Igualmente, a Travesti é quem deve opinar quanto sua vestimenta e corte de cabelo, tendo em vista que comumente, o gênero masculino ao adentrar em unidade prisional respectiva, faz uso de roupas tidas como de seu gênero biológico, além de ter os cabelos raspados.

No Brasil, apesar da norma produzir reflexos de seus direitos em todo território nacional desde o período de 2014, quando ocorrera sua publicação, ainda são inúmeras as unidades federativas que semicerram os olhos ante às questões de gênero no âmbito do sistema prisional. Adotar tais normas no exercício do poder coercitivo estatal, é tida como faculdade de cada unidade prisional, sendo deixada a benevolência do diretor do local a utilização desta ou não.

Conclusão

Ante as agruras, obstáculos e marginalização que perpassam às Travestis, diga-se, tolhimento ao nome social, exotismo diante de sua existência, carência no que tange às políticas públicas sociais direcionadas ao grupo em específico, etiquetamento social, seletivismo penal, dentre outros. Além do notório avanço obtido a partir dos Princípios de Yogyakarta, da Resolução Conjunta do CNCD–LGBT e CNPCP, bem como, demais diplomas esparsos a respeito da temática. Não há feito isonômico diante da aplicabilidade destas, nota-se violação latente de direitos iminentes ao ser humano

Embora dita omissão estatal denote ser uma conduta de descaso, trata-se, na verdade, de ação direta, a qual é delineada no intuito de negligenciar a instituição carcerária e, conseqüentemente, as questões necessárias para renovação e readequação de um sistema lasso frente às questões de gênero.

A manifesta carência relativa a vontade política, pois, a existente versa, tão somente, sob um viés criminal, é desenhada para ser da maneira que se encontra, de modo a vir ocasionar danos de difícil reparação sobre às Travestis, em virtude de uma inegável recusa de direitos específicos, além dos males já vivenciados, os quais são apresentados no sistema carcerário, partindo do pressuposto que, na prática, as unidades sejam a reprodução mais agressiva dos pormenores e marginalizações ocorridos em sociedade.

O estudo em apreço visa demonstrar que embora haja norma passível de pautar a reafirmação dos direitos inerentes ao ser humano, especificamente no tocante às Travestis, ainda há carência de adaptação normativa.

Não obstante, a suma importância atinente às iniciativas públicas, mesmo que paulatinamente, a criação de espaço dentro das unidades prisionais masculinas, aflora mais uma espécie de aspecto segregador. Pois, partindo-se da premissa



que as Travestis são transexuais, indivíduos em dissonância com o sexo biológico, conquanto conceitos socioeconômicos ou ainda advindos da medicina.

Esse grupo possui vulnerabilidade especial, tal qual a mulher cisgênero, sendo passível de cumprimento de pena privativa de liberdade em local adequado a sua identidade de gênero pessoal e social. Pautando-se à luz do tratamento igualitário e não-discriminação quanto ao reconhecimento à identidade de gênero.

Referências

ARCELO, Aldaberto A. Batista; SILVA, Ramon Alves. **HETERONORMATIVIDADE E SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO** in Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 29-37, jan.-jun. 2016.

BEAUVOIR, Simone. **O SEGUNDO SEXO**. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BENEDETTI, Marcos Renato. **TODA FEITA: O CORPO E O GÊNERO DAS TRAVESTIS**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF, 1988.

_____, DECRETO-LEI nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO**. Brasília, DF, 1941.

_____, LEI nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL**. Institui a efetivação das disposições acerca de sentença ou decisão criminal visando condições harmônicas de integração social do condenado e do internado. Brasília, DF, 1984.

_____, **RESOLUÇÃO CONJUNTA**, nº 1, de 15 de abril de 2014. Dispõe sobre estabelecer parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil, Brasília. D.O.U. Seção 1 nº 74, p. 1-2. CNPCP e CNCD/LGBT. Brasília, DF, 2014.

BROTTEL, Fred. **A ALA**– Documentário apresentado no 22º Festival Mix Brasil de Cultura da Diversidade, 2014. Disponível em: <<http://www.mixbrasil.org.br/2014/filmes/detalhe.asp?id=73>>. Acesso em: 20 de julho de 2019.

CARDOSO, Fernanda Carolina Lopes. SÁ, Mariana Oliveira de. **AS CONSEQUÊNCIAS DA CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO: UM ESTUDO ACERCA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b1add8961a1cfa0>. Acesso em: 25 de julho de 2019.

ESTEFAM, André. **DIREITO PENAL: PARTE GERAL (ARTS. 1º a 120)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FALBO, Ricardo. MENDES, Alexandre. **A PESQUISA EMPÍRICA NA CONSTRUÇÃO DA VISÃO POPULAR SOBRE MOVIMENTOS SOCIAIS, MANIFESTAÇÕES POLÍTICAS E QUESTÕES URBANAS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO** in Investigando Convicções Morais: o que pensa a população do Rio de Janeiro sobre Direitos Humanos. CUNHA, José Ricardo. Gramma Livraria e Editora, 2015.

FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **CRIMINOLOGIA INTEGRADA**. 3.ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michael. **VIGIAR E PUNIR**. 29ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004

GRECO, Rogério. **TEORIA PENAL DO EQUILÍBRIO: UMA VISÃO MINIMALISTA DO DIREITO PENAL**. 6. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARCÃO, Renato. **CURSO DE EXECUÇÃO PENAL**. 12. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.850/2013 (Organizações Crimininosas) São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **DIREITO PENAL: PARTE GERAL (ARTS. 1º A 200)** – vol. 1 – 13 ed. São Paulo: MÉTODO, 2019.

MASSON, Nathalia. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL** – 7. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2019.

NASCIMENTO, Fernanda. FOGLIARO, Débora. **LGBT, LGBTI, LGBTQ OU O QUÊ? – GEMIS – Gênero, Mídia e Sexualidade**. Disponível em <http://ggemis.blogspot.com.br/2014/08/lgbt-lgbti-lgbtq-ou-o-que.html> acesso em 28 de julho de 2019.

NASCIMENTO, Francisco Elionardo de Melo. SILVA, Elizângela Cardoso. **PATRIARCADO, CAPITALISMO E OPRESSÃO DE GÊNERO: NOTAS SOBRE TRAVESTIS PRIVADOS DE LIBERDADE NO CEARÁ**. VII Jornada Internacional de Políticas Públicas. Maranhão, 2015.

OCHOA, Marcia. **CIUDADANÍA PERVERSA: DIVAS, MARGINACIÓN, Y PARTICIPACIÓN EN LA “LOCALIZACIÓN”** In: MATO, Daniel. Ed. Políticas de Ciudadanía y Sociedad Civil em Tiempos de Globalización. Caracas, FACES – Universidad Central de Venezuela, 2004, pp.239-256.

PELÚCIO, Larissa. **ABJEÇÃO E DESEJO: UMA ETNOGRAFIA TRAVESTI SOBRE O MODELO PREVENTIVO DE AIDS.** São Paulo: Annablume - FAPESP, 2009.

_____, **TRAVESTIS BRASILEIRAS: SINGULARIDADES NACIONAIS, DESEJOS TRANSNACIONAIS.** 26ª. Reunião Brasileira de Antropologia, Bahia, 2008.

PRINCÍPIOS, **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA.** Indonésia. 2006. Institui a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em 26 de julho de 2019.

ROSA, Vanessa de Castro. **MULHERES TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: A PERDA DA DECÊNCIA HUMANA E DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS.** Boletim – 280. 03/2016.

SAMMARCO, Pedro Paulo. **TRAVESTISENVELHECEM?** 1º Ed. São Paulo: Annablume, 2013.

SANTOS, Elder Cerqueira; SILVA, Bruno de Brito. **APOIO E SUPORTE SOCIAL NA IDENTIDADE SOCIAL DE TRAVESTIS, TRANSEXUAIS E TRANSGÊNEROS.** Rev. SPAGESP vol.15 nº.2 Ribeirão Preto dez. 2014.

UZIEL, Anna Paula; GROSSI, Miriam; MELLO, Luiz (orgs.). **CONJUGALIDADES, PARENTALIDADES E IDENTIDADES DE LÉSBICAS, GAYS E TRAVESTIS.** Coleção Sexualidade, Gênero e Sociedade. Rio de Janeiro, Editora Garamond, 2007.

ZEGER, Ivone. **DIREITO LGBTI: PERGUNTAS E RESPOSTAS** – São Paulo: Mescla Editorial, 2016.

Referência do Texto

FAZIO, Renato. Travestilidade e execução da pena: O Cerceamento das garantias constitucionais às travestis no cumprimento da pena privativa de liberdade. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 159-178, jan./jun. – jul./dez. 2017.

A Gestão da prova no Processo Penal: A atividade subsidiária do Juiz

Teodomiro Noronha Cardozo

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Público e Privado pela UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Coursou a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Bacharel em Direito pela UFPE. Coordenador científico e Professor da Escola Judicial de Justiça de Pernambuco do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), da Faculdade Damas da Instrução Cristã e da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz de Direito.

Resumo

Este artigo tem o escopo de analisar a gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal, a presença do Ministério Público em audiência, e a atividade subsidiária do juiz em face do princípio da iniciativa da prova pela parte na visão

dialética do devido processo legal.

Palavras-chave: A gestão da prova. A atividade subsidiária do Juiz. Reforma do processo penal.

Abstract

This article has the scope to analyze the management of proof on the reform of the Code of Criminal Procedure, the presence of the public prosecutor in the hearing, and the judge's subsidiary activity in the face of the principle of

proof by the initiative of the dialectical view of due process.

Keywords: Management of proof. The subsidiary activity of the Judge. Reform of criminal procedure.

Introdução

O presente ensaio busca, dialeticamente, compreender a gestão da prova no processo penal, fruto da reforma de 2008 em que o legislador reformista, privilegiando o princípio do contraditório, trouxe para o rito do processo penal a atividade subsidiária do juiz, como corolário de sua imparcialidade, como gestor e não mais como presidente da instrução da prova, mantendo-se ele equidistante do debate travado pelas partes. Não só isso. O presente opúsculo também trata da interpretação do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal e analisa a possibilidade de o juiz conduzir a audiência sem a presença do órgão do Ministério Público, como fiscal do ordenamento jurídico, a partir da atividade sanatória do juiz, para garantia do devido processo legal: defesa ampla, contraditório e prova lícita.

1 O devido processo legal na dialética do processo penal

O legislador constituinte ao estabelecer o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República) deslocou para a acusação toda a carga probatória no escopo da imputação de um fato típico, antijurídico e culpável. Todavia, essa afirmação não isenta a parte de provar as alegações que fizer: *onus probandi incumbit ei qui asserit*.¹

A distribuição do ônus probatório, a partir de uma visão dialética do processo, deve privilegiar a paridade de armas em homenagem ao princípio constitucional do contraditório (par *conditio*). Sob a égide da atual sistemática do processo penal, pelo método teleológico, transfere-se todo o ônus da prova para a acusação, a quem cabe provar a existência do crime e a respectiva autoria.² Na afirmação de Manzini seria um “*absurdo lógico*” e uma *manifesta iniquidade* fazer-se prova negativa visando à demonstração da inculpabilidade.³³

Com efeito, a acusação deve ser restrita para possibilitar a ampla defesa que, por ser tão importante alberga, no seu bojo, a autodefesa: direito de audiência e direito de presença. O primeiro, é o de produzir prova em audiência pelo próprio

1 Pela redação do art. 156 do Código de Processo Penal o ônus da prova é bilateral e, portanto, cabe a quem alega.

2 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10.ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 287.

3 ³ MANZINI, Vicenzo. **Tratado de derecho processual penal**. Tradución de Santiago Sanctis Melendo y Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. tomo III, p. 200.



acusado, por ocasião do seu interrogatório (autodefesa e meio de prova). O segundo, corresponde ao direito de comparecer a juízo, a partir da conveniência e oportunidade, porquanto o acusado pode invocar o direito constitucional ao silêncio ainda que compareça a juízo, já que ele não está obrigado a produzir prova contra si próprio: *nemo tenetur se detegere*.

Sem embargo, o direito à defesa técnica, de natureza indisponível e irrenunciável, é aquele exercido por um profissional habilitado, em face da garantia constitucional do devido processo legal: ampla defesa e contraditório, não, apenas formal, de modo que o advogado deve estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e também ser intimado para todos os atos do processo.

No que tange ao interrogatório, a partir da vigência da Lei 10.792/2003 o acusado e seu advogado devem ser intimados, inclusive da data do interrogatório de outro coacusado, porquanto, se assim não for os elementos de prova colhidos não poderão embasar uma condenação, haja vista a violação ao princípio do devido processo legal.

2 O dogma da verdade real

Na sua gênese a prova judiciária tem por objetivo a reconstrução dos fatos trazidos ao debate entre as partes no processo, como metodologia utilizada na busca da verdade material. Enfatize-se que o dogma da verdade real não é e nunca foi compatível com a natureza do processo. Hodiernamente, grandes estudiosos do pensamento filosófico não adotam mais a existência de uma verdade de outrora como correspondência à realidade. O pragmatismo, orientação filosófica dos Estados Unidos da América, defende a construção de uma filosofia sem essência, procedimentalista, sem preocupação da verdade como correspondência e ou coerentismo. *A fortiori*, para o pragmatismo a verdade deve brotar de argumentos racionais.

Richard Rorty afirma que para os procedimentos serem justificados, racionalmente, têm de conduzir à verdade, à *correspondência com a realidade*, à *natureza intrínseca das coisas*.⁴

Ensina Malatesta que a noção de certeza consiste em um estado da alma e só com isso determina-se o sujeito. Se a certeza tem uma natureza subjetiva, o sujeito natural não é e não pode ser senão a alma do julgador. *“Em virtude de uma simples*

dedução, poder-se-á obter sem necessidade de qualquer outra indagação, sob o ponto de vista da racionalidade”^{44a}

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino⁵⁵ buscavam compreender a verdade como correspondência da coisa com a ideia que o objeto representava; todavia, a ideia da coisa está no intelecto e a verdade não está nas coisas, senão na correspondência: coisa-intelecto. A distinção que a filosofia clássica faz entre verdade e verdadeiro tem sempre um sentido objetivo: *o verdadeiro é o que é – o falso é o que não é*. “Assim, há uma identidade do verdadeiro com o ser (*sein*), enquanto que a verdade não é uma coisa (*sache*), mas consiste em pensar a essência das coisas como de fato elas são”⁶⁶

A certeza da existência de fatos investigados brota da coincidência das circunstâncias que se sucedem na realidade, porquanto, para Mittermaier⁷⁷ a verdade decorre da concordância entre um fato da realidade e a ideia do aludido fato, plasmada na nossa consciência, em uma relação sujeito-objeto da filosofia essencialista.

A prova judiciária tem por objetivo definido trazer ao processo a reconstrução dos fatos, buscando-se a maior coincidência possível com a reprodução da realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos na relação espaço-tempo. Essa tarefa é, certamente, das mais difíceis no processo penal.⁸⁸

Para julgar o litígio o juiz deve conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide, que, segundo Carnelluti⁹⁹, é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Por isso, às partes incumbe, com a produção da prova, convencer o juiz de que os fatos, realmente existiram, ou não; é o juiz quem vai dizer (*iuris dictio*) se o acusado é culpado ou inocente.

4 ⁴ RORTY, Richard. **Objetividade, relativismo e verdade**: escritos filosóficos I. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, p. 39.

4a MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas, São Paulo: Brokseller, 1996, p. 43.

5 ⁵ CARDOZO, Teodomiro Noronha. Verdade e pragmatismo: o conceito de verdade de Richard Rorty. **Revista da Esmape**. vol.10. nº 21 janeiro a junho 2005. ISSN1415-112X, p. 567-582.

6 ⁶ ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica. Pensamento formal e argumentação**: elementos para o discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 325-327.

7 ⁷ MITTERMEIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução da 3. ed. 1848: Herbert Wüntzel Heinrich. 4. ed. Campinas: Brookseller, 2004, p.79.

8 ⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 281.

9 ⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 78.

O dogma da verdade real, que até bem pouco tempo tinha a incumbência de legitimar excessos e desvios de autoridades públicas, além de macular o processo penal e a própria verdade processual, atendia muito mais a um sistema inquisitivo do que acusatório em que o princípio da igualdade, como corolário da dignidade humana, sob o manto da legalidade, passou a permitir a existência do devido processo legal como corolário da amplitude de defesa, do contraditório e da licitude da prova.

3 O princípio da liberdade das provas pelo juiz

O art. 155 do Código de Processo Penal, pela lente do legislador reformista dispõe, *verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com efeito, no âmbito do processo, máxime penal, vige o princípio da liberdade das provas pelo julgador, como corolário do princípio da livre convicção ou persuasão racional da prova, que obriga o juiz a examinar todos os pontos relevantes.¹⁰¹⁰

Mutatis mutandis, a reforma do processo penal, relativa à prova – Lei 11.690/2008, estabelece que o acusado não pode ser condenado, exclusivamente, com base na prova indiciária produzida na fase extrajudicial, sem o crivo do contraditório que só ocorre em juízo. Não obstante, pode haver absolvição sumária com base, unicamente, na prova indiciária.

En passant, no sistema legal de produção de prova, vigora o princípio da relativização ou não hierarquização, sendo que o valor e a credibilidade dos elementos de prova serão sopesados pelo juiz, em uma mesma escala valorativa, não ficando a depender, segundo o magistério de Frederico Marques, de critérios legais *a priori* discriminados.¹¹¹¹

10 ¹⁰ MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria penal**. Tradução da 3.ed. 1848: Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1977. p. 61.

11 ¹¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2000. p. 358.

Deduz-se, então, que o princípio do convencimento livre decorre do princípio da reserva da função jurisdicional afeta ao juiz, como resultado da garantia da liberdade de avaliação da prova (mitigada), fundada a convicção sobre a qualificação jurídica da infração penal e arbitramento motivado da correspondente sanção penal.¹²¹²

Malgrado os pontos da reforma, contudo, o juiz continua a ser o destinatário da prova e a finalidade não é outra senão a de produzir a convicção ou persuasão do juiz.¹³¹³

A exegese do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite ao juiz, na fase pré-processual a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observado o princípio da proporcionalidade e o inciso II prevê a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A redação do inciso I, com interpretação restritiva, outorga ao julgador antecipar, cautelarmente *ad perpetuam rei memoria* prova considerada urgente e relevante.

A ressalva ao inciso II, feita pelo legislador reformista, radica que o juiz somente em casos excepcionais deve deliberar a produção da prova de ofício. Assim, o campo de atuação do juiz, na área da pesquisa probatória, deve ser por ele próprio delimitado, no escopo de resguardar a sua imparcialidade.¹⁴¹⁴

Neste diapasão, requer-se uma atuação sensível do juiz para evitar a quebra da imparcialidade, como adverte Tourinho Filho¹⁵¹⁵, *verbis*:

Ademais, o juiz que desce do seu pedestal de órgão superpartes e destas equidistante, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e “*no se comporta funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional*”.

12 ¹² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 156-157.

13 ¹³ MELENDO, S. Sentis. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978, p. 39. Tradução livre de Teodomiro Noronha Cardozo.

14 ¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. V. III, p. 248.

15 ¹⁵ *Ibidem*.



4 A gestão da prova na reforma do Código de Processo Penal

Na novel sistemática da gestão da prova, de iniciativa das partes, a teor do art. 212 do referido Diploma Processual Penal, que trouxe para o âmbito do processo penal o *cross examination* do sistema *common law*, a função do magistrado passa a ser subsidiária e somente sobre os pontos não esclarecidos pelas partes, é que o juiz está autorizado a complementar a prova, como estabelece o parágrafo único, do aludido art. 212.

No exercício da função subsidiária da prova, o julgador está jungido à delimitação dos fatos que as partes pretendem provar. Assim, a ele cabe, somente, realizar diligências para dissipar dúvida se esta já estiver delimitada pelo debate travado pelas partes, devendo o juiz ser parcimonioso para esperar o requerimento das partes. Se, porventura, a dúvida não for objeto da controvérsia, quer-me parecer que ao juiz, na sua atividade probatória complementar, não cabe buscar uma prova nova fora dos autos.

Neste sentido, bastante elucidativa é a opinião de Melendo¹⁶, *ipsis litteris*:

[...] a função do juiz não é averiguar; essa função é das partes, porém não ao julgador; ao juiz pode ser necessário aclarar, clarificar algum aspecto do que já está discutido, porém nunca ir à busca dessa verdade que devem as partes procurar trazê-la.

A fortiori ratione, a atividade probatória complementar do juiz, não significa dizer que o princípio do livre convencimento foi derogado, simplesmente pela iniciativa probatória das partes. Se esta assertiva fosse verdadeira estar-se-ia diante de um paroxismo, de consequências danosas para a administração da justiça, posto que haveria dificuldade para o exercício da atividade probatória (complementar) do juiz, porquanto ele não pode ser considerado um “*convidado de pedra*” ou mero espectador da luta das partes.

Reafirma-se que o art. 212, parágrafo único, do CPP não dá margem à dúvida de que a gestão da prova, outrora centrada na pessoa do juiz, em decorrência do sistema presidencialista, transferiu a iniciativa probatória para o campo de atividade das partes, mantendo o juiz equidistante da primazia da prova.

16 ¹⁶ MELENDO, S. Senctis. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires:Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978. p.11. Livre tradução do autor.

Não se discute, apesar disso, que a prova colhida nos autos, pelas partes, destina-se ao juiz para formação do livre convencimento. Todavia, o juiz não pode substituir as partes; se pudesse ele seria parte, não juiz. Assim, a gestão da prova, de iniciativa das partes, não nega vigência ao comando normativo insculpido no art. 156 do CPP.

No *adversary system* ou sistema de partes, modelo típico do *common law*, a atividade do juiz é restrita à verificação da legalidade da produção, introdução e valoração da prova. Nos Estados Unidos da América há dois modelos distintos de jurisdição: um de competência dos jurados e outro de competência do juiz singular. No primeiro sistema a atividade do juiz circunscreve-se ao controle da legalidade da prova; no segundo, a solução da causa cabe, unicamente ao juiz e, a este, cumpre a determinação de esclarecer pontos controvertidos.¹⁷¹⁷

Máxime, o intuito do legislador da reforma processual de 2008 ao importar o *adversary system* para o âmbito do processo penal brasileiro foi o de tornar eficiente a colheita da prova oral. No sistema presidencialista anterior o magistrado ao refazer uma pergunta a uma testemunha poderia alterá-la até mesmo involuntariamente e, com isso, causar prejuízo às partes.¹⁸¹⁸

Não obstante, no Excelso Pretório, é pacífica a jurisprudência que só admite nulidade pela inversão da ordem fixada no art. 212 do CPP, para formulação de perguntas, quando demonstrado prejuízo pela parte:

Ementa: Habeas Corpus. Processual Pena. Audiência de Instrução. Inversão da Ordem de Inquirição das Testemunhas. Artigo 212 do Código de Processo Penal. Arguição de Nulidade. Prejuízo. Demonstração. Ausência. Ordem Denegada. I - Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida no art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.689/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo

17 ¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 380. Para Magalhães. "O modelo *adversary*", inicialmente desenvolvido na Inglaterra e depois recepcionado pelas colônias americanas defere a iniciativa da prova às partes litigantes, a quem incumbe a obter, selecionar e apresentar a prova ao júri, para convencer os jurados sobre a existência dos fatos que fundamentam as pretensões deduzidas em juízo. Aqui o juiz desempenha a função de moderador e, raramente, convoca testemunhas para serem interrogadas". GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.59.

18 ¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 196.

decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II - Esta corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pás de nullitè sans grief compreende absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III - O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada”. (HC 117102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Last but not least, em acórdão por arguição semelhante, a Min. Carmen Lúcia do STF deixou assentado que “[...] O princípio do pás de nullitè sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício” (HC 103525/PE).

Pacelli afirma que o legislador reformista adotou o modelo acusatório do processo penal, no qual o juiz deve assumir uma posição de neutralidade na produção da prova, evitando o risco de o magistrado substituir o órgão da acusação. Desta maneira, as partes começam a inquirição de testemunhas e o juiz, se necessário a complementa.¹⁹¹⁹

Conclusão

Em síntese conclusa: (i) o dogma da verdade real não é compatível com o processo penal; (ii) o juiz não pode substituir as partes na produção de prova; (iii) o juiz não pode realizar audiência sem a presença do representante do Ministério Público – fiscal da ordem jurídica -, a quem incumbe provar a acusação, assegurados ao acusado a ampla defesa, o contraditório e prova lícita e (iv) de acordo com metodologia da gestão da prova, novidade da reforma de 2008, as testemunhas devem ser inquiridas na forma preconizada pelo art. 212, parágrafo único, do CPP, em face do princípio acusatório.

19 ¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10.ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287.

Referência do Texto

CARDOZO, Teodomiro Noronha. A Gestão da Prova no Processo Penal: A Atividade Subsidiária do Juiz. **Revista da ESMape**, Recife, v. 23, n. 45/46, p. 179-188, jan./jun. – jul./dez. 2017.

Revista da ESMape – Recife – v. 23 – n. 45/46 – p. 179-188 – jan./jun. – jul./dez. 2017



Impressão:
Editora - ESMape / TJPE