

14

ISSN: 1984-0322
e-ISSN: 2448-4555

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA UNIÃO

Julho/Dezembro de 2020
Brasília/DF

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Olinda Vicente Moreira

Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Jânio Urbano Marinho Júnior

Vice-Diretor Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

CONSELHO EDITORIAL

Daniel Mourgues Cogoy

Editor-Chefe da Revista da Defensoria Pública da União. Mestre em Ciências mestre jurídicas pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Defensor Público Federal.

CONSELHEIROS ENDÓGENOS

André Carneiro Leão

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Defensor Público Federal.

Denise Tanaka dos Santos

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Defensora Pública Federal.

Érica de Oliveira Hartmann

Doutora em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Defensora Pública Federal.

CONSELHEIROS EXÓGENOS

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

Artur Stamford da Silva

Doutor em Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Cesar Augusto Silva da Silva

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto da Faculdade de Direito (FADIR) da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS).

Clarissa Marques da Cunha

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Damas da Instrução Cristã, em Recife/ PE. Advogada.

Clayton de Albuquerque Maranhão

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Cleber Francisco Alves

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Guilherme Roman Borges

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Formação Humanística na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor de Direitos Humanos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Brasília (UCB). Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 14, jul./dez. de 2020
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
e-ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 14	p. 1-310	jul./dez. 2020
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Missão: Fomentar e disseminar conhecimento afeto à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à justiça.

Revista da Defensoria Pública da União está licenciada sob CC BY-NC 4.0 

Essa publicação utiliza o software  **iThenticate**® para verificação de similaridade.

DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL EM EXERCÍCIO

Jair Soares Júnior

SUBDEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Jair Soares Júnior

CORREGEDOR-GERAL FEDERAL

Fabiano Caetano Prestes

CONSELHO SUPERIOR

Ana Luisa Zago de Moraes - Defensora Pública Federal de Segunda Categoria

Antônio Carlos Torres de Siqueira de Maia e Pádua - Defensor Público Federal de Categoria Especial

Carlos Eduardo Barbosa Paz - Defensor Público Federal de Primeira Categoria

Edson Rodrigues Marques - Defensor Público Federal de Categoria Especial

Francisco de Assis Nascimento Nóbrega - Defensor Público Federal de Segunda Categoria

João Paulo de Campos Dorini - Defensor Público Federal de Primeira Categoria

COORDENAÇÃO, EDITORAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÕES

Escola Nacional da Defensoria Pública da União

Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja - 70.070-120- Brasília/DF

Tel.: (61) 3318-0287

Visite nosso site: <http://revistadpu.dpu.def.br>

E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br

Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. – n. 14

(jul./dez. 2020)- . – Brasília : DPU, 2020- .

v. ; 28 cm.

Semestral

Disponível também: <http://revistadpu.dpu.def.br>

ISSN 1984-0322 – e-ISSN 2448-4555 (online)

1. Direito público, periódico. 2. Assistência judiciária, periódico. 3. Defensoria pública, Brasil, periódico. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 341.46218

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC



EQUIPE DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Alessandra Rodrigues Oliveira Mesquita

Editora Executiva

Rosália Soares Carvalho

Assistente de Editoração

Jeanise Leal Cechinatto

Bibliotecária - Normalização ABNT pré-textuais e revisão referências

Nádylla Lopes de Andrade

Estagiária de Letras - Português

Amanda de Matos Luna

Estagiária de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL – ASCOM – DIAGRAMAÇÃO

PARECERISTAS DESTA EDIÇÃO

Adryssa Diniz Ferreira Melo da Luz - Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Investigadora colaboradora do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Sócia Diretora do Escritório Jardim, Melo & da Luz, Belém/PA.

Alexandre Moraes da Rosa - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

Aline Vitalis - Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (UC), Portugal. Procuradora da Fazenda Nacional.

Ana Luisa Zago de Moraes - Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Defensora Pública Federal.

Ana Luiza Berg Barcellos - Doutora em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Mestre em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professora de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pelotas (UCPel).

André Carneiro Leão - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Defensor Público Federal.

Bruno Rotta Almeida - Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Pelotas (UFPel).

Carolina Guerra e Souza - Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professora Substituta na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Caroline Barbosa Contente Nogueira - Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professora Adjunta Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

Cássio Berg Barcellos - Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Academia Nacional de Polícia (ANP). Delegado da Polícia Federal.

Cláudio Tucci Júnior - Doutorando em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Professor titular da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Advogado.

Cirilo Augusto Vargas - Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

Clara Maria Roman Borges - Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal no Curso de Graduação em Direito da Universidade Positivo (UP-PR).

Clarissa Marques da Cunha - Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora na Damas da Instrução Cristã, em Recife/ PE. Advogada.

Cláudia dos Santos Costa - Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Mestre em Gestão e Modernização Pública pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, (UVA-CE). Diretora acadêmica da Faculdade Alencarina em Sobral (FAL-CE). Advogada.

Clayton de Albuquerque Maranhão - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Cleber Francisco Alves - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Daniel Chiaretti - Doutorando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Juiz Federal Substituto no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

Eduardo Tergolina Teixeira - Doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Defensor Público Federal.

Eliana Mourgues Cogoy - Doutora em Ciências Sociais pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Argentina. Mestre em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professora na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Enio Nakamura Oku - Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor Adjunto da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

Fábio Jardel Gaviraghi - Doutor em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Mestre em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor no Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Flávio Roberto Batista - Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Procurador Federal junto à Procuradoria Seccional Federal em São Bernardo do Campo/SP.

Francisco Geraldo Matos Santos - Doutorando Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor do Curso de Direito da Escola Superior Madre Celeste (ESMAC/PA).

Grégore Moreira de Moura - Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal Informático na Pós-Graduação em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Procurador Regional da Procuradoria Federal.

Jarbas Ricardo Almeida Cunha - Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB). Analista Técnico de Políticas Sociais.

João Luís Nogueira Matias - Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Associado da Universidade Federal do Ceará (UFC). Juiz Federal.

João Paulo de Campos Dorini - Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Defensor Público Federal.

José Alexandre Zachia Alan - Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (UL), Portugal. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

Kellen Barbosa Costa - Doutoranda em Direito Constitucional Internacional pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Assessora jurídica Criminal da Defensoria Pública da União em Porto Alegre.

Larissa Fischer Sbrissia Dissenha - Mestre em Teoria do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

Letícia Gheller Zanatta Carrion - Mestre Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Professora do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário de Itapiranga/SC (FAI).

Lígia Mori Madeira - Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Marcelo Apolinário - Doutor em Direitos Fundamentais pela Universidad Autonoma de Madrid (UAM), Espanha. Professor na Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

Marco Aurélio Serau Júnior - Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Marcos Alves da Silva - Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA).

Mari Cristina de Freitas Fagundes - Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professora da Faculdade Anhanguera de Pelotas (FAP).

Maria Marconiete Fernandes Pereira - Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco

(UFPE). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora Titular da Graduação em Direito Tributário e de Administrativo do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).

Melissa Martins Casagrande - Doutora em Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico pela McGill University (MCGILL), Canadá. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da Escola de Direito e Ciências Sociais na Universidade Positivo (UP-PR).

Neon Bruno Doering Moraes - Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Assessor Jurídico Criminal na Defensoria Pública da União.

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo - Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Auditor de Controle Interno (Secretário de Orientação da Gestão) na Defensoria Pública da União.

Pâmela Coppeti Ghisleni - Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo, Advogada.

Paulo Fernando de Brito Feitoza - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Juiz 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Manaus.

Renata Ceschin Melfi de Macedo - Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e do Complexo de Ensino Superior do Brasil. Advogada Criminalista

Renato Duro Dias - Doutor em Educação pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Mestre em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Ricardo da Silva Rodrigues - Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNISA). Mestre Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Sociólogo na Defensoria Pública da União.

Rosa Maria Zaia Borges - Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora adjunta do Programa de Pós-graduação stricto sensu na Faculdade de Direito "Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Thiago Barison de Oliveira - Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Teoria do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

Victor Hugo Crisculo Boson - Doutor em Direito Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB).

Willi Sebastian Künzli - Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO Olinda Vicente Moreira	13	
EDITORIAL Daniel Mourgues Cogoy	15	
I - TEMAS ESPECIAIS DESTA EDIÇÃO		
ACESSO À JUSTIÇA E NOVAS TECNOLOGIAS <i>ACCESS TO JUSTICE AND TECHNOLOGY</i>	19	
Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial Susana Aires de Sousa	21	AUTORA CONVIDADA
A visitação virtual no contexto do ambiente prisional e o atendimento ao princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes <i>Virtual visitation in the context of the prison environment and attending the principle of the best interest of children and adolescents</i> Lívia Severo do Valle	39	
PACOTE ANTICRIME <i>ANTICRIME PROGRAM</i>	61	
Observações sobre o processo do sistema acusatório e a Defensoria Pública <i>Observations on the accusatory system process and the Public Defense</i> Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	63	AUTOR CONVIDADO

Acordos de não persecução cível: desafios e perspectivas <i>Non-persecution agreements: challenges and perspectives</i> Ana Paula Guimarães de Paula e Luísa Campos Faria	75
--	----

O novo instituto do juiz das garantias no processo penal: uma análise dos aspectos legais e orçamentários <i>The new judge of guarantees institute without criminal process: analyze two legal and budgetary aspects</i> Francisco Geraldo Matos Santos e Urá Lobato Martins	95
---	----

II - SEÇÕES DA REVISTA

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA <i>PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACESS TO JUSTICE</i>	115
--	-----

Instituições Jurídicas, Estado de Direito e crescimento econômico <i>Legal institutions, Rule of Law and economic growth</i> Aline Gadelha de Paula	117
--	-----

A Defensoria Pública da União (DPU) e o Acesso à Justiça: uma breve análise do programa itinerante "A Defensoria vai aonde o povo pobre está" na mesorregião Sul Fluminense <i>The Defensoria Pública da União (DPU) and access to justice: a brief analysis of the itinerant program "The Defensoria goes where the poor people are" in mesoregion Sul Fluminense</i> Matheus Vidal Gomes Monteiro e Gabriela Rangel Bondezan	137
---	-----

Reflexões sobre a possibilidade de pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando litiga contra o ente federativo ao qual é vinculada (Tema 1.002 – Repercussão Geral – STF) <i>Reflections on the possibility of paying attorney fees to the public attorney office when litigating against the public entity to which it is bound (Theme 1.002 - General Repercussion - STF)</i> Graziela Martins Palhares de Melo	151
--	-----

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

181

Controle difuso de convencionalidade: casos de atuação da Defensoria Pública da União

Diffuse conventionality control: cases of brazilian federal Public Defender's Office's acting

183

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta

O Direito de consulta dos povos indígenas: incidência dos direitos da informação e participação no licenciamento ambiental em terras indígenas

The rights of consultation of indigenous people: impact of information rights and participation in environmental licensing in indigenous lands

211

Nathália Santos Veras, Iara Loureto Calheiros e Sylvia Amélia Cantanhede

RESENHAS

REVIEW

225

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. ROCHA, Jorge Bheron MAIA, Maurilio Casas. *Custus Vulnerabilis: a Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis*. Belo Horizonte. Editora CEI, 2020, p. 132

227

Por Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

235

Ampliação da assistência jurídica gratuita prestada pela Defensoria Pública da União em parceria com a Diocese de Valença/RJ: relato de uma experiência da Justiça Itinerante

Expansion of free legal assistance provided by the Public Defender of the Union in partnership with the Diocese of Valença / RJ: report of an experience of Itinerant Justice

237

Por José Roberto Fani Tambasco, José Antônio da Silva, Gabriel Silva Rezende, André da Silva Ordacgy, Alessandra Fonseca de Carvalho e Maria Cecília Lessa da Rocha

Trabalhos apresentados no II painel de debates do grupo “Escrevendo a Defensoria Pública”. Temática: memórias, cenários e desafios

Works presented in the II panel of discussions of the group “Writing the Defender’s Office”. Thematic : memories, scenarios and challenges 253

Por Cleber Francisco Alves, Edilson Santana Gonçalves Filho e Jorge Bheron Rocha

ESTUDO DE CASO

CASE STUDY

275

Parceria para formulação de parecer técnico: Estudo técnico da UFPR em processo de reintegração de posse de faixa de domínio de ferrovia em Almirante Tamandaré/PR, em ação civil pública proposta pela DPU

Opinion-making Partnership for formulation of technical opinion: study technician of UFPR in the process of reintegration of holding of railway domain band in Almirante Tamandaré/PR, in public civil action proposed by DPU 276

Por Daniele Regina Pontes, Anelise Schimitz, José Ricardo Vargas de Faria, Gabriel Queiroz de Camargo, Larissa Pinho e Priscila Borges Alves

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

305

APRESENTAÇÃO

Chegamos ao mês de dezembro de um ano particularmente diferente. Um período em que os desafios apresentaram-se de forma ainda mais intensa e contundente, pois a pandemia da COVID-19 exigiu – e ainda exige – uma reflexão generalizada e séria sobre inúmeros direitos e garantias fundamentais que se encontraram, em alguma medida, ameaçados ou vulnerabilizados.

Entre angústias, medos e esperanças, a produção e o compartilhamento de conhecimento revelou-se como um alento para aqueles que procuram, verdadeiramente, convidar à reflexão as pessoas que, individual e coletivamente, trabalham cotidianamente para edificar uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

E neste cenário incerto, mas rico em possibilidades para a produção técnica e científica, a Escola Nacional da Defensoria Pública da União tem a satisfação de publicar mais um número da Revista da DPU, periódico científico destinado a disseminar o conhecimento sobre temas afetos à Defensoria Pública, ao acesso à justiça e à promoção e defesa dos direitos humanos.

Nesta edição, a Revista da Defensoria Pública da União apresenta dois temas especiais “Acesso à Justiça e novas tecnologias” e “Pacote Anticrime”, para os quais temos a alegria de receber como autores convidados, respectivamente, a Prof^a. Dra. Susana Aires de Sousa (Universidade de Coimbra/Portugal) e o Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (PUC/RS e professor aposentado/UFPR). Nas demais seções - núcleos permanentes da Revista da DPU -, os autores abordam temas relacionados ao acesso à justiça e aos direitos humanos, sempre com um olhar atento às inquietações jurídicas e sociais do tempo presente.

Por fim, resenha, estudo de caso e boas práticas enriquecem a leitura e fomentam o compartilhamento do conhecimento de obras de autores renomados, bem como estimulam a inovação de rotinas e práticas institucionais que se mostrem efetivas na prestação de um serviço público de maior alcance e qualidade.

Desejamos uma boa leitura!

Olinda Vicente Moreira

Diretora-Geral da Escola Nacional da Defensoria Pública da União

EDITORIAL

E assim chegamos ao décimo quarto número da Revista da Defensoria Pública da União, a segunda do ano de 2020. Trata-se de um ano marcado por uma série de conquistas para a nossa publicação. Talvez a principal delas seja a consolidação de uma política de boas práticas editoriais e de uma política de ética, ambas já tornadas públicas no site da revista.

A nova política editorial da nossa revista, aprovada mediante amplo debate realizado pelo Conselho Editorial, prima pela transparência junto a autores, pareceristas e leitores. Res-taram melhor definidas a linha editorial da publicação, a adoção de política de acesso livre, arquivamento, distribuição, processo de avaliação dos artigos para publicação, esco-lha dos pareceristas, critérios para publicação dos artigos aprovados, política antiplágio, política de ética e regras de *compliance* editorial.

A Revista da DPU também segue investindo em novas tecnologias e aprimoramento. A partir deste ano os artigos publicados passaram a ser identificados por meio do *Digital Object Identifier* - DOI -, um número que ajuda a localizar artigos em periódicos e revistas científicas. A Revista também adotou a licença jurídica gratuita *Creative Commons*, defini-ndo regras para o compartilhamento dos textos por ela publicados. Restou consolidada a filiação de nossa publicação à Associação Brasileira de Editoração Científica - ABEC - e a aquisição de programas antiplágio, no reforço de nosso compromisso com as melhores práticas editoriais. Assim sendo, os artigos submetidos à revista para publicação, doravan-te, são revisados pelo programa *Crossref Ithenticate*.

De notar que todo o processo de editoração tem sido realizado por meio do sistema *Open Journal System* - OJS - sendo que, para a Revista 14, temos utilizado a versão mais atuali-zada do programa. Além disso, a Revista da Defensoria Pública da União está atualmente inserida em diversas bases de dados para pesquisa, dentre as quais a Rede Virtual de Bi-bliotecas, Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça, *Google Acadêmico*, Sumários de Revistas Brasileiras, *Crossref* e *Diadorim*.

Outro relevante ponto de destaque é o esforço do Conselho Editorial em buscar a adequa-ção da Revista da Defensoria Pública da União aos estritos critérios fixados pela CAPES para atribuição de estrato Qualis/Periódicos. Neste sentido, nossa revista tem investido cada vez mais na publicação de artigos de autores exógenos à carreira da DPU, privile-giando também fatores como titulação, diversidade regional e de gênero. Os avanços desta iniciativa podem ser constatados pelas tabelas abaixo:

REVISTA 12

Titulação	Quantidade
Autor convidado	1
Doutorando	1
Mestre	6
Mestrando	5
Especialista	3
Graduado	3
Total Geral	19

REVISTA 13

Titulação	Quantidade
Autor convidado	1
Doutorando	1
Mestre	6
Mestrando	5
Especialista	3
Graduado	3
Total Geral	19

REVISTA 14

Titulação	Quantidade
Autores convidados	2
Doutor	4
Doutorando	1
Mestre	5
Mestrando	1
Especialista	2
Graduado	2
Total Geral	17

Estrato	Exigência %
A1	75%
A2	75%
B1	50%
B2	50%
B3	50%
B4	40%
B5	25%

Edição	Autores (publicados)	Conselho Editorial	Pareceristas (aprov/repro)
10	40%	69%	69%
11	40%	63%	51%
12	50%	63%	80%
13/1ª semestre	50%	63%	76%
14/2ª semestre	60%	63%	85%

No que tange ao número 14, que ora se publica, a edição também traz pontos relevantes de interesse. Dentre as quais, a presença de dois autores convidados: a professora Doutora Susana Aires de Sousa, da Universidade de Coimbra/Portugal e o professor Doutor Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, da Universidade Federal do Paraná. Seus textos servem de abertura e alicerce para as duas seções temáticas especiais desta edição. Respectivamente, “Acesso à Justiça e Novas Tecnologias” e o “Pacote Anticrime”. Mas adiante, a revista segue com as suas já tradicionais seções: Defensoria Pública e Acesso à Justiça, Direitos Humanos, boas práticas institucionais, resenhas e estudos de caso.

Registro ainda o meu reconhecimento e gratidão aos colegas membros do conselho editorial, direção da escola, equipe editorial, autores e pareceristas que contribuíram com denodo para a publicação desta obra.

A todos uma excelente leitura!

Daniel Mourgues Cogoy
 Editor-chefe da Revista da DPU

I - TEMA ESPECIAL DESTA EDIÇÃO

ACESSO À JUSTIÇA E
NOVAS TECNOLOGIAS

ACCESS TO JUSTICE AND TECHNOLOGY

UM DIREITO PENAL DESAFIADO PELO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO: ALGUNS EXEMPLOS A PARTIR DAS NEUROCIÊNCIAS E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Susana Aires de Sousa

*Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professora auxiliar, com nomeação definitiva, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Senior Fellow do Carol and Lawrence Zicklin Center for Business Ethics Research, da Wharton School
da Universidade de Pensilvânia (EUA)*

*Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra
<https://apps.uc.pt/mypage/faculty/susanaas>
susanaas@fd.uc.pt*

RESUMO

O avanço do conhecimento científico e da tecnologia tem colocado sobre tensão algumas categorias e princípios que conformam o direito e o processo penal. Este texto procura elencar alguns desafios lançados pelo desenvolvimento das neurociências e das técnicas de inteligência artificial no contexto da teoria do crime e da teoria do processo. Num primeiro momento, atende-se aos conceitos de causalidade e culpabilidade; num segundo momento, centrado sobre a teoria do processo, abordam-se novas formas probatórias e de avaliação de risco em processo penal, evidenciando-se a necessidade de estabelecer critérios de admissibilidade deste conhecimento novo, qualificado como científico. Conclui-se com uma advertência, implicitamente contida em toda esta problemática, sobre a silenciosa transformação do direito penal do facto num possível direito penal do agente “diagnosticado” como perigoso ou de “elevado risco”.

SUMÁRIO

1. Introdução: um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico 2. Na teoria do crime 2.1 A imputação de resultados desvaliosos: Crime sem causa? Crime sem culpabilidade? 2.2 A IA e a categoria da causalidade (*black box problem*) 2.3 As neurociências e a categoria da culpabilidade 3. Na teoria do processo penal 3.1 As neurociências e a descoberta da verdade material 3.2 A IA como instrumento de previsão e de avaliação de risco 3.3 Questão comum: o problema da admissibilidade de nova prova de natureza científica em processo penal 4. Nota conclusiva

1. Introdução: um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico

Em março de 2018, Elaine Herzberg foi mortalmente atropelada, em Tempe, no Arizona

(EUA) por um carro autónomo. Elaine empurrava uma bicicleta, enquanto atravessava uma estrada em local não adequado para pedestres, quando sofreu o embate de um carro autónomo em fase de testes. A tecnologia existente no veículo revelou que a intervenção humana da pessoa que se encontrava dentro do veículo se dá menos de um segundo depois do impacto. A informação gravada mostra ainda que o sistema detetou Herzberg seis segundos antes da colisão, tendo tido dificuldade, num primeiro momento, em identificar e reconhecer o obstáculo, qualificando-o como veículo e, seguidamente, como bicicleta. Em 2013, Eric Loomis foi detido e acusado da prática de vários atos com relevância criminal (detenção de arma proibida, condução de carro roubado, não cumprimento de ordem policial e fuga com tiroteio). Em negociação com o Ministério Público, Loomis dá-se como culpado (*guilty plea*). Na determinação da sentença, o juiz socorre-se de um sistema algorítmico de inteligência artificial (COMPAS, *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), produzido por uma empresa privada, para avaliar o risco de reincidência de Loomis. Atendendo ao registo criminal de Loomis e com base no resultado do algoritmo, que determinou um risco elevado para aquele concreto agente, o juiz aplicou uma pena de seis anos de prisão efetiva.

Terry Harrington foi condenado, em 1978, pelo homicídio de um polícia em pena de prisão perpétua. Durante o julgamento sempre se afirmou inocente, indicando estar a assistir a um concerto quando o crime foi cometido. Em 1997, interpõe recurso, com base no desenvolvimento tecnológico e científico de uma técnica designada *brain fingerprint*, desenvolvida por Lawrence Farwell, nos termos da qual, através de um exame eletroencefalográfico e da medição da resposta elétrica cerebral a determinados estímulos (potenciais evocados positivos, em particular a onda P300¹), é possível aferir a impressão mental de acontecimentos vividos ou experimentados. O resultado do exame foi “ausência de informação” perante as cenas do crime e “informação presente” quanto ao concerto. Muito embora esta nova informação não fosse admitida como prova em tribunal, influenciou a decisão de repetir do julgamento. Provada a inconsistência da acusação e das provas apresentadas contra Harrington, ele vem a ser absolvido, depois de cumprir 24 anos na prisão.

Estes são apenas alguns exemplos que permitem mostrar como a evolução científica e tecnológica tem vindo a desafiar a ciência penal em sentido amplo. Desde já se antecipa o propósito muito limitado das reflexões que se seguem. Mais do que um texto analítico ou crítico, este texto assume-se essencialmente informativo, se bem que com uma secundária finalidade: a de causar alguma inquietação, eventualmente algum desconforto ou perturbação, sempre convocando o património adquirido de princípios e garantias fundamentais que conformam o direito e o processo penal dos dias de hoje.

Deste modo, assumindo-se como um texto informativo, em alguns momentos mesmo descritivo, dele não se espere qualquer solução jurídica. Através dele, num propósito que desde o início se assume como curto ou pouco ambicioso, pretende-se elencar, de forma mais ou menos clara, alguns dos desafios que o desenvolvimento do conhecimento cien-

¹ Uma descrição mais desenvolvida sobre o exame neurológico baseado na medição da onda P 300, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 890 e ss.

tífico e das potencialidades tecnológicas têm colocado ao direito e ao processo penal. Percorrendo a literatura e sem prejuízo de num ou noutro ponto se assumir uma perspectiva crítica, pretende-se sobretudo narrar e apontar alguns exemplos de como as possibilidades tecnológicas, potenciadas pelo avanço do conhecimento científico, têm colocado sobre pressão algumas categorias e princípios do direito penal até aqui tomados por assentes e adquiridos.

Em seguida, procurar-se-á indicar alguns desses exemplos, ainda que de modo fragmentário, como forma de sublinhar este conflito e tensão existentes entre a *teoria do crime* e do *processo*, de um lado, e as novas tecnologias (de outro), em especial aquelas que têm vindo a ser exploradas pelas neurociências e pela inteligência artificial (IA).

2. Na teoria do crime

2.1 A imputação de resultados desvaliosos: Crime sem causa? Crime sem culpabilidade?

A responsabilidade penal depende da afirmação de um juízo de imputação: a atribuição de um evento, tido como socialmente desvalioso – por violador de um bem jurídico – a uma conduta humana. Na concretização desse juízo, o direito penal socorre-se de categorias de que são exemplo, no plano da imputação objetiva, a causalidade e, no plano da censurabilidade do agente, a categoria de culpabilidade. Causalidade e culpabilidade constituem o suporte fundamental do juízo objetivo e subjetivo de imputação de um facto a um agente e, conseqüentemente, de atribuição de responsabilidade penal.

Embora cumprindo distintas funções, causa e culpabilidade partilham, com frequência, o mesmo cenário problemático, designadamente no contexto dos problemas que em seguida serão descritos e expostos ligados ao desenvolvimento tecnológico. Em primeiro lugar, há uma certa proximidade “genética” entre estas categorias no cumprimento da função de atribuição de responsabilidade: a palavra grega *aitia* (αἰτία), termo de cariz normativo que originalmente significava culpa, viria mais tarde a ser traduzida por causa². Na base desta proximidade está a possibilidade de o conhecimento experimental dos acontecimentos permitir um juízo de previsibilidade que permite ao agente a possibilidade de os dominar, de os comandar³, atuando e escolhendo em conformidade com os valores protegidos pela ordem jurídica. Em segundo lugar, ambas as categorias – causa e culpabilidade – se encontram no centro do debate entre determinismo / indeterminismo: da natureza, no caso

² Como sublinha, HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, *op. cit.*, p. 99 e «Causality and Imputation», in: *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, New Jersey: The Lawbook Exchange, 6 ed. (2008), p. 330, é interessante notar que a palavra grega *aitia* (αἰτία), termo de cariz normativo que originalmente significava culpa, viesse a ser traduzida por causa: “a causa é a culpa pelo efeito, a causa é responsável pelo efeito e o efeito é imputado à causa da mesma forma que a pena o é ao acto ilícito”. Segundo Ferrater Mota, tal impele à conclusão de que, ao passar do campo normativo para o campo filosófico, se evidencia que não há apenas uma imputação a alguém ou a algo, mas que o evento se dá segundo certa lei, ou que a regularidade do acontecer é válida para todos os acontecimentos da mesma espécie, ou que a transmissão de propriedades de uma coisa a outra se faz segundo um certo princípio ou, simultaneamente, todas estas coisas, *apud* GUILLERMO JULIO FIERRO, *Causalidad e Imputación*, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 3.

³ Neste sentido, MANFRED MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, Verlag Otto Schwartz, 1980, p. 82.

do conceito de causa, e da atuação humana, no que se refere ao conceito de culpabilidade. E, por fim, de modo mais geral, ambas as categorias, reproduzem conceitos transversais que tocam diversas áreas do conhecimento, desde o direito à ciência e à filosofia⁴. Esta sua marcada transversalidade potencia que ambas sejam categorias interpeladas – até desafiadas no cumprimento da sua função jurídico-penal – pela exponencial evolução do conhecimento científico e tecnológico dos últimos anos.

2.2 A IA e a categoria da causalidade (*black box problem*)⁵

O esquema da atribuição da responsabilidade penal por um resultado material pressupõe uma conduta humana, típica, que dá *causa* a um acontecimento tido como desvalioso pelo ordenamento jurídico-penal. No plano objetivo, o estabelecimento de uma relação de causalidade entre um resultado desvalioso e uma conduta humana mostra-se agora dificultado quando entre ambos – conduta e resultado – se interponha uma máquina “inteligente” (por exemplo, um carro autónomo), com alguma liberdade em determinadas opções. Por máquina “inteligente” referimo-nos a sistemas computacionais complexos, capazes de aprender (*machine learning*), não se limitando a calcular a melhor opção de entre aquelas que integram os dados que lhe foram introduzidos; isto é, a máquina não se limita a fazer uma análise em si mesmo inacessível ou muito difícil para o humano (como, por exemplo, optar por uma das inúmeras possibilidades de jogada num jogo de estratégia como o xadrez); antes procura, analisa e compara padrões para formular um juízo⁶. Neste sentido, o algoritmo, alimentado com dados, ajusta-se continuamente, por forma a diminuir o erro e a tomar a sua própria ação. Esta natureza dinâmica da máquina, determinada não a fazer, mas a aprender, permite-lhe criar o seu próprio modelo. É esta autonomia que se interpõe entre a conduta humana – do programador ou do utilizador da máquina – e o resultado desvalioso, por exemplo a morte por atropelamento ligada à condução automática de um carro autónomo que toma o peão que circula numa bicicleta por um obstáculo.

Em casos em que o sistema é computacionalmente complexo e pré-programado a aprender (por exemplo com o ambiente em que é inserido), a descrição do concreto mecanismo que determinou a resposta dada pela máquina é muitas vezes inacessível ou inexplicável aos próprios programadores, enunciando-se o que na literatura se designa como *black box problem*. Este problema da “caixa negra” remete para a opacidade e a falta de transparência de alguns modelos mais complexos de inteligência artificial na forma como processam os

⁴ Cf., sobre estes pontos, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Boundaries and connections between law and science: the limits of causality and culpability: (from the perspective of criminal law)», *International Journal of Semiotics of Law* (submetido para publicação).

⁵ Desenvolvidamente sobre estes problemas, com adicionais referências bibliográficas, SUSANA AIRES DE SOUSA, «“Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», em curso de publicação.

⁶ Cf. desenvolvidamente sobre este ponto, YAVAR BATHAEE, «The artificial intelligence black box and failure of intent and causation», *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 31, 2018, p. 898. Veja-se, por exemplo, o programa *Alpha Go* desenvolvido pela empresa *Deep Mind*, mais tarde adquirida pela *Google*, capaz de criar as suas próprias jogadas, qualificadas, aos olhos de um jogador profissional, como criativas.

dados (*input*) e alcançam um determinado resultado (*output*). Isto é, o tratamento algorítmico dos dados, segundo uma estrutura não-linear, torna opaco o processo que conduz a determinado resultado, ficando por explicar como tudo aconteceu; ou, em outras palavras, não sendo possível determinar o concreto mecanismo que levou ao resultado. Depressa se assinalaria, nestes casos, a dificuldade de prova do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e, com isso, a atribuição de responsabilidade penal.

Sempre se dirá, da nossa perspectiva, não ser este um problema jurídico inteiramente novo. A questão de saber se a imputação de um resultado exige o conhecimento pormenorizado do concreto mecanismo causal foi já abordado pela jurisprudência e pela literatura penal no passado, sobretudo em casos associados a danos de produtos inovadores ou recentemente introduzidos no mercado⁷, colocando em evidência as dificuldades em provar o nexos de causalidade por impossibilidade de se aceder ao concreto mecanismo causal⁸. Somos assim remetidos para o problema da *responsabilidade criminal pelo produto* e para as dificuldades em estabelecer o nexos de causalidade quando não haja regras de experiência ou conhecimento adquirido sobre um determinado produto.

Um verdadeiro *case study*, na abordagem desta problemática, foi o caso Lederspray⁹, no contexto do qual o BGH alemão dá como provado um nexos de causalidade entre o uso de um produto (*spray* para sapatos e produtos de pele) e as lesões sofridas pelos consumidores, ainda que não tenha sido possível ao tribunal descrever o concreto mecanismo causal – ou identificar em concreto qual a substância ou combinação de substâncias – que resultou naquelas lesões. Com efeito, o tribunal reconheceu que, dos factos provados em audiência, não foi possível determinar, de um ponto de vista científico-natural, qual dos elementos ou combinação de elementos é que conferiu ao produto uma propriedade lesiva da saúde dos consumidores. Porém, “verificou-se de maneira juridicamente correta que algum dos componentes integrantes do produto – ainda que não tenha sido possível determinar com maior pormenor qual deles – foi a causa dos danos, logo já não se mostra necessário, para demonstrar a relação de causalidade, que adicionalmente se comprova por que razão essas substâncias causaram aqueles danos, e, por conseguinte, qual foi, segundo a análise dos conhecimentos científico-naturais, a causa dos mesmos”¹⁰.

Esta constitui uma afirmação nuclear em matéria de causalidade, que transformou esta decisão em objeto de análise e de reflexão por parte da literatura penal, indagando-se da adequação da teoria da condição para aferir da causalidade em casos como este. O tribunal considerou que alguma das substâncias que integravam aquele *spray*, ou, em alternativa, uma combinação entre elas, foi *causa* dos danos à saúde dos consumidores, ainda que não haja um conhecimento exato do encadeamento causal entre o fator nocivo e o dano. Esta ligação causal é suportada pelos juízes em ulteriores considerações: de um lado, a existência de uma estreita relação temporal entre o uso do *spray* e a lesão na saúde;

⁷ Sobre este problema, desenvolvidamente, SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Responsabilidade Criminal Pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2014, p. 51 e ss., p. 315 e ss.

⁸ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Responsabilidade Criminal Pelo Produto*, *op. cit.*, p. 482 e ss.

⁹ Uma descrição sobre este caso e as decisões judiciais proferidas pode ver-se em SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Responsabilidade Criminal pelo Produto...*, *op. cit.*, p. 23 e ss. e 253 e ss.

¹⁰ Cf. BGHSt 37 (1992), p. 112.

de outro, a ausência de outra explicação causal para aqueles danos¹¹. A argumentação do tribunal seria então comparada à imagem da caixa negra utilizada pelo ilusionista (teoria da *black-box*): controla-se o que entra na caixa e aquilo que dela sai, mas o seu conteúdo permanece desconhecido¹². Ou seja, sabe-se que o uso do produto está correlacionado com a verificação de determinados danos; pode excluir-se com facilidade a existência de outro fator nocivo; mas não se sabe exatamente qual das substâncias que compõem o produto é ofensiva para a saúde dos consumidores¹³.

Esta argumentação jurídica dividiu a doutrina penal¹⁴. De um lado estão autores que reforcem a impossibilidade de assacar qualquer responsabilidade criminal nas situações em que se desconhecem os fatores concretos prejudiciais aos objetos juridicamente tutelados ou o modo como se realiza essa ofensividade¹⁵, exigindo-se no mínimo a existência de uma lei causal que possa explicar as lesões, sob pena de se admitir como suficiente para a demonstração do nexo causal uma mera prova indireta ou indiciária¹⁶. Entre estas vozes críticas destacam-se, em direta anotação à decisão do caso *Lederspray*, as vozes de INGEBORG PUPPE e de ERICH SAMSON¹⁷. De outro lado, surge o entendimento de autores que se pronunciam favoravelmente à decisão proferida pelo BGH. Desta última perspectiva considera-se que o preenchimento típico nos delitos de resultado não exige a determinação de “como” se realizou causalmente o resultado, mas unicamente “que” o autor, através da sua conduta, lhe tenha dado causa¹⁸. Entre estes autores conta-se LOTHAR KUHLEN, que sublinha a diversa natureza e sentido da compreensão jurídica, por um lado, e científica, por outro, do conceito de causalidade. Deste modo, tendo por referência o caso *Lederspray*, o autor considera que “uma diferença entre a resposta jurídica afirmativa e a negação ou dúvida por parte da ciência à questão da causalidade não é, nestas circunstâncias, uma resposta fundamentada empiricamente, mas antes normativamente, isto é, nos distintos parâmetros de adequação da respetiva explicação causal”¹⁹. Por conseguinte, a determinação dos pressupostos mínimos com base nos quais uma regularidade de factos

¹¹ Cf. *BGHSt* 37 (1992), p. 112.

¹² Cf. WINFRIED HASSEMER / FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La Responsabilidad por el Producto*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 133.

¹³ Cf. WINFRIED HASSEMER / FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁴ Cf. EMÍLIO OCTÁVIO TOLEDO Y UBIETO, «La responsabilidad penal por el producto. Un estudio general», *Revista Peruana de Ciencias Penales* 17 (2005), p. 487. Para uma apreciação das várias posições doutrinárias assumidas na Alemanha veja-se ERIC HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremlenentscheidungen...», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1994, p. 562. Também SUSANA AIRES DE SOUSA, *Responsabilidade Criminal pelo Produto*, *op. cit.*, p. 255 e s.

¹⁵ Neste sentido, WINFRIED HASSEMER / FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁶ Neste sentido, INGEBORG PUPPE, «Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6-7-1990 – 2 StR 49/89» *Juristische Rundschau* 1992, p. 30-31.

¹⁷ Dando razão a Puppe e Samson nessa crítica, também WINFRIED HASSEMER, / FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La Responsabilidad por el Producto...*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁸ Neste sentido, LOTHAR KUHLEN, «Strafhaftung bei unterlassen Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte», *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1990, Heft 12, p. 567.

¹⁹ Neste sentido, LOTHAR KUHLEN, «Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf...», *op. cit.*, p. 567

semelhantes pode ser considerada uma lei causal é uma questão normativa que pode encontrar uma resposta diversa no âmbito do processo penal ou em outras áreas científicas. Assim, outorga-se ao juiz “a possibilidade de responder ao ‘tema da causalidade’ de forma distinta ao que faria o perito científico mais competente”²⁰. Contudo, o autor reconhece a complexidade da questão, designadamente o risco de o direito penal e as relações causais afirmadas nesse contexto ficarem desacreditados em face do avanço dos conhecimentos da ciência.

Em nosso modo de ver, sem que se pretenda esboçar minimamente uma solução jurídica que extravasaria o propósito deste estudo, é essencial contextualizar o nexo de causalidade no juízo de imputação jurídico-penal e, conseqüentemente, nas referências axiológicas do sistema jurídico-penal. Esse passo metodológico pressupõe que a aferição da causalidade seja antes de mais enquadrada no juízo *normativo* de atribuição de resultados. Como já tivemos oportunidade de desenvolver em outros textos²¹, a atribuição de responsabilidade penal por um resultado material pressupõe em primeiro lugar a verificação de uma *conduta típica*, criadora de um risco juridicamente desaprovado pelas normas jurídicas e pelo dever de cuidado aferido no caso concreto. É a potencialidade lesiva da conduta que fundamenta a sua configuração típica, fazendo-a nascer juridicamente. Na senda de WOLFGANG FRISCH, só uma conduta típica pode originar problemas de imputação, sendo a causalidade um facto explicativo que permite ligar um *risco proibido* a um resultado desvalioso, segundo um modelo de imputação causal²².

Mais do que a causalidade em si mesma – ou antes dessa causalidade –, é esta tipicidade que é desafiada de forma frontal e em primeiro lugar pelas inovações proporcionadas por sistemas computacionais complexos de inteligência artificial enquanto expressão de uma inovação tecnológica *ainda não regulada* e cujo risco, sendo já conhecido, importa limitar na sua imprevisibilidade. O que distingue este produto complexo, é o *risco que lhe é inerente*, é a sua imprevisibilidade e incontrolabilidade. O *risco inerente* é um conceito importante em matéria de responsabilidade pelo produto porque ele constitui um parâmetro para a intervenção do direito enquanto instrumento de controlo de riscos. A grande autonomia de alguns sistemas inteligentes, associada ao contexto em que são aplicados (por exemplo, tráfego rodoviário) ou às circunstâncias em que são utilizados (*v. g.*, domínio militar), impõe um dever acrescido de cuidado que deve concretizar-se em medidas jurídicas que diminuam esse risco, procurando-se dessa forma aumentar a *confiança* na sua segurança e modificar o grau de risco para um nível aceitável ou permitido²³.

²⁰ Cf. LOTHAR KUHLEN, «Questiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», in: *Responsabilidad Penal de las Empresas y sus Órganos y Responsabilidad por el Producto*, (coord. Mir Puig / Luzón Peña), Barcelona: José María Bosch Editor, 1996, p. 240.

²¹ Por todos, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Causalidade e imputação: proposta de um modelo (o modelo da imputação causal de resultados criminalmente desvaliosos)», *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2017.

²² Sobre um modelo de imputação causal, SUSANA AIRES DE SOUSA, «A imputação do resultado em direito penal: a proposta de um modelo», *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 22, nº 264, novembro de 2014, p. 2-4.

²³ Sobre este tópico, de modo desenvolvido e com adicionais referências bibliográficas, SUSANA AIRES DE SOUSA, «“Não fui eu, foi a máquina”: teoria do crime, responsabilidade e inteligência artificial», em curso de publicação.

Deste modo, a imputação do resultado pressupõe em primeiro lugar a delimitação de uma conduta típica, revelando-se essencial, no domínio dos sistemas computacionais complexos, um mínimo de regulação e de concretização de regras de conduta. À medida que o produto se torna conhecido e os seus riscos previsíveis (e proibidos) pode justificar-se a intervenção penal, seja pela aplicação de normas existentes, seja pela criação de novas incriminações. Apenas se pretende para já sublinhar que, muito embora a opacidade dos sistemas complexos confronte o direito na atribuição de responsabilidade, não é este um problema inteiramente novo. A questão inovadora situa-se antes no plano normativo e, de modo muito particular, na determinação daquilo que se permitir em contexto de inovação tecnológica, cabendo às instâncias reguladoras afinar orientações que assegurem o equilíbrio entre o risco que já se conhece e um grau de segurança capaz de nivelar aquele risco para um grau adequado a conferir a confiança necessária no produto.

2.3 As neurociências e a categoria da culpabilidade

Nos últimos anos, têm sido várias as questões que as neurociências têm dirigido à ciência do direito penal. Referindo-se a esta ligação, OWEN D. JONES²⁴ sublinha que o estudo do cérebro se cruza com a ciência do direito penal desde o plano sancionatório das penas e das medidas de segurança (designadamente, no que respeita à sua eficácia, por exemplo na resposta à reabilitação de dependências ou em matéria de eficácia de intervenções farmacológicas destinadas a prevenir a reincidência), até ao plano do facto criminal, em particular no contexto da culpabilidade. A responsabilidade penal dirige uma pena a um facto censurável ao agente por uma atitude de indiferença ou de contrariedade aos comandos jurídicos. A culpabilidade estrutura assim o facto criminalmente relevante e constitui um pressuposto e limite inultrapassável da pena aplicável ao agente.

Os extraordinários desenvolvimentos alcançados nas últimas décadas pela biologia e pelo estudo da ciência do cérebro, facilitados pelas extraordinárias possibilidades tecnológicas do nosso tempo (como a imagiologia cerebral), constituíram e constituem um desafio à categoria de culpabilidade jurídico-penal, pondo em causa um dos princípios estruturantes da responsabilização penal²⁵.

Alguns neurocientistas, como WOLF SINGER, WOLFGANG PRINZ e GERARD ROTH, com base na experimentação e no estudo clínico, sustentaram que a mente humana – os seus pensamentos, as suas emoções – se desenvolve de acordo com leis positivas e mediante processos causais não controláveis que se iniciam e ocorrem antes da tomada de consciência. A consciência sobre uma certa decisão aparece assim como o resultado de um processo

²⁴ Cf. «Seven ways neuroscience aids law», *Neurosciences and the Human Person: New Perspectives on Human Activities Pontifical Academy of Sciences, Scripta Varia 121*, Vatican City 2013, 1-14.

²⁵ Sobre esta questão, com maior desenvolvimento e adicionais referências bibliográficas, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências, culpa e inimputabilidade», *Atas do Colóquio “Anomalia Psíquica e Direito”*, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020 (em curso de publicação).

causal, neurologicamente determinado (SINGER)²⁶. Neste sentido, todas decisões sobre o comportamento humano estão pré-determinadas e são causadas por processos causais neurológicos e complexas redes neuronais, sobre os quais não há consciência e possibilidade de controlo. Não pode deixar de se notar a semelhança entre a estrutura cerebral humana composta por redes complexas de redes neuronais e as formas mais avançadas de inteligência artificial, cuja complexidade assenta naquilo que os seus criadores e programadores designam de *deep neuronal networks*²⁷.

Consequentemente, num passo subsequente e extremo, o conhecimento destas leis e mecanismos permitiria prever o comportamento humano, emergindo, a partir das neurociências, um “determinismo neurológico”²⁸. Atuo desta forma por ser assim que eu sou; e sendo desta forma não posso escolher ser outro. A ideia de liberdade de escolha era, neste sentido, uma ficção. Uma construção. Esta conclusão coloca em xeque a ideia de livre arbítrio e anula a pergunta pressuposta pelo juízo de censurabilidade jurídico-penal: “podia o autor do crime atuar de modo diferente”, “podia o agente agir de outra maneira?”

De novo nos parece essencial contextualizar o conceito de culpabilidade no sistema jurídico-penal. A culpabilidade é um juízo de censura dirigido àquele que tem a capacidade de compreender e atuar em conformidade com a lei penal (e com os valores por ela protegidos) e, atuando, não o faz. A liberdade pressuposta pelo juízo de censurabilidade advém da capacidade para compreender os valores e os interesses protegidos pelo direito penal, cabendo ao agente, na sua livre realização, manifestar uma “*atitude*” – na expressão de FIGUEIREDO DIAS – não violadora ou contrária a tais valores²⁹.

Neste sentido, a liberdade que fundamenta um juízo de censura pressupõe *apenas* a “capacidade de a pessoa orientar a sua atuação pelas expectativas jurídicas”³⁰ pelos valores, e não o concreto mecanismo biológico que está na base da formação das nossas decisões. A abordagem científica mostra-se, neste sentido, cirúrgica, pontual, delimitada no seu objeto de estudo ao momento de formação da consciência. Ora, o lugar da liberdade pressuposto pelo conceito de culpabilidade jurídico-penal não reside no processo fisiológico e neurológico que conduz à consciência de uma decisão e, como tal, ainda que se admita a natureza determinística deste processo, em nada interfere com a censura jurídica do agente por ter praticado um facto tido como criminalmente desvalioso.

Neste sentido, a culpabilidade não exige uma liberdade fisiológica, um *multiversum* de escolhas no processo biológico de formação de decisões; a natureza determinística deste

²⁶ Cf. WOLF SINGER, «Grenzen der Intuition: Determinismus oder Freiheit?» In Kiesow / Ogorek / Simitis (ed) Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, 529-538; também WOLF SINGER, *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Suhrkamp Verlag, 2006.

²⁷ Para mais desenvolvimentos, JACOB TURNER, *Robot Rules, Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave-Macmillan, 2019, p. 18.

²⁸ Na expressão usada por EDUARDO DEMETRIO CRESPO, num estudo crítico a este determinismo neurológico, «Identidad y responsabilidad penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 17, 2013, p. 237-282.

²⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, 3.ª ed., 2019, p. 664.

³⁰ WOLFGANG FRISCH, «Neurosciences and the future of culpability in criminal law», In Palma / Dias / Mendes (ed.) *Emoções e Crime*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 147.

processo interno, cerebral, não retira por si só a liberdade de atuar no cumprimento de normas jurídicas, que se cumpre no momento em que o agente atua e não no específico processo interno de formação da sua consciência. Em causa está, neste sentido, uma *liberdade para o exterior*. Ao direito não importa como se forma a consciência; mas sim se o agente é capaz de consciencializar os valores jurídicos na sua atuação³¹.

3. Na teoria do processo penal

3.1 As neurociências e a descoberta da verdade material

A busca da verdade constitui, na história do processo penal, um fim que sempre se mostrou difícil de alcançar: com a sua morada própria, a verdade escapa-se à capacidade de apreensão humana; e, sob a forma de *aletheia* desvela-se por entre contornos esbatidos³². Compreende-se assim que, ao longo da história humana, a procura da verdade – da verdade pela qual o direito se interessa – se tenha materializado num conjunto de procedimentos que, por vias indiretas ou mediatas, procuraram dar forma àquela verdade, separando-a da mentira. O escrutínio do que é *dito* por métodos e garantias de verdade é historicamente exemplificativo: é assim desde os grãos de arroz na antiga China³³, passando pelos *ordalia* e juízos divinos, ou pelo juramento daquele que prestava o seu testemunho, até à concretização de técnicas mais sofisticadas como o soro da verdade, o polígrafo, as técnicas de leitura de expressões e emoções ou os métodos de hipnose; também no plano jurídico se criaram formas e procedimentos de apuramento da verdade, materializados em princípios como os princípios do contraditório e da imediação. Todavia, perante as limitações de todos estes métodos, técnicas e princípios, a procura pelo *garante da verdade* continuou.

O aperfeiçoamento dos métodos de “detecção da verdade” (ou da mentira) tornou-se uma busca constante na história do processo penal, sendo certo que, como afirma a neurocientista Martha Farah, “até aos dias de hoje nenhum método de detecção da mentira foi capaz de se apresentar como um método exato ou preciso, daí que aquela busca persista”³⁴.

Todavia, o canto da sereia fez-se ouvir de novo no contexto das neurociências à medida que as áreas cerebrais associadas ao processo de engano e da mentira foram sendo mapeadas. A possibilidade de leitura do cérebro tornou-se uma realidade. A aplicação de novos métodos neurológicos, com particular relevância para a *Imagiologia funcional cerebral por*

³¹ Desenvolvidamente, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências, culpa e inimputabilidade», *op. cit.* E é também esta ausência duma consciência moral que permite compreender a impossibilidade de um juízo de censurabilidade nas escolhas feitas por uma máquina autónoma, ainda que tida como “inteligente”.

³² Sobre este problema, desenvolvidamente, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*», *op. cit.*, p. 883 e ss.

³³ Cf. MARTINA VICIANOVA, «Historical techniques of Lie Detection», *Europe's Journal of Psychology*, 2015, Vol. 11, p. 522 e ss. (disponível em <http://ejop.psychopen.eu/article/view/919/html>). Também PATOWARY / BAIRAGI, «Lie detection: different methods with special discussion on brain fingerprinting», *Medico-Legal Update*, Vol. 10, N.º 2 (2010), p. 58-60.

³⁴ FARAH / HUTCHINSON / PHELPS / WAGNER, «Functional MRI-based lie detection: scientific and societal challenges», *Neuroscience*, vol. 15, February 2014, p. 123.

ressonância magnética (fMRI) ou o *Potencial evocado P300*³⁵, figura hoje como uma realidade processual em alguns ordenamentos jurídicos. Os novos métodos neurocientíficos direcionados à leitura da mente, aliando ciência e tecnologia, constituíram uma nova resposta que não tardaria a alcançar a investigação criminal. Entre os fins que vêm sendo atribuídos a estas novas técnicas de análise cerebral, conta-se o uso como ferramentas de leitura de informações contidas no cérebro ou como instrumentos de “detecção da mentira” na informação exteriorizada por um interveniente no processo, por regra, o arguido ou o suspeito da prática do crime.

Várias são, porém, as reservas que lhe são apontadas³⁶, quer de natureza científica e conceptual (pode a mentira enquanto fenómeno social cristalizar-se numa assinatura neuronal?), quer ainda por limites jurídicos, no plano da lei e da Constituição. A procura da verdade está desde logo limitada pela observância dos direitos fundamentais da Pessoa, exigida pelo processo penal de um Estado de Direito. No difícil equilíbrio das finalidades processuais, a admissibilidade dos métodos neurológicos como técnicas de *lie detection* acarreta o risco de um regresso a um processo penal apostado na descoberta da verdade em desfavor de um processo penal protetor dos direitos fundamentais da pessoa, transformada num método de obtenção de prova autoincriminatório. Em particular, o uso destas técnicas sem o consentimento do arguido³⁷ afeta de forma insuprível princípios fundamentais e estruturantes do processo penal, de que constitui exemplo máximo o princípio da proibição da autoincriminação. Para além dos limites processuais, admitida a leitura da mente, que restará da *privacidade* mental, enquanto direito fundamental substantivo?

3.2 A IA como instrumento de previsão e de avaliação de risco

Como já se referiu, o desenvolvimento tecnológico permitiu a criação de sistemas computacionais capazes de analisar uma enorme quantidade de dados, identificando e deter-

³⁵ Para uma caracterização destes métodos e respetivas indicações bibliográficas, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*», *op. cit.*, p. 885 e ss.

³⁶ De modo desenvolvido, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal: verdade *ex machina*», *op. cit.*, p. 894 e ss.

³⁷ Um caso muito relevante neste contexto, pela discussão em torno do consentimento do arguido em se submeter à realização do exame P 300, foi o **caso Ricla, julgado em Espanha. Em abril de 2012, Pilar Cebrián desapareceu da localidade onde vivia, Ricla, em Zaragoza. Havendo indícios de homicídio, o seu marido tornar-se-ia no principal suspeito, tendo sido submetido, a pedido da entidade policial responsável pela investigação e por decisão do Tribunal de Violência sobre a Mulher, de Zaragoza, à realização deste exame neurológico, com o fim principal de se descobrir a localização do cadáver. No dia 18 de dezembro de 2013, no Hospital Universitário Miguel Servet de Zaragoza é aplicada esta técnica por uma equipa coordenada pelo médico José Ramón Valdizán Usón. Do despacho judicial que admitiu esta diligência houve recurso, com fundamento, designadamente, na violação do princípio da proibição da auto-incriminação. A Audiencia Provincial de Zaragoza (Auto 135/2014) confirmou, ainda que com votos de vencido, a decisão de autorização daquele exame neurológico. Porém, em novo recurso, o Tribunal Superior de Justicia de Aragón, em Julho de 2015, declarou nulo o despacho judicial que autorizava a realização daquele procedimento por violação daquele princípio. Sobre este caso, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Neurociências e direito penal. Nótulas à margem do caso Ricla, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em* https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/direitonumahora2_ebook.pdf**

minando padrões, realizando tarefas que ultrapassam a limitada capacidade analítica humana. As possibilidades destes sistemas vão bem além de uma mera ferramenta estatística, revelando-se como verdadeiros instrumentos de previsão, com base na análise e avaliação dos dados submetidos ao sistema. Assim, uma das características da inteligência artificial, que mais desafios convoca ao sistema de justiça penal, tanto na sua concretização prática, como na constância dos seus fundamentos essenciais, é a capacidade de formular juízos de previsão do futuro.

Em diversos momentos da realização da justiça penal, seja ainda na fase de investigação (medidas preventivas), seja na realização do julgamento (determinação da pena ou decisão sobre a aplicação de uma medida de segurança), seja na execução da sanção (concessão da liberdade condicional), o responsável pela fase judicial – órgão policial, Ministério Público, ou juiz – é instado a fazer um juízo de previsão sobre o comportamento futuro do investigado, do arguido / acusado, do condenado. Considere-se, por exemplo, um juízo sobre a previsibilidade de continuação criminosa (para efeitos de aplicação de uma prisão preventiva) ou um juízo de prognose sobre a perigosidade do arguido ou sobre a probabilidade de reincidir no cometimento de crimes, seja no contexto da substituição da pena de prisão, seja ainda para efeitos de aplicação de uma medida de segurança ou para decidir sobre a liberdade condicional. A avaliação deste risco futuro favorece o uso de sistemas de inteligência artificial, capazes de analisar uma enorme quantidade de dados e de neles encontrar padrões.

Em rigor, estes novos instrumentos de avaliação do risco (*risk assessment tool*³⁸) estão já a ser utilizados em ordenamentos jurídicos como o norte-americano, seja como forma de prevenção criminal, no policiamento criminal, seja como instrumento de avaliação do risco criminal no contexto da determinação da sentença e da execução da pena³⁹.

A possibilidade de prever o crime enquanto acontecimento deixa a tela cinematográfica e entra na realidade da vida sob a forma de *predictive policing*⁴⁰, entendida como a aplicação de métodos e técnicas computacionais complexas que permitem prever os locais onde o crime acontecerá num momento futuro⁴¹. Em 2016 os títulos dos principais jornais americanos davam conta de um novo programa de inteligência artificial capaz de prever “fu-

³⁸ Sobre a história da avaliação do risco nos Estados Unidos, veja-se DANIELLE KEHL / PRISCILLA GUO / SAMUEL KESSLER, «Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing», *Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School*, 2017, p. 3 e ss. Também, na literatura portuguesa, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Medida da pena de prisão – desafios da era da inteligência artificial», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 149, N. 4021, 2020, p. 265 e ss.

³⁹ Também no Reino Unido têm vindo a ser usados instrumentos preditivos do crime baseados em sistema de inteligência artificial conforme tem vindo a ser amplamente noticiado, cf. [bbc.com/news/technology-47118229](https://www.bbc.com/news/technology-47118229)

⁴⁰ Um dos primeiros e mais controversos programas de previsão do crime é o PredPool, produzido por uma empresa privada e usado por vários departamentos policiais nos EUA, cf. <https://www.predpol.com/>

⁴¹ ALBERT MEIJER / MARTIJN WESSELS, «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, Vol.42, n.º 12, 2019, p. 1032.

turos criminosos”. E ainda nesse ano o *Supreme Court of Wisconsin*⁴², admitiu um *software* de avaliação do risco designado como COMPAS na fase de determinação da sentença, essencial para uma condenação em seis anos de prisão efetiva de Eric Loomis.

A literatura tem manifestado algumas reservas na aplicação deste algoritmos de avaliação do risco em contexto criminal, sobretudo na fase judicial, fundadas essencialmente numa ideia de lealdade e de confiança na justiça dos algoritmos (*fairness*), bem como nas dificuldades em perceber como funcionam estas máquinas inteligentes atendendo à sua opacidade e à falta de transparência⁴³, o que levantará dificuldades ao exercício do contraditório e de um direito de defesa.

A estes problemas, outros se acrescentam. Alguns atingem mesmo a essência da justiça penal, com a sua possível transformação numa justiça preditiva, orientada pela *pré-visão* do acontecimento criminal e pelo fim maior de construção de uma sociedade inócua e segura. Do outro lado da balança estarão, como custos, o sacrifício de direitos fundamentais (por exemplo, da liberdade daquele que é avaliado pelo sistema como sendo potencialmente perigoso) e dos princípios que estruturam um direito penal do facto e do resultado, assente na tutela subsidiária dos bens jurídicos.

3.3 Questão comum: o problema da admissibilidade de nova prova de natureza científica em processo penal

O desenvolvimento técnico e científico propicia o aparecimento de novos métodos qualificados “*a priori*” como científicos e confronta os tribunais com o problema da sua admissibilidade. Esta é uma questão comum aos métodos neurológicos e aos meios de inteligência artificial.

No primeiro caso, já levado à apreciação de alguns tribunais, por exemplo em Espanha e nos EUA, põe-se a questão de saber se a informação recolhida por métodos neurológicos, com relevância para a comprovação dos factos que constituem o objeto do processo e do julgamento, deve ser admissível; sendo admissível, terá o valor de prova científica?

Também no que diz respeito à informação recolhida pelos sistemas de inteligência artificial se coloca uma questão semelhante, como bem nota SABINE GLESS: com a introdução destes sistemas em bens de consumo capazes de recolher e acumular informação é compreensível que se discuta a possibilidade de essas informações, recolhidas por sistemas complexos computacionais, servirem em tribunal como meio de prova⁴⁴. Um exemplo

⁴² Trata-se do caso *State v. Loomis*, sobre o qual existe imensa literatura e cuja sentença pode encontrar-se disponível em <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf>

⁴³ Uma apreciação destas críticas pode ver-se em VICENT CHIAO, «Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice», *International Journal of Law in Context*, 15 (2019), p. 126 e ss.

⁴⁴ Sobre este concreto problema, em estudo aprofundado e desenvolvido, SABINE GLESS, «AI in the courtroom: a comparative analysis of machine evidence in criminal trials», *Georgetown Journal of International Law*, Vol 51 (2020), p. 195 e ss.

muito simples e de fácil compreensão pode vislumbrar-se em casos de acidentes rodoviários que envolvam um carro autónomo, perante o possível uso da informação recolhida por sistemas de inteligência artificial nele integrados como meio de prova. Sendo este método de informação admissível, terá esta prova natureza científica?

A questão prévia convocada por esta problemática é a de saber que requisitos deve cumprir a nova prova, pré-anunciada como científica, para que possa ser admitida, com essa qualidade, em processo. A questão põe-se sobretudo quanto ao conhecimento novo, ainda controverso pela sua novidade, e cuja compreensibilidade é dificultada pelo seu carácter complexo e altamente especializado.

Trata-se de um percurso que importa fazer e que, pelo menos no que respeita, à informação recolhida por métodos neurológicos, já começou a ser feito e discutido em tribunal. É relevante considerar a este propósito a experiência de países onde este novo tipo de técnicas tem vindo a ser requerida em processo penal. De modo particular destaca-se a jurisprudência dos tribunais americanos que muito têm discutido os parâmetros de admissibilidade da *novel science* em processo, fazendo recair sobre o juiz o papel de garante (*gatekeeper*) da prova a valorar pelos jurados. Como nos dá conta ALESSANDRO CORDA, ao juiz caberá, enquanto guardião das portas do processo, efectuar uma distinção entre boa e má ciência (*junk science*) de forma a impedir que esta contamine o juízo dos jurados. Isto é, de modo a evitar a valoração de provas só aparentemente científicas e que, dada essa sua aparência, possam influenciar de forma decisiva a convicção dos jurados⁴⁵.

Na procura deste filtro metodológico da “novidade científica”, a jurisprudência norte-americana desenvolveu critérios que procuram auxiliar o juiz, no momento de decisão, sobre a admissibilidade dos novos elementos probatórios científicos no mundo jurídico-criminal⁴⁶. Em causa estão essencialmente dois parâmetros ou critérios usados com o propósito de evitar que a má ciência possa, através de *expert opinions*, alcançar as decisões dos tribunais. Em causa estão o *Frye standard*, estabelecido no caso *Frye v. United States*⁴⁷, de 1923, em que se excluiu o testemunho pericial sobre uma forma preliminar de polígrafo como prova de inocência de um crime de homicídio, e, posteriormente, o *Daubert standard*⁴⁸, erigido, em 1993, pelo Supremo Tribunal Americano no caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, e determinante para excluir a *expert opinion* favorável ao reconhecimento de novos elementos científicos sobre os efeitos teratogénicos de um medicamento (*Bendectin*). Representam duas formas distintas de abordagem do problema da admissibilidade da prova científica em tribunal.

⁴⁵ Cf. ALESSANDRO CORDA, «Neurociencias y Derecho Penal desde el prisma de la dimensión procesal», in *Neurociencia y proceso judicial* (org. Michele Taruffo / Jordi Nieva Fenoll), Madrid: Marcial Pons, 2013, p.116. Também RICHARD GONZÁLEZ, «Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas...», *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ Um estudo pormenorizado sobre a aplicação destes critérios pela jurisprudência norte-americana, estendendo a análise à neurociência, pode ver-se em DAVID L. FAIGMAN, «Admissibility of neuroscientific expert testimony», in: *A Primer on Criminal Law and Neuroscience* (org. Morse/Roskies), Oxford / New York: Oxford University Press, 2013, p. 89 e ss.

⁴⁷ A decisão está disponível em https://www.law.ufl.edu/_pdf/faculty/little/topic8.pdf

⁴⁸ A decisão está disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.pdf>

Ao abrigo do *Frye test*, de natureza mais genérica, o juiz averigua se o método ou conhecimento é reconhecido e aceite pelo campo ou sector científico em que se insere, delegando à comunidade científica, em última instância, a validação da *novel science*.

Por sua vez, o *Daubert standard*, também descrito como o “*gatekeeping standard*”⁴⁹, impõe ao juiz um papel ativo pronunciando-se em concreto sobre as bases do novo saber científico, em particular sobre os métodos e princípios seguidos na obtenção da informação. Espera-se que o juiz se pronuncie não sobre a questão científica em si mesma, mas sobre os seus fundamentos empíricos e a metodologia usada. Com essa finalidade e de forma a decidir sobre a sua admissibilidade em processo, o juiz deve ter em conta na avaliação do novo método, técnica ou conhecimento os seguintes fatores: se se trata de um método experimental e que tenha sido concretizado não só em laboratório mas também na vida real; se foi reportado em publicações com *peer-review*; se existe ou é determinável uma taxa de erro; se há regras, procedimentos ou protocolos que regulem a utilização desses métodos; e por fim, à semelhança do *Frye standard*, se se trata de um método genericamente aceite no campo científico em que se insere⁵⁰.

Com base nestes critérios a *fMRI* e a *expert opinion* nela fundamentada têm vindo a ser recusadas pelos tribunais americanos enquanto métodos de comprovação da veracidade das declarações prestadas em processo penal. Ainda assim, esta não é uma questão encerrada, havendo na literatura americana opiniões que sustentam ter a prova neurológica valor suficiente para ser admitida em tribunal. Ao abrigo do princípio *bad science can be good evidence*, tem-se argumentado que, não obstante as fragilidades das técnicas neurobiológicas, quando comparadas com outros métodos de prova admitidos em processo, de que é exemplo máximo a prova testemunhal, apresentariam níveis superiores de credibilidade. Nas palavras de FREDERICK SHAUER, “*the choice is between less good fMRI evidence and the even worse evidence that is not only permitted, but also forms the core of the trial*”⁵¹.

Também em Espanha, apesar da admissibilidade da técnica encefalográfica baseada na

⁴⁹ Cf. JONES / WAGNER / FAIGMAN / RAICHLER, «Neuroscientists in court», *op. cit.*, p. 732. A decisão imputa expressamente ao juiz o papel de “*gatekeeper*”, metáfora que permaneceria na literatura sobre o tema. Transcreve-se pela sua relevância e clareza essa parte do texto: “Yet there are important differences between the quest for truth in the courtroom and the quest for truth in the laboratory. Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment—often of great consequence—about a particular set of events in the past. We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed not for the exhaustive search for cosmic understand but for the particularized resolution of legal disputes”.

⁵⁰ Para uma análise desenvolvida destes factores veja-se, David L. FAIGMAN, «Admissibility of neuroscientific expert testimony», *op. cit.*, p. 102 e ss.

⁵¹ FREDERICK SHAUER, «Can bad science be good evidence: lie detection, neuroscience, and the mistaken conflation of legal and scientific norms», *Cornell Law Review*, Vol. 95, 2009, p. 1213. Também, do mesmo autor, «Neuroscience, lie-detection, and the law, Contrary to the prevailing view, the suitability of brain-based lie-detection for courtroom or forensic use should be determined according to legal and not scientific standards», *Trends in Cognitive Sciences*, Vol. 14. N.º 3 (2010), p. 101-103.

onda P-300 em alguns processos judiciais, surgiram fortes reservas quanto ao seu carácter científico com base nos fatores estabelecidos pelo *Daubert standard*⁵².

Numa tentativa de ensaiar uma possível delimitação conceptual do que seja prova científica, sempre se dirá que a prova científica é aquela cuja aptidão probatória advém de uma metodologia experimental, baseada em leis de tendência universal a que se reconhece validade científica e com recurso a conhecimentos e técnicas altamente especializados. Na sua base está o uso do método científico com fins probatórios, tendo por fim demonstrar a consistência científica de um enunciado factual que pode ter relevância no contexto de um processo penal. Muitos dos novos métodos propiciados pelo desenvolvimento tecnológico, exigindo conhecimento especiais e técnicos, carecem ainda desta aptidão probatória de base científica⁵³. Por exemplo, os novos métodos neurológicos não superaram as dúvidas de natureza científica que lhes são dirigidas, exigindo maior certeza para que possam ultrapassar com sucesso o *Daubert standard*. Porém, ainda que no futuro se afirme a sua viabilidade científica, estes métodos colocam diversos problemas do ponto de vista conceptual, processual e constitucional.

No plano conceptual, importa clarificar contextos e realidades. Não pode esperar-se da neurociência a radioscopia da mentira processualmente relevante, porque esta, no seu sentido social e normativo, não pode ser captada pela “máquina”. As técnicas e procedimentos de investigação neurológica permitem descrever e analisar a atividade cerebral e neuronal; a valoração e o significado jurídico e social de um comportamento não pode, porém, determinar-se *ex machina*.

Do ponto de vista processual, no difícil equilíbrio das finalidades processuais, a admissibilidade dos métodos neurológicos como técnicas de *lie detection* acarreta o risco de um regresso a um processo penal apostado na descoberta da verdade em desfavor de um processo penal protetor dos direitos fundamentais da pessoa. Em particular, importa ter presente que o uso de técnicas neurológicas sem o consentimento do arguido afeta de forma insuprível princípios fundamentais e estruturantes do processo penal, de que constitui exemplo máximo o princípio da proibição da autoincriminação e o princípio da presunção de inocência.

4. Nota conclusiva

Na introdução a este texto, antecipadamente se dava conta da sua natureza fragmentária do ponto de vista teórico-crítico. Como propósito principal assumiu-se, na sua simplicidade, uma reflexão sobre como a evolução do conhecimento e a introdução de tecnologias

⁵² Cf. M. RICHARD GONZÁLEZ, «Admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas neurológicas...», *op. cit.*, p. 36 e ss., ARANTZA LIBANO BERISTAIN, «Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica...», *op. cit.*, p. 75 e ss. Em sentido contrário, mostrando-se favorável à introdução destes elementos de prova no proceso penal español, MARIA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño*, *op. cit.*, p. 143 e ss.

⁵³ Sobre estas reservas, desenvolvidamente, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Neurociências e processo penal...», *op. cit.*, p. 894 e ss.

disruptivas – capazes de fazer, mas incapazes de serem explicadas –, é capaz de desafiar categorias e princípios que estruturam e conformam a arquitetura teórica do crime e do processo. Se alguma finalidade este texto tem é de nos apresentar uma realidade tecnológica a que o direito não se pode furtar. Nessa resposta, a “ciência” do direito – e também do direito penal – não pode esquivar-se a opções fundamentais.

Ter consciência deste desafio (e da sua extensão) é de enorme relevância: só a partir desse ponto poderemos escolher de modo solidamente fundado e esclarecido o direito penal deste novo tempo. Os avanços da ciência e da técnica podem ser de enorme utilidade na procura de um direito penal mais justo; podem também ser um percurso acelerado para um direito penal securitário, capaz de sacrificar, em poucos passos, direitos fundamentais como o direito à privacidade e à intimidade ou a liberdade de expressão e de escolha. Escolher um direito penal securitário, assente nas potencialidades e possibilidades que a nova tecnologia apresenta, pode ter um custo muito elevado na restrição de direitos fundamentais ao potenciar uma resposta penal para um crime que ainda não existe. E com isso retira-se àquele é condenado pela “máquina”, a possibilidade última de *não realizar* esse crime. Um direito penal securitário, desligado do facto e da ofensa a bens jurídicos, centrado *num direito penal do agente*, tido como perigoso e de “elevado risco”.

Um direito punitivo tão bem retratado pelas dúvidas de *Alice* em diálogo com a *Rainha (do Outro Lado do Espelho*⁵⁴):

“De que tipo de coisas você se lembra melhor?”, Alice se atreveu a perguntar.

“Oh, das que aconteceram daqui a duas semanas”, a Rainha respondeu num tom displicente. “Por exemplo, agora”, ela continuou, enrolando uma larga atadura no dedo enquanto falava, “há o Mensageiro do Rei. Está na prisão agora, sendo punido, e o julgamento não vai nem começar até quarta-feira que vem, e, é claro, o crime vem por último.”

“E se ele nunca cometer o crime?” disse Alice.

“Tanto melhor, não é?” a Rainha retrucou, prendendo a atadura em volta do dedo com um pedacinho de fita.

⁵⁴ Tradução Maria Luiza X. de A. Borges, Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2010.

A VISITAÇÃO VIRTUAL NO CONTEXTO DO AMBIENTE PRISIONAL E O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

VIRTUAL VISITATION IN THE CONTEXT OF THE PRISON ENVIRONMENT AND ATTENDING THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Livia Severo do Valle

*Graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Graduada em Direito pela Faculdade Espírito Santense de Ciências Jurídicas – PIO XII
Pós-graduação lato sensu – MBA Profissional em Marketing
Servidora Pública Municipal
Advogada
livia.svalle@gmail.com*

RESUMO

Este artigo se propõe a discutir se a implantação da visitação virtual em ambiente prisional seria uma alternativa viável para promover e fortalecer os laços de afetividade entre pais presos e seus respectivos filhos, e com isso, contribuir para a promoção e o atendimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, minorando desta forma as possibilidades de ocorrência de abandono afetivo e a alienação parental. O trabalho tem como referência espacial o complexo penitenciário de Xuri, localizado em Vila Velha/ES. Como objeto sociológico e jurídico se percebe a atenção crescente aos interesses das crianças e adolescentes por parte do ordenamento jurídico brasileiro. Entrecruzando este cenário tem-se o desenvolvimento atual das redes sociais e o engajamento ativo da quase totalidade da população brasileira nessas novas tecnologias. Sua abordagem busca, inicialmente, debater a questão jurídica do melhor interesse das crianças e adolescentes para então mergulhar no ambiente prisional e suas debilidades e daí segue para discutir o cenário das mídias sociais que conduz à conclusão de que o estabelecimento de visitas virtuais no ambiente prisional mostra-se sim como medida viável capaz de trazer praticidade, comodidade, segurança e aprofundamento de laços garantindo o direito de convivência familiar e o princípio do melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Direito de Família. Princípio do Melhor Interesse. Alienação parental. Sistema prisional. Visitação virtual.

ABSTRACT

This article aims to discuss whether the implementation of virtual visitation in a prison environment would be a viable alternative to promote and strengthen the bonds of affection between imprisoned parents and their respective children, and thus contribute to the

promotion and care of the principle of the best interest of children and adolescents, thus reducing the possibilities of occurrence of affective abandonment and parental alienation. The work has as spatial reference the penitentiary complex of Xuri, located in Vila Velha/ ES. As a sociological and legal object, there is increasing attention to the interests of children and adolescents by the Brazilian legal system. Crossing this scenario is the current development of social networks and the active engagement of almost all of the Brazilian population in these new technologies. His approach seeks, initially, to debate the legal issue of the best interest of children and adolescents and then immerse themselves in the prison environment and its weaknesses and then proceeds to discuss the scenario of social media that leads to the conclusion that the establishment of virtual visits in the prison environment is rather a viable measure capable of bringing practicality, convenience, security and deepening of ties ensuring the right of family coexistence and the principle of the best interest of the minor.

Keywords: Family law. Principle of best interest. Parental alienation. Prison system. Virtual visitation.

Data de submissão: 09/07/2020

Data de aceitação: 05/10/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 1.1 Do Direito à Convivência Familiar 1.2 A Alienação Parental e o Abandono Afetivo 2. O AMBIENTE PRISIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO UNIVERSO FAMILIAR 2.1 O Poder Familiar 2.2 O Estigma do Presidiário 3 MÍDIAS SOCIAIS E A SUA PRESENÇA NO PODER JUDICIÁRIO 4. A VISITAÇÃO VIRTUAL COMO COMPLEMENTO AO CONVÍVIO FAMILIAR 4.1 A Visita no Sistema Prisional Capixaba e a Viabilidade da Visitação Virtual: Uma Análise do Atendimento do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Atualmente, muito se discute no Direito de Família sobre o Princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes que, de acordo com a doutrina e o ordenamento jurídico moderno, apresenta status de absoluta prioridade. Tendo como referência a legislação, a doutrina e o próprio cenário de ampliação do acesso às redes sociais, o trabalho busca analisar se pode a visitação virtual contribuir para o atendimento do princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes e com isso auxiliar a promoção de laços de afetividade entre pais e filhos que estão afastados do convívio pessoal diário devido ao cumprimento de pena de prisão, contribuindo assim para evitar condutas nocivas, dentre elas o abandono afetivo e a alienação parental, o que será abordado na primeira seção desse trabalho.

Na segunda seção será abordado o ambiente prisional e o estigma carregado pelo pre-

so, bem como sua influência sobre o relacionamento intrafamiliar. Nesse contexto, o conceito sociológico de estigma, que possui Erving Goffman como um de seus maiores expoentes, foi empregado, a fim de compreender a figura do presidiário e os reflexos de tal imputação para o exercício do poder familiar.

Na terceira seção será brevemente apresentado o crescente papel das redes sociais no cotidiano do Poder Judiciário. Na quarta seção foi discutido o possível reflexo sobre eventual aplicação da chamada visitação virtual, a qual será questionada enquanto meio capaz, ou não, de aproximação e fortalecimento de laços afetivos entre familiares, bem como sua viabilidade. Nesse cenário, é de grande relevância social e jurídica abrir discussão sobre a prática da visitação virtual, a fim de averiguar se a mesma pode ser capaz de minorar a distância emocional/afetiva existente entre pais e filhos afastados do convívio pelo sistema prisional.

A pesquisa eletrônica mostrou-se significativamente necessária, buscando-se informações pertinentes ao tema, as quais foram encontradas em endereços eletrônicos como jornais e artigos sobre a aplicabilidade da Internet e novas tecnologias, enquanto instrumentos a serem empregados no cotidiano do Poder Judiciário, em especial no que se refere a visitação virtual, visto esta temática ainda carecer de produções acadêmicas dispostas a discuti-la.

Neste trabalho foi empregada a pesquisa exploratória com o fito de proporcionar maior proximidade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito e contribuir com a construção de hipóteses¹, como ensina as boas referências da área metodológica². As técnicas de coleta de dados empregadas no trabalho em questão foram a pesquisa bibliográfica, documental, eletrônica e um questionário enviado e respondido pela Secretaria de Estado da Justiça do Espírito Santo (SEJUS-ES).

Para uma compreensão holística e a interconexão daquilo que resultou nas seções 1, 2 e 3 foi adotada a pesquisa bibliográfica a qual se deu a partir do levantamento de referências teóricas que pudessem permitir o aprofundamento das questões envolvendo o melhor interesse das crianças e adolescentes, o ambiente prisional e as mídias sociais.

Feita a discussão, buscou-se na seção 4, por meio da pesquisa qualitativa, compreender o cenário de visitação às unidades prisionais tendo como objeto de estudo o Complexo Penitenciário de Xuri, localizado na região rural do município Vila Velha-ES que, devido à distância e tamanho do complexo, implica em consideráveis dificuldades de deslocamento físico da população mais carente para as visitas, em especial de crianças. Nesse aspecto, o deslocamento para a visitação aos presídios do complexo pelos familiares também foi observado por meio de ida da pesquisadora ao complexo penitenciário para realizar observação não participante.

Os dados referentes aos procedimentos institucionalizados aos quais os familiares são submetidos para terem acesso à visitação aos seus parentes presos, bem como os proce-

¹ GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. Métodos de Pesquisa. 2009. Disponível em: <<http://meiradarocha.jor.br/news/tcc/files/2017/12/Gerhardt-e-Silveira.-M%C3%A9todos-de-Pesquisa-EAD-UFRGS.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

² GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**, 2002.

dimentos executados por parte dos agentes estatais nos processos de acompanhamento, revista, tempo de visitação etc., foram levantados, via questionário, remetido diretamente a Secretaria de Estado da Justiça do Espírito Santo (SEJUS-ES), tendo sido recebido com as respostas que permitiram ter uma visão mais ampla do cenário.

1. O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida por seu viés social, promoveu diversas mudanças na compreensão de esferas significativas da sociedade, inclusive no âmbito das relações familiares. Sobre a questão, ROSA³ esclarece que:

O conceito de família, até então extremamente taxativo, passou a apresentar um conceito plural. As mudanças foram tão paradigmáticas que, tal como um divisor de águas, podemos dividir o Direito de Família em antes e depois do advento da Constituição Federal.

Nesse contexto, a proteção do bem-estar de crianças e adolescentes encontrou o reforço necessário em nosso ordenamento, pois atualmente apresenta status de “absoluta prioridade”, de acordo com o art. 227⁴ da Constituição Federal de 1988. E, em consonância com o texto constitucional, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) adota a chamada “proteção integral”⁵, que se refere ao amparo de direitos específicos dos mais jovens.

A doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse aqui discutidos são “duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e adolescente”⁶. Nesse sentido, o princípio do melhor interesse seria “a representação do princípio da dignidade humana aplicada à criança e ao adolescente”⁷.

De forma ilustrativa, destacam-se quatro vieses do princípio do melhor interesse, ilustrados como “orientação do Estado-legislador, orientação ao Estado-juiz, orientação ao Estado-administrador e como orientação à família”:

(1) orientação do Estado-legislador: a lei deve prever a melhor consequência para a criança ou adolescente [...]; (2) orientação ao Estado-juiz: o magistrado moderno da infância e da juventude deve

³ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**, 2016, p. 36.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁶ ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**, 2015, p. 2.

⁷ MONACO, 2005, p.179, *apud* ISHIDA, 2015, p.3.

fornecer uma aplicação da lei ao caso concreto de acordo com as reais necessidades da criança e do adolescente [...]; (3) orientação ao Estado-administrador: em sua atividade de manuseio de políticas públicas deve se balizar por este princípio [...] (4) orientação à família: a família natural ou extensa devem sempre sopesar os interesses e as ideias da criança e do adolescente⁸.

O princípio do melhor interesse configura o tratamento prioritário que crianças e adolescentes devem receber do Estado, da família e da sociedade. Dessa maneira, “esse princípio se aplica tanto nas situações de conflito, como em uma posição de determinação da guarda, quanto no cotidiano, como na escolha da melhor linha de educação”⁹. Nesse contexto, o direito à convivência familiar se faz primordial, constituindo-se como uma das necessidades básicas de crianças e adolescentes.

1.1 Do Direito à Convivência Familiar

O direito à convivência familiar também está previsto no texto constitucional de 1988, em seu artigo 227. Ele se expressa como “a relação afetiva, diária e duradoura das pessoas que compõem a entidade familiar, sejam parentes ou não, no ambiente comum”. A convivência humana, de acordo com Madaleno¹⁰, se estrutura por meio “de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política”. Nesse contexto, a família é vista como “o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças”¹¹.

Segundo o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990¹², que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança, a convivência familiar se faz necessária, mesmo nos casos em que os pais se encontram geograficamente distantes, ou mesmo separados devido a uma medida adotada pelo próprio Estado, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança¹³.

No que tange ao convívio familiar, as discussões relacionadas à afetividade se fazem cada

⁸ MONACO, 2005, p.181-183, *apud* ISHIDA, 2015, p.3-4.

⁹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**, 2018, p. 27.

¹⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 2018, p. 81.

¹¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**, 2018, p. 26.

¹² BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Portal da Legislação Governo Federal.

¹³ Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança.

vez mais presentes em nosso ordenamento jurídico, tamanha a sua complexidade e importância. Nesse sentido, Tartuce¹⁴ esclarece que:

De toda sorte, deve ser esclarecido que o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o afeto positivo por excelência. Todavia, há também o ódio, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.

Afetividade e filiação solidificam-se com o necessário convívio familiar. A filiação não se trataria apenas de “um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”¹⁵. Nesse cenário, o direito à convivência familiar objetiva reforçar os laços de afetividade, a fim de que condutas nocivas como a alienação parental e o abandono afetivo não possam se desenvolver.

1.2 A Alienação Parental e o Abandono Afetivo

De tal maneira, o afeto nas relações faz-se tão vital quanto às necessidades mais básicas do ser humano, pois reflete a incansável busca do indivíduo por equilíbrio, a necessária aceitação perante o meio em que vive, e também, por felicidade. Em contraponto a tais anseios, práticas nocivas como a alienação parental e o abandono afetivo atuam em descompasso com os deveres de proteção e convivência devidamente expressos pelo ordenamento jurídico. Segundo Farias e Rosenvald¹⁶, a alienação parental foi regulamentada pela Lei nº 12.318/10 e diz respeito às interferências na formação psicológica dos menores conduzidas ou estimuladas geralmente por um dos pais, avós ou por terceiros que tenham o menor sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, com o intuito de causar prejuízos ao vínculo afetivo existente o genitor e seu filho.

Para Pereira¹⁷, “a discussão do abandono afetivo transcende os seus aspectos jurídicos e éticos, para atingir uma dimensão política e social”, pois:

As milhares de crianças de rua e na rua estão diretamente relacionadas ao abandono paterno ou materno, e não apenas à omissão do Estado em suas políticas públicas. Se os pais fossem mais presentes na vida de seus filhos e não os abandonassem afetivamente, isto é, se efetivamente os criassem e educassem, cumprindo os princípios e regras jurídicas, não haveria tantas crianças e adolescentes com sintomas de desestruturação familiar.

Nesse sentido, a visualização de práticas de alienação parental exige alguns critérios de

¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**, 2017, p. 29.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**, 2017, p. 29.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, 2015, p. 105.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**, 2013, p.115.

identificação do observador¹⁸:

Um dos primeiros sintomas da instauração completa da síndrome da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do genitor alienante contra o outro e passa, ele próprio, a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, deprecições, agressões, interrupção da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar, se sentem ameaçados com sua presença, embora, intimamente, amem esse pai como o outro genitor. Para o pai alienado é um choque ver que seu próprio filho é quem lhe dirige as palavras de ódio antes escutadas do outro cônjuge, o que pode ocasionar, inclusive, diante da sensação de impotência, o seu afastamento da criança – exatamente como quis e planejou o alienador.

O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental) traz diversas formas exemplificativas do que seria a alienação parental. Em comum tais apontamentos têm a postura de um dos genitores, ou mesmo dos dois em contraponto, com ou sem auxílio de terceiros que, no fundo, expressa um olhar unilateral sobre o que seria melhor para a criança, desconsiderando que a outra parte teria contribuições positivas para a vida em desenvolvimento.

Segundo Pereira¹⁹, “as sequelas emocionais dos filhos são sempre gravíssimas e, na maioria dos casos, irreversíveis”. E, por fim, o mesmo complementa que “a violação das normas constitucionais pelo alienador é flagrante: princípio do melhor interesse da criança, princípio da dignidade humana e princípio da paternidade responsável.”

Nesse contexto é importante a análise quanto ao recluso, posto que a distância imposta pelo cumprimento da pena de prisão mostra-se como um potencial facilitador de tais práticas nocivas, pois sua convivência com o menor já está comprometida, ainda mais se alinhada com sentimentos de rancor, preconceito ou desprezo, incutidos por um possível genitor alienador, ou por outros familiares presentes na criação (como avós, tios, dentre outros). E, por tudo isso, o desenvolvimento dessa relação exige uma atenção especial da sociedade, da própria família e também do Estado.

2. O AMBIENTE PRISIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO UNIVERSO FAMILIAR

2.1 O Poder Familiar

Regra geral, o poder familiar é um direito-dever de ambos os pais, de participar e estar presente na vida de seus filhos, sobretudo em nome do melhor interesse do menor. Em

¹⁸ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**, 2018, p. 43.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**, 2013, p.98.

relação à questão²⁰:

“O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, pertencente a ambos os pais, do nascimento aos 18 anos, ou com a emancipação de seus filhos. Em caso de discordância, é assegurado o direito de recorrer à Justiça. Mesmo quando os pais são separados, o não detentor da guarda continua titular do poder familiar, que pode apenas variar de grau quanto a seu exercício, não quanto à sua titularidade”.

Indo além, o direito de visitas pode ser instituído inclusive quando o genitor não guardião “for viciado em tóxicos, alcoólatra inveterado ou psicopata, porém restringido a um local adequado, determinado em juízo e com o acompanhamento de terceira pessoa, a visitação assistida.”²¹

No entanto, certos critérios relacionados ao poder familiar foram pontuados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de resguardar o melhor interesse do menor. O direito a convivência com o genitor privado de liberdade, por exemplo, está assegurado pelo Estatuto, segundo o art. 19, §4º²². Assim, é importante destacar que a condenação criminal nem sempre acarretará a perda do poder familiar do condenado em razão de seu filho menor. A legislação brasileira traz hipóteses em que haverá perda do poder familiar nessas circunstâncias e, nesse sentido a Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018 promoveu alterações no Código Penal (art. 92, II), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 23, §2º) e no Código Civil (art. 1.638, parágrafo único), impondo àqueles que cometerem “crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado” a perda do poder familiar. Além desses, o art. 23. § 2º traz a destituição do poder familiar para aqueles que sofram “[...] condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente”.

Portanto, se no caso concreto a convivência se mostrar prejudicial ao desenvolvimento, ou se não for sadia, pode ser depreender que o melhor seria o afastamento do pai ou da mãe, ao menos por um determinado período de tempo, a fim de que o princípio do melhor interesse possa ser efetivamente aplicado. Verifica-se que a condição de presidiário, por si só, não acarretará a perda do direito de visita do filho ao condenado, visto nem sempre haver em desfavor deste a perda do poder familiar.

²⁰ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**, 2018, p. 28.

²¹ MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais**, 2018, p. 37.

²² § 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

2.2 O Estigma do Presidiário

Ao adentrar na esfera de discussão sobre o universo prisional, esbarra-se em um terreno arenoso, tamanha a diversidade de opiniões, especialmente sobre a figura do presidiário.

Segundo Goffman²³, o termo **estigma** foi criado na Grécia, para se referir a “sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava”. Nesse sentido, “o estigma avisava a existência de um escravo, de um criminoso, de uma pessoa cujo contato deveria ser evitado”. Em sua obra, foi empregado o termo “normal” para se referir a pessoas que atendem às expectativas sociais, físicas e morais básicas, aceitas de modo incontestado pela sociedade, e, referiu-se como “estigmatizadas” as pessoas que possuem um ou mais características ou comportamentos que divergem do que se espera. Tais expectativas, como podemos compreender da obra, seriam compartilhadas de forma intuitiva, interiorizada, fruto do senso comum. Ou seja, não se trata de algo plenamente consciente, mas sim enraizado social e culturalmente.

O autor²⁴ menciona três tipos de estigmas nitidamente diferentes: as pessoas que possuem deficiências físicas e/ou mentais, os relacionados a raça, nação e religião, classificando os presidiários como os que possuem:

As culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, **prisão**, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical (grifo nosso).

Em seu trabalho, Goffman considera que há um conjunto de indivíduos dos quais o estigmatizado pode esperar algum apoio (aqueles que compartilham seu estigma, que são definidos como seus iguais). Por exemplo, um grupo de presidiários “são definidos e se definem como seus iguais”. Mas, além de seus “iguais”, o autor também faz menção a um grupo de pessoas chamadas por ele de “informadas”. O primeiro grupo de pessoas “informadas” são aquelas que estão inseridas nas necessidades da pessoa que possui um estigma em particular (como as pessoas com deficiência) ou mesmo devido à sua atuação e dia a dia profissional (como os policiais, podendo tal constatação ser validamente estendida a outros profissionais, como agentes penitenciários, defensores públicos, membros do Ministério Público, historiadores, sociólogos, psicólogos, pesquisadores, dentre outros):

[...] a polícia, devido ao fato de ter que lidar constantemente com criminosos, pode se tornar “informada” em relação a eles, levando um profissional a declarar que “de fato os policiais são as únicas pessoas que, além de outros criminosos, o aceitam pelo que ele é”.²⁵

²³ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 2008, p.11.

²⁴ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 2008, p.14.

²⁵ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 2008, p.39.

O segundo tipo de pessoa “informada” refere-se “ao indivíduo que se relaciona com um indivíduo estigmatizado através da estrutura social – uma relação que leva a sociedade mais ampla a considerar ambos como uma só pessoa”. Dessa forma, para o autor:²⁶

Assim, a mulher fiel do paciente mental, a *filha do ex-presidiário*, o pai do aleijado, o amigo do cego, a família do carrasco, todos estão obrigados a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual eles se relacionam. Uma resposta a esse destino é abraçá-lo e viver dentro do mundo do familiar ou amigo do estigmatizado (*grifo nosso*).

Para Goffan²⁷, “em geral, a tendência para a difusão de um estigma do indivíduo marcado para as suas relações mais próximas explica por que tais relações tendem a ser evitadas ou a terminar, caso já existam”. Indo além, exemplifica que muitos indivíduos não fazem a necessária diferenciação entre aquele que foi condenado à prisão e as pessoas que lhe são próximas, afirmando que “os problemas enfrentados por uma pessoa estigmatizada espalham-se em ondas de intensidade decrescente”.

Martins²⁸ aponta que “o preso é normalmente desacreditado devido seu comportamento desviante e, a criança por sustentar um vínculo estreito com o progenitor é contaminada pelo preconceito e pela sua condição de condenado”. Indo além, também especifica as dificuldades enfrentadas pelos familiares ao apontar que²⁹:

Ser familiar de encarcerados implica em compartilhar do mesmo estigma social que eles padecem. Muitas famílias não adquirem diante a sociedade local essa condição para não se tornarem passíveis de censuras, que os colocariam na mesma classe social do presidiário.

As pessoas classificadas como “informadas”, seja por sua capacitação, seja pela convivência derivada do exercício profissional, possuem o condão de prestar apoio ao estigmatizado, no sentido de ampliarem o campo de visão daqueles que os ignoram, de forma a auxiliarem, dentro do possível, sua maior aceitabilidade frente a sociedade, buscando minorar o preconceito e apresentar uma nova perspectiva sobre sua situação. Indo além, o Estado, que possui o ônus de promover direitos e garantias ao indivíduo, deve estimular a necessária ressocialização do presidiário, onde a aproximação familiar, mesmo que por meio virtual, mostra-se como um possível instrumento de desconstrução da figura do presidiário, ao menos para crianças e adolescentes, auxiliando que os mesmos cheguem as suas próprias conclusões quanto a figura paterna/materna, por intermédio da ampliação da convivência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a obrigação estatal de prevenir ameaças

²⁶ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 2008, p.39.

²⁷ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 2008, p.39-40.

²⁸ MARTINS, Verônica Pinheiro. **A percepção das crianças sobre o pai presidiário, segundo a técnica desenho da família**. 2016.

²⁹ KOMINSKY; PINTO; MIYASHIRO, 2005, *apud* MARTINS, 2016 [s.p.]. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/a-percepcao-das-criancas-sobre-o-pai-presidiario-segundo-a-tecnica-desenho-da-familia>>. Acesso em: 04 out. 2018.

à integridade física ou psíquica dos menores³⁰. Assim, surge o questionamento a respeito da convivência de crianças e adolescentes com pais infratores, onde se indaga até que ponto tal contato seria saudável ou mesmo necessário. A reflexão sobre o assunto exige razoabilidade e especialmente bom senso, não existindo respostas prontas para a questão, devendo cada caso ser analisado de acordo com as particularidades que apresentar.

3. MÍDIAS SOCIAIS NO PODER JUDICIÁRIO

A prática de videoconferências e intimações eletrônicas mostra-se presente no Poder Judiciário de muitas regiões do país, além da troca de mensagens por *smartphones* para fins processuais. Cabe acrescentar que a abertura e acompanhamento de processos somente por meios eletrônicos já são uma realidade em via de implantação no Estado do Espírito Santo, onde juízes, promotores, defensores e advogados que atuam na execução penal passaram a ter acesso, via Internet, às Guias de Execução Penal que, como ocorre em outras Unidades Federativas, como Paraná, por exemplo, tramitam via Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU, cuja digitalização objetivou trazer agilidade, redução de custos, dentre outras finalidades.

Segundo matéria publicada no *site* Gazeta Online³¹, o aplicativo de troca de mensagens *WhatsApp* está sendo utilizado como ferramenta para juízes do Estado do Espírito Santo para agilizar intimações. O caso exposto versava sobre processo da Vara da Família de Cariacica-ES, que utilizou o *WhatsApp* para intimar a parte sobre uma decisão judicial³².

Em outra ocasião, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), por meio da Promotoria de Justiça de Guarapari-ES, utilizou o aplicativo *WhatsApp* para viabilizar uma audiência, visto que uma das partes já não morava no Espírito Santo. O julgamento

³⁰ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

³¹ GAZETA ONLINE. **Justiça usa tecnologia para agilizar audiência e finalizar processos**. 2017.

³² “O juiz deferiu uma liminar obrigando a parte a permitir que a filha passasse as férias com o pai. No entanto, a mãe da menina continuou o impedindo de ver a filha [...]. A advogada entrou com uma ação pedindo a aplicação de multa caso a decisão continuasse sendo descumprida. Entretanto, o oficial de Justiça foi até a residência da mulher indicada no processo, mas ela mudou de endereço na noite anterior [...]. A advogada peticionou em janeiro, alegando que ela havia se mudado para não ser intimada. O pedido foi fundamentado com a lei que autoriza a intimação por meio eletrônico. Foi cumprido o despacho, e a intimação ocorreu em 20 de janeiro. A parte (ex-mulher do cliente) leu a intimação enviada pelo *WhatsApp* e compareceu ao gabinete do juiz no dia seguinte, cumprindo a decisão”.

ocorreu na 3ª Vara Criminal de Guarapari-ES.³³

As novas ferramentas de comunicação também estão presentes na seara do Direito Processual Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. A Lei nº 11.900/2009 promoveu mudanças no Código Processo Penal ao dispor que:

Art. 185. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

Para Galvão³⁴, “é certo que o contato entre o preso e seu defensor e entre o preso e o magistrado é diminuído quando o recurso tecnológico é utilizado para qualquer ato processual”. As diferenças entre o contato virtual e o físico não estão sendo ignoradas pela Lei nº 11.900/09, pois, caso fossem idênticos, não haveria “razão para o legislador, a doutrina e a jurisprudência reafirmarem a excepcionalidade do interrogatório judicial à distância ou para se preocuparem com a bilateralidade e qualidade da transmissão dos sons e imagens”.

Segundo dados divulgados pelo Governo do Estado do Espírito Santo, o gasto com o deslocamento de presos para as audiências de custódia é de quinze milhões de reais por ano. Os custos foram publicizados durante a transmissão de um teleaudiência experimental realizada em agosto de 2020, no gabinete do governador Renato Casagrande, no Palácio

³³ Entrevista concedida pelo promotor criminal Fábio Langa ao jornal Gazeta Online, no ano de 2017. “A vítima que foi à audiência informou que a farmacêutica havia se mudado para o Rio de Janeiro. O trâmite para convocá-la a depor seria burocrático e precisaria de outra audiência. Por isso, fizemos a oitiva (ouvir em Juízo) pelo *WhatsApp* mesmo, através de vídeo” [...]. “A farmacêutica respondeu a perguntas da juíza para garantir sua identidade. Outros recursos já foram usados para localizar vítimas e testemunhas, como redes sociais e o próprio telefone”.

³⁴ GALVÃO, Danyelle da Silva. **É válido realizar a audiência de custódia por videoconferência?** 2016.

Anchieta, em Vitória-ES³⁵.

Pelo exposto, depreende-se que as novas tecnologias estão presentes no cotidiano do Poder Judiciário do Espírito Santo, comprovando seu aspecto prático e crescente importância.

4 A VISITAÇÃO VIRTUAL COMO COMPLEMENTO AO CONVÍVIO FAMILIAR

Atualmente, indaga-se de que maneira a Internet pode interferir no universo do Direito de Família, visto sua crescente presença no cotidiano dos mais diversos lares do país:

[...] hoje é quase impossível viver sem Internet, abriram-se várias possibilidades de mudanças tanto estrutural como ambiental, a conexão está presente em todas as ações, na prática e no convívio social e familiar, encontrando espaço em todas as situações, mesmo as mais adversas, pois permite que a comunicação seja instantânea e as informações sejam rápidas e de fácil acesso. Vive-se a era da informação, da tecnologia, da pós-modernidade, assim o ser humano é construtor desta história e como tal tem responsabilidade pelos atos e pelas atitudes, não esquecendo que em todo espaço, em todo ambiente é necessário equilíbrio, pois à medida que se constrói, se busca reformular e (re) significar valores éticos, morais e sociais³⁶.

Em tal contexto, as visitas virtuais são entendidas como interações que ocorrem de forma online, por meio de celulares ou computadores equipados com *webcams* e plataformas como *Skype*, *Facetime*, *Zoom*, *Telegram*, dentre outros:

Uma exploração do contato pai-filho virtual é oportuna desde que a tecnologia moderna está criando um novo mundo de comunicações sociais, especialmente para jovens cujo uso de mensagens de texto, *e-mail*, *sites*, *webcams* e salas de bate-papo está explodindo em todo o mundo³⁷.

Nesse sentido, a prática da visitação virtual mostra-se uma alternativa, no que diz respeito ao estabelecimento de laços de afetividade familiar, especialmente entre pais e filhos. Segundo Gomes³⁸, “a visita virtual é defendida em vários outros países e seria mais uma

³⁵ A teleaudiência foi realizada pela 4ª Vara Criminal de Vitória-ES, e contou com participação dos réus, que permaneceram no Centro de Detenção Provisória de Viana II (CDPV II), acompanhados de seus advogados. O Governo destacou que a adoção das teleaudiências trará agilidade aos processos e economia para o Estado. A medida também pode reduzir a superlotação e assim resultar em uma economia ainda maior, uma vez que o custo médio de um detento hoje é de R\$1.600,00 (mil e seiscentos reais) por mês. Disponível em: <<https://tribunaonline.com.br/visitas-virtuais-a-presos-pelo-celular>>. Acesso em: 17 set. 2020.

³⁶ AMARAL, Érico Marcelo Hoff do; KÖHLER, Jussara Farias. **A Influência da Internet nas relações familiares**. Repositório Digital da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. 2010, p. 9.

³⁷ BARNES, Jessica; POLAK, Shely; MISHNA, Faye; SAINI, Michael. Parenting Online: An Exploration of Virtual Parenting Time in the Context of Separation and Divorce, **Journal of Child Custody**. 2013, p. 121.

³⁸ GOMES, Marcus Vinícius da Silva; SILVA, Antônio Dantas da Silva; TEIXEIRA FILHO, Fernando Robério Passos. **Internet e as transformações no direito das famílias**. 2014.

maneira do pai ou mãe que não possui a guarda, conseguir manter o contato com o filho.” Tanto que, a visitação virtual já mostra-se presente nas decisões judiciais como forma incentivada de manutenção de contato e fortalecimento de vínculos entre pais e filhos afastados geograficamente. Em tal contexto, o IBDFAM³⁹, expôs seu viés prático, ao retratar a decisão da ministra Nancy Andrighi, no REsp 1.251.000/MG (2011/0084897-5):

[...] a guarda compartilhada física (custódia física conjunta) é o ideal a ser buscado no estabelecimento da guarda, sujeita, contudo, às peculiaridades fáticas que envolvem pais e filhos, mas jamais sob o fundamento da distância entre as moradias dos pais, questão hoje minorada por diversos meios de comunicação, de modo instantâneo pela rede mundial de computadores (internet, e-mail, vídeo de imagem e som, *Skype*, *Google Talk*, celulares permitindo que pessoas se vejam enquanto falam, *WhatsApp*), disponibilizados como ‘visitas virtuais’ ou ‘encontros online’. Mesmo entre cidades ou países distantes pais e filhos podem manter uma adequada e frequente comunicação, assegurando presença contínua do pai na vida do filho, sem diminuição dos demais deveres que integram o rol dos atributos do poder familiar.

Baptista⁴⁰ corrobora as vantagens presentes na “visitação virtual” ao defender que:

[...] traria pelo menos três benefícios para o menor. Um deles seria o de dificultar qualquer tipo de violência doméstica, inclusive o abuso sexual. As estatísticas revelam que as infrações contra os menores são muito mais frequentes no interior da família do que fora dela, e as comunicações por vídeos de sons ou imagens inibiriam as ações do infrator, podendo até mesmo fazer prova contra aqueles que de uma forma ou de outra agredem as crianças e adolescentes dentro dos lares. Outra vantagem seria a de atenuar os possíveis efeitos da alienação parental, nos casos em que um genitor - em geral aquele que mantém a guarda - procura impedir a presença do outro, obstruindo as visitas sob falsos argumentos. Mas sem dúvida o maior benefício que a visitação virtual poderia trazer seria o de promover um contato mais frequente do filho com o genitor não guardião, principalmente em relação aos pais que moram em locais distantes das residências dos filhos, já que o objetivo maior do direito à visita é preservar os laços afetivos entre filhos de pais separados, muitas vezes abalados pelo rompimento do vínculo.

No polo oposto, possíveis entraves mostram-se presentes no que diz respeito à implantação da visitação virtual em todo o país. A título exemplificativo, Athayde⁴¹ destaca que um dos maiores desafios a serem enfrentados na modernização do Judiciário brasileiro “é a escassez de recursos da maioria da população do país, aliado à ojeriza que o computador provoca na maioria das pessoas, principalmente aos mais conservadores”.

³⁹ IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **STJ nega guarda compartilhada para pais que moram em cidades diferentes**. 2016. .

⁴⁰ BAPTISTA, Silvío. **Direito de visita virtual**. 2010.

⁴¹ ATHAYDE, Aymir Ralin Pires. **Informática e Justiça**. 2010.

Para Boechat⁴², no contexto das redes sociais digitais, o indivíduo que promove o contato “pode facilmente se livrar daquele que convocou à interação e daquele pelo qual foi convocado; pode, ainda, sentir-se próximo mesmo distante ou sentir-se distante mesmo estando próximo”. Nesse contexto, ainda ressalta que:

As “relações virtuais” encontram ressonância e se encaixam na liquidez da modernidade: fáceis de lidar, de entrar e sair, de compreender e de serem deletadas [...] Parece que a facilidade em desconectar-se, mais do que a de conectar-se, prossegue Bauman (2004), torna essas redes e seus dispositivos de entrada e saída populares e muito utilizados nas interações humanas, afinal “estar conectado” mostra-se menos dispendioso, embora seja menos interessante para a criação e conservação de vínculos. Assim, enquanto a “proximidade topográfica” reclama por estabelecimento de laços, a “proximidade virtual” dissocia comunicação de relacionamento, segue definindo o padrão das demais proximidades e roubando a atenção para o desenvolvimento das habilidades que ela requer.

Diante dos dados apresentados, presume-se a viabilidade da aplicação da visitação virtual no contexto prisional capixaba. Mesmo diante da carência de uma legislação regulamentadora, decisões fundamentadas em prol da prática podem contribuir para a ampliação de tal medida, determinando-a de forma complementar a necessária visitação presencial, pois o que se visa é a ampliação do contato entre as partes, e não a substituição do contato presencial pelo virtual.

4.1 A visita no sistema prisional capixaba e a viabilidade da visitação virtual: uma análise do atendimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Nessa subseção pretende-se apresentar como atualmente funciona o processo de visitação às Unidades Prisionais (UPs) no Estado do Espírito Santo. As informações aqui expressas foram elaboradas por meio de questionário e diretamente respondidas pela Gerência de Educação e Trabalho, integrante da Subsecretaria de Ressocialização, pertencente à Secretaria de Estado da Justiça, do Estado do Espírito Santo (SEJUS-ES), no mês de abril de 2019, objetivando averiguar como é o procedimento de visitação de crianças e adolescentes aos presídios capixabas, a fim de entender sua realidade e dinâmica. Dessa maneira, considerou-se a definição trazida pelo artigo 2º da Lei nº 8.069/1990 (ECA) que estabelece como criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos de idade.

É importante ressaltar que em 2014 o ECA passou por modificações referentes à visitação de menores aos estabelecimentos prisionais, que foram trazidas pela Lei 12.962, de 08 de abril de 2014. Essas mudanças garantiram a possibilidade de visitas periódicas, que anteriormente dependiam de autorização judicial, independentemente da situação jurídica do preso.

⁴² BOECHAT, Ieda Tinoco. **As famílias e as tecnologias digitais**: a comunicação pela articulação de vieses não antes explorados. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017, [s.p].

No que tange às UPs, cabe destacar que cada Estado pode estabelecer regramentos diferenciados em relação ao procedimento de visitação. No Estado do Espírito Santo, segundo informações fornecidas pela Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS-ES), a visitação é regulamentada pela Portaria 142 de 26 de fevereiro de 2010, em consonância com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). De acordo com o quantitativo atualizado pela SEJUS-ES em 08 de maio de 2019, a população carcerária da Grande Vitória-ES representa 15.297 presos, entre homens e mulheres e 8.313 pertencentes ao interior do Estado, correspondendo a 23.610 pessoas o total geral.

No sistema prisional capixaba, a visita de crianças e adolescentes é permitida aos presos do regime fechado, semiaberto, presos provisórios e aos que estão cumprindo medida de segurança. Faz-se necessária a efetivação de um cadastro prévio para que a pessoa presa possa receber a visita de parente de primeiro grau (pai, mãe e filhos), de cônjuge ou companheiro (a), em dias determinados, desde que devidamente cadastrados. As pessoas que não constam no rol acima, permite-se o cadastro de parentes de segundo grau ou amigos, sendo limitado em duas credenciais, mediante comprovação documental e investigação social.

As visitas ocorrem, via de regra, aos finais de semana, dependendo da Unidade Prisional e do quantitativo de internos, aos sábados e domingos, ou apenas aos domingos, com periodicidade quinzenal. O tempo de duração da visita é de até 2 horas, em regra, não respondendo a SEJUS-ES sobre o horário em que as visitas efetivamente se iniciam. E, no que se refere ao limite de visitas por preso por dia de visitação e se em tal número são incluídos as crianças e adolescentes, informou que é seguida a Portaria 142 de 26 de fevereiro de 2010, em seu artigo 13, §3º, com a ressalva de que em algumas unidades, mesmo a portaria limitando a quantidade de pessoas, “acaba-se liberando a entrada de todos os filhos”⁴³. Nesse contexto, a visitação virtual demonstra sua relevância, pois tal período de contato poderia ser aumentado consideravelmente, tanto no período de duração, quanto na periodicidade, funcionando como um complemento à visita social. Além disso, as condições de segurança seriam mantidas ou mesmo fortalecidas, visto que a visitação virtual não exigiria a presença física nas unidades prisionais, restando resguardado o interesse do menor e adolescente.

No que se refere ao procedimento de revista de segurança, a SEJUS-ES informou que o mesmo também é realizado em crianças e adolescentes, conforme estabelecido na Portaria 142 de 26 de fevereiro de 2010⁴⁴:

Art. 15 §1º. O visitante será revistado por funcionário do mesmo sexo, que utilizará detector de metais, portal, banqueta de detecção de metais ou escâner de corpo;

§2º. A revista em menores de 12 anos realizar-se-á na presença dos pais ou responsáveis, observando-se o disposto no parágrafo anterior.

⁴³ Art. 13 § 3º. As visitas serão limitadas ao número de dois visitantes maiores e um menor de 18 dezoito anos, por dia de visita, preservando as condições de segurança na unidade prisional.

⁴⁴ ESPÍRITO SANTO (Estado). **Portaria nº 142, de 26 de fevereiro de 2010**. Regulamento Interno dos Centros de Detenção Provisória. Diário Oficial dos Poderes do Estado do Espírito Santo, 2010. Disponível em: < https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Portarias/Portaria%20n%C2%BA%201582_Cadastramento%20de%20filhos%20de%20presos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

Questionada se existe alguma forma de diferenciação (no que se refere ao procedimento ou local diferenciado) entre a visitação de menores e adultos, a SEJUS-ES informou que não, alegando que as visitas comuns “são realizadas em local próprio, em condições dignas e que possibilitem a vigilância pelo corpo de segurança”.

Por fim, a SEJUS-ES afirmou que uma nova portaria de visita social “está em fase final de confecção, objetivando atualização e complementação da Portaria em vigor, tendo em vista que a mesma é de 2010, estando em alguns pontos obsoleta e/ou incompleta, de forma que retrate, na totalidade e de forma fidedigna, a atual realidade desta Secretaria”.

Nesse contexto, a Portaria nº 1.582-S 08 de outubro de 2014⁴⁵ (SEJUS-ES), define medidas consoantes com as definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de aproximação entre pais e filhos afastados pelo cumprimento de pena:

Art. 1º Determinar à direção das Unidades Prisionais do Estado do Espírito Santo a adoção das medidas necessárias visando o cadastramento dos filhos das pessoas privadas de liberdade e a identificação de quem as acolhe, mesmo aqueles que não têm medida judicial de guarda provisória ou definitiva, mediante preenchimento de formulário próprio constante no Anexo Único desta portaria.

Art. 3º Determinar que a pessoa privada de liberdade poderá indicar outra pessoa como responsável para levar seus filhos à Unidade prisional para visitá-lo, na hipótese de impossibilidade ou dificuldade de relacionamento com o pai ou a mãe de seus filhos.

§1º. Caso a pessoa privada de liberdade não saiba quem é responsável pelos seus filhos, deverá repassar ao serviço social da Unidade Prisional as informações que tiver para que sejam realizadas diligências visando a identificação e cadastro do mesmo.

Art.5º Sempre que for possível, a pessoa privada de liberdade deve ser alocada em Unidade Prisional mais próxima do endereço de seus filhos, visando preservar e garantir o convívio entre eles.

Sobre a específica indagação sobre a relevância da visitação virtual, como meio para a ampliação de contato, a Portaria nº 1.582-S apresenta elementos significativos para a sua possível implantação, vista como uma forma complementar de aproximação ao contato pessoal:

Art. 6º Os filhos da pessoa privada de liberdade somente serão autorizados a adentrar à área de visita social acompanhados do responsável indicado e não serão constrangidos a ali permanecer, caso não se sintam à vontade para realizar ou prosseguir com a visita.

Art. 7º A direção de Centros de Detenção Provisória deverá estipular dias e horários especiais para que as pessoas privadas de liberdade neles recolhidos possam receber visita de seus filhos.

§1º Nas datas comemorativas representadas pelo Dia das Mães, Dia dos Pais, Dia das Crianças, a direção dos CDPs deverá propiciar

⁴⁵ ESPÍRITO SANTO (Estado). **Portaria nº 1.582-S 08 de outubro de 2014.**

visitas que permitam o contato físico entre as pessoas privadas de liberdade e seus filhos.

§2º Ficar a critério da direção dos CDPs, considerando-se a capacidade operacional da unidade, estabelecer outras datas onde ocorra visitação com contato físico entre as pessoas privadas de liberdade e seus filhos.

Por fim, a Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP⁴⁶, vinculado ao Ministério da Justiça, defende, em seu artigo 8º que, “a visita de familiares e pais presos deve ser estimulada visando à preservação do vínculo familiar e do reconhecimento de outros personagens do círculo de relacionamento parental”.

Nesse cenário, observa-se que o contato do menor com o genitor presidiário se mostra estimulada pela Administração Pública, por meio do procedimento de visitação periódica, de acordo com os dados e informações aqui levantados. Nesse sentido, a visitação virtual demonstra ser uma opção a mais, a fim de trazer maior aproximação e praticidade para os indivíduos que fazem parte dessa realidade, resguardando o interesse da criança e do adolescente.

Fatores como os custos com o deslocamento, os compromissos profissionais e sociais do responsável pelo menor, condições de saúde, mobilidade e financeiras, podem ser apontados como causas que ocasionam a redução ou mesmo a inviabilidade da visitação presencial. O Complexo Penitenciário de Xuri, localizado em Vila Velha-ES, ilustra, na prática, as dificuldades a serem contornadas, em especial pelas pessoas mais carentes. O complexo reúne o Centro de Detenção Provisória de Vila Velha (CDPVV), as Penitenciárias Estaduais de Vila Velha I, II, III e V, e a Semiaberta. Segundo dados divulgados pela SEJUS-ES, o complexo penitenciário de Xuri enfrenta superlotação. Com capacidade para 3.626 (três mil seiscentos e vinte e seis) internos, abrigou, em Julho de 2019, 7.892 (sete mil oitocentos e noventa e dois), chegando a uma superlotação de 117%⁴⁷. O complexo é conhecido por sua grande extensão e, por meio de observação não participante, pode-se apontar que o local em que o complexo se localiza é um possível limitador da quantidade de visitas presenciais. Trata-se de um complexo localizado especificamente na BR-101 (rodovia federal), sem acostamento, com iluminação precária e estrada de terra batida, havendo empecilhos ainda maiores em dias de chuva, mostrando-se como dificultador de uma visitação periódica com menores, mesmo havendo linhas de ônibus voltadas para o local. A ala em que o preso está localizado também determina o quão distante o deslocamento físico será.

Indo além, outros aspectos devem ser levados em consideração no que tange à aplicabilidade da visitação virtual, que são os relacionados: a segurança da própria unidade prisional, que necessita fazer o controle de sua população, incluindo a entrada e saída de visitantes; o maior controle sobre a entrada de entorpecentes, que em várias situações se dão nos

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009.

⁴⁷ GAZETA ONLINE. **Superlotação em Presídios do Complexo de Xuri está em 117%**. 2019.

momentos de visita; o deslocamento de um interno para outra unidade prisional ainda mais distante da residência dos familiares, devido a brigas entre facções rivais, havendo a necessidade de transferência para uma região mais remota; por superlotação, obrigando a transferência de presos para outras regiões, impactando na logística de familiares quanto as visitas presenciais; familiares e amigos que mudam-se para outros Estados, perdendo a interação com o presidiário, dentre muitos outros aspectos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou demonstrar que o princípio do melhor interesse faz-se presente em nosso ordenamento jurídico e de variadas formas, mas sempre objetivando o bem-estar de crianças e adolescentes. Apontou ainda que o Código Civil assegura o pleno exercício do poder familiar, além do dever de educação e guarda dos filhos, por ambos os pais. Discutiu-se como as práticas nocivas como a alienação parental e o abandono afetivo trazem inegáveis malefícios no que diz respeito à formação psicológica de crianças e jovens, pois são condutas que estão na contramão do melhor interesse, visto que violam direitos assegurados no ordenamento jurídico, podendo trazer consequências permanentes no desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

No debate sobre a Internet, por intermédio de suas redes sociais e ferramentas de transmissão de áudio e vídeo (*Whatsapp, Skype, Facebook Messenger, Telegram, Zoom*, dentre outras) buscou-se demonstrar que tais ferramentas já fazem parte do Judiciário, e, por óbvio, do cotidiano da população, especialmente de crianças e jovens, que praticamente crescem e desenvolvem-se em conjunto com tais tecnologias. Nesse contexto, vislumbra-se que a prática da visitação virtual pode ser empregada para a aproximação entre pais e filhos afastados do convívio diário, como é o caso daquele que cumpre pena de prisão, a fim de que os laços não se rompam com a distância então imposta, inclusive visando minorar o preconceito social que o recluso carrega, visto o estigma imposto em sua figura. As instituições públicas, também representadas por defensores públicos, promotores, agentes penitenciários, dentre outros envolvidos no dia a dia do sistema prisional, possuem papel relevante na suavização da dita carga estigmatizadora, pois tais profissionais presenciam na prática o que implica estar na condição de presidiário, e o quanto a mesma se perpetua na vida do indivíduo, mesmo após o cumprimento de sua pena. Nesse cenário, projetos e ações inclusivas podem ser estimuladas, como é o caso da promoção de visitas virtuais.

O Judiciário, com base nas informações aqui levantadas, demonstra a relevância do princípio do melhor interesse do menor em suas decisões, assim como o Legislativo, ao propor medidas que visem à aproximação de pais e filhos afastados do convívio diário. A Administração Pública, apesar de atender ao que estabelece o texto legal, necessita explorar novas possibilidades de interação, capazes de complementar o trabalho já realizado. Nesse contexto, o estabelecimento de visitas virtuais no ambiente prisional mostra-se sim, como medida viável, capaz de trazer praticidade, comodidade, segurança e aprofundamento de laços já enfraquecidos pela distância.

Conclui-se, portanto, que a visitação virtual é uma prática viável e que, compatibilizando-se com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, garante o direito

fundamental a convivência familiar do menor com seu genitor (a) recluso (a).

Evidentemente este trabalho não visou esgotar a temática e também não adentrou à discussão dos usos das tecnologias exaustivamente indicadas, em especial no cenário de pandemia de Coronavírus que assolou o ano de 2020. É de conhecimento da autora que experiências no sentido indicado no trabalho foram feitas, entretanto, não foram aqui contempladas pois a pesquisa já encontrava-se concluída, restando portanto a necessidade de avaliar as experiências e aprofundar as discussões.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Érico Marcelo Hoff do; KÖHLER, Jussara Farias. **A Influência da Internet nas relações familiares**. Repositório Digital da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2410/Kohler_Jussara_Farias.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 abr. 2019.

ATHAYDE, Aymir Ralin Pires. **Informática e Justiça**. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,informatica-e-justica,28955.html>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BAPTISTA, Silvio. **Direito de visita virtual**. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BARNES, Jessica; POLAK, Shely; MISHNA, Faye; SAINI, Michael. Parenting Online: An Exploration of Virtual Parenting Time in the Context of Separation and Divorce, **Journal of Child Custody**. 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/271755706_Parenting_Online_An_Exploration_of_Virtual_Parenting_Time_in_the_Context_of_Separation_and_Divorce>. Acesso em 04 out. 2018.

BOECHAT, Ieda Tinoco. **As famílias e as tecnologias digitais: a comunicação pela articulação de vieses não antes explorados**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar 2019.

_____. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Convenção sobre os Direitos da Criança. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 06 mar. 2019.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

_____. **Lei nº 11.900, de 08 de janeiro de 2009**. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, Código de Processo Penal. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 08 maio 2019.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Lei da Alienação Parental. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 09 abr. 2019.

_____. **Lei nº 12.962, de 08 de abril de 2014.** Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm>. Acesso em: 07 maio 2019.

_____. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, dispondo hipóteses de perda do poder familiar. Portal da Legislação Governo Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 04, de 15 de julho de 2009.** Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnppc/resolucoes/copy2_of_Resoluo012019Sistematizaocomanexocompleta.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Portaria nº 142, de 26 de fevereiro de 2010.** Regulamento Interno dos Centros de Detenção Provisória. Diário Oficial dos Poderes do Estado do Espírito Santo, 2010. Disponível em: < https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Portarias/Portaria%20n%C2%BA%201582_Cadastramento%20de%20filhos%20de%20presos.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

ESPÍRITO SANTO (Estado). **Portaria nº 1.582-S 08 de outubro de 2014.** Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/76964598/Portaria-Sejus-Regulamento-Dos-Cdps>>. Acesso em: 09 maio 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** Volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GALVÃO, Danyelle da Silva. **É válido realizar a audiência de custódia por videoconferência?** 2016. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/e-valido-realizar-a-audiencia-de-custodia-por-videoconferencia/>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

GAZETA ONLINE. **Justiça usa tecnologia para agilizar audiência e finalizar processos.** 2017. Disponível em: < <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2017/06/justica-usa-tecnologia-para-agilizar-audiencia-e-finalizar-processos-1014067770.html>>. Acesso em 08 abr. 2019.

GAZETA ONLINE. **Superlotação em Presídios do Complexo de Xuri está em 117%.** 2019. Disponível em: < https://www.gazetaonline.com.br/opiniao/colunas/victor_hugo/2019/08/superlotacao-em-presidios-do-complexo-de-xuri-esta-em-117-1014194895.html>. Acesso em: 19 set. 2019.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa.** 2009. Disponível em: < <http://meiradarocha.jor.br/news/tcc/files/2017/12/Gerhardt-e-Silveira.-M%C3%A9todos-de-Pesquisa-EAD-UFRGS.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GOMES, Marcus Vinícius da Silva; SILVA, Antônio Dantas da Silva; TEIXEIRA FILHO, Fernando Robério Passos. **Internet e as transformações no direito das famílias**. 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/48913/internet-e-as-transformacoes-no-direito-das-familias>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família. **STJ nega guarda compartilhada para pais que moram em cidades diferentes**. 2016. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6057/STJ+nega+guarda+compartilha>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Verônica Pinheiro. **A percepção das crianças sobre o pai presidiário, segundo a técnica desenho da família**. 2016. Disponível em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/a-percepcao-das-criancas-sobre-o-pai-presidiario-segundo-a-tecnica-desenho-da-familia>>. Acesso em: 04 out. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 1. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**: direito de família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACOTE ANTICRIME

ANTICRIME PROGRAM

OBSERVAÇÕES SOBRE O PROCESSO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E A DEFENSORIA PÚBLICA¹

OBSERVATIONS ON THE ACCUSATORY SYSTEM PROCESS AND THE PUBLIC DEFENSE

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná, aposentado.

Professor do Programa de Pós-graduação em Ciência Criminais da PUCRS.

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, do Recife.

Doutor pela Universidade de Roma La Sapienza.

Mestre pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR).

Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado.

Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP; PLS 156/2009 e atualmente PL 8045/2010.

RESUMO

O presente artigo analisa a principal diferença entre os sistemas penais acusatório e inquisitório, qual seja: o lugar do juiz. Em seguida, analisa o papel das partes dentro do processo penal existente, à luz das mudanças tratadas pela Lei nº 13.964/19, para, ao final, averiguar a importante atuação da Defensoria Pública na realidade brasileira e o esforço imprescindível para a realização dos objetivos fundamentais da República trazidos no art. 3º, III, da CR.

Palavras-chave: Sistemas processuais penais; Lei nº 13.964/19; partes; Defensoria Pública

ABSTRACT

The presente article analyzes the main difference between the criminal procedural systems accusatory and inquisitorial, which is: the judge's place. After, it analyzes the parties' role on the current criminal procedure, in the light of the changes dealt by the Law n. 13.964/19, in order to, at the end, comprehend the important role of the Public Defense into the brazilian reality and the essential efforts to achieve the fundamentals objectives of the Republic, brought in art. 3rd, III, CR.

Keywords: Criminal procedural systems; Law n. 13.964/19; parties; Public Defense.

¹ Texto especialmente preparado para a Revista da Defensoria Pública.

SUMÁRIO. 1. A título de introdução. 2. O lugar das partes. 3. O lugar dos Defensores Públicos.

1. A título de Introdução

Ninguém desconhece que o mundo conhece dois sistemas processuais penais, por evidente que tomando em consideração 1º, a noção de sistema de Kant no *Crítica da razão pura* (ainda não superada, como se vê em Canaris e outros), e 2º, o fato de que os franceses, por Napoleão e sobretudo Jean-Jacques-Régis de Cambacérès (principal articulador do *Code Napoléon*, de 17.11.1808 e em vigor desde 01.01.1811), misturaram as bases do processo do sistema acusatório inglês de então (que tinham parcialmente importado pelo júri) e aquelas que tinham tido, do sistema inquisitório, a partir das *Ordonnance Criminelle* de 1670, de Luís XIV, gerando um *monstro de duas cabeças*, como anotou Franco Cordero. Ou seja, os franceses criaram um modelo misto de processo, com uma primeira fase inquisitorial de *instruction* (seguindo a tradição ordenatória), e uma segunda fase de *jugement*, seguindo a tradição inglesa. Mas não era, por primário, um novo sistema; e sim o processo de um sistema inquisitorial ao qual agregaram (num golpe político bem trabalhado retoricamente) institutos provenientes do sistema acusatório, logo desvirtuados no novo modelo por vários motivos, dos quais sobressaía a possibilidade de se levar à fase de *jugement* a prova obtida na *instruction*, contaminando o julgamento. Na penumbra de tempos confusos nos quais se demandava por ordem, deixaram para trás o famoso art. 365, do *Code des Délits et des Peine* (3 brumário, Ano IV: 25.10.1795): “Il ne peut être lu aux jurés aucune déclaration écrite de témoins non présents à l’auditoire” (Não pode ser lida aos jurados nenhuma declaração escrita das testemunhas não presentes na sala de audiência). E assim Inocêncio III e Luís XIV, pelas mãos de Napoleão e Cambacérès, driblaram – bem cedo, é verdade – o “espírito” democrático da Revolução Francesa, prevalecendo sobre Henrique II (o rei inglês que criou o modelo e governou de 1154 a 1189) e o Conselho de Estado que, por sua vez, lutou e fez prevalecer a permanência do júri no *Code Napoléon*.

O júri, tudo indica, já ali virou um espetáculo teatral – ou quase – e, como Carnelutti vai dizer muito tempo depois (agora analisando o sistema italiano do *Codice Rocco*, baseado no *Code Napoléon*), em 9 sobre 10 vezes a prova da fase preliminar (*istruzione*) acaba por prevalecer sobre aquela processual (*giudizio*). Ora, se o conhecimento que vale – e prevalece, como se sabe até hoje em processos análogos, como o brasileiro – é o da fase preliminar, não se pode duvidar qual é o mais importante, embora o discurso, na prática, seja outro, isto é, de que a prova que deve prevalecer é aquela obtida no crivo do contraditório. Há, porém, uma enorme diferença – sabem todos – entre o que é o que deve ser; entre o que prevalece e o que deve prevalecer.

O processo misto, portanto, desde sempre foi inquisitorial; e não porque tivesse uma fase inquisitorial, mas porque a estrutura acusatória da segunda fase, aquela processual, pode se reduzir a um nada se se permite que o conhecimento obtido na fase preliminar (inquisitorial), sem pejo passe para a outra, fraudando-se os fundamentos e, em particular, o devido processo e o contraditório, ou seja a CR.

Esse problema, por si só, é suficiente – ou deveria ser suficiente – para mostrar como o

epicentro da diferença entre os sistemas processuais penais se desloca daquela que, em geral, é usada para a explicá-la: o fato de ter partes ou não ter partes, do que decorre a acumulação das funções (no inquisitório) de acusar e julgar nas mãos do juiz. Isso não significa que tal diferença (é uma – ou duas, dependendo de como se observa – das treze que a doutrina indica) não tenha importância. Ao contrário. Sendo histórica, foi percebida cedo, justo porque a estrutura legal inquisitorial (de 1231 e 1233, com as bulas *Ex Exco-muniamus* e *Licet ad capiendos*, ambas de Gregório IX) excluiu um órgão de acusação e deixou a função investigativa ao inquisidor, que também julgava. Como se vê, consumiu-se a ação (como ato desencadeador do processo); e o inquisidor passou a ser o senhor do processo; competindo-lhe buscar o conhecimento, o que sugeria o acusado estar no lugar de mero objeto de investigação e, como ensina Cordero, ser *bête à aveu*, ou seja, animal de confissão. Aqui se percebe a presença de Aristóteles, ainda antes de Tomás de Aquino subir à ribalta. Tinha lógica o modelo: detentor da verdade do crime, o inquirido/herege/ criminoso devia prestar contas dela, o que fazia pela confissão, logo passível de ser obtida por meio da tortura, em razão de uma bula de Inocêncio IV, *Ad Extirpanda*, de 1252. Inocêncio III sabia o que fazia quando, em 1215, o IV Concílio de Latrão deu novas cores à confissão, tornando-a obrigatória e privada uma vez por ano. Ali estava o que veio a se tornar, no processo inquisitorial, a *regina probationum*.

No fundo, saltou fora a noção que Bulgaro (o *os auream* dos famosos quatro doutores de Bolonha), como asseveram, tinha apresentado do Digesto, de que *iudicium est actus trium personarum: iudicis, actori et rei*. Parece ser isso, então, que leva as pessoas a pensarem que a grande diferença entre os sistemas processuais inquisitório e acusatório reside na falta de partes; e daí a falta de acusação e acusador; com investigação e julgamento nas mãos do juiz. Trata-se – é visível – de um engano, embora explicável.

Tal situação se mantém, *mutatis mutandis*, até hoje, onde o sistema é inquisitorial, embora se possa ter partes, órgão de acusação e contraditório. O que importa – sabe-se bem pela própria finalidade do processo, ligada ao conhecer para decidir – é definir a quem compete a iniciativa de buscar o conhecimento, logo, a *gestão da prova*. No caso, em nenhuma das hipóteses (*rectius*, nos processos do sistema inquisitorial), duvida-se que tal função cabe ao inquisidor/juiz, embora, na atualidade, as partes possam requerer a produção de provas, algo que se dá subsidiariamente. Sendo a matéria do conhecimento geral, é despidendo seguir com o argumento.

Por outro lado, o processo do sistema acusatório é eminentemente de partes. A elas é que cabe levar o conhecimento ao juiz que, imparcial (como equidistante das partes e seus interesses), não tem iniciativa probatória (salvo exceções), razão por que toda atenção está conectada à função judicante, de acerto dos casos penais.

Deste modo, não se precisa muito mais para entender que um sistema assim caracterizado está a ano-luz do outro. Da mesma forma que é intuitivo qual deles é democrático; ou pelo menos mais democrático.

Equidistante – em função da estrutura, forjada a partir do princípio de regência, aquele dispositivo (ou acusatório, como querem alguns) – das partes e seus interesses, o lugar ocupado pelo juiz no processo do sistema acusatório ressalta a função de *dicere ius* e,

assim, de *iuris dictio*, enaltecendo o lugar do poder por isso (o que é correto), e não pela atividade decorrente da iniciativa probatória, como se passa no processo do sistema inquisitório e se dá em razão da propulsão que produz, nele, o princípio de regência, aquele inquisitivo. Não é uma diferença qualquer.

Com efeito, empurrar o juiz para o conhecimento por sua própria iniciativa significa, pelo menos, exigir dele uma decisão sobre o caminho a seguir e, não raro, uma decisão prévia sobre a questão – ou mesmo sobre todo o caso penal –, em verdadeira antecipação do resultado. E isso, em geral, ele não faz por mal (embora possa fazê-lo), mas pelo simples fato de pensar como pensa a civilização ocidental, ou seja, de forma analítica, o método aristotélico que se adotou, de regra, após São Tomás de Aquino; no caso – como é nítido – deformando a lógica. Se assim é – e é mesmo –, o resultado, como síntese, vem antes das premissas ou, pelo menos, de uma delas. Eis por que Cordero a chamou de *lógica deforme*, em face d' *il primato dell'ipotesi sui fatti*. Isso, na aparência (mas é só aparência), ajudaria a investigação (quem sabe colocando o juiz mais próximo do fato), mas *sviluppa quadri mentali paranoide*, como diz o próprio Cordero. Por primário, ele não está querendo dizer que os juízes, em tais circunstâncias, são paranoicos; e sim que se desenvolvem quadros mentais semelhantes àqueles desenvolvidos pelos paranoicos, os quais acreditam serem reais as meras imagens que têm nas suas cabeças. Justo nesse lugar – quem sabe –, do ponto de vista subjetivo, está a grande invenção dos que projetaram o sistema inquisitório (gente que conhecia muito Aristóteles): partir do resultado, desde antes tendo capturado quem se encontra ali (naquele lugar); e mesmo que ele não queira ou não saiba. Em suma, faz-se assim porque se pensa; e basta. Isso, como é intuitivo, é diabólico (embora tenha nascido no seio da Igreja Católica); mas é genial, há de se reconhecer. Ora, fazer com que as pessoas façam o que ela quer, mas pensando que estão fazendo por si mesmas, em geral sem saber disso, além de uma evidente forma de manifestação de poder é, sem dúvida, genial. E talvez por isso dure tanto tempo, considerando-se a data de 1215 e o IV Concílio de Latrão, no qual se decidiu, em definitivo, pela Inquisição e suas bases.

Tudo somado, o lugar do juiz transcende em sua importância, não só porque é o lugar do poder – sobretudo de dizer o Direito: *iuris dictio* – mas em razão de que é necessário a ele reservar a possibilidade de decidir o menos possível em função de influências externas e que não dizem com o que importa ao caso concreto: os elementos probatórios devidamente arrecadados, isto é, dentro do devido processo legal e, portanto, do contraditório e ampla defesa.

Assim, o lugar do juiz no processo dos dois sistemas processuais penais (inquisitório e acusatório) dá a dimensão da importância que as partes têm neles. Para tanto há de se colocar o juiz em uma posição de órgão *superpartes*; e pensar nelas, as partes, nas devidas posições.

2. O lugar das partes

Antes de tudo é preciso que reste claro que o tema do lugar das partes deve ser pensado, em face da assunção, na Lei nº 13.964, de 24.12.19, da adoção, para o Brasil, da estrutura acusatória de processo penal. O art. 3º-A, trazido pela referida lei, não deixa dúvida: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investiga-

ção e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Tal preceito (suspensão por uma liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, do STF, nas ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, nos seguintes termos: “Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo *sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário”) anuncia, pela primeira vez na história, a adesão ao sistema acusatório e, ao mesmo tempo que fixa o lugar do juiz nas duas fases processuais, aponta para o lugar das partes como protagonistas daquilo que mais importa: *levar o conhecimento para o processo*. É possível dizer, então, que passam a ser elas as gestoras da prova.

Pensar nesse lugar implica aderir – quase como um *a priori* – ao sistema acusatório, abandonando o modelo de regência, isto é, aquele ligado ao sistema inquisitorial. Ora, desde 1500 o Brasil pensa o processo penal com a cabeça inquisitorial, de tal modo que disso ninguém escapa. Afinal, os pressupostos do saber de todos vinculam-se àquilo que conforma a estrutura inquisitorial, a qual estabeleceu uma mentalidade típica e, quiçá, uma cultura. *Pois é justo dela que é preciso se livrar para – sem amarras – navegar pela estrutura do processo do sistema acusatório*. Para tanto, é necessário fazer aquilo que Bachelard chamou de *corte epistemológico* (se assim fosse possível dizer) e, com ele, renegar um passado errado. O marco, por evidente, é a lei do Natal que, se vingar, deverá funcionar (espera-se) como o *corte* e, assim, cobrará pensamento e posturas ligadas ao novo modelo. Isso não é grave, porém; ao contrário, a adesão dará ao aderente a sensação não só de estar ao lado da lei (e da Constituição, sem dúvida, dado que o sistema acusatório é o que com ela é compatível), mas também o *gozo* de desfrutar – merecidamente – do novo.

Mudar, todavia, não é simples, mesmo que a lei fale expressamente ser de outra coisa que se trata. A tendência – um tanto normal – das pessoas é se agarrarem às suas verdades (já sabidas) e, com elas, tentarem ler o novo a partir do velho. São as chamadas interpretações retrospectivas. Elas – é preciso que se saiba – são perigosas; e podem implodir o novo sistema. Para tanto imaginar, basta pensar em um juiz que se negue a estudar e que siga fazendo tudo como sempre fez, contra a lei e a CR. Por óbvio que haveria controle, mas as artimanhas das estruturas exegéticas são de tal forma amplas que seria possível imaginar – também – ter-se, em alguns pontos, sérios problemas até se conseguir criar um certo padrão e uma nova mentalidade.

De outra parte, no processo do sistema acusatório, resta afastado o juiz da iniciativa probatória (quase que completamente), ficando redimensionado o lugar protagonista das partes. A elas é que cabe levar ao processo o conhecimento; e isso se dá pela prova.

O conhecimento (ou sua quantidade) feito prova, pode-se perceber, reclama uma nova mirada sobre a presunção de inocência e sobre o ônus da prova. Desde o lugar constitucional, a presunção de inocência força a acusação (MP ou querelante) a se desincumbir do ônus de provar o crime (ação típica, ilícita e culpável), sempre no devido processo legal, de modo que a condenação esteja para além de uma dúvida razoável. Perde expressão o discurso embusteiro da Verdade (e mesmo da verdade), típico do processo do sistema inquisitorial, usado ideologicamente para qualquer coisa. Se é assim, a acusação deve provar, para além da dúvida razoável, sob pena do réu ser absolvido por falta de provas, por conta do *in dubio pro reo*.

A questão não é simples, porém; e deve ser entendida em face do lugar ocupado pelas par-

tes. Afinal, falar em dúvida razoável é, antes de qualquer coisa, trabalhar com um conceito indeterminado que, embora tendo substrato, não é ele suficiente para garantir, por si só, um lugar de chegada para todos os sentidos oferecidos pelas interpretações. Logo, ele é realista, mas expressa aquilo que o intérprete diz, certo ou errado. Sendo assim, demandará, sempre, efetivo controle, diante do arsenal que se tem à disposição. Aqui, algumas preocupações são eminentes, dentre elas a que implica, sempre, uma interpretação que respeite os opostos, não se permitindo, por exemplo, que o branco se torne preto; muito menos se admitindo os contrários, como ocorre quando, por exemplo, usa-se um não quando se deveria usar um sim. O princípio da não contradição, de Aristóteles, por certo pode ajudar.

Como se percebe, resta evidente que sem o *ativismo* judicial, a acusação deva provar o crime para além da dúvida razoável, sob pena da presunção de inocência apontar para a sentença absolutória por falta de provas. Isso, pelo menos teoricamente, afasta da defesa o ônus da prova, justo porque a acusação deve provar o crime e a existência de dúvida razoável deixa claro isso não ter acontecido.

Mas, como salta à vista, não é conveniente à defesa se fiar na falta de prova em face a atividade da acusação. O padrão sendo a dúvida razoável, pode-se, *per faz et nefas*, condenar com o que se tem e, portanto, mesmo presente a dúvida, que se escamoteia com argumentos retóricos. Assim, a defesa deve carregar ao processo as provas necessárias, ainda que não tenha o ônus. É uma questão estratégica; e de cautela. Por exemplo: tendo que provar o crime, a acusação deve provar a ilicitude. Para fazer isso precisa demonstrar que não houve a excludente sustentada pela defesa. Com frequência, ela – a acusação – não faz isso de modo satisfatório e, desde modo, seria inevitável a absolvição. Na prática, contudo, nem sempre é assim; e não deve mudar no processo do sistema acusatório. Logo, a defesa, se tiver condições, deve produzir a prova de ter agido o réu v.g. em legítima defesa; ainda que não tenha o ônus, como precitado.

Da mesma maneira, o lugar das partes no processo do sistema acusatório cobra um redimensionamento da *publicidade*. Ela, como se sabe, pela transparência, deixa um espaço reduzido para o sigilo, o qual deve ser previsto taxativamente e, assim, amplia-se o *fair play*. Atos públicos e *publicizados* tendem a reprimir as escaramuças processuais e os truques pouco recomendáveis. Para tanto, é salutar que tudo seja filmado (como já possível hoje), dado que ninguém tem nada para esconder, ressalvado o que deve estar em sigilo, conforme preceitos expressos; e, mais, com anotação do tempo, do horário onde os eventos ocorrem, de modo a que possam ser facilmente encontráveis quando do imprescindível controle, a ser levado sempre a sério, o que significa dizer: os vídeos devem ser vistos e controlados. Tivesse isso ocorrido nas delações premiadas que se levou a efeito no Brasil até hoje seria difícil imaginar que alguma delas não fosse declarada nula. Ora, publicidade é garantia, mormente quando em disputa estão desiguais.

A *oralidade*, por seu turno, ainda que muito fosca na conformação dada pela Lei nº 13.964/19, é de vital importância no processo do sistema acusatório. Ela – sabe-se bem – opõe-se à *escritura*, mantida como regra do processo do sistema inquisitorial. Com a oralidade se ganha *celeridade*, o que ninguém desconhece no Brasil. A lei natalina, contudo, manteve a escritura, quicá ciente o legislador que não poderia imprimir uma mudança radical e que implicasse gastos anormais. De qualquer modo, é inevitável se caminhar na

sua direção, seguindo-se as reformas processuais da América Latina, a fim de que os atos do processo sejam realizados em audiências, o que dá uma nova cara para os procedimentos. Mas a oralidade vai além, descolando-se do arremedo que se tem hoje.

Com efeito, está em vigor o art. 28-A, da Lei nº 13.964/19, o qual, ainda que com problemas, assegura, nas hipóteses indicadas, o *acordo de não persecução*. Trata-se de um aparentado do *plea bargaining* norte-americano, no qual a oralidade tem seu domínio. Ele se dará, na hipótese concreta, se não for caso de arquivamento da investigação preliminar, logo, deve-se saber tudo sobre ele (o arquivamento), mesmo porque se pode ter que discutir a matéria. E isso é só o começo. Não se dispensará, da mesma forma, técnicas corretas de *bargaining*; e honestas. Aqui entra em jogo o *fair play*, o qual começa pela atuação do MP (que tem grande prestígio e importância no processo do sistema acusatório como instituição democrática) encarnando o Estado; e se expande para os defensores do réu e ele mesmo. Como tal, não lhes cabe nada fora da CR e da lei, sem embargo de se ter muito espaço para jogos hermenêuticos. O que vale, sobretudo, é a lealdade no acordar, mesmo porque ele, o acordo, deve ser “... necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime...”, nos termos do art. 28-A, *caput*. Ora, acordo por acordo, um por um, não se pode perder a chance de se tentar, por eles, fazer da sanção acordada uma oportunidade, se for o caso, para o sancionado se redimir e, assim, ganhar um outro caminho. Se isso vai acontecer, não se sabe, mas há de se tentar. Tal tentativa – é intuitivo –, não se dará se as posturas forem *punitivistas* e insuficientes para entender a complexidade da estrutura humana metida em algumas condutas. Enfim, órgãos do MP e advogados/defensores têm uma missão difícil.

3. O lugar dos Defensores Públicos

No processo do sistema acusatório, o princípio *dispositivo* rearranja o lugar das partes (como se vê nas regras da CR e princípios que regem a matéria), dando importância para todas as infrações penais que, noticiadas, são averiguadas como regra. Os registros – é bom prestar atenção nisso – são levados a um sistema interligado de computação e, assim, todos os indicados (para receber a comunicação dos registros) têm conhecimento deles. Tal atitude, hoje, é uma realidade em qualquer país; e não será diferente no Brasil.

Se é assim, ter-se-á um problema de enormes proporções, que se não resolverá com a seletividade costumeira das agências que hoje intervêm, não raro separando, já no momento da notícia do crime, o que deve seguir adiante ou não, começando com a própria realização do registro ou não. O volume de casos – sem dúvida - é de impossível investigação e processamento, embora, do ponto de vista legal (começando pelo CPP), tudo devesse ser registrado, investigado e processado até o trânsito em julgado, na forma da lei. Trata-se – não há como negar – de uma quimera. O grosso, portanto, pode ficar fora, mesmo se tratando de casos de importância concreta, como os homicídios. É só ver que já apareceu uma pesquisa – embora sem comprovação – que disse se ter em 10 notícias de homicídios, apenas 1 que chega a julgamento. Se isso é verdadeiro, trata-se da demonstração que o sistema, de fato, está à beira da falência; ou já faliu e falta tão só a declaração.

De outra banda, na estrutura do sistema acusatório, de regra é o MP que seleciona. E isso é possível, como consequência do princípio dispositivo (ou acusatório, como

enunciam alguns), porque vige a *discricionariade* da ação/acusação e a *disponibilidade* do conteúdo do processo. Faz sentido. Naquela, o MP tem o dever legal de investigar (onde lhe é possível) ou acompanhar a investigação e, depois, em face de previsão expressa (taxativa) da lei, pode, em alguns casos, não deduzir a acusação. O que varia, de país para país, é a *dimensão da discricionariade*: às vezes totalmente ampla, às vezes mitigada e aplicada a casos penais que se escolhe. A tendência, no Brasil, está ligada à segunda hipótese. Com isso, pode-se não ter investigação ou, se houver, não se ter ação/acusação. Quanto à *disponibilidade do conteúdo do processo*, diz ela com a possibilidade do MP retirar a acusação durante o andamento dele, algo que acontece, de regra, quando se perde (em face da avaliação do órgão) a prova que fundava a acusação e, sem ela, a tendência seria a decisão absolutória. Com isso, evita-se uma decisão de mérito (absolutória) e seu trânsito em julgado material, abrindo-se a eventual retomada do processo (ou da investigação) se novas provas – realmente novas – aparecerem. Como é sintomático, as decisões do MP, no caso, são de sua responsabilidade e, assim, demandam controle, inclusive da vítima, sempre na forma da lei.

A atuação da Defensoria Pública, em face das situações precitadas, é exponencial. Afinal, os casos penais não se resolvem na investigação, mas, sem dúvida, ali pode estar em gestação o acertamento deles, com consequências penais e outras. Por isso, em relação aos necessitados devem intervir, desde o primeiro momento possível, os defensores públicos, para esclarecer o jurídico dos fatos em apuração e tudo o que pode decorrer daquilo que se apura, o que é vital para todos mas imprescindível para quem possa ter, quiçá por falta de conhecimentos, seus direitos e garantias burlados, algo que se passa, de modo geral, com os mais necessitados. Só isso já seria suficiente para se entender a importância da Defensoria Pública e dos defensores.

A tendência, por sinal – como se tem visto pelo que se passou nas reformas processuais penais levadas a efeito na América Latina toda –, *é os defensores públicos dominarem a cena em razão do volume acentuado de casos nos quais participam*. Mas atenção: ausente o juiz do protagonismo do processo, amplia-se aquele do MP e da defesa técnica e, nela, a dos defensores públicos. *Protagonismo qualificado positivamente, porém, só se tem com qualidade técnica efetiva; muita qualidade técnica. E isso decorre – seria despidendo falar – de muito estudo e treinamento*. Ora, se o juiz não está em foco senão para controlar a constitucionalidade, convencionalidade e legalidade do que se faz, é preciso muita qualidade técnica dos protagonistas para que não sejam consumidos uns pelos outros. Eis, então, por que o MP deve ter bem presente o seu “lugar” e, apresentando o Estado, deve agir estritamente dentro lei, da ética e, portanto, sempre com *fair play*. Com os defensores públicos – e procuradores em geral – não é diferente. O lugar-comum – logo se pode notar – é a qualidade técnica.

Ela (a qualidade técnica) é imprescindível para que se possa definir os parâmetros do caso penal e as suas consequências, logo, as possibilidades que daí decorrem.

Para a Defensoria Pública (e o MP não seria diferente), tudo começa com um concurso público – em termos constitucionais – voltado para um grande rigor teórico e, agora, prático, o que não significa ser um mero manejo de petições. Afinal, com a estrutura marcada pela *oralidade* (eis o que mais chama a atenção), é necessário ter tudo (*rectio*, todo o co-

nhcimento necessário) na cabeça, à disposição, para ser utilizado nos debates, sobretudo no calor dos debates. Neles – normalmente nas audiências – não há duas possibilidades, logo, é saber ou saber. Portanto, superado um período de oralidade *imbroglione* (como se dá hoje), no qual, salvo no Júri, quase tudo se transforma em *escrita*, no processo do sistema acusatório (se vier como deve) não haverá opção, embora se tenha um preço a pagar se o necessário não estiver presente: a vergonha! De regra, um réu mal defendido (mormente se necessitado, mas não só eles) tem no juiz sua tábua de salvação (eis um aspecto do controle e que começa já com o Juiz das Garantias), o qual não podendo atuar como protagonista, pode excluir – dependendo das regras de vigência – o defensor/procurador por ineficiência. Imagine-se, então, a situação – se isso ocorre –, marcada por um lugar de extrema vergonha, não fosse, para os defensores públicos (quem sabe), motivo para um processo administrativo disciplinar. Uma coisa, sem embargo, é certa: o investigado ou réu não pode ser prejudicado por falta de uma defesa técnica concreta e de qualidade.

Tudo somado, a qualidade técnica é imprescindível e, tendendo a Defensoria Pública a comandar o *standard* dela (qualidade técnica) nas defesas, faz-se mister uma preparação constante desde o ingresso. Logo, o concurso deve ser tanto difícil (por isso) quanto responsável pelo nível que se deve ter, da mesma forma que o estudo e a preparação dos ingressados deve ser diuturna. Afinal, a tão sonhada *simétrica paridade entre as partes* só se tem ou pode ter se não houver diferença entre o nível técnico de quem acusa e de quem defende.

Já na investigação preliminar, com referido, o defensor público deve estar presente para delimitar os parâmetros jurídicos do caso penal e fixar estratégias de comportamentos e opções técnicas. Ora, é a partir dela, por exemplo, que se tem (algumas) bases que podem levar ao *plea bargaining*, hoje (pela Lei nº 13.964/19: art. 28-A, do CPP) dito *acordo de não persecução*. Eis uma realidade que parece não ter retorno, embora ainda que metida em um processo que se mantém inquisitorial, logo, muito desfigurada daquilo que deveria ser, mormente (ainda) sem o Juiz das Garantias. De qualquer forma, se está em vigor e sendo atuada (já com muitos defeitos e reclamações, na maioria da vezes por falta de experiência), o que devem os defensores públicos saber – e fazer – para, de tal instituto (se assim fosse possível falar), retirar o melhor para seus defendidos? Eis a questão; e que se não responde dizendo que devem se submeter ao poder (que não é o caso) do MP, muito menos ao jugo que alguns, por certo, tentarão. E assim o farão não só porque têm conhecimento técnico mas, também, porque têm habilidade no manejo (que estão paulatinamente adquirindo) da realização do acordo. O equilíbrio, no caso, é e deve ser técnico. Repita-se: é preciso saber tudo o que for preciso (tecnicamente falando) para estabelecer a tensão necessária – sempre com *fair play* – no momento de construir os acordos. Se não for assim, tende-se a trabalhar com fórmulas prontas, *prêt-à-porter*, não só aviltando a lei (que aponta para outra direção, em defesa do investigado/réu), mas também os interesses individuais singulares que se destacam nos casos penais concretos, de modo a serem únicos e, portanto, merecerem um tratamento compatível, sem generalizações. Nada disso acontecerá se à defesa (sobretudo aos defensores públicos) for apresentado um Termo de Acordo *padrão*, e ele for aceito como tal, quem sabe porque é mais simples, mais fácil, mais confortável, mais rápido, e assim por diante. Mais... para quem?

Como qualquer advogado que se preze, o defensor público, em vista do caso concreto e diante da estrutura objetiva e subjetiva que o cerca, demarca o jurídico e define estratégias

de ação que resultarão em situação melhor ao cliente. O acordo deve ser, o mais possível (porque não depende só dele, por evidente), fixado com base em tal avaliação. É isso que pode fazer da Defensoria Pública o órgão respeitado que deve ser, cumprindo o seu papel em favor dos mais necessitados; e balizando toda a advocacia. Afinal (como mínimo), terão muita prática, como tem acontecido na América Latina toda, porque ninguém tem um contingente de clientes capaz de ser comparado ao da Defensoria Pública.

A mesma coisa poderia ser dita sobre a atuação dos defensores públicos naquilo que está para além da investigação preliminar.

Pois bem. No processo do sistema acusatório os princípios, de um modo geral e, particularmente, aqueles da *publicidade*, *oralidade* e *celeridade*, informam a estruturação dos procedimentos. Em linha de regra, o procedimento impõe *audiências*, nas quais os atos são (todos, ou quase todos) praticados.

Elas podem ser tantas quantas sejam necessárias (para se decidir questões incidentes, por exemplo), mas, nos ritos espalhados pelos modelos da América Latina, em geral, vêm em uma tríplice estrutura: um audiência preliminar ou de formalização; uma audiência intermediária e, por fim, uma audiência de julgamento ou, como dizem os hispano-americanos *juicio oral*.

Na primeira, perante o Juiz das Garantias, decide-se sobre as questões que dizem com a abertura da investigação e, dentre elas, as que tocam com os direitos e garantias individuais. Delimitam-se os tempos para a investigação, mormente se houver cautelar de supressão da liberdade. Se o investigado estiver preso (flagrante), ela se dará, como regra, em vinte e quatro horas. O contato do investigado com o advogado/defensor é absolutamente necessário e garantido, de modo a que ele – investigado – possa ter, já antes da audiência, as informações suficientes para determinar seu comportamento, inclusive na direção de eventual *plea bargaining*, muito comum naquele momento. Neste caso, resta claro a importância da qualidade técnica: a orientação jurídica abrange um leque imenso de temas e opções, e vai desde como se comportar perante o juiz até por que aceitar um montante de pena no *plea bargaining*. E tudo oral, direito, sem intermediário. Como o escopo é proteger a ordem jurídica (o Direito posto), começando pela Constituição, não é salutar que se tenha muita dúvida. É certo, porém, que, sendo o objetivo de eventual acordo – no mais das vezes – não levar o investigado à prisão, tudo deve estar presente porque as consequências são graves, ainda que possam ser “melhores” que aquelas decorrentes de uma sentença penal condenatória de mérito. Por certo, então, que é grande a responsabilidade do advogado/defensor, mas nada de anormal se se pensa que, na situação que se estabelece, ter-se-á presente os meios de prova que se apresentam, pelos quais caminhará a avaliação jurídica. Ora, um advogado/defensor com o conhecimento necessário terá condições de avaliar se, em face da prova que se apresenta, será possível condenar (em eventual processo que se seguirá) e, assim, ajudará o investigado a decidir de formaliza o *plea bargaining* ou não. Com isso, é necessário ter presente que ele – o investigado – sairá condenado (nos termos que se formalizar), mas, em geral, irá embora junto com seu advogado/defensor. Não é por outro motivo que, como regra, nos países da América Latina, o acordo fez tanto sucesso e reduziu drasticamente o número de processos que chegam ao *juicio oral*. De todo modo, o legislador natalino (da Lei nº 13.964/19) foi tímido e, mes-

mo prevendo o Acordo de Não Persecução, não alterou substancialmente os ritos do CPP, logo, a audiência que se fará diz respeito à homologação de eventual acordo formulado. Assim, mesmo que reduzido o raio de alcance de tal audiência, é imprescindível o maior conhecimento técnico possível; e para todos.

Doutra banda, na audiência intermediária precitada, supondo a continuação das investigações – por primário –, o objetivo principal é o *juízo de admissibilidade da acusação*. Nela, o que se formaliza é a acusação. Seria, na tradição brasileira, a apresentação da denúncia ou da queixa, com a decisão do juiz (ainda o Juiz das Garantias) sobre recepção ou rejeição; além de outros pedidos que podem ser formulados e, dentre eles, aqueles referentes a medidas cautelares. Pode-se, assim, imaginar o leque imenso de matéria técnica que diz respeito ao conteúdo da audiência, começando por aquela referente à acusação/ação e suas condicionantes, às cautelares e, muito importante, um certo “saneamento” do processo, a fim de que não vá ao julgamento de mérito (*juicio oral*) senão um caso penal delimitado e a prova sem qualquer vício. É naquele momento, também, que o Juiz das Garantias marca dia e hora para a audiência de julgamento (*juicio oral*), o que, comumente, ocorre em breve lapso de tempo. Este acanhado perfil (que mereceria ser mais largo) serve, não obstante, para mostrar o quanto a *oralidade* cobra dos protagonistas em qualidade técnica. E não é pouco. Por sinal, faz-se mister entender a extensão de um *contraditório prévio* e, mais, a matéria (específica) nele discutida, ou seja, por que a acusação/ação é ou não é procedente, sempre em face das condicionantes, ou seja, aquelas do processo penal.

Por fim, na audiência de julgamento (*juicio oral*), um colegiado (de primeira instância) de três juízes (no qual não pode participar o Juiz das Garantias) decide sobre o mérito do caso penal. Não têm tais juízes nenhum contato prévio com a prova (como material de conhecimento do caso penal) que será apresentada no crivo do contraditório. De regra, as partes apresentam as suas provas e discutem (em alegações orais), além de eventuais questões processuais ocorridas depois da audiência intermediária, o caso penal e, com ele, o crime, decidindo-se (com sentença), depois, na mesma audiência ou em outra, conforme o procedimento. Isso basta para se poder perceber a extensão do conhecimento técnico necessário a fim de se atuar como se deve em face da oralidade. Não é pouco, mas não é inumano, justo porque não escapa dos limites do conhecimento técnico padrão, mormente em face do DP e DPP. *Mutatis mutadis*, seria como uma sessão do Tribunal de Júri no atual processo penal, reformulada a arquitetura da sala de julgamento, a ser imaginada pelo lugar da Corte (dos três juízes) na parte frontal e, diante dela, acusação e defesa, sempre lado a lado; e sem os jurados, por óbvio. Nesse julgamento, as partes já têm conhecimento do que será apresentado, de regra, à Corte e, portanto, têm condições de se preparar, inclusive estrategicamente, não só aprofundando a matéria estrita da técnica como, também, os modos de melhor colher a prova. O vital, porém, é todos darem-se conta de que a qualidade técnica é indispensável, mormente aos defensores públicos que, como antes referido, tendem a funcionar como os balizadores da qualidade das defesas, em razão do volume de processos penais nos quais participam e participarão.

Em um mundo comandado pelo modelo neoliberal, não é simples exigir de um órgão público como a Defensoria Pública que tenha olhos para investimentos em estudos e preparação diuturna dos seus defensores. Sim, não é simples, mas é necessário. A DP, como se

sabe, nos olhos dos neoliberais (principalmente dos políticos neoliberais), ao invés de dar lucro (eis o balizador da eficiência, princípio reitor dele), dá sempre prejuízo. Essa gente, sem pudor, lembra-se dos necessitados tão só no momento de seduzir para o voto nas eleições. Isso causa náusea, ainda mais quando se pensa em um país do terceiro mundo.

Sem embargo dessa realidade terrível, não há por que desistir de se fazer a coisa certa, sempre conforme a CR que, em seu art. 3º, para não deixar dúvida, estabelece como um dos objetivos fundamentais da República, em seu inciso III, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, tudo porque é seu fundamento, conforme o art. 1º, II e III, “a cidadania” e “a dignidade da pessoa humana”.

ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

NON-PERSECUTION AGREEMENTS: CHALLENGES AND PERSPECTIVES

Ana Paula Guimarães de Paula

*Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás
Assessora no Gabinete da Superintendência Geral do CADE
anaguimaraesdepaula@gmail.com*

Luísa Campos Faria

*Graduada em Direito pela Universidade de Brasília
Analista de Políticas e Indústria II da CNI
luisacamposf@gmail.com*

RESUMO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o chamado Acordo de Não Persecução Cível. Trata-se de nova previsão inserida na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/94) que revoga a proibição de acordo, transação ou conciliação nas ações respectivas. Nesse sentido, o presente artigo joga luz a uma série de Imbróglis envolvendo o gênero dos Acordos Decisórios, bem como as soluções que têm sido apresentadas para resolvê-los. A pertinência do debate justifica-se pela necessidade de garantia de maior segurança jurídica na utilização desses instrumentos, bem como em seu adequado aproveitamento para a proteção da própria Administração Pública.

Palavras-chave: Acordos Decisórios. Acordo Leniência. Lei Anticrime. Acordo de não persecução cível.

ABSTRACT

The Law No. 13.964 / 2017, known as the Anti-Crime Package, brought important innovations to the Brazilian legal system, with emphasis on the so-called Civil Non-Persecution Agreement. This is a new provision included in the Administrative Improbability Law (Law No. 8,429 / 94) that revokes the prohibition on agreements, transactions or reconciliation in improbity's actions. In this sense, this article addresses a series of imbroglis involving the category Decision Agreements as well as the solutions that have been presented to resolve them. The relevance of the debate is justified by the need to guarantee greater legal certainty in the use of these instruments, as well as in their adequate use for the protection of the Public Administration itself.

Keywords: Decision Agreements. Leniency Agreement. Anticrime Law. Civil Non-Pursuit Agreement.

Dara de submissão: 10/07/2020

Data de aceitação: 06/10/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. A QUESTÃO DOS ACORDOS DECISÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO 1.1 O que são Acordos Decisórios 1.2 A posição do Supremo Tribunal Federal 1.3 O acordo de não persecução na ação de improbidade 2. ACORDOS DECISÓRIOS PARA A TUTELA DE BENS JURÍDICOS ATINENTES À ADMINISTRAÇÃO 2.1 Multiplicidade de bens jurídicos tutelados 2.2 Amplitude do controle. 2.3 Desafios específicos na execução de acordos de não persecução cível CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, inserindo alterações substanciais no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Improbidade Administrativa. Nesta última, a novidade foi a revogação da norma que expressamente vedava a realização de acordo, transação ou conciliação nas ações de improbidade, colocando em seu lugar autorização legal para a realização do Acordo de Não Persecução Cível.

Essa importante alteração traz à luz a necessidade de discussão sobre a utilização de Acordos Decisórios no Direito Brasileiro, que já foi alçada ao debate em nível constitucional, com o início de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de conjunto de mandados de segurança que tratam da competência para aplicação de sanções por diferentes autoridades em relação a condutas que já sejam objeto de Acordos com a Administração.

Reconhece-se, pois, uma tendência à proliferação de diferentes espécies desses Acordos, atraindo inclusive a competência da Defensoria Pública para sua celebração. Isso se confirma pelo precedente firmado pelo STF na ADI 3.943/DF, em que restou assentada a legitimidade da atuação dessa instituição em defesa de direitos individuais relativos não só aos hipossuficientes econômicos, mas, de forma mais ampla, aos hipossuficientes jurídicos¹.

Tais elementos pintam um cenário de urgência para a discussão dos desafios que ainda cercam e atravancam a realização desses Acordos. Neste trabalho, escolhemos como recorte a aplicação de modalidade específica de Acordo Decisório – o Acordo de Não Persecução Cível - para a repressão de infrações em detrimento da Administração. Esse enfoque se justifica a partir da importância que a proteção da coisa pública representa na construção de regimes republicanos democráticos.

Nesse contexto, a primeira parte do artigo traça o panorama atual da utilização dos Acordos Decisórios no Direito Brasileiro, com o detalhamento da modalidade inserida em nosso ordenamento pelo pacote anticrime, além de apresentar as linhas de interpretação

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF** Relatora: Cármen Lúcia, em 07/05/2015, DJe-154 em 06/08/2015.

que têm sido privilegiadas pelo STF no debate sobre esse tema.

Na segunda seção, o objetivo é apresentar os desafios que ainda se colocam para a realização desses Acordos para a repressão a infrações que tenham como sujeito passivo a Administração Pública. Para tanto, destacamos os atributos relacionados às noções de Administração e Interesse Público que acrescentam um maior nível de complexidade à implementação desses acordos. A seguir, são apresentados os principais obstáculos para a celebração de Acordos de Não Persecução Cível e as soluções que tem sido apresentadas por atos normativos dos legitimados à celebração dos Acordos.

A conclusão destaca que nosso ordenamento não comporta uma solução ideal, capaz de neutralizar todos os obstáculos que cercam a realização do Acordo de Não Persecução Cível. Não obstante, pensar em formas de amenizar eventuais conflitos é medida urgente e necessária para que esse instrumento, e os Acordos Decisórios em geral, não restem relegados ao plano de meros apetrechos de gestão de interesses privados, impedindo que o Poder Público se beneficie das vantagens associadas a celebração desse tipo de negócio jurídico.

1. A QUESTÃO DOS ACORDOS DECISÓRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

Os Acordos Decisórios são hoje importante instrumento da chamada justiça consensual –modelo de justiça que vem ganhando cada vez mais espaço no ordenamento brasileiro, tendo sido amplamente adotado pelo Código de Processo Civil de 2015².

Seu surgimento está inicialmente ligado a atuação regulatória do Estado que, reclamado a intervir em setores de alta complexidade técnica, necessitou estabelecer formas de aplicação de sanções e regulação setorial diferentes das sanções tradicionais conhecidas no âmbito do direito administrativo sancionador. Cita-se, a esse exemplo, o caso dos Acordos de Leniência Antitruste, previstos na Lei nº 12.529/2011 que foram idealizados como um meio para viabilizar investigações sobre infrações contra a ordem econômica, cuja obtenção de provas, dificilmente, seria possível a partir de esforços unilaterais do Poder Público.

Ocorre que a utilização desses instrumentos não ficou circunscrita a essa atuação regulatória. Assim é que os Acordos Decisórios passaram também a ser utilizados como forma de resolução de conflitos em que o modelo tradicional de jurisdição não se mostrava capaz de, adequadamente, oferecer solução aos interesses envolvidos.

² O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) no §3º de seu art. 3º traz que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”. Além disso, estabelece o art. 344 que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”, tornando obrigatória a realização da audiência antes do julgamento do feito, que só deverá ser dispensada, nos termos do CPC de 2015, caso ambas as partes em petição inicial e contrarrazões se manifestem pela não realização da audiência.

É o caso da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pelos legitimados em caso de dano ambiental, visto que a atuação judicial clássica – com a instauração do processo para conhecimento, prolação de sentença condenatória e posterior fase de execução – poderia ser incompatível com a necessidade de recuperação tempestiva de recursos naturais ou mesmo a prestação de atividades materiais – execução específica – de certas obrigações impostas ao compromitente.

A possibilidade de utilização desses instrumentos atende a diversos objetivos, tais como maior celeridade na resolução de litígios administrativos e judiciais; maior efetividade na aplicação de sanções aos particulares; maior nível de legitimidade na atuação do Estado.

É nesse contexto de escalada de importância e de utilização desses negócios jurídicos em nosso direito que enfrentaremos nas sessões seguintes questões como o que se entende por acordos decisórios e como, atualmente, se posiciona nossa Corte Constitucional quanto a aplicação desses métodos.

1.1 O que são os Acordos Decisórios?

Entendemos por Acordos Decisórios os instrumentos consensuais e negociais ofertados pelo Poder Público para que particulares – pessoas físicas e/ou jurídicas - que infrinjam o ordenamento possam voltar à conformidade, com a aplicação de sanções em detrimento da conduta irregular acompanhada da disponibilização de determinados incentivos à colaboração do particular.

Entendida a categoria de Acordos Decisórios como um gênero, é possível identificar pelo menos 05 (cinco) espécies previstas em nosso ordenamento: Acordo de Leniência Antitruste, instituído por meio da Lei nº 12.529/2011; Acordo de Leniência Anticorrupção, instituído por meio da Lei nº 12.846/2013; Acordo de Leniência Penal, cuja previsão normativa encontra-se nas leis que estabelecem as competências do Ministério Público, a partir de uma interpretação sistemática das funções constitucionais do órgão; Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, instituído pela Lei nº 13.506/2017, destinado aos crimes financeiros e cuja celebração compete ao Banco Central (BACEN) e ao Conselho de Valores Monetários (CVM); Acordo de Não Persecução Cível, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 na Lei de Improbidade Administrativa e cuja competência para celebração é da Fazenda Pública e/ou do Ministério Público.

Destaque-se que, por serem instrumentos relativamente novos em nosso ordenamento, ainda não existe uma sistematização doutrinária ou jurisprudencial consolidadas quanto ao conceito e modalidades desses instrumentos. Essa falta de sistematização e arcabouço teórico é ainda um dos desafios que se impõem à utilização mais ampla desses institutos, como se verá adiante.

1.2 A posição do Supremo Tribunal Federal

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2020, começou o julgamento conjunto de quatro Mandados de Segurança³ que questionam a possibilidade de aplicação de determinadas sanções por parte do TCU – mais precisamente, a aplicação de declaração de inidoneidade a empresas punidas por fraudes licitatórias referentes às obras da Usina de Angra III. A particularidade do caso reside no fato de que as empresas já haviam firmado Acordos de Leniência com outras instituições, como MPF, AGU, CADE, CGU.

Embora o julgamento, quando da redação deste trabalho, ainda não tenha obtido um desfecho, o voto exarado pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, jogou luz a uma série de problemas decorrentes da ausência de coordenação entre os diversos agentes e órgãos públicos, além de trazer uma visão propositiva da matéria.

Para o Relator, um primeiro ponto de atenção é quanto ao fato de que algumas modalidades de Acordos Decisórios são instrumentos importantes e estratégicos no que concerne a descoberta, dismantelamento e punição de infrações contra bens jurídicos de titularidade difusa – caso da ordem econômica, da coletividade de consumerista, do meio ambiente, entre outros.

No voto, o Relator utiliza como exemplo os Acordos de Leniência para infrações contra a ordem econômica, tecendo considerações aplicáveis a todas as espécies de Acordos Decisórios. Nesse cenário, quando falamos de condutas colusivas – como é o caso de cartéis e fraudes à licitação e cartel, por se tratarem de infrações de difícil descoberta e comprovação de materialidade, muitas vezes os crimes só são punidos por meio da realização deste tipo de acordo.

Para que tais institutos funcionem, o Estado oferece prêmios e regalias para que consiga punir condutas que, de outro modo, não seriam passíveis de descoberta. Espera-se a partir de programas de leniência e através do fechamento deste tipo de acordo que um dos autores da conduta confesse sua participação no ilícito e, com isso, as autoridades responsáveis possam iniciar a investigação relativa a outros agentes, dismantelar o esquema e punir todos os envolvidos devidamente.

Ainda utilizando o exemplo dos Acordos de Leniência, primordial entender, no entanto, que não há porque uma empresa confessar participação num ilícito se esta for receber as mesmas punições aplicáveis às demais participantes da infração. Tampouco é vantajoso a uma empresa entregar-se quando não é possível mensurar as todas possíveis perdas a serem sofridas, de maneira com que permanecer vulnerável à aplicação de penalidades por entes diversos traz um aspecto de insegurança jurídica e dificulta a realização dos acordos.

Assim, de forma análoga ao que ocorre num contrato, a empresa compromete-se em colaborar com o Poder Público, ao passo que este mantém a suspensão circunstancial condicionada das sanções aplicáveis. Em algumas hipóteses, a suspensão das sanções torna-se condição de cumprimento do próprio acordo de colaboração.

Ocorre que, pelo modo como atualmente estão estruturados os Acordos Decisórios no

³ MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526

país, mesmo que a empresa consiga negociar e fechar acordo com um órgão, esta pode se tornar vulnerável à ação de diversos outros, que, inclusive poderão dispor de provas capazes de condená-las, advindas do intercâmbio de documentos com órgão no qual o acordo decisório foi fechado.

Neste contexto, identifica-se uma falha na disciplina atual dos Acordos Decisórios: a dificuldade em garantir segurança jurídica mínima aos particulares para a celebração de tais negócios jurídicos em um contexto de variadas espécies de Acordos e múltiplas autoridades competentes. Isso tudo para evitar que os interessados na realização de Acordos Decisórios não sejam prejudicadas pela multiplicidade dos instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que esvaziaria a utilidade desses importantes instrumentos.

No caso em julgamento pelo STF, o voto do relator sustenta que, em nosso ordenamento, o regime de responsabilização das pessoas jurídicas é duplo, de modo que os atos lesivos à Administração Pública definidos no art. 5º da Lei nº 12.843/2013 podem ensejar (i) responsabilidade administrativa (nos termos dos Capítulos III e IV da mesma lei, exercido pela CGU), e (ii) responsabilidade judicial (nos termos do Capítulo VI, os múltiplos regimes de responsabilização judicial podem ser exercidos por meio da AGU).

Ainda para a hipótese específica trazida a julgamento pelo STF, sustenta-se que a penalização que pode ser exercida pelo TCU advém da Lei nº 8.443/1992, e em tese continuaria válida ainda que os mesmos fatos tenham sido objeto de acordo com a CGU ou a AGU, nos termos da Lei nº 12.843/2013. O que o voto do relator observou, desta feita, é que os ilícitos admitidos à CGU e à AGU e os fatos que constituem o objeto da apuração feita a título de Controle Externo pelo TCU são os mesmos, o que gera um debate acerca não apenas da ocorrência de *bis in idem*, mas que, pior que isso, coloca em cheque a efetividade do programa de leniência aderido pelas empresas.

Tal ameaça resulta justamente da ausência de coordenação entre os regimes de responsabilidade cível e administrativa, e a multiplicidade dos instrumentos existentes em cada uma destas searas. Segundo asseverou o Ministro, a lógica do modelo de justiça negocial seria de instituir um rígido regime de colaboração, e conquanto uma parte se compromete com o fornecimento de provas necessárias à punição de outros agentes, a outra parte, constituída pelo Poder Público deve se ater às punições negociadas, de modo com que, ainda, seja garantido às partes a possibilidade de pagamento das penas pecuniárias acordadas. De acordo com o Ministro, no entanto, a declaração de inidoneidade poderia comprometer a possibilidade de que a empresa pudesse honrar com o pagamento acordado.

Assim, embora a sanção de inidoneidade pudesse ser imposta pelo TCU, nos termos da Lei nº 8.443/1992, a aplicação desta sanção resultaria em verdadeira ineficácia da cláusula do Acordo firmado que mitiga as sanções administrativas, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei nº 12.846/2013, pois os efeitos práticos para a empresa ora signatária do acordo seriam os mesmos. Nesse contexto, embora a celebração do Acordo com outros órgãos (CGU e AGU no caso analisado) não obste a apuração pelos mesmos fatos por parte do TCU, as sanções devem sempre levar em conta os impactos possíveis nos acordos já efetuados com a Administração.

Fato é que o problema relativo á multiplicidade de Acordos Decisórios, e que também

vulnera a novel modalidade do Acordo de Não Persecução Cível, há muito tem ameaçado⁴ a efetividade dos programas que visam mitigar punições em troca de informações que permitam a aplicação de sanções a outros agentes bem como o dismantelamento de condutas que possam ser danosas à Administração Pública e à Ordem Econômica, de maneira que, em não havendo uma coordenação entre os agentes, é bastante feliz que o judiciário possa, por meio de tais análises, traçar os limites de atuação destes órgãos, que possuem competências distintas, mas que nestes casos aparentemente encontram-se sobrepostos.

Em síntese, o que a Corte Constitucional sinaliza nesse julgamento é a preocupação que nosso ordenamento deve ter com a garantia de transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos administrados acerca dos possíveis resultados advindos da celebração de Acordos Decisórios. Trata-se de passo necessário para que a Administração Pública e os jurisdicionados possam, cada vez mais, se beneficiar dos programas e colaborações fechados nos mais diversos órgãos.

É importante se atentar para todos os imbróglios judiciais advindos dos Acordos de Leniência porque estes, mais antigos que o recém instituído Acordo de Não Persecução Cível, já tiveram tempo para que pudessem ser objeto de análise pelos Tribunais. Nesse sentido, é bastante provável que os problemas e as inseguranças jurídicas relativas aos demais Acordos Decisórios tenham soluções que sirvam de farol às complicações que possam surgir quando da realização de Acordos de Não Persecução Cível. A seção seguinte destina-se, nesse contexto, a apresentar as particularidades desse novo instituto.

1.3 O acordo de não persecução na ação de improbidade

A Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) representou um giro paradigmático para a interpretação e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Isso porque, antes da mudança legislativa, a lei impedia a realização de quaisquer acordos na ação civil pública que tratasse de improbidade⁵.

Para entender essa mudança, vale traçar uma breve evolução de diversas leis penais instituíram a possibilidade de realização de acordo em crimes de menor potencial ofensivo. É o caso da Lei nº 9.099/95, que instituiu a possibilidade de realização de transação penal; em sentido semelhante, a Lei nº 12.850/2013, a Lei de Organizações Criminosas, prevê a possibilidade de realização de um acordo de colaboração premiada, que ao atingir requisitos mínimos poderia afastar a aplicação de pena; posteriormente, a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que prevê a realização de Acordos de Leniência com relação a atos contra a administração pública; mais recentemente, em 2018, com a inclusão por meio da

⁴ Um caso bastante emblemático diz respeito ao Acordo de Leniência da empresa holandesa SBM Offshore, que, quando inicialmente celebrado junto à CGU previa a “quitação integral quanto aos prejuízos”. Tal cláusula, porém, não foi aceita pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF nem pelo TCU, de maneira com que a empresa precisou reiniciar as negociações. A empresa terminou por ressarcir o erário em cerca de R\$ 1,2 bilhão, sem que fosse concedida a garantia da quitação integral.

⁵ Ate a edição da Lei nº 13.964/2019, o art. 17 da Lei de Improbidade, em seu art. 1º estabelecia ser “[...] vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Lei nº 13.655/2018 do novo art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), qualquer prerrogativa pública poderia ser objeto de resolução consensual.

Mencione-se que antes da edição do Pacote Anticrime, o Conselho Nacional do Ministério Público tentou resolver a questão da realização de transações em ações de improbidade por meio de uma resolução. Trata-se da Resolução nº 179/2017 que permitia a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em processos de improbidade. Além desse instrumento, havia outros meios consensuais de resolução de conflito – como os termos de ajustamento de gestão (TAG) e os Acordos Substitutivos (AS) -, fundados no próprio texto constitucional que assegura a solução pacífica das controvérsias como valor fundante da república (Constituição, preâmbulo), além de princípio que rege a atuação do Brasil nas relações internacionais (Constituição, art. 4º, inciso VII).

É na confluência dessa evolução histórica e legislativa que o Pacote Anticrime insere em nosso direito o Acordo de Não Persecução Cível. Tal acordo tem como intuito impedir o início ou a continuidade de uma ação de improbidade desde que sejam firmados alguns compromissos ante a Administração (diretamente com a Fazenda Pública interessada ou com o Ministério Público), garantindo por meio da aplicação de sanções mitigadas que essas sejam mais efetivas, conquanto são consensuais.

De Natureza Jurídica bifronte, reunindo características intrínsecas tanto à Colaboração Premiada quanto aos Termos de Ajustamento de Conduta, abarca desse modo tanto questões relativas às negociações de sanções e ilícitos, versando, portanto, acerca de aspectos eminentemente materiais, quanto produz efeitos que estabilizam relações processuais, impedindo o início ou curso de ações. Há autores que, de modo a tentar diferenciar o Acordo de Não Persecução da Leniência, chegam a afirmar que quando celebrado na esfera administrativa, receberia a nomenclatura de Acordo de Leniência, mas quando celebrado em juízo, receberia a nomenclatura de Acordo de Não Persecução Cível⁶

Apresentada essa definição de cunho mais doutrinário, alguns aspectos do Acordo de Não Persecução Cível merecem análise destacada, a saber: (i) a para a legitimidade ativa; (ii) momento de realização; (iii) sujeitos que podem ser beneficiados.

Quanto à legitimidade ativa, não há previsão expressa de quem seria a entidade competente para a celebração desses Acordos, de modo que a interpretação mais razoável parece ser aquela que estende à pessoa jurídica interessada - ou seja, aquela lesada pela prática - e ao Ministério Público a prerrogativa para tanto, já que ambos os sujeitos possuem legitimidade para a propositura dessas demandas. Já aqui nota-se um campo fértil para conflitos no caso de ausência de consenso das autoridades quanto à realização de determinado acordo. Desse modo, uma das perguntas que será enfrentada pelo trabalho é justamente quanto à necessidade de concordância dos dois legitimados para a consecução do Acordo de Não Persecução Cível.

Em relação ao momento de realização, o Acordo de Não Persecução Cível, conforme es-

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. “Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial”. 2020.

tatuído, pode ser fechado tanto em etapas judiciais quanto em etapas extrajudiciais – ou seja, tanto no curso da ação quanto no curso de inquéritos cível, penal ou administrativo. De acordo com Luciano Ferraz⁷, passada a contestação, incluindo quando a ação se encontrar em grau de recurso ou na etapa do cumprimento de sentença, as partes legítimas poderão fazer uso de outros instrumentos, tais como os termos de ajustamento de conduta (art. 5, § 6º da Lei nº 7.347/85), os acordos substitutivos (art. 26 da LINDB) ou, ainda, os compromissos processuais (art. 27 da LINDB).

O último elemento destacado diz respeito aos sujeitos que podem se beneficiar desses Acordos, matéria expressamente tratada na nova redação dada à Lei nº 8.429/92, tem-se que os Acordos de Não Persecução poderiam tanto ser firmados por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas.

Em síntese, tratando-se de instituto novo, certo é que muitas dúvidas acerca de sua aplicação devem surgir, a se somarem aos não poucos problemas que já cercam a aplicação dos Acordos Decisórios, de forma geral, em nosso ordenamento. As seções seguintes deste trabalho buscarão enfrentar as problemáticas já apresentadas, assim como outras questões específicas, atinentes à celebração do Acordo de Não Persecução Cível.

2. ACORDOS DECISÓRIOS PARA A TUTELA DE BENS JURÍDICOS ATINENTES À ADMINISTRAÇÃO

De acordo com o conceito sugerido na primeira parte deste trabalho, entendemos por Acordos Decisórios os instrumentos consensuais e negociais ofertados pelo Poder Público para que particulares – pessoas físicas e/ou jurídicas - que infrinjam o ordenamento possam voltar à conformidade, com a aplicação de sanções em detrimento da conduta irregular acompanhada da disponibilização de determinados incentivos à colaboração do particular.

Tais acordos têm especial aplicação no campo da atividade regulatória do Estado, voltada ao controle de setores altamente técnicos e complexos⁸. Nesses casos, a infração cometida pelo particular poderá ter como bem jurídico violado tanto interesses públicos quanto interesses privados. Um exemplo torna a questão mais clara: a Lei nº 7.437/1985 permite aos “órgãos públicos legitimados” (art. 5º, § 6º) tomar dos interessados “compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações”. Trata-se de um exemplo típico de Acordo Decisório, nesse caso, voltado à tutela dos bens previstos no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, genericamente referidos como todo e qualquer direito ou interesse coletivo (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, *ex vi* do art. 81 do CDC).

A violação a esses direitos coletivos pode lesar um interesse estritamente particular, como na

⁷ FERRAZ, Luciano. “Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio”. 2020.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 2020, p. 555.

hipótese de uma coletividade de consumidores prejudicada pela colocação no mercado de um produto com publicidade enganosa. Nessa situação, a celebração do TAC não envolveria a proteção a um interesse público, tomada essa expressão em seu sentido mais estrito.

Situação diferente seria a realização de um TAC com um particular que deprecou um bem tombado ou com um ente municipal que não esteja oferecendo adequadamente um serviço público de sua competência. Nesses dois exemplos temos, com diferentes gradações, acordos que tratam diretamente de interesses públicos, ou seja, acordos que tutelam a Proteção da Administração Pública.

É justamente quando utilizados para a tutela da Coisa Pública – ou seja, quando a infração cometida pelo particular tem como vítima a Administração Pública - que a aplicação dos Acordos Decisórios encontra seus maiores desafios, especialmente em face de três aspectos: (i) a multiplicidade de bens jurídicos tutelados; e (ii) a amplitude do controle exercido sobre a Administração; (iii) a noção de indisponibilidade do interesse público.

2.1 Multiplicidade de bens jurídicos protegidos

O primeiro elemento destacado foi abordado pelo STF no julgamento, ainda não finalizado, de um conjunto de Mandados de Segurança que questionam a possibilidade de aplicação de penalidade pelo TCU a conduta que já é objeto de acordo de leniência firmada entre o particular e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Na ocasião, a Corte Suprema reafirmou a competência do Tribunal de Contas, reconhecendo que cada uma das entidades possui seara de atuação própria, vocacionada a proteção de bens jurídicos diversos.

Com efeito, quando falamos em prejuízo à Administração Pública referimo-nos a violação de mais de um bem jurídico. Basta resgatar aqui a tradicional diferenciação, feita na doutrina administrativa, entre interesse público primário – que consubstancia a satisfação de interesses coletivos – e interesse público secundário – que tutela o interesse do Estado enquanto sujeito de direitos e obrigações, especialmente em sua dimensão pecuniária⁹.

Essas duas dimensões são apenas o ponto de partida para o reconhecimento dos inúmeros interesses que são violados quando se praticam infrações em detrimento da Máquina Pública. A verdade é que a própria noção de interesse público, um conceito jurídico indeterminado, está sempre sujeita a novas interpretações, o que amplia o espectro de situações que se caracterizam como violação ao interesse da Administração.

Em síntese do tema, Rafael Oliveira¹⁰ afirma:

(...) em verdade, nunca existiram um único “interesse público” tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 2020, p. 47.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 2020, p. 49.

diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).

Neste ponto, um exemplo prático ajuda a entender: quando um grupo de particulares combina preços para propostas em determinado procedimento licitatório e subornam um agente da entidade pública licitante para serem favorecidos no certame, é possível vislumbrar dano a pelo três bem jurídicos: à ordem econômica, em razão da prática de cartel; à probidade administrativa, diante da frustração à lisura da licitação; e à integridade da Administração, em razão da prática de corrupção. Isso sem mencionar a repercussão penal das condutas.

Cada um desses bens, no modelo organizatório dos Poderes Republicanos disposto pelo Constituinte de 88, está inserido na competência de uma (ou mais de uma) entidade diversa, daí os imbróglis envolvendo a competência para a celebração de Acordos Decisórios e a discussão quanto a imposição de penalidades ao agente por condutas que já sejam objeto de leniência com a Administração.

Isso porque o bem jurídico tutelado no âmbito da atuação de uma agência reguladora como o CADE, a saber, a integridade da ordem econômica, não é o mesmo tutelado pelo Tribunal de Contas, incumbido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, que, por sua vez, também é diverso da tutela da probidade da administração, promovida no âmbito do Ministério Público.

A Administração Pública guarda em seu seio um imbricado arranjo de valores e bens jurídicos, de modo que, dificilmente, a violação a um deles poderá ser isolada, sem repercussão em outros bens. E é nesse reduto de bens e interesses tangentes e inter-relacionados que deve atuar a autoridade competente para a pactuação de acordos decisórios. Trata-se de terreno fértil para o surgimento de conflitos, tais como, a definição de competências de atuação, a coordenação entre as penas aplicadas, o compartilhamento de provas e a organização da atividade investigativa.

Nesse contexto, ainda se eleva como enorme desafio para a implementação dos acordos decisórios em infrações cometidas contra a Administração a necessidade de coordenação entre as autoridades competentes, sob pena de descrédito e inefetividade desses instrumentos quando utilizados para a repressão de infrações em desfavor da coisa pública.

2.2 Amplitude do controle

O segundo aspecto que dificulta a realização dos Acordos Decisórios em infrações contra a Administração apresenta-se como espécie de desdobramento do primeiro elemento

trazido: em razão da multiplicidade de bens jurídicos que compõem a coisa pública, há diversas espécies de controle sobre esses interesses.

Em acréscimo a essa perspectiva, devemos mencionar também que a amplitude do controle sobre o Poder Público deve-se ainda ao regime democrático preconizado pela nossa Constituição, que impõe como dever inafastável a transparência na condução dos assuntos do Estado.

Com efeito, nosso ordenamento comporta diversos tipos de controle sobre a Administração: controle interno, controle externo, controle social e controle jurisdicional, para citar apenas algumas modalidades. A diversidade nas formas de controle é corolário do princípio republicano, que repousa, dentre outros, sobre o fundamento do ‘inconformismo social com a impunidade dos agentes públicos’ e da ‘ideia de responsabilidade dos governantes’¹¹.

Com efeito, conforme assente na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, o núcleo essencial de nosso Estado é composto por três princípios: o democrático, o federativo e o republicano. A preservação desse núcleo duro exige a presença de três elementos: a eletividade dos governantes, a temporariedade dos mandatos e a Direito Constitucional e a responsabilidade dos agentes públicos¹².

Ocorre que a responsabilidade dos agentes públicos só se concretiza quando há controle sobre a atividade administrativa, com vigilância sobre os atos públicos e previsão de hipóteses de responsabilidade. Nesse toar, a amplitude das formas de controle estipulada pelo Constituinte de 1988 não é senão uma estratégia para conferir a maior eficácia possível ao princípio republicano.

Sem prejuízo desse preceito fundamental à ideia de Estado Democrático de Direito, também a amplitude do controle sobre a Administração deve ser equacionada de modo a não representar obstáculo a implementação de medidas consensuais e participativas na repressão aos ilícitos praticados contra o Poder Público.

Defender o contrário é fechar as portas para a utilização de uma importante estratégia para adequação de práticas lesivas ao poder público, ou seja, diminuir os instrumentos que o ordenamento jurídico disponibiliza justamente quando se trata de um bem essencial ao Estado Democrático: o interesse público.

Pensar sobre os obstáculos que ainda dificultam a utilização dos Acordos Decisórios nas infrações em desfavor da Administração é um passo necessário para que tais acordos não se consolidem como meros instrumentos de gerenciamento de interesses privados, servindo, outrossim, à proteção da República.

¹¹ BRASIL Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4764**. Relator: Min. Celso De Mello, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, julgado em 04/05/2017, DJe-178 em 15/08/2017.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4362**, Relator: Dias Toffoli, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, 09/08/2017, DJe-021, publicado em 06/02/2018.

2.3 Indisponibilidade do interesse público

A Indisponibilidade, pela Administração, do Interesse público, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, significa que¹³:

sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis.

Foi com fulcro nessa concepção que, por longo tempo, a possibilidade de negócios jurídicos consensuais pela Administração Pública na resolução de seus litígios – aqui fala-se tanto dos Acordos Decisórios, quanto de qualquer transação pretendida pela administração – permaneceram reputados como incompatíveis com o Regime Jurídico-Administrativo. Ocorre que, sobretudo nas últimas duas décadas, nota-se marcada tendência – legislativa, doutrinária e jurisprudencial - de desconstrução dessa impossibilidade de resoluções consensuais como corolário do princípio da indisponibilidade.

Legislativamente, o marco dessa mudança pode ser identificado na Lei nº 9.307/2015 (Dispõe sobre a arbitragem), alterada pela Lei nº 13.129/2015, que passou a prever, em seu art. 1º, §1º, expressamente, a possibilidade de que a Administração Pública recorra à via arbitral para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁴. Muito embora antes do referido diploma, já houvesse previsão legal para a resolução amigável de conflitos e divergências envolvendo contratos com o Poder Público – Lei nº 8.987/95; Lei nº 9.472/97; Lei nº 9478/97; Lei nº 10.233/2001; Lei nº 10.343/2002; Lei nº 132.815 -, a nova lei merece destaque por demarcar que nem todos os direitos da Administração serão indisponíveis, cabendo, quanto àqueles que não o sejam, a possibilidade de submissão à arbitragem.

Na jurisprudência, podemos destacar o Recurso Especial nº 904.813/PR, de lavra do STJ¹⁵, em que se consignou que a controvérsia acerca da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para controvérsias envolvendo direitos indisponíveis, não alcança conflitos relativos a interesses disponíveis como a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato.

Já na doutrina, cita-se Diogo de Figueiredo¹⁶, para quem “a consensualidade vem se sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar a eficiência administrativa (...)”,

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 53-56.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp **904.813/PR**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, terceira turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 15

constata-se, nesse cenário, uma “profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”. Ademais, também a doutrina processual contribui com o debate, como na lição de Leonardo Carneiro da Cunha, para quem “A indisponibilidade do direito material não implica necessária indisponibilidade do direito processual”¹⁷.

Em síntese, essas evoluções doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais trazem as seguintes premissas para o ordenamento: (i) nem todo interesse do Estado é um interesse público; (ii) dentre aqueles interesses do Estado que sejam considerados públicos, haverá, ao menos, duas categorias, os interesses disponíveis e os indisponíveis; (iii) mesmo em relação aos direitos indisponíveis, não se pode dizer que à indisponibilidade do direito material corresponda necessária indisponibilidade de direito processual.

É na confluência desses fenômenos que ao princípio da indisponibilidade do interesse público tem sido conferida nova interpretação, pela qual nem todo tipo de relação negociação envolvendo os interesses do Estado é vedada. Isso porque, nem sempre, a solução litigiosa será aquela que melhor atende ao interesse público¹⁸ – é possível até mesmo afirmar que, em certos casos, a existência do litígio representa prejuízo tanto ao interesse público primário quanto ao secundário. Nesse toar, desconstrói-se a antítese entre indisponibilidade do interesse público e à vedação a qualquer tipo de transigência pela administração o que dá força, portanto, ao surgimento e desenvolvimento dos Acordos Decisórios como técnica de resolução de conflitos do Administração.

2.4 Desafios específicos na execução do acordo de não persecução cível e as soluções propostas por atos normativos dos legitimados ativos

A inserção do Acordo de Não-Persecução Cível veio acompanhada de questionamentos ainda não plenamente respondidos. Por exemplo, pode um dos legitimados transacionar com o infrator sem a participação da outra autoridade competente? Haveria a necessidade de celebração de Acordos individuais com cada um dos legitimados? como definir limites para os benefícios e sanções imputados ao infrator? É possível dispensar um ou alguma das modalidades de pena previstas na lei, que permite a cumulação de sanções?

Com a finalidade de aplicar o instituto do Acordo de Não Persecução Cível, alguns entes

¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁸ Acerca da Justiça consensual que possuem a Administração como parte, vale lembrar os ensinamentos de Juarez Freitas: “Todavia, os acordos prudentes e idôneos se ajustam sobejamente ao Direito Administrativo, quando consubstanciam: (a) compromissos eficientes e eficazes, prestimosos à implementação das políticas públicas, em tempo útil; (b) compromissos promotores da probidade; (c) compromissos que não invadem a esfera do indisponível; (d) compromissos de comprovados benefícios sistêmicos líquidos, com avaliação prévia de impactos multidimensionais. FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 29 de set. 2020.

legitimados, notadamente Ministérios Públicos dos Estados (MPE), criaram disciplina normativa para tal, respondendo a algumas dessas questões.

Iniciando pelo MP-SP, a Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, estabelece que a celebração de Acordo de Não-Persecução Cível exige a demonstração, pelas circunstâncias do caso concreto, de que a medida consensual promove o “pleno atendimento do interesse público”. Ademais, dentre a matéria que pode ser transacionada pelos acordantes, não se incluem as penas de ressarcimento ao erário, perdimento de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, e de, pelo menos, uma das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

A resolução adota como pressuposto para o Acordo a demonstração da vantagem para o Interesse Público, considerando-se fatores como “a possibilidade de duração razoável do processo, a efetividade das sanções aplicáveis e a maior abrangência de responsabilização” dos envolvidos.¹⁹

Outros aspectos importantes da resolução são a previsão de fase preliminar de tratativas, que poderão ser sigilosas. Os acordos firmados nessa fase pré-processual não poderão ser submetidos a controle jurisdicional. Além disso, nas negociações do Acordo de Não Persecução Cível a participação da pessoa jurídica interessada é facultada, no entanto, não se exige sua aquiescência como requisito de validade ou eficácia do acordo.

O MP-CE, ao tratar do tema na Nota Técnica nº 001/2020²⁰, estabeleceu roteiro prático de atuação, sem, no entanto, especificar condições ou pressupostos para a realização do acordo. Ao tratar do cabimento, limites e cautelas no manejo desses acordos, o *parquet* cearense vale-se de uma interpretação analógica com as disposições acerca do Acordo de Não Persecução Criminal. A Nota, inspirada em documentos normativos congêneres, adota como regra a aplicação das sanções de reparação ao erário e a devolução dos valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio, de modo que os Acordos poderiam ter como objeto o pagamento da multa civil; o compromisso de não contratar com o Poder Público; e o compromisso de reparação de danos morais coletivos.

Há no documento disposição acerca da pena de perda de cargo ou função pública, no seguinte sentido: “conforme negociado, pode constar a cláusula da renúncia ou exoneração – mas o inadimplemento somente acarretará a rescisão do Acordo e a impetração da Ação Judicial (o que deverá constar explicitamente do Termo)”. Ademais, para o MP-CE “A suspensão dos direitos políticos não pode ser, portanto, avençada no acordo de não persecução cível”. Quanto à sanção de inelegibilidade, a Nota entende possível a estipulação de compromisso voluntário de que o sujeito ativo não concorra a mandato eletivo, mas não admite que o Acordo preveja condição de inelegibilidade.

Seguindo a mesma lógica de separação entre sanções que podem e as que não podem ser

¹⁹ SÃO PAULO. Ministério Público Estadual. **Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020.**

²⁰ CEARÁ. Ministério Público Estadual. Centro de apoio operacional da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa – CAODPP. **Nota Técnica nº 01/2020.**

objeto do Acordo de não-Persecução, o MP-PI²¹ e o MP-PE²², definem como obrigatórias: a confissão da conduta; a cessação pelo sujeito ativo; e o compromisso de reparação integral e restituição do produto do enriquecimento ilícito. São facultativas, por sua vez, as seguintes cominações: multa civil; proibição de contratar com o poder público ou receber benefício ou incentivo fiscal e creditício; reparação de dano moral coletivo; núncia da função pública; renúncia ao direito de se candidatar a cargos públicos eletivos. Interessante notar que as duas instituições preveem a possibilidade de imposição de obrigações mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos, como requisito obrigatório no MP-PE e facultativo no MP-CE.

Por fim, o MPE da Bahia regulou a matéria por meio da publicação de orientações que tratam do tema²³, e, resumidamente: não impõe como obrigação nenhuma das sanções previstas da Lei nº 8.429/92 considera facultativa a confissão pelo sujeito ativo; determina a aplicação das regras do microsistema de tutela coletiva ao procedimento do Acordo; autoriza sua celebração em sede judicial ou extrajudicial; exige a existência de elementos de convicção suficientes ao ajuizamento da ACP por improbidade para a celebração do Acordo; a celebração do Acordo interrompe o prazo prescricional; O direito ao acordo não constitui direito subjetivo do investigado; não é possível o estabelecimento da pena de suspensão dos direitos políticos; é possível a previsão de renúncia ao cargo público; a participação da pessoa lesada é obrigatória, sob pena de nulidade do Acordo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações apresentadas, por certo, não têm a pretensão de oferecer solução para a situação identificada. Mesmo porque, se pensamos que as dificuldades verificadas na celebração de acordos decisórios são decorrência de elementos centrais de nosso modelo democrático - como a pluralidade de bens protegidos pelo interesse público e a larga possibilidade de controle sobre a Administração - é evidente que não se pode pensar em qualquer tipo de solução simplista, voltada a afastar os elementos problemáticos do cenário.

Nesse sentido, parece até mesmo descabido falar em “solução”, termo muito associado à ideia de que qualquer situação conflituosa pode ser reorganizada rumo a um modelo ideal. A vida em sociedade, o Estado, as instituições públicas e a própria democracia não se aproximam de modelos ideais, mas sim de um movimento dinâmico e constante de conflito entre teses e construção de sínteses.

Se, por um lado, não é possível oferecer soluções grandiosas, por outro lado, o que pode ser feito - e que, para os operadores do direito, trata-se muito mais de um dever do que propriamente de mera faculdade - é influir para que as sínteses produzidas em torno de ques-

²¹ PIAUÍ. Ministério Público Estadual. Colégio de Procuradores de Justiça. **Resolução CPJ/PI Nº 04, de 17 de agosto de 2020.**

²² PERNAMBUCO. Ministério Público Estadual. Conselho Superior do Ministério Público. **Resolução nº 01/2020.**

²³ BAHIA. Ministério Público Estadual. Centro de Apoio às promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa. **Orientações nº 01 a 22 de 2020.**

tões concernentes ao debate público levem em consideração o maior número de aspectos e visões possíveis, contribuindo para que a atividade do Estado esteja sempre direcionada à valorização dos preceitos fundamentais estabelecidos no documento constitucional.

É nesse contexto que este artigo, em síntese conclusiva, reconhece a inviabilidade de soluções amplas e globais para a questão apresentada, mas tenta chamar a atenção para a necessidade de que o debate quanto a coordenação de competência para acordos decisórios, no tocante a infrações contra a Administração, seja pensado também à luz das formas de aperfeiçoamento desse instrumento, incrementando sua efetividade e potencialidades.

Especialmente no momento em que esses imbróglis começam a chegar a Cortes Superiores – conforme mencionado na primeira parte do texto, o STF foi chamado a decidir sobre esse tema em um conjunto de Mandados de Segurança, ainda em julgamento -, é preciso que racionalidade das decisões judiciais leve em conta a mensagem que isso transmite aos agentes econômicos, servindo de incentivo ou desincentivo a posturas colaborativa com o Poder Público na repressão a infrações contra a Administração.

Nosso cenário atual demonstra uma iniciativa clara de valorização dos instrumentos consensuais de resolução de conflitos, inclusive com a substituição de sanções unilaterais aplicadas pelo Estado por formas colaborativas de reparação de danos causados ao interesse público. Exemplo disso são as previsões de acordo de leniência na Lei de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção, além da recente inserção, na Lei de Improbidade Administrativa, da possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Cível.

Essas iniciativas, no entanto, estão condenadas ao destino de natimortos se não forem acompanhadas de efetivas providências para a sua aplicação de forma previsível, objetiva e clara. Vale aqui dizer que a substituição do paradigma sancionador unilateral do Estado por um modelo cooperativo resulta, dentre outras razões, da constatação de falência desse último modelo, que, na experiência recente de nossa República pós-redemocratização, não parece ter sido idônea para refrear um movimento de constantes violações ao patrimônio público.

Em suma, quando falamos em assegurar condições favoráveis à celebração dos Acordos Decisórios, tratamos, em última análise, de dar um novo passo rumo a formas modernas de proteção da coisa pública, motivo pelo qual ignorar esse debate é condenar nossa sociedade a reproduzir um padrão ultrapassado de tutela da ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. “Acordo de não persecução cível; primeiras impressões”. 2020. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 19 de março de 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/322104/acordo-de-nao-persecucao-civel-primeiras-impressoes>>. Acesso em: ?

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BAHIA. Ministério Público Estadual. Centro de Apoio às promotorias de Proteção à Moralidade

Administrativa. **Orientações nº 01 a 22 de 2020**. Disponível em: <http://infomail.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2020/03/enunciados-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-c%C3%ADvel-2.pdf>. Acesso em: 29.02.2020.

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

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 12.850/2013, de 2 de agosto de 2013**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 12.846/2013, de 1º de agosto de 2013**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 13.506/2017, de 13 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 7.437/1985, de 20 de dezembro de 1985**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 9.099/1995, de 26 de setembro de 1995**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 7.347/1985, de 24 de julho de 1985**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI 4764**. Relator: Min. Celso De Mello, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, julgado em 04/05/2017, DJe-178 em 15/08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **MS 35435/DF, MS 36496/DF, MS 36526/DF e MS 36173/DF**, Relator: Min. Gilmar Mendes, em 26/05/2020. DJe-138 em 03/06/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF** Relatora: Cármen Lúcia, em 07/05/2015, DJe-154 em 06/08/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 904.813/PR**. Rel. Ministra Nancy Andriahi, julgado em 20/10/2011, DJe em 28/02/2012.

CEARÁ. Ministério Público Estadual. Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – CAODPP. **Nota Técnica nº 01/2020**. Disponível em: < http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/02/11fev20_CAODPP_nota-tecnica-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-civil.pdf>. Acesso em: 29.02.2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DE SÁ, Acácia Regina Soares. “**O acordo de não-persecução civil na ação de improbidade administrativa**”. 2020. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-acordo-de-nao-persecucao-civil-na-acao>>

de-improbidade-administrativa#:~:text=O%20acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o,de%20tornar%20mais%20c%C3%A9lebre%20e>. Acesso em 10.07.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo, Atlas: 2014.

FERRAZ, Luciano. “**Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio**”. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa>>. Acesso em 10.07.2020.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em: 29 de set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 15.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 121, p. 16-57, dez. 1975. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41476/40218>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**: Rio de Janeiro. Método, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>. Acesso em: 29. set. 2020.

PERNAMBUCO. Ministério Público Estadual. Conselho Superior do Ministério Público. **Resolução nº 01/2020**. Disponível em: < <https://www.mppe.mp.br/mppe/institucional/conselho-superior/conselho-instrumentos-juridicos/category/192-resolucoes>>. Acesso em: 29.09.2020.

PIAUI. Ministério Público Estadual. Colégio de Procuradores de Justiça. **Resolução CPJ/PI Nº 04, de 17 de agosto de 2020**. Diário eletrônico do MP-PI. ANO IV - Nº 700 Disponibilização: 19.08.2020. Publicação: 20.08.2020.

PIMENTA, Guilherme. Balcão único para negociar leniência pode não ser factível, diz especialista. Amanda Athayde Linhares, que coordenou programa de negociações no Cade, lança livro sobre o tema. **Portal JOTA**, São Paulo, 10 abr. 2019. <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/empresa-leniencia-entrou-amanda-athayde-21062018>>. Acesso em 10.07.2020.

SÃO PAULO. Ministério Público Estadual. Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: Poder Executivo – Seção I, São Paulo, v.130, n.49, p.48, de 12 de março de 2020.

O NOVO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS E ORÇAMENTÁRIOS

*THE NEW JUDGE OF GUARANTEES INSTITUTE WITHOUT CRIMINAL PROCESS:
ANALYZE TWO LEGAL AND BUDGETARY ASPECTS*

Francisco Geraldo Matos Santos

Doutorando em Direito (UFPA). Mestre em Ciência Política (UFPA). Especialista em Direito Processual Penal e em Direito Público (IPDJ-SP). Graduado em Direito (UNAMA). Professor Universitário e Advogado. fgeraldomatos@hotmail.com

Urá Lobato Martins

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana (UERJ). Mestre em Direito (UFPA). Graduada em Direito (UFPA). Professora Universitária e Advogada. uramartins@ig.com.br

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dando-se ênfase aos impactos legais orçamentários decorrentes da criação do juiz das garantias. A problemática reside no fato de que algumas alterações decorrentes do novo pacote anticrime acarretam custos, devendo ocorrer um estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrente de tal mudança. A pesquisa foi orientada pelas seguintes questões norteadoras: o novo pacote anticrime observou a necessidade de estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrentes da criação do juiz das garantias? Quais os limites constitucionais e legais para a criação de novos cargos? Para responder tais questões, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, através de abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Impactos orçamentários. Pacote anticrime. Juiz das garantias.

ABSTRACT

The article aims to analyze Law No. 13.964, of December 24, 2019, with an emphasis on the legal budgetary risks of the creation of the security judge. The problem lies in the fact that some changes reduce the new anti-crime package, which entails costs, and a previous study must be carried out regarding the economic and budgetary impact resulting from the change. A survey was guided by the following questions from the north: does the new anti-crime package require the need for prior study regarding the economic and budgetary

impact of the creation of the security judge? What are the constitutional and legal limits for creating new charges? To answer these questions, use the hypothetical deductive method, with bibliographic and documentary research, using a qualitative approach.

Keywords: Budgetary impacts. Anti-crime package. Judge of guarantees.

Data de submissão: 06/07/2020

Data de aceitação: 05/10/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONTEXTUALIZANDO O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS E SEUS ASPECTOS LEGAIS 1.1 O Juiz das garantias e os impactos legais 2. ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS DECORRENTES DA CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Em 2019, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, instituiu o pacote anticrime no Brasil¹, sendo que sua vigência somente ocorreu em 23 de janeiro de 2020. Diante disso, ocorreram alterações na legislação penal e processual penal, com a finalidade de estabelecer medidas mais rígidas no combate à corrupção, ao crime organizado, dentre outros.

A pesquisa não visa categorizar todos os institutos alterados e/ou criados pela referida Lei, mas sim, analisar os aspectos legais e orçamentários decorrentes da criação do juiz das garantias.

O juiz das garantias consiste, nos termos proposto pela alteração legislativa, na equidistância entre o Magistrado que atua antes do recebimento da ação penal e aquele que irá presidir a instrução processual penal e, conseqüentemente, proferir a sentença. Com esse instituto, há uma clara distinção de atribuições entre o Juiz que está pronto para verificar a legalidade da prisão em flagrante, a realização da audiência de custódia, a determinação de interceptação telefônica durante o Inquérito (e outras atribuições), daquele Magistrado que irá realizar em si, a instrução, isto é, atenderá a análise do que tecnicamente, se denomina “prova processual penal” e a consubstanciação final para com a sentença – quer seja condenatória, quer seja absolutória.

Cabe ressaltar que na época em que era Ministro da Justiça, Sérgio Moro sustentava a necessidade de veto ao juiz das garantias, não tendo obtido êxito, posto que apesar de ter sido um dos idealizadores do Projeto de Lei que deu causa ao “Pacote Anticrime”, não fora Moro

¹ As alterações penais, considerando a maior rigorosidade, não retroagem. Porém, no que tange às alterações de cunho processual, sua aplicação ocorre de imediato, mas sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, nos termos do art. 2 do Código de Processo Penal.

quem propôs a instituição do juiz de garantias, tendo sido um acréscimo pontuado durante as votações no Congresso Nacional. A indicação dos referidos vetos, referia-se, justamente, a ideia de que a Lei Anticrime tinha como premissa inaugural a instauração de um projeto de combate a criminalidade, e o juiz de garantias, em verdade, refere-se a outro postulado: a materialização da constitucionalização do CPP no que se refere ao sistema, que pós Constituição Federal de 1988 passou a ser “categorizado” como sendo acusatório.²

Não se pode olvidar, inclusive, que a inclusão do referido instituto, enfrenta um problema histórico que é representado pela década de quarenta, posto ter sido em 1941 quando fora elaborado o atual CPP, isto é, manejado por uma ideologia inquisitiva e ditatorial.

Foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de n. 6.298³, 6.299⁴, 6.300⁵ e n. 6305⁶. No dia 15 de janeiro de 2020, o Ministro Dias Toffoli concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, suspendendo a eficácia dos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal: art. 3-B, art. 3-C, art. 3-D, *caput*, art.3-E e art. 3-F, para que possa ocorrer a implementação dessa nova figura jurídica pelos Tribunais, dentro do prazo máximo de cento e oitenta dias. Diante do exposto, tais normas estão com eficácia suspensa.

Portanto, a problemática reside no fato de que algumas alterações decorrentes do pacote anticrime acarretam custos, no entanto, não houve um estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrente de tal mudança – em nenhum momento pontua-se no presente texto que o juiz de garantias não deva ser executado, é importante ser deixado claro logo de início tal situação, mas pondera-se que a mudança de um sistema processual como esse, de importância significativa, inclusive, afeta, automaticamente, a questões orçamentárias e econômicas -. Logo, para que os Tribunais de Justiça possam cumprir tal regra, seria necessário criar créditos suplementares ou especiais, o que poderia refletir ofensa ao pacto federativo.

A título de informações metodológicas e de apresentar um texto preciso nas suas informações, é salutar pontuar que essa pesquisa foi orientada pelas seguintes questões norteadoras: o novo pacote anticrime observou a necessidade de estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrentes de tal mudança? Quais os limites constitucionais e legais para a criação de cargos? Para responder tais questões, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, através de abordagem qualitativa, típico de pesquisas jurídicas com essa natureza.

Como hipótese de pesquisa, utilizou-se a ponderação de que o legislador não elaborou

² Pontuamos ter sido “categorizado” porque embora a CF/88 tenha dado legitimidade ao Ministério Público como sendo o titular da Ação Penal, ainda assim, visualizamos no decorrer do CPP, institutos e práticas que não são condizentes a um sistema acusatório.

³ Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE).

⁴ Ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA.

⁵ Ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL).

⁶ Ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

estudo prévio no tocante aos impactos orçamentários e econômicos, quando da inclusão do juiz de garantias no projeto que deu causa à Lei Anticrime, o que, certamente, atenderá a algumas implicações que iremos discutir.

Além desse introdutório, esse artigo é composto por duas seções no desenvolvimento, em que discutiremos em um primeiro momento, a inclusão do juiz das garantias no processo penal e seus impactos normativos. Depois, a abordagem refere-se a compreensão dos aspectos orçamentários decorrentes da criação do juiz das garantias. E por fim, as considerações finais.

1. CONTEXTUALIZANDO O INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS E SEUS ASPECTOS LEGAIS

Um dos grandes problemas teóricos e práticos do Processo Penal Brasileiro pós 1988, é justamente compatibilizar as práticas processuais penais com o escopo, não tão jovem, da Constituição vigente. Explicamos o motivo: o atual CPP é fruto da década de quarenta (1941), escrito e reescrito sob a ótica ideológica fascista. Seus postulados foram elaborados em um contexto que não estava preocupado com aspectos democráticos, tampouco, a proteção da dignidade da pessoa humana.

E isso é simplesmente explicado porque o sistema processual adotado era o inquisitivo, em que havia, sem dúvida alguma, a reificação do acusado. Nesse sistema, aquele que responde a uma ação penal era presumivelmente culpado – o que, diga-se, incompatível com a CF/88, principalmente, no tocante ao princípio da presunção de inocência.

Cordero⁷ inclusive pontua que no sistema inquisitivo, o impulso oficial no desenvolvimento do procedimento penal sempre encontrava justificativa na cultura inquisitória, isso porque, não poderia o juiz ser um “expectador de pedra”, é tarefa dele expulsar as potências maléficas: o acusado, o criminoso, o delinquente, o mal.

Junqueira, Vazolini, Fuller e Padal argumentam que:

[...] o modelo de processo penal reflete a organização política em um Estado (forma de exercício do poder e ideologia predominante): assim, o modelo inquisitivo se acomodou perfeitamente ao absolutismo (monarquia absoluta), cuja base era a concentração de todos os atributos da soberania (legislar, administrar e julgar) em um poder central – tal como o inquisidor, que concentrava os poderes de investigar, acusar e julgar –, cuja autoridade e fundamento não se podiam discutir (autoritarismo). [...]⁸

⁷ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**, tomo I, 2000, p. 200.

⁸ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PADRAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 9.299 e 6.300, 2020, p. 81.

É justamente com o fito de – tentar- sedimentar o entendimento de que o Brasil já não mais deve se compatibilizar ao sistema inquisitivo – o que já deveria ter ocorrido logo após a nova ordem constitucional de 1988 -, que veio o legislador disciplinar o juiz das garantias. No entanto, é importante pontuar que, topograficamente, o legislador incluiu esse novo instituto no título I do CPP – Disposições preliminares -, e não no Título II – Do Inquérito Policial -, o que nos infere afirmar que não se trata de um juiz que tenha funções apenas durante o Inquérito Policial, mas sim, um juízo que deve obrigatoriamente estar relacionado as questões de investigação.

Essa é a melhor interpretação quando observamos o teor do art. 3º-A do CPP, *in verbis*:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Ora, se o legislador incluiu a necessidade de se observar o sistema acusatório, logo como premissa nas disposições preliminares do CPP, isto significa que durante todo o desenvolvimento do processo penal, devam ser observados os postulados do sistema acusatório, tais como, vedação de iniciativa de ofício do magistrado em relação às investigações, a vedação de o magistrado determinar de ofício o sequestro de bens (art. 127 do CPP), a vedação de o Magistrado requerer a abertura de investigação policial de ofício (art. 5º, II, CPP), a vedação de determinar de ofício a produção de provas na fase pré-processual e vários outros pontos que, devemos compreender que foram revogados implicitamente no CPP. Isso nos levar a crer, que as vedações são durante todo o processo, e não apenas durante a investigação.

É indispensável compreender que o sistema acusatório exige a equidistância entre o magistrado e as partes: a regra do jogo é clara, o juiz deve ser imparcial, não deve praticar condutas que levariam a crer, durante o processo, certa tendência. As partes é quem devem executar as condutas no processo, as partes é quem devam exercer e se beneficiar da *par conditio*.

Daí a importância significativa para o processo penal brasileiro poder, em tese, ser “categorizado” como fruto de um Estado Democrático de Direito, com a inserção do juiz das garantias.

O juiz das garantias é uma nova figura jurídica que foi introduzida através dos art. 3-A a 3-F introduzidos pela Lei nº 13.964/19⁹. Buscou-se, assim, produzir certo distanciamento, na medida em que o juiz que prolatará a sentença não será o mesmo que acompanhou o inquérito – e repetimos, que não acompanhou atos de investigações que podem ser, inclusive, no curso da Ação Penal -. Assim, as provas colhidas durante a fase de investigação não comprometeriam, em tese a imparcialidade do juiz.

Discorrendo sobre o assunto, Silveira pontua a importância da instituição do juiz das garantias:

A investigação e processo não são apenas pontos situados em lugares diferentes na linha do tempo, mas também fenômenos jurídicos

⁹ No âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado grupo de trabalho para fins de implementação da Lei nº 13.964/2019, através da Portaria no 214, de 26 de dezembro de 2019.

regidos por racionalidades distintas. O primeiro se distingue unilateralmente e pelo sigilo; o segundo pelo contraditório, pela ampla defesa e pela publicidade. Onde quero chegar? Ora, o momento certo para o magistrado formar o seu convencimento é o processo, sob o fogo cruzado do contraditório e ampla defesa. Se a tomada de determinadas decisões na fase de investigação propicia, como dificilmente há de se negar, a formação prematura do convencimento sobre a causa, parece que algo está fora do lugar. Falando realisticamente, nenhum mal que o juiz, no processo, instado a se manifestar sobre medidas cautelares ou probatórias comece, pouco a pouco, a formar o seu convencimento sobre a causa, já que ali impera o devido processo legal, e não a visão unilateral dos órgãos de persecução penal.¹⁰

A nova figura jurídica do juiz das garantias pode ser visualizada através de vários ângulos, seja através de uma perspectiva garantista¹¹, como também, pela necessidade de processo justo e adequado. De acordo com Mendes e Martínez, o novo instituto gera o sentido de que “o processo respeite princípios materiais de civilidade jurídica, partindo de uma posição terciária do juiz ou da juíza desde a fase preliminar de investigação até a fundamentação da decisão final, seja ela condenatória, seja ela absolutória.”¹²

¹⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. Processo Penal, Constituição e Crítica** - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda, 2011, p. 260.

¹¹ “Impulsionado pela obra do italiano Luigi Ferrajoli, já publicada em língua portuguesa (Direito e Razão – teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002), o garantismo penal oferece sólidos elementos para um arcabouço de filosofia do Direito Penal e do Processo Penal. Partindo do modelo do Estado de Direito, particularmente no que respeita à gestão das relações entre o Poder Público e o particular, Ferrajoli procura estabelecer limites mais ou menos objetivos para a contenção da nascente e crescente liberdade judiciária, do ponto de vista específico do Direito Penal e do Processo Penal. Como tais disciplinas cuidam de uma intervenção estatal de grandes consequências na liberdade individual, sobretudo no que respeita ao aspecto das penas corporais, próprias do Direito Penal, Ferrajoli se debruça cuidadosamente sobre as principais características do ato jurisdicional, enquanto ato de autoridade pública, dotado de coercibilidade estatal.” PACELLI, 2019, p. 35.

¹² MENDES, Soraia da Rosa; Martínez, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei nº 13.964/2019**, 2020, p. 47.

As atribuições do juiz de garantias estão descritas no art. 3º-B do CPP¹³, em que pontua, de forma geral, ser ele o responsável por todo o controle da legalidade no interregno das investigações criminais, respeitando e exigindo a proteção dos direitos individuais do acusado.

Em suma, o juiz das garantias teria competência para todas as infrações penais, com exceção para aquelas de menor potencial ofensivo. Porém, tal competência encerrar-se-á no momento em que a denúncia ou queixa for recebida, nos termos do art. 399 do CPP. Dessa forma, tal juiz ficaria responsável pelo controle da legalidade da investigação, bem como protegeria os direitos individuais, com atribuições fixadas no art.3-B do Código de Processo Penal (CPP), até que a denúncia ou queixa fosse recebida nos termos do art. 399 do CPP.

É salutar pontuar, no entanto, que o art. 399 do CPP disciplina o que a doutrina chama

¹³ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal
II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;

VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;

IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

XI - decidir sobre os requerimentos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

XII - julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

de momento em que o magistrado poderá “receber novamente” ou “rejeitar tardiamente” a denúncia ou queixa, posto que é o momento em que já foram apresentadas a denúncia, queixa, já fora o acusado citado, e o mesmo já apresentou a resposta escrita a acusação. Ou seja, o juiz das garantias vai receber a denúncia / queixa nos termos do art. 396 do CPP, irá ordenar a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. O Acusado irá apresentar tal resposta – caso não presente, será encaminhado à Defensoria Pública para o fazê-lo- e depois, novamente, ele irá se manifestar pelo recebimento ou rejeição. Somente a partir desse momento, quando então será marcado o dia e hora da audiência, é que o juiz da instrução entra em cena.

Percebe-se, dessa forma, duas concepções práticas e teóricas: a segunda possibilidade de receber ou rejeitar a denúncia ou queixa deve ser adstrita ao mesmo juiz das garantias, ou ao juiz da instrução?

Uma primeira corrente, pondera que o juiz das garantias tem duas oportunidades para se manifestar pela rejeição da denúncia ou queixa (art. 396 e 399 do CPP). E caso não o faça, este juízo já não mais poderá “presidir” a instrução criminal, passando a ingressar um novo juízo, equidistante, que não acompanhou a fase pré-processual e a fase inicial do processo penal em si. Erigindo um processo penal que tende a ser, de fato, marcado pelo sistema acusatório, em que a instrução penal é presidida por um juiz que não participou das “investigações”.

Tem-se uma segunda corrente, segundo a qual o primeiro recebimento da denúncia fica a cargo do juiz das garantias (art. 396, CPP) e, após, receber, encaminha os autos para o juiz da causa e perante ele serão praticados os demais atos. Dezem¹⁴ é defensor dessa segunda corrente, senão vejamos:

Neste caso caberá ao juiz da causa a análise da rejeição tardia da denúncia (artigo 395 do CPP), desclassificação antecipada (art. 383 do CPP), recebimento da denúncia e designação da audiência (art. 399 do CPP).

O argumento dessa segunda corrente, reside na possibilidade de haver a possibilidade de dois juízes distintos decidirem pelo recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa, o que tornaria mais transparente e “democrático” face ao Estado de Direito em que vivemos.

No entanto, discorda-se dessa última corrente: por uma análise simples do disposto no art. 3º-C do CPP, em que diz expressamente cessar a competência do juiz das garantias com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 do CPP, ou seja, os dois atos de recebimento serão do juiz das garantias. E mais, o ato de receber ou rejeitar, nesse primeiro momento pode ter total relação com as investigações da situação, o que nos permite compreender que agiu bem o legislador em não dar a possibilidade ao juiz da instrução em ter que receber ou rejeitar a denúncia ou queixa, mas sim, o dever de absolver quando não for hipótese de condenação.

Da forma como se pontua neste escrito, entende também Junqueira, Vanzolini, Fuller e

¹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, 2020, p. 121.

Pardal¹⁵, para os quais a nova perspectiva do juiz das garantias inaugura a estrutura trifásica na persecução penal: fase de investigação criminal, fase de admissibilidade da acusação e a fase de instrução e julgamento que se inicia com a recepção dos autos do processo pelo “juiz da instrução e julgamento” que assume a competência funcional para a realização da audiência de instrução e julgamento.

1.1 O Juiz das garantias e os impactos legais

A questão, no entanto, é que embora de significativa importância o juízo das garantias, temos algumas observações práticas a serem traçadas do ponto normativo-legal.

De acordo com o parágrafo único do novo art. 3º-D do CPP, “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo”. Ocorre que a alteração no âmbito da persecução penal trouxe impactos em normas de organização judiciária, gerando a necessidade de reestruturação, com gastos para tanto.

No ano de 2009, através da Resolução n. 70/2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu o Plano Estratégico, sendo que o art. 2 desta resolução determina que “as propostas orçamentárias dos tribunais devem ser alinhados aos seus respectivos planejamentos estratégicos, de forma a garantir os recursos necessários à sua execução” (§ 3º).¹⁶

Silveira ressalta que:

[...] não se desconhece que o aumento do número de juízes só ensejará os resultados desejados se acompanhado da correspondente estrutura de trabalho, inclusive do necessário auxílio dos servidores na tramitação de processos.¹⁷

Sobre a questão, conforme menciona o referido autor, no ano de 2014, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a **Estratégia Judiciário 2020**, por meio da Resolução n. 198, momento em que houve o estabelecimento de desafios da Justiça para o período de 2015-2020.

A questão é que a implementação do juiz das garantias implica em custos, sendo que em 2019 foi realizada a Nota Técnica n. 04 pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE), referente ao projeto de Lei n° 8045/2010, que deu origem ao pacote anticrime, sendo que na referida Nota Técnica foram apresentados dados do CNJ, bem como argumentos contrários à criação do juiz das garantias.

¹⁵ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PADRAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 9.299 e 6.300, 2020, p. 145.

¹⁶ CNJ, 2009, p. 5.

¹⁷ SILVEIRA, José Néri da. Dimensões da independência do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 1999, p. 87-167.

Inicialmente, foi mencionado que “a criação da figura do juiz das garantias, impedido de funcionar no processo criminal correspondente, não contribuiu para a melhoria do processo penal, trazendo entraves ao seu andamento”¹⁸. Para a AJUFE, não haveria uma correlação lógica vinculada ao fato de que o juiz ao atuar no momento da investigação tenha o critério da imparcialidade prejudicado.

Em que pese haver fundamentos sólidos na Nota Técnica da AJUFE, entende-se que a mesma não detém a melhor situação avençada. O instituto do juiz das garantias é um avanço no sistema processual penal. Não podemos pensar em uma reforma processual sem que haja custos, ainda mais em um país em que o “simples” fato de a Constituição já disciplinar pelo combate à reificação do acusado no processo penal e mesmo assim, não ter sido repellido atos fascistas e antidemocráticos nesse segmento.

Como bem disse Choukr de nada adianta mudar uma lei se não há mudança prática correlacionada a situação. Isso porque, se as velhas práticas inquisitivas continuarem sendo algo normalizado no processo penal, não há mudança da lei que possa aprimorar o sistema de justiça criminal brasileiro.¹⁹

Santos inclusive, pontua que a prática processual penal tem evidenciado que o sistema criminal tende sempre a se valer de práticas autoritárias com o fundamento no próprio instrumento normativo, ou seja, a própria lei acaba servindo de escudo para as práticas contrárias ao Estado Democrático de Direito – sem levarmos para a discussão a questão da não recepção do CPP pós CF/1988.²⁰

Talvez, a questão mereça destaque quando se observa o que Carvalho²¹ pontua acerca do problema das relativizações dos princípios processuais penais, que acabam por materializar implicações no próprio campo da prática processual penal. Se não houver mudança prática, o próprio instrumento novo do juiz das garantias não conseguirá atender aos anseios do legislador em positivar – insistir, na verdade – o sistema acusatório.

A questão, no entanto, é pontuarmos sobre a possibilidade de se utilizar a prática de audiências por videoconferência, conforme advoga Dezem:

Os atos poderiam ser praticados por videoconferência e o processo eletrônico afasta a necessidade de presença física do juiz. Também poderia a regulamentação pensar em trocas. O juiz de garantias de Jabocatival será o juiz de Guariba. Guariba terá por juiz de garantias o juiz de Monte Alto e assim sucessivamente.²²

¹⁸ AJUFE, 2019, p. 3.

¹⁹ CHOUKR, Frauzi Hassan. Apontamentos sobre a cultura do sistema penal no momento de sua recodificação. *In*: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Yves; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**, 2014, p. 26.

²⁰ SANTOS, Francisco Geraldo Matos. **A política criminal na sala de justiça: análise das audiências jurídico-penais em Belém – PA**. Orientador: Prof. Dr. Jean François Yves Deluchey, 2019.

²¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**, 2015, p. 200.

²² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**, 2020, p. 292.

Com uma proposta interessante, Guimarães e Ribeiro apontam o inquérito policial eletrônico como sendo uma forma de evitar maiores impactos orçamentários em relação a introdução do juiz das garantias no processo penal brasileiro.²³

Lopes Júnior & Da Rosa²⁴ pontuam que o argumento de inexistência estrutural para a implantação do juiz de garantias por si só não representa solidez diante da importância pretendida. Isso porque, já não é de hoje a necessidade de incluir mais um magistrado em muitas comarcas que somente tem um magistrado extremamente exacerbado com os deveres funcionais, além das centenas de comarcas que apenas tem um magistrado, mas estão próximas a menos de 100km de outra comarca, que detém outro magistrado, o que poderia corresponder ao atendimento do juiz de garantias de forma online, inclusive, por meio do inquérito eletrônico.

No mesmo sentido entende Moraes²⁵, para quem não é preciso ter medo do juiz de garantias no processo penal, muito pelo contrário.

Entende-se que durante o processo de consolidação do novo instituto do juiz das garantias, é perfeitamente cabível a utilização da videoconferência como sendo um instrumento temporário para que a concretização do sistema acusatório se efetive, ainda que de forma simplista. Isto porque o prazo da suspensão da eficácia dos artigos do CPP que disciplinam o juiz das garantias se encerrará decorridos 180 (cento e oitenta) dias após à decisão judicial do STF que a determinou, o que nos leva a utilizar outros instrumentos para começarmos a cumprir o determinado.

2. ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS DECORRENTES DA CRIAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

De acordo com a Nota Técnica n. 10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2020, em termos operacionais, a ideia do juiz das garantias estaria incompatível com a atual estrutura das justiças, seja no âmbito estadual, como no âmbito federal.

O levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça no sistema Justiça Aberta revela que 40% das varas da Justiça Estadual no Brasil constituem-se de comarca única, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição. Assim, nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de jurisdicionar no processo, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Logo, a adoção de tal regramento acarretará ônus ao já minguado orçamento

²³ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, p. 147-174, jan.-abr. 2020, p. 26.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal.**

²⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim do IBCCRIM**, 2010, p. 21-23.

da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juízes e servidores, limitados que estão pela Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como no que tange ao gasto com deslocamentos e diárias dos magistrados que deverão atender outras comarcas. Ademais, diante de tais dificuldades, com a eventual implementação de tal medida haverá riscos ao atendimento do princípio da razoável duração do processo, a par de um perigo iminente de prescrição de muitas ações penais. Também é necessário anotar que há outros motivos de afastamentos dos magistrados de suas unidades judiciais, como nos casos de licença, férias, convocações para Turmas Recursais ou para composição de Tribunais²⁶ (grifo nosso).

Nesse sentido, a AJUFE, com base nos dados do CNJ 40% das comarcas estaduais possuem apenas um juiz na vara, com a incumbência de prestar atividade jurisdicional.

Não bastasse, a implementação do instituto encontra óbices de natureza operacional. **Conforme dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, 40% das comarcas da Justiça Estadual no Brasil possuem apenas uma vara, com apenas um magistrado encarregado da jurisdição.** Dessa forma, nos termos propostos pelo Projeto, se esse único juiz atuou na fase inquisitória, ele fica impedido de processar e julgar a respectiva ação penal, de modo que haveria necessidade de deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Essa medida prejudicaria o já limitado orçamento do Judiciário Estadual, com dispêndios relacionados a transporte, instalação e manutenção dos magistrados designados a atender outras comarcas. Ademais, essa incompatibilidade entre a figura do juiz das garantias e a atual estrutura do Poder Judiciário representa um risco ao princípio da celeridade processual e, por consequência, implica o perigo de prescrição de diversas ações penais.²⁷ (grifo nosso).

Neste momento, diante de tal deficiência constatada, mostra-se a necessidade de criação de novos cargos, porém, para isto devem ser observados os preceitos de ordem constitucional e legal. Nos termos do art. 3-E do CPP, a designação do juiz das garantias seria feita de acordo com “as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal”. Ocorre que tal dispositivo está em desacordo com o art. 96 inciso II, d, da Carta Magna, que determina ser de competência privativa dos Tribunais “d) propor a criação de novas varas judiciárias”. Logo, a lei de organização judiciária é de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Por conseguinte, tal ingerência legislativa também interfere no âmbito da autonomia do Judiciário consagrada constitucionalmente. De acordo com o art. 99 da Constituição Federal, foi assegurada autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário, devendo os Tribunais elaborar suas propostas orçamentárias, considerando os limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. E impor pelo

²⁶ CNJ, 2010, p. 1.

²⁷ AJUFE, 2019, p. 3.

CPP a necessidade dessa readequação, automaticamente exige que o Judiciário inclua no seu orçamento tal situação, sem que haja, de fato, “autonomia administrativa e financeira” esculpida na CF/88.

Conti ensina que “o Poder Judiciário, na lei orçamentária federal, bem como nas estaduais, integra a Administração Pública direta, e a previsão de despesas com esse órgão consta do orçamento fiscal”. Nos termos do § 1º, do art. 99, da Constituição Federal “os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.” Segundo Conti, a partir dos valores informados, os Tribunais devem elaborar as propostas orçamentárias, necessitando adequar os gastos aos limites referidos.²⁸

Para o referido autor, “nesta fase, a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário restringe-se à organização de alguns programas e a previsão das respectivas dotações, sem que possa reivindicar valores superiores aos estabelecidos, ainda que se mostrem necessários”²⁹.

De fato, conforme argumenta Darós, “a elaboração da proposta orçamentária do Judiciário, como dos demais Poderes no Brasil, não possui plena autonomia, mas sim, sofre limitações, as quais vêm balizadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias”.³⁰

A autonomia orçamentária e financeira dos Poderes e do Ministério Público se justifica, portanto, porque são intrínsecas ao exercício de suas prerrogativas constitucionais. De outra parte, a norma que fosse estabelecida não poderia representar, para qualquer uma dessas instituições, direito ilimitado e absoluto aos meios financeiros do Estado. A composição dessas premissas levou o constituinte a se valer da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO para a fixação de parâmetros para as despesas por Poder, o que foi considerado um verdadeiro achado para se solucionar essa questão.³¹

Para Silveira³², ao conceder autonomia administrativa e financeira ao Judiciário, a Constituição “quis assegurar-lhe competência não só para pensar e planejar as estruturas mais convenientes, quais meios, à execução do fim, mas, também, para propor, quando a tanto necessário, aos outros Poderes, as providências que considere indispensáveis (...)”

A questão mais grave do novo pacote anticrime foi a não observância da necessidade de estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrentes das mu-

²⁸ CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**, 2006, p. 63.

²⁹ *Idem*, p. 87.

³⁰ DARÓS, Vilson. Dificuldades da Justiça Federal brasileira. Orçamento. O relacionamento com a Justiça dos Estados. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, p. 55-71, 2001, p. 61.

³¹ GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as despesas orçamentárias dos poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. **Cadernos ASLEGIS**, Brasília, pp. 20-35, mai/ago 2000, p. 21.

³² SILVEIRA, José Néri da. Dimensões da independência do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, p. 167-87, 1999, p. 174.

danças introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro. A partir disso, é necessário verificar quais as normas constitucionais que tratam sobre o assunto. O art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (incluído pela Emenda Constitucional n. 95 de 2016) determina que “a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”. Logo, tal artigo não foi observado.

A reforma processual penal fora bem vinda, do ponto de vista sistemático em relação ao próprio processo penal, no entanto, deixou a desejar no que se refere a outras normas constitucionais, principalmente, no tocante à iniciativa de projetos de leis que afetem significativamente as atribuições do Judiciário, como fora a inclusão do instituto do juiz das garantias. Mas repetimos: isso não quer dizer que tal instituto seja um ponto retrocedente, muito pelo contrário, é um avanço que, inclusive, não deve ser interpretado como sendo inconstitucional, do ponto de vista material.

Com efeito, esse custo financeiro já foi verificado na fase do andamento da proposta de lei, conforme ensina Andrade:

De início, a Exposição de Motivos apresenta, como segunda estratégia para a criação do juiz das garantias, a intenção de “otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional”. Em que pese utilizar-se de expressões que pouco ou nada dizem, ninguém menos que o próprio projeto admite que o juiz das garantias inevitavelmente irá de encontro à tal otimização e ao teor do Requerimento no 227, de 2008. Isso porque, nas comarcas onde houver um só juiz, a saída encontrada pelo projeto foi, sem meias palavras, **simplesmente atribuir ao Poder Judiciário a responsabilidade e o custo – financeiro e social – decorrente da implementação dessa figura, que, como já se disse, é completamente desnecessária à realidade brasileira.**³³

Além disso, a Constituição Federal em seu art. 169, § 1º, inciso I, requer prévia dotação orçamentária para a instituição de gastos com pessoal³⁴. Estabelece, ainda, que devem ser observados os limites estabelecidos em Lei Complementar, que no caso é a Lei Complementar n. 101 de 2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em especial, o limite prudencial existente na LRF.

Os parágrafos seguintes de tal artigo determinam que após o prazo previsto em lei complementar (no caso, a Lei de Responsabilidade Fiscal), os repasses de verbas federais ou esta-

³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, p. 167-188, jul./set. 2009, p. 186.

³⁴ “Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência”. (BRASIL, 2000)

duais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, serão suspensos de forma imediata.

A questão é que para cumprir o limite previsto no artigo 169, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão adotar as seguintes providências: “I- redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; II - exoneração dos servidores não estáveis” (§ 3º do art. 169).

Além disso, o § 4º do art. 169 da Constituição Federal estabelece que se as medidas previstas no parágrafo anterior não assegurarem o cumprimento da determinação da lei complementar, “o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

De acordo com a LRF, os limites dos gastos com despesas de pessoal devem observar os seguintes percentuais da receita corrente líquida: União (50%); Estados (60%) e Municípios (60%).

O art. 20 da LRF determina como ocorrerá a repartição dos limites globais previstos no art. 19, assim, com relação ao Judiciário, foco da pesquisa tanto na esfera federal, como na estadual, o limite é de 6% (seis por cento).

Além disso, o Judiciário também deve observar o limite prudencial. Sobre a questão, o parágrafo único do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece um limite de 95% do limite máximo, o qual funcionaria como um limite prudencial, acarretando as seguintes sanções:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.³⁵ (grifo nosso).

³⁵ BRASIL, LRF, 2000.

Caso o Poder Judiciário também ultrapasse o limite total, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece em seu art. 23³⁶ as sanções cabíveis, sem prejuízo das medidas contidas no art. 22 exposto acima.

Nesse sentido, é importante pontuar o que Martins discorreu:

Vislumbra-se, claramente, que o art. 169, I, § 3º, da Constituição Federal estabelece como providência para o cumprimento dos limites estabelecidos a “I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança”. Ocorre que a LRF, em seu art. 23, § 1º, determinou que “no caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções **quanto pela redução dos valores a eles atribuídos**” (grifo nosso). Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na ADI 2.238-5, suspendendo a expressão “quanto pela redução dos valores a eles atribuídos”, por considerar ofensa constitucional ao princípio de irredutibilidade de vencimentos.

Além disso, no julgamento da liminar concedida nos autos da ADI 2.238-5, o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender integralmente a eficácia do § 2º do art. 23 da LRF, que menciona que “§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.”³⁷.

No caso do Judiciário, como o limite máximo é de 6%, o limite prudencial é de 5,7%, o que se aplica tanto para a esfera federal, como para a estadual. Logo, atingido este último patamar, serão impostas as sanções previstas no art. 23 da LRF. Eis o grande dilema: como o Poder Judiciário conseguirá implementar a figura do juiz das garantias, considerações essas limitações constitucionais e legais que tratam sobre criação de novos cargos e limites de despesas com pessoal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cético que o sistema processual penal pós CF/88 devesse, de fato, ser acusatório, por vários motivos: primeiro, porque é indispensável se extirpar do ordenamento jurídico brasileiro a figura da reificação do acusado; segundo, porque conseqüentemente, a partir do momento em que o acusado deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direitos, ele passa a

³⁶ Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (BRASIL, LRF, 2000)

³⁷ MARTINS, Urá Lobato. Limite de gastos municipais e responsabilidade fiscal: novos parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar n. 164/2018. *Revista da AGU*. p.305-324, jan./mar. p. 315-316.

albergar inúmeros direitos fundamentais, e, por fim, pela indispensabilidade de introduzirmos – abordamos a introdução de fato, e não a reintrodução – práticas processuais que almejem a figura de um juízo equidistante, sem força probatória / instrutória que possa concretizar uma justiça criminal completamente – ou ao menos, preponderantemente – desprovida de juízos punitivistas, típico da fase investigativa.

Correlacionando às questões norteadoras que influenciaram na elaboração desta pesquisa, cujo presente manuscrito apresenta os resultados, é importante se ponderar que o novo pacote anticrime não observou a necessidade de estudo prévio significativo com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrentes de tal mudança.

Os limites constitucionais e legais para a criação de novos cargos de juízes para figurarem como juiz das garantias não foram analisados previamente. O que não impede que o Judiciário execute imediatamente o juiz das garantias por vias alternativas, conforme apresentou Dezem: as videoconferências, Lopes Júnior, Da Rosa, Silveira. Ainda que tal situação seja apenas um paliativo ao imbróglio³⁸ orçamentário que depois virá.

Como hipótese de pesquisa, utilizou-se a ponderação de que o legislador não elaborou estudo prévio no tocante aos impactos orçamentários e econômicos, quando da inclusão do juiz de garantias no projeto que deu causa à Lei Anticrime, o que, certamente, atenderá a algumas implicações. E isso se confirmou na pesquisa, visto que fora constatada a não observância a preceitos constitucionais e legais, sendo que o mais grave decorre do fato do pacote anticrime acarretar custos, mas não ocorreu o devido estudo prévio com relação ao impacto econômico e orçamentário decorrente de tal mudança. Dessa forma, uma forma de viabilizar sua aplicabilidade seria os Tribunais de Justiça valerem-se de créditos suplementares ou especiais, o que poderia refletir ofensa ao pacto federativo.

A criação da figura do juiz das garantias acarreta custos, devendo ser observando tanto os preceitos constitucionais sobre criação de novos cargos, como também as normas sobre limites de gastos com despesa de pessoal, nos termos da LRF. A questão é que houve uma certa inferência na autonomia administrativa e financeira do Judiciário, pois para implementar a nova mudança, possíveis planejamentos anteriores não terão verba suficiente e precisarão ter a respectiva implementação suspensa. Além disso, houve a introdução de normas que afetarão diretamente o orçamento do Judiciário, cuja iniciativa constitucional seria direcionada ao próprio Judiciário e não ao Congresso Nacional, como ficou evidente com a forma que fora introduzido no CPP. Apesar de ser clara a necessidade de instauração do juiz das garantias no processo penal hodierno.

Em suma, é incontroverso o fato de que a atual estrutura da justiça brasileira precisa ser adaptada para que seja viável o novo instituto do juiz das garantias, no entanto, será necessário observar os limites da LRF com relação aos gastos com despesa de pessoal do Judiciário, seja no que tange ao limite global (6%), bem como ao limite prudencial, que é de 5,7%, sob pena de serem impostas as sanções previstas na LRF.

³⁸ Optou-se mais pela literalidade imbróglio ao invés de problema, tendo em vista que os benefícios ao sistema processual penal a serem trazidos pelo juiz das garantias devem sobrepor a qualquer análise problemática da situação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS (Brasil). **NOTA TÉCNICA Nº 04/2018**. Brasília/DF, 27 de setembro de 2019. Disponível em: http://ajufe.org.br/images/2019/PDF2019/NT_CPP_Relatorio_Dep_Joao_Campos_grupo_2_REVISADO_-_Condensado.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Poder Judiciário - Orçamento - Limite de Despesa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 272-274, jul. 1996. ISSN 2238-5177. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v205.1996.46840>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46840/46221>. Acesso em: 24 maio 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101 de 04 de maio de 2000**. Lei de Responsabilidade Fiscal. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF: 05 de maio, 2000.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF: 24 de dezembro, 2019.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOUKR, Frauzi Hassan. Apontamentos sobre a cultura do sistema penal no momento de sua recodificação. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Yves; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 70**. Dispõe sobre o planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 18 de março de 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução n. 198**. Dispõe sobre o planejamento e a gestão estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 01 de julho de 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Nota Técnica nº 10**. Brasília: 17 de agosto de 2010 Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/891>. Acesso em 24 de maio de 2020.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

CORDERO, Franco. **Procedimento penal**, tomo I. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

DARÓS, Vilson. Dificuldades da Justiça Federal brasileira. Orçamento. O relacionamento com a Justiça dos Estados. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 12, n. 41, p. 55-71, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6. ed., rev. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as despesas orçamentárias dos poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. **Cadernos ASLEGIS**, Brasília, v. 4, n. 11, p. 20-35, mai/ago 2000.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; RIBEIRO, Sarah Gonçalves. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 147-174, jan.-abr. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PADRAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 9.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. **Entenda o impacto do Juiz das Garantias no Processo Penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>> Acesso em: 11 set. 2020.

MARTINS, Urá Lobato. Limite de gastos municipais e responsabilidade fiscal: novos parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar n. 164/2018. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 19, n. 01, p.305-324, jan./mar.

MENDES, Soraia da Rosa; Martínez, Ana Maria. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. ed. esp. p. 21-23, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

SANTOS, Francisco Geraldo Matos. **A política criminal na sala de justiça**: análise das audiências jurídico-penais em Belém – PA. Orientador: Prof. Dr. Jean François Yves Deluchey, 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

SILVEIRA, José Néri da. Dimensões da independência do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 167-87, 1999.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal. Processo Penal, Constituição e Crítica** - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011

SILVEIRA, Rubens Curado. Gestão judiciária: o que gritam os números da Justiça. In: STOCO, Rui; PENALVA, Janaína. **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 405-425.

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA

PUBLIC DEFENDER'S OFFICE AND ACCESS TO JUSTICE

INSTITUIÇÕES JURÍDICAS, ESTADO DE DIREITO E CRESCIMENTO ECONÔMICO

LEGAL INSTITUTIONS, RULE OF LAW AND ECONOMIC GROWTH

Aline Gadelha de Paula

*Doutora em Economia pela Universidade Católica de Brasília, UCB/DF.
Economista na Defensoria Pública da União
aline.paula@dpu.def.br*

RESUMO

Este artigo investiga as relações existentes entre qualidade das instituições jurídicas e crescimento econômico dos países. Considerando a importância de se incorporar a análise institucional no estudo do desempenho econômico dos países, o objetivo principal desta pesquisa consiste em investigar como o nível de qualidade das instituições jurídicas vigentes nos países afeta os seus resultados econômicos. Para tanto, utilizou-se uma metodologia empírica e uma amostra de dados de 118 países, para um período de 15 anos, compreendido entre os anos de 2002 a 2016. Desenvolveu-se um modelo econométrico capaz de captar os efeitos de uma melhoria – choque positivo – na qualidade das instituições jurídicas sobre a trajetória futura do desempenho econômico dos países. Ademais, observou-se como esses efeitos variam de acordo com o nível de renda dos países. Os resultados sugerem que melhorias na qualidade das instituições jurídicas afetam positivamente o desempenho econômico, contribuindo para uma trajetória de crescimento e prosperidade econômica dos países. Esses efeitos positivos do nível de qualidade institucional jurídica tendem a ser mais relevantes e significativos em países de baixa renda que apresentam instituições relativamente mais fracas.

Palavras-chave: Instituições Jurídicas. Crescimento Econômico. Estado de Direito. VAR em Pannel.

ABSTRACT

This paper investigates the relationship between quality of legal institutions and economic growth of countries. Considering the importance of incorporating institutional analysis in the study of countries' economic performance, the main objective of this research is to investigate how the quality level of current legal institutions in countries affects their economic results. Therefore, it requires an empirical methodology and a sample of 118 countries in a period of 15 years, from 2002 to 2016. This work developed an econometric model capable of capturing the effects of an improvement — positive shock — on the quality of legal institutions over the future trajectory of countries' economic performance. Moreover, it was observed how these effects vary according to the income level of those countries. The results suggest that improvements in the quality of legal

institutions positively affect economic performance, contributing to a trajectory of economic growth and prosperity in countries. These positive effects of the level of legal institutional quality tend to be more relevant and significant in low-income countries with relatively weaker institutions.

Keywords: Legal Institutions. Economic Growth. Rule of Law. Panel VAR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. QUALIDADE DAS INSTITUIÇÕES, ESTADO DE DIREITO E CRESCIMENTO ECONÔMICO 1.1 Definindo Instituições Jurídicas 1.2 Estado de Direito e Qualidade das Instituições Jurídicas 1.3 Qualidade das Instituições Jurídicas e Crescimento Econômico 2. MENSURANDO OS EFEITOS DA QUALIDADE INSTITUCIONAL JURÍDICA SOBRE O CRESCIMENTO ECONÔMICO DOS PAÍSES 3. RESULTADOS 3.1 Base de Dados 3.2 Resultados da Estimação do Modelo de Qualidade das Instituições Jurídicas e Crescimento Econômico CONSIDERAÇÕES FINAIS

Data de submissão: 13/09/2019

Data de aceitação: 15/05/2020

INTRODUÇÃO

As instituições, em sua mais ampla e aceita dimensão conceitual, correspondem às restrições humanamente concebidas, que moldam a interação política, econômica e social. Ao longo da história, as instituições foram criadas com a finalidade de estabelecer ordem e reduzir a incerteza. North¹, ao estabelecer essa definição, entende que as instituições formam um conjunto de regras informais, provenientes da tradição, do código de conduta, do costume, do tabu e das sanções; e de regras formais, que compõem as leis, as constituições e os direitos de propriedade.

Ao enfatizar o papel desempenhado pelas instituições, North² argumenta que algumas economias desenvolvem instituições que promovem crescimento, enquanto outras economias desenvolvem instituições que produzem declínio.

As instituições que interessam a este trabalho correspondem ao conjunto de regras jurídicas formais que influenciam e moldam as escolhas e decisões no âmbito do desempenho econômico dos países, tanto na dimensão microeconômica quanto macroeconômica.

A existência de instituições jurídicas fortes propicia uma estrutura legal efetiva, além de segurança contratual e mecanismos de resolução de disputas que favorecem o crescimento

¹ NORTH, Douglass Cecil. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, p. 97-112, 1991.

² NORTH, Douglass Cecil. *Structure and change in economic history*. Norton, 1981.

e o desenvolvimento econômico dos países. Ademais, instituições jurídicas consistentes com os direitos humanos podem proporcionar um desenvolvimento que também seja inclusivo e sustentável. A proteção dos direitos de propriedade depende também de instituições jurídicas fortes e de um sistema jurídico que funcione de forma efetiva.

Do ponto de vista da teoria econômica, as instituições jurídicas fortes criam uma estrutura de incentivos em uma economia, enquanto que as instituições jurídicas fracas resultam em desincentivos. Assim, as instituições determinam a viabilidade da atividade econômica, influenciando os custos de produção e de transação. Neste contexto, é possível observar que, em países que apresentam instituições jurídicas mais fortes, as empresas são maiores e mais eficientes, uma vez que essas empresas enfrentam menos riscos inerentes à insegurança jurídica e um ambiente de negócios com menor incerteza, resultando em maior acesso ao crédito e expansão dos investimentos.

Por outro lado, em países que possuem instituições jurídicas mais fracas, observa-se que muitas empresas deixam de investir nessas regiões devido à falta de confiança e segurança nesse arcabouço institucional, incapaz de garantir os direitos de propriedade, o cumprimento de contratos e a credibilidade necessária ao acesso ao crédito. Dessa forma, a fraqueza institucional jurídica se traduz em baixo crescimento econômico. Portanto, em países onde as instituições jurídicas são consideradas fracas, a segurança jurídica, a credibilidade e a confiança que as pessoas têm no sistema jurídico são baixas, aumentando significativamente o risco das atividades econômicas e, conseqüentemente, reduzindo a propensão a investir das empresas. Logo, um arcabouço institucional jurídico fraco pode gerar, muitas vezes, desincentivos ou incentivos distorcidos para uma economia.

No decorrer das duas últimas décadas, um número considerável de pesquisas foi desenvolvido com vistas a demonstrar a existência de uma forte correlação entre a origem histórica das leis e instituições e o desempenho econômico dos países. Neste sentido, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer³ sintetizam essas evidências e buscam mostrar que a contribuição básica desses trabalhos parece ser confirmada pelas pesquisas recentes: a ideia de que as origens legais, amplamente interpretadas como sistemas altamente persistentes, trazem conseqüências significativas para a atual estrutura jurídica da sociedade, influenciando o desenvolvimento e crescimento econômico dos países.

Considerando a importância de se incorporar a análise institucional no estudo do desempenho econômico dos países, o objetivo principal deste trabalho consiste em investigar como a qualidade das instituições jurídicas afeta o desempenho econômico dos países.

Desse modo, buscou-se analisar a relação existente entre o nível de qualidade das instituições jurídicas e o desempenho econômico de um conjunto de 118 países, em um período de 15 anos, compreendido entre os anos de 2002 a 2016. Para tanto, foi desenvolvido um modelo econométrico capaz de captar os efeitos de uma melhoria – choque positivo – na qualidade das instituições jurídicas sobre a trajetória futura do desempenho econômico dos países. Ademais, observou-se como esses efeitos variam de acordo com o nível de renda dos países.

³ LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. The economic consequences of legal origins. **Journal of Economic Literature**, p. 285-332, 2008.

A qualidade das instituições jurídicas está intrinsecamente relacionada à efetividade das regras e normas que compõe o arcabouço jurídico vigente em um país, e ao comprometimento do governo e dos cidadãos em cumprir as regras estabelecidas, possibilitando classificá-las como instituições fortes ou fracas. Assim, conforme destaca Aoki⁴, uma nova regra que não consegue deslocar as expectativas dos agentes no sentido de se comprometerem a cumpri-la pode não ter efeito algum, sendo assim considerada demasiadamente fraca. Neste sentido, uma regra que restrinja ou estabeleça um determinado comportamento será efetiva somente se os indivíduos esperarem que os demais agentes (incluindo os responsáveis por fazer cumprir a regra) atuem de forma a torná-la forte e efetiva.

Ao corroborar essa ideia, Dam⁵ argumenta que nenhuma melhoria substantiva da lei trará o Estado de Direito a um país sem a sua aplicação efetiva. Assim, a existência de instituições jurídicas fortes é fundamental para a efetividade do Judiciário. O Estado de Direito reflete, portanto, o nível de qualidade das instituições jurídicas vigentes em um país.

Na análise empírica deste trabalho, o indicador de governança do Banco Mundial, denominado *Rule of Law*, foi utilizado como variável representativa da qualidade das instituições jurídicas. Esse indicador é conceitualmente adequado para esta análise, uma vez que busca captar a percepção do nível de confiança e de cumprimento das regras que moldam uma sociedade, em especial, o nível de qualidade da execução dos contratos, dos direitos de propriedade, da polícia e dos tribunais.

Os resultados das estimações mostraram que um choque de melhoria na qualidade das instituições jurídicas gera efeitos positivos sobre o PIB per capita no período imediatamente posterior ao choque. Ao analisar os resultados relativos ao grupo de países de renda alta, observou-se que os efeitos de uma melhoria da qualidade institucional jurídica sobre o crescimento econômico são significativamente menores do que os efeitos médios encontrados na estimação da amostra de países de baixa renda.

Assim, é possível inferir que esses resultados estão de acordo com a hipótese de convergência de renda. Neste contexto, pode-se considerar que países que apresentam maior nível de renda, em geral, possuem instituições jurídicas mais fortes e, conseqüentemente, os efeitos de melhorias da qualidade dessas instituições geram menor impacto sobre o crescimento econômico desses países se comparados com países de baixa renda. Logo, os efeitos de um choque de melhoria da qualidade institucional jurídica tendem a ser mais relevantes e significativos em países de baixa renda que apresentam instituições relativamente mais fracas.

Este artigo pretende contribuir para a literatura empírica na medida em que incorpora o papel da qualidade das instituições jurídicas na análise do desempenho econômico dos países, por meio da utilização de uma metodologia empírica ainda pouco explorada para analisar tal questão.

⁴ AOKI, Masahiko. *Towards a Comparative Institutional Analysis*. MIT Press, 2001.

⁵ DAM, Kenneth W. The judiciary and economic development. *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, n. 287, 2006.

O artigo está organizado da seguinte forma. A primeira seção traz os principais conceitos e relações existentes entre Estado de Direito, qualidade das instituições jurídicas e crescimento econômico, fundamentais para uma melhor compreensão dos resultados desta pesquisa. Na segunda seção, há uma descrição da metodologia empírica utilizada para mensurar os efeitos da qualidade institucional jurídica sobre o crescimento econômico dos países. A terceira seção apresenta os resultados estimados e a última seção contém as considerações finais deste estudo.

1. QUALIDADE DAS INSTITUIÇÕES, ESTADO DE DIREITO E CRESCIMENTO ECONÔMICO

1.1 Definindo Instituições Jurídicas

North⁶ conceitua as instituições como as regras do jogo concebidas em uma sociedade, a partir da seguinte definição:

Instituições são restrições humanamente concebidas que estruturam as interações políticas, econômicas e sociais. Consistem tanto em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições, e códigos de conduta), quanto em restrições formais (constituições, leis, direitos de propriedade).⁷

Nessa perspectiva, as instituições representam para os indivíduos um conjunto de restrições às suas ações, estabelecidas pela própria sociedade ou por organizações, como o Estado. Tais restrições podem ser formais, como as leis e as constituições, ou podem ser informais, provenientes de costumes e tradições de uma sociedade.

Seguindo a essência do conceito amplo defendido por North⁸, as instituições jurídicas correspondem a um conjunto de regras jurídicas que disciplinam as relações entre os indivíduos, cuja obediência e o cumprimento são exigidos de toda a sociedade. Assim, as instituições jurídicas constituem verdadeiros tratados de ordem geral e abstrata, sendo confirmadas, a partir do fenômeno jurídico da positivação, por meio das normas válidas e vigentes que compõem o ordenamento jurídico, um amplo e complexo sistema interligado, conforme define Bobbio⁹ em sua conclusão a respeito da teoria da instituição:

A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.¹⁰

⁶ NORTH, Douglass Cecil. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, p. 97-112, 1991.

⁷ *Id.*, *Op. Cit.* (1991).

⁸ *Id.*, *Op. Cit.* (1991).

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**, 2001.

¹⁰ *Id.*, *Op. Cit.*

As instituições que interessam a este trabalho correspondem ao conjunto de regras jurídicas formais que influenciam e moldam as escolhas e decisões no âmbito do desempenho econômico dos países, tanto na dimensão microeconômica quanto macroeconômica¹¹. As instituições criam uma estrutura de incentivos e desincentivos em uma economia, determinando assim a viabilidade da atividade econômica, uma vez que elas influenciam diretamente os custos de produção e de transação. Dessa forma, algumas economias desenvolvem instituições que promovem crescimento e desenvolvimento, enquanto outras desenvolvem instituições que produzem declínio e estagnação.

As instituições jurídicas, resultantes das organizações e interações humanas, são passíveis de mudanças. Na análise empírica deste trabalho, consideramos a possibilidade de mudança institucional, refletindo em diferentes níveis de qualidade das instituições jurídicas ao longo do tempo. Dessa forma, nos referimos ao que Roland¹² denomina de instituições políticas “*fast moving*”, correspondendo às regras formais que podem ser alteradas de forma rápida e deliberada por meio de um processo político centralizado. Roland¹³ distingue essas instituições políticas das instituições culturais “*slow moving*”, que consistem nas regras informais que mudam lentamente, de forma contínua, evolutiva e descentralizada. Sendo assim, a mudança institucional é tratada como um processo político centralizado, por meio do qual as regras são explicitamente estabelecidas e alteradas por uma entidade política coletiva: o governo.

1.2 Estado de Direito e Qualidade das Instituições Jurídicas

Annan¹⁴ descreveu o Estado de Direito como um princípio de governança segundo o qual todas as pessoas, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis por leis que são publicamente promulgadas, igualmente aplicadas e adjudicadas independentemente, sendo consistentes com as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Neste sentido, as nações devem adotar medidas que visem garantir a aderência aos princípios da supremacia, igualdade, responsabilidade e justiça na aplicação da lei, separação de poderes, participação na tomada de decisões, segurança jurídica, prevenção, arbitrariedade e transparência processual e jurídica.

Em consonância com essa definição estabelecida por Annan¹⁵, Dam¹⁶ sintetizou três ideias

¹¹ A dimensão microeconômica abrange o comportamento individual dos agentes econômicos, ou seja, dos consumidores, das empresas e dos mercados nos quais esses agentes interagem entre si. **Já a dimensão macroeconômica reflete o comportamento do sistema econômico em seu conjunto, de forma agregada.**

¹² ROLAND, Gerard. Understanding Institutional Change: Fast-moving and Slow-moving institutions. **Studies in Comparative International Development**, 2004, p.109-131.

¹³ Id., *Op. Cit.*

¹⁴ ANNAN, Kofi. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General, 2004.

¹⁵ ANNAN, Kofi. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General, 2004.

¹⁶ DAM, Kenneth W. The judiciary and economic development. **U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper**, n. 287, 2006.

intrínsecas ao Estado de Direito, quais sejam:

- i. As regras legais devem ser escritas e disponibilizadas a todos os residentes de um país: nenhuma lei secreta.
- ii. As regras devem ser aplicadas e cumpridas de forma igual e imparcial para todos, independentemente da posição ou status: ninguém está acima da lei.
- iii. Os indivíduos devem ter o direito de ter regras que os favoreçam e beneficiem. Em outras palavras, eles têm direito ao acesso à justiça de forma não discriminatória, não importando quem eles sejam e quem seja o réu: igualdade de acesso à justiça.

Em sua forma mais simples, o Estado de Direito pode ser entendido como um sistema sob o qual as relações entre os cidadãos, e desses com o governo, são regidas por leis que devem ser seguidas e aplicadas. No Estado de Direito, as leis precisam ser acessíveis, aplicáveis e compreensíveis. As regras devem ser cumpridas e, garantindo o devido processo legal, devem conceder aos cidadãos seus direitos fundamentais e regular as suas relações de maneira justa.

O Estado de Direito desempenha um papel fundamental na consolidação e garantia dos direitos econômicos e sociais nas constituições, leis e normas vigentes em um país. Ao fornecer os meios de reparação quando esses direitos não são mantidos e apoiar a sua efetividade por meio da implementação de políticas e programas nacionais. Além disso, as instituições do Estado de Direito contribuem para garantir que a aplicação dessas políticas esteja em conformidade com a lei e seja exercida de forma não discriminatória.

Portanto, a essência do estado de direito consiste na soberania ou supremacia da lei sobre pessoas e governos. Neste sentido, Watson¹⁷ destaca que o estado de direito é mais do que o seu regulamento por lei, mas uma garantia de liberdades, direitos humanos e igualdade de tratamento perante a lei.

Todavia, existem diferentes definições de Estado de Direito, decorrentes das histórias sociopolíticas, jurídico-institucionais e dos ideais normativos que caracterizam as sociedades ao longo do tempo. Nesse sentido, Krygier¹⁸ destaca que as definições ainda podem variar em termos de forma, ou seja, como as instituições do estado de direito devem ser moldadas; e função, isto é, a que propósito as instituições devem servir.

No que diz respeito aos elementos de forma, é possível observar variações com relação à separação de poderes, revisão judicial e constitucional, resoluções de disputas, assim como órgãos reguladores e uma variedade de proteções de direitos humanos. O estado de direito considera a capacidade dos indivíduos de acessar a lei, por meio do fornecimento de diferentes formas de suporte, com destaque para a assistência jurídica, e canalização

¹⁷ WATSON, P. *The Rule of Law and Economic Prosperity*, 2003.

¹⁸ KRYGIER, M. Rule of law. In: WRIGHT, JD (Ed.) *Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*. 2.nd. Atlanta, GA: Elsevier, 2015. pp. 45–59.

de informações sobre direitos e justiça e responsabilização dos governantes, por meio do acesso à informação, conscientização e conhecimento sobre como o poder e os direitos são defendidos, distribuídos e regulados.

Já o elemento funcional do estado de direito consiste em uma variedade de fins pretendidos. Em essência, o Estado de Direito trata da capacidade política e institucional de impor limites acordados ao exercício do poder e de resolver disputas sobre a alocação de poder e de recursos por meios não violentos. Contudo, conforme o arcabouço institucional jurídico de cada país, há extensões de diferentes dimensões desses atributos, que estão relacionados à capacidade de implementar mecanismos efetivos de controle, resolver disputas, administrar e garantir os direitos, conforme definidos na estrutura normativa vigente.

De acordo com Krygier¹⁹, o Estado de Direito nunca é absoluto, sendo melhor compreendido como um processo no qual qualidades e práticas desiguais tendem a coexistir. É possível notar diferenças até mesmo entre grupos de uma mesma sociedade, refletindo a natureza das relações de poder e das desigualdades estruturais. Esse comportamento pode ser observado inclusive em democracias consolidadas, que apresentam ordens legais, judiciais e policiais estáveis, naqueles lugares onde há uma significativa resistência das elites em se vincular à lei, cujos interesses concorrentes na prática resultam em direitos de algumas pessoas que superam os direitos de outras.

Dam²⁰ argumenta que nenhuma melhoria substantiva da lei trará o Estado de Direito a um país sem a sua aplicação efetiva. A existência de instituições jurídicas fortes é fundamental para a efetividade do Judiciário. O Estado de Direito reflete, portanto, o nível de qualidade das instituições jurídicas vigentes em um país.

A qualidade das instituições jurídicas está intrinsecamente relacionada à efetividade das regras e normas que compõe o arcabouço jurídico vigente em um país, e ao comprometimento do governo e dos cidadãos em cumprir as regras estabelecidas, possibilitando classificá-las como instituições fortes ou fracas. Assim, conforme destaca Aoki²¹, uma nova regra que não consegue deslocar as expectativas dos agentes no sentido de se comprometerem a cumpri-la pode não ter efeito algum, sendo assim considerada demasiadamente fraca. Neste sentido, uma regra que restrinja ou estabeleça um determinado comportamento será efetiva somente se os indivíduos esperarem que os demais agentes (incluindo os responsáveis por fazer cumprir a regra) atuem de forma a torná-la forte e efetiva.

1.3 Qualidade das Instituições Jurídicas e Crescimento Econômico

Ao longo das duas últimas décadas, um número considerável de pesquisas foi desenvolvido com vistas a demonstrar a existência de uma forte correlação entre a origem histórica

¹⁹ KRYGIER, M. Rule of law. In: WRIGHT, JD (Ed.) **Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences**. 2.nd. Atlanta, GA: Elsevier, 2015. pp. 45–59.

²⁰ DAM, Kenneth W. The judiciary and economic development. **U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper**, n. 287, 2006.

²¹ AOKI, Masahiko. **Towards a Comparative Institutional Analysis**. MIT Press, 2001.

das leis e o desempenho econômico dos países. Neste sentido, La Porta, Lopez-de-Silanes e Shleifer²² sintetizam essas evidências e buscam mostrar que a contribuição básica desses trabalhos parece ser confirmada pelas pesquisas recentes: a ideia de que as origens legais, amplamente interpretadas como sistemas altamente persistentes, trazem consequências significativas para a atual estrutura legal e reguladora da sociedade, influenciando o desenvolvimento e crescimento econômico dos países. Com base nessa análise, esses autores desenvolvem quatro importantes proposições, quais sejam: (i) as instituições jurídicas diferem sistematicamente entre os países, e essas diferenças podem ser medidas e quantificadas; (ii) essas diferenças nas regras e regulamentos legais são explicadas em grande parte pelas origens legais; (iii) a divergência histórica básica nos estilos de tradições jurídicas explica bem por que as regras legais diferem; e (iv) as instituições jurídicas são importantes para os resultados econômicos e sociais.

O nível de qualidade das instituições jurídicas não está associado apenas à necessidade de uma justiça efetiva, sendo ainda fundamental para o desenvolvimento econômico dos países. A literatura empírica que investiga a relação entre a qualidade das instituições jurídicas e o desempenho econômico dos países têm demonstrado efeitos positivos da efetividade das instituições jurídicas sobre o crescimento econômico. Neste sentido, países que possuem instituições jurídicas fortes e efetivas, em geral, apresentam um crescimento mais significativo da atividade econômica. Nesses países, há uma elevada efetividade das regras e normas que compõe o arcabouço jurídico, e um forte comprometimento do governo e dos cidadãos em cumprir as regras estabelecidas.

A existência de instituições jurídicas fortes propicia uma estrutura legal efetiva, além de segurança contratual e mecanismos de resolução de disputas que favorecem o crescimento e o desenvolvimento econômico dos países. Ademais, instituições jurídicas consistentes com os direitos humanos podem proporcionar um desenvolvimento que também seja inclusivo e sustentável. A proteção dos direitos de propriedade depende também de instituições jurídicas fortes e de um sistema jurídico que funcione de forma efetiva.

Do ponto de vista da teoria econômica, as instituições jurídicas fortes criam uma estrutura de incentivos em uma economia, enquanto que instituições jurídicas fracas resultam em desincentivos. Assim, as instituições determinam a viabilidade da atividade econômica, influenciando os custos de produção e de transação. Neste contexto, é possível observar que, em países que apresentam instituições jurídicas mais fortes, as empresas são maiores e mais eficientes, uma vez que essas empresas enfrentam menos riscos inerentes à insegurança jurídica e um ambiente de negócios com menor incerteza, resultando em maior acesso ao crédito e expansão dos investimentos.

Por outro lado, em países que possuem instituições jurídicas mais fracas, observa-se que muitas empresas deixam de investir nessas regiões devido à falta de confiança e segurança nesse arcabouço institucional, incapaz de garantir os direitos de propriedade, o cumprimento de contratos e a credibilidade necessária ao acesso ao crédito. Dessa forma, a fraqueza institucional jurídica se traduz em baixo crescimento econômico. Portanto, em

²² LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. The economic consequences of legal origins. *Journal of Economic Literature*, p. 285-332, 2008.

países onde as instituições jurídicas são consideradas fracas, a segurança jurídica, a credibilidade e a confiança que as pessoas têm no sistema jurídico são baixas, aumentando significativamente o risco das atividades econômicas e, conseqüentemente, reduzindo a propensão a investir das empresas. Logo, um arcabouço institucional jurídico fraco pode gerar, muitas vezes, desincentivos ou incentivos distorcidos para uma economia.

Além de desestimular investimentos e a utilização de capital disponível; reduzir a atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala; a fraqueza institucional pode ainda distorcer o sistema de preços, ao considerar fontes de riscos adicionais ao ambiente de negócios, e diminuir a efetividade das políticas macroeconômicas.

É importante observar ainda a existência de uma relação entre a atividade econômica e o atraso dos tribunais na resolução de casos: o tempo necessário para resolver um processo aumenta a incerteza entre os agentes econômicos, dificultando as transações nos mercados. Os sistemas judiciais têm em todo o mundo a tarefa de fazer cumprir a lei, tornando regimes regulatórios institucionais efetivos. Johnson et al.²³, Chemin²⁴ e Ippoliti et al.²⁵ corroboram a ideia de que esse ambiente de segurança jurídica desempenha um papel fundamental para o crescimento econômico dos países, uma vez que sistemas jurídicos efetivos estimulam o estabelecimento de novas relações comerciais e reduz barreiras de entrada no mercado, o que torna os mercados mais dinâmicos.

O judiciário consiste no principal instrumento por meio do qual os agentes econômicos resolvem suas disputas. Sendo assim, um sistema jurídico efetivo tem a capacidade de reduzir a incerteza inerente às transações econômicas.

Portanto, é possível observar que entre as instituições que geram impactos significativos sobre o desempenho econômico dos países, as instituições jurídicas desempenham um papel relevante. Compreender como a qualidade das instituições jurídicas vigentes afeta o desempenho econômico de um país permite identificar a estrutura de incentivos e desincentivos que norteia o crescimento e desenvolvimento econômico dos países. A qualidade do arcabouço institucional jurídico pode influenciar a atividade econômica por meio da alocação de recursos, da produtividade dos fatores e das decisões sobre investimentos.

Os principais canais por meio do qual a baixa qualidade das instituições afeta o desempenho econômico são: o investimento, o progresso tecnológico, a eficiência das firmas e a qualidade da política econômica.

O progresso tecnológico é bastante influenciado pela qualidade institucional, uma vez que são as instituições jurídicas que garantem o direito de propriedade intelectual. Nos países em que essas instituições são fortes e efetivas, o respeito à propriedade intelectual

²³ JOHNSON, S., MCMILLAN, J., WOODRUFF, C. Courts and Relational Contracts. **Journal of Law, Economics, and Organization**, p.221–277, 2002.

²⁴ CHEMIN, M. The impact of the judiciary on entrepreneurship: Evaluation of Pakistan's "Access to Justice Programme". **Journal of Public Economics**, Amsterdam, p.114–125, 2009.

²⁵ IPPOLITI, R.; MELCARNE, A.; RAMELLO, G. B. Judicial efficiency and entrepreneurs' expectations on the reliability of European legal systems. **European Journal of Law and Economics**, p.75–94, 2015.

estimula o investimento em pesquisa e desenvolvimento e propicia a aquisição de tecnologia avançada de outros países.

No que diz respeito à eficiência das empresas, observa-se que, a existência de instituições fracas prejudica a garantia e a manutenção dos contratos, desestimulando assim a expansão de negócios pelas empresas, que acabam deixando de explorar economias de escala, além de alocarem seus recursos de forma ineficiente. Além disso, há uma maior tendência à verticalização das empresas com a presença de instituições fracas que não garantem a execução dos contratos. Dessa forma, concentram-se em uma única empresa atividades que poderiam ser desenvolvidas de forma mais eficiente por empresas especializadas.

A efetividade das políticas econômicas também é influenciada pela qualidade das instituições jurídicas. Acemoglu et al.²⁶ demonstraram que a qualidade institucional de um país exerce um papel importante no desempenho das políticas macroeconômicas. Esses autores defendem a ideia de que países que adotam políticas econômicas ineficazes e distorcidas, em geral, possuem instituições econômicas e jurídicas fracas, que não limitam o poder dos políticos e elites, além de aplicarem os direitos de propriedade de forma ineficaz, apresentarem corrupção generalizada e elevado grau de instabilidade política e insegurança jurídica. Essa perspectiva considera que o desempenho econômico de muitos países pode refletir as causas institucionais profundas que levam a políticas econômicas distorcidas. Ou seja, a condução de políticas econômicas distorcidas é um sintoma de problemas institucionais subjacentes dos países.

Em síntese, uma estrutura institucional forte e efetiva garante que as transações econômicas sejam realizadas de forma segura e com custos mais baixos. Além disso, reduz a ineficiência na alocação de recursos, por meio da combinação de estabilidade institucional, econômica e política. Assim, um arcabouço institucional jurídico forte contribui para o crescimento econômico ao prover o uso eficiente de recursos em áreas produtivas.

2. MENSURANDO OS EFEITOS DA QUALIDADE INSTITUCIONAL JURÍDICA SOBRE O CRESCIMENTO ECONÔMICO DOS PAÍSES

O objetivo principal deste trabalho consiste em investigar a relação existente entre o nível de qualidade das instituições jurídicas e o desempenho econômico de um conjunto de 118 países, em um período de 15 anos, compreendido entre os anos de 2002 a 2016. Seguindo a metodologia utilizada por Góes²⁷ e Gadelha e Divino²⁸, desenvolveu-se um modelo econométrico capaz de captar os efeitos de uma melhoria – choque positivo – na

²⁶ ACEMOGLU, D., JOHNSON, S., ROBINSON, J.A. Institutional causes, macroeconomic symptoms: volatility, crises and growth. **Journal of monetary economics**, Amsterdam, p. 49-123, 2003.

²⁷ GÓES, Carlos. Institutions and growth: A GMM/IV panel VAR approach. **Economics Letters**, Amsterdam, p. 85-91, 2016.

²⁸ GADELHA, A.; DIVINO, J. A. Institutions, growth and economic stability. **Economics Bulletin**, p. 554-563, 2019.

qualidade das instituições jurídicas sobre a trajetória futura do desempenho econômico dos países. Ademais, buscou-se analisar como esses efeitos variam de acordo com o nível de renda dos países.

Em que pese a vasta literatura empírica que investiga a relação entre instituições e crescimento econômico, este artigo utiliza uma metodologia ainda pouco explorada para analisar tal questão. Este trabalho segue uma abordagem macroeconômica, a partir da estimação de vetores autorregressivos para dados em painel (*Panel Vector Autoregressive – PVAR*), com vistas a analisar as relações dinâmicas existentes entre qualidade das instituições jurídicas e crescimento econômico dos países.

Tendo em vista a complexa rede de causalidade que envolve essas duas variáveis – qualidade das instituições jurídicas e desempenho econômico – considera-se a modelagem PVAR a mais adequada para o desenvolvimento deste trabalho. Nos modelos PVAR, todas as variáveis são consideradas endógenas e interdependentes, tratando a heterogeneidade individual não observada e específica de cada país que compõe o painel por meio de efeitos fixos.

A aplicação dessa metodologia tem como objetivo estimar funções impulso-resposta com vistas a evidenciar os efeitos sobre uma variável endógena de um choque em outra variável do sistema. As funções impulso-resposta têm sido o cerne das análises que utilizam a metodologia PVAR, com vistas a obter os efeitos de choques sobre a trajetória futura de qualquer uma das variáveis do modelo.

Utilizando dados em painel e incluindo efeitos fixos, evita-se o risco dos resultados serem influenciados por características não observadas dos países.²⁹

A relação dinâmica entre as variáveis endógenas do modelo empírico pode ser descrita da seguinte forma:

$$Y_{i,t} = A_{0i} + A(l) \cdot Y_{i,t-j} + f_i + u_{i,t} \quad (1)$$

i = {1,...,118} e t = {2002,...,2016}

Onde:

$$Y_{i,t} = \{X_{i,t}, I_{i,t}\}$$

$$Y_{i,t-j} = \{X_{i,t-j}, I_{i,t-j}\}, \text{ onde } j = 1, 2, \dots, p$$

A_{0i} = matriz diagonal de interceptos invariantes no tempo.

$A(l)$ = matrizes de coeficientes defasados.

$Y_{i,t}$ = vetores de variáveis endógenas contemporâneas

$X_{i,t}$ = desempenho macroeconômico do país i no período t.

²⁹ A solução padrão para este problema consiste geralmente em incluir variáveis de controle; no entanto, neste contexto, determinantes relevantes do crescimento econômico, como a cultura, são difíceis de mensurar. Dessa forma, a presença de efeitos fixos controla as características invariantes no tempo de todos os países, tais como: geografia, clima, religião, cultura e história. Sendo assim, a utilização do PVAR contorna problemas relacionados a variáveis omitidas e causalidade reversa.

$I_{i,t}$ = qualidade das instituições jurídicas do país i no período t .
 $Y_{i,t-j}$ = vetores de variáveis endógenas defasadas.
 f_i = efeitos fixos
 $u_{i,t}$ = vetor de erros aleatórios.

Neste modelo PVAR, $Y_{i,t}$ e $Y_{i,t-j}$ correspondem aos conjuntos de vetores de variáveis endógenas contemporâneas e defasadas, respectivamente; f_i é o efeito fixo não observado e $u_{i,t}$ consiste no vetor de erros aleatórios. As matrizes $A(l)$ captam os efeitos próprios e cruzados das variáveis defasadas sobre suas observações contemporâneas.

O vetor $X_{i,t}$ é constituído por séries variantes no tempo e entre países, representativas do desempenho econômico, em que $X_{i,t}$ = Log do PIB per capita anual. O vetor $I_{i,t}$ corresponde à série do indicador representativo da qualidade das instituições jurídicas.

3. RESULTADOS

3.1 Base de Dados

Com vistas a investigar a relação existente entre qualidade das instituições jurídicas e crescimento econômico de um conjunto de 118 países, no período de 2002 a 2016, serão utilizadas as seguintes séries temporais em painel balanceado, com periodicidade anual:

- I. PIB per capita como variável representativa do desempenho econômico dos países: logaritmo do PIB per capita anual (preços constantes de 2010, US\$).
- II. *Rule of Law* como variável representativa da Qualidade das Instituições Jurídicas: Desenvolvido conforme metodologia descrita em Kaufmann et al.³⁰, o indicador está em unidades de distribuição normal padrão ($\mu=0$; $\sigma=1$), com valores mais altos correspondendo à melhor qualidade das instituições jurídicas.

As séries³¹ temporais foram extraídas do banco de dados do Banco Mundial e cada variável apresenta um total de 1.770 observações. As estatísticas descritivas das séries temporais em painel, referentes a essas duas variáveis, a serem utilizadas nos modelos econométricos, estão sintetizadas na Tabela a seguir:

³⁰ KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. The worldwide governance indicators: methodology and analytical issues. **Hague Journal on the Rule of Law**, p. 220-246, 2011.

³¹ O requisito de estacionariedade das séries temporais utilizadas na estimação do modelo foi verificado mediante a realização de testes de raiz unitária. Os resultados dos testes demonstraram que as séries a serem utilizadas nas estimações são estacionárias. A estabilidade dos modelos foi verificada mediante a análise das raízes inversas do polinômio característico autorregressivo. Todas as raízes dos sistemas de equações estimados encontraram-se dentro do círculo unitário, logo, a condição de estabilidade dos modelos foi satisfeita.

Tabela 1: Estatísticas Descritivas das Variáveis do Modelo PVAR

Variável	Observações	Média	Desv. Padrão	Mínimo	Máximo
Indicador de Qualidade das Instituições Jurídicas	1.770	0,0014	1,0000	-1,8431	2,1003
PIB per capita (US\$)	1.770	13.258,01	19.275,09	177,82	119.172,70

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Banco Mundial, com a utilização do software estatístico Stata.

Nesta análise empírica, a série representativa do crescimento econômico foi transformada em logaritmos, com vistas a tornar mais clara a interpretação dos resultados.

O indicador de governança *Rule of Law* foi utilizado como variável representativa da qualidade das instituições jurídicas. É importante ressaltar que essa variável não é representativa do arcabouço institucional em si, mas do nível de qualidade das instituições vigentes nos países. Esse nível de qualidade das instituições está intrinsecamente relacionado à efetividade das regras e normas jurídicas vigentes e ao comprometimento dos cidadãos em cumprir as metas e regras estabelecidas.

O indicador de governança *Rule of Law* é conceitualmente adequado para esta análise, uma vez que busca captar a percepção do nível de confiança e de cumprimento das regras que moldam a sociedade, em especial, o nível de qualidade da execução dos contratos, dos direitos de propriedade, da polícia e dos tribunais. Teoricamente, espera-se uma sociedade que seja efetivamente capaz de executar suas políticas de crescimento econômico mediante um arcabouço institucional forte e sólido.

A utilização do indicador *Rule of Law* como representativo do nível de qualidade das instituições jurídicas fundamenta-se na ideia de que países que apresentam instituições jurídicas fracas, em geral, são incapazes de lidar de forma apropriada com períodos de incerteza, instabilidades e desacelerações econômicas, decorrentes de crises internas e externas. Conseqüentemente, maior nível de qualidade das instituições jurídicas implica menor instabilidade, criando um ambiente propício para o crescimento econômico.

3.2 Resultados da Estimação do Modelo de Qualidade das Instituições Jurídicas e Crescimento Econômico

As funções impulso-resposta estimadas pelo modelo VAR em painel evidenciaram os efeitos de um choque na variável de interesse sobre a trajetória futura das demais variáveis do modelo, após controlar características dos países invariantes no tempo.

Um choque na variável representativa da qualidade das instituições jurídicas corresponde a uma inovação, uma melhoria da qualidade institucional. Os resultados indicam que

melhorias na qualidade das instituições jurídicas vigentes em um país podem levar a um aumento do PIB per capita, o que também pode ser observado na correlação contemporânea positiva entre as duas variáveis, conforme pode ser visto na Figura 1.

Considerando que a correlação contemporânea demonstrada na Figura 1 gera dinâmicas homogêneas e resultados médios para todos os países da amostra, a amostra será dividida em grupos de países com o intuito de estimar e analisar como os efeitos da qualidade das instituições sobre o crescimento econômico variam de acordo com o nível de renda dos países.

Figura 1: Correlação Contemporânea entre a qualidade das instituições jurídicas e o crescimento do PIB per capita



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Banco Mundial, com a utilização do software estatístico Stata.

Com vistas a analisar se as relações dinâmicas entre as variáveis do modelo realmente diferem entre grupos de países, a amostra foi dividida em três grupos, conforme os níveis de renda: economias de alta, média e baixa renda, de acordo com a classificação estabelecida pelo Banco Mundial³².

As figuras referentes às respostas do PIB *per capita* a um choque na qualidade das instituições jurídicas estão compiladas na Figura 2.

Ao analisar os resultados relativos ao grupo de países de renda alta, observa-se que os efeitos de uma melhoria da qualidade institucional jurídica sobre o crescimento econô-

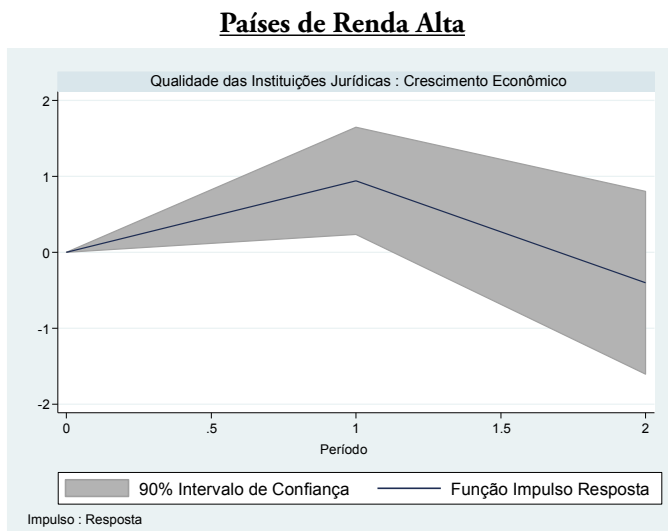
³² Ver *World Bank Atlas Method* (<https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/378832-what-is-the-world-bank-atlas-method>), para maiores detalhes acerca da metodologia utilizada pelo Banco Mundial para classificação dos países conforme o nível de renda.

mico são significativamente menores do que os efeitos médios encontrados na estimação da amostra de países de baixa renda. Assim, uma melhoria da qualidade das instituições jurídicas em países de renda alta gera um aumento do PIB *per capita* desses países, com um pico equivalente a 0,93% logo no primeiro ano após o choque. Por outro lado, as respostas do PIB *per capita* ao choque nos países de renda baixa apresentam magnitudes maiores, com um pico de aumento de 1,52%. Já os países de renda média, grupo maior e mais heterogêneo, apresentam um pico de aumento de 0,98% na trajetória de crescimento do PIB *per capita*. A Tabela 2 descreve os países que fazem parte de cada grupo.

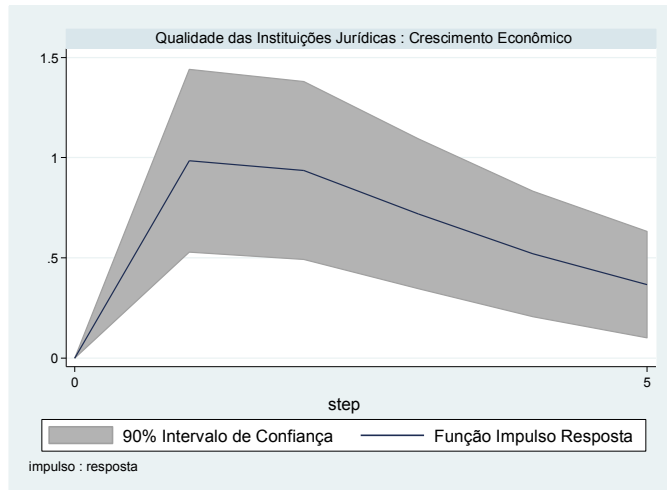
Esses resultados estão de acordo com a hipótese de convergência de renda, que especifica uma relação negativa entre o nível de renda inicial dos países e a sua taxa de crescimento durante determinado período de tempo. Neste sentido, pode-se considerar que países que apresentam maior nível de renda, em geral, já possuem instituições jurídicas mais fortes e, conseqüentemente, os efeitos de melhorias da qualidade dessas instituições geram menor impacto sobre o crescimento econômico desses países se comparados com países de baixa renda. Sendo assim, os efeitos de um choque de melhoria da qualidade institucional jurídica tendem a ser mais relevantes e significativos em países de baixa renda que apresentam instituições relativamente mais fracas.

Portanto, em países de baixa renda que, em geral, apresentam fraquezas e lacunas institucionais, os efeitos de melhorias do nível de qualidade das instituições jurídicas parecem desempenhar um papel determinante para o crescimento econômico desses países. Por outro lado, países que apresentam maior nível de renda, possuem instituições mais fortes, capazes de lidar de forma mais apropriada com períodos de desacelerações e instabilidades econômicas, decorrentes de crises internas e externas. Já países que apresentam instituições fracas são incapazes de lidar adequadamente com essas instabilidades. Logo, melhorias da qualidade das instituições jurídicas em países de rendas mais baixas são necessárias e urgentes.

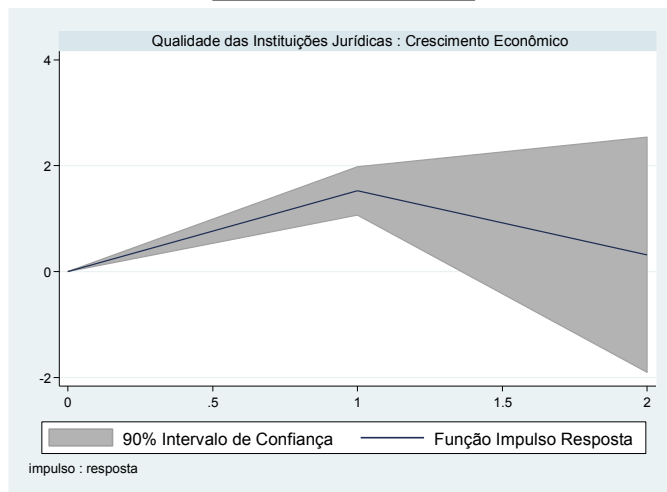
Figura 2: Choques de Melhorias do Nível de Qualidade das Instituições Jurídicas sobre o Crescimento Econômico – Grupos de Países por Nível de Renda



Países de Renda Média



Países de Renda Baixa



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Banco Mundial, com a utilização do software estatístico Stata.

Tabela 2: Grupos de Países conforme o Nível de Renda

Nível de Renda	Países
Alta Renda	Austrália, Bahrein, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Omã, Polônia, Portugal, Catar, Arábia Saudita, Cingapura, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Trindade e Tobago, Emirados Árabes, Reino Unido, Estados Unidos e Uruguai.
Média Renda	Albânia, Algéria, Argentina, Armênia, Azerbaijão, Bangladesh, Bielorrússia, Bolívia, Botsuana, Brasil, Bulgária, Camboja, Camarões, China, Colômbia, Costa Rica, Croácia, República Dominicana, Equador, Egito, El Salvador, Guiné Equatorial, Geórgia, Gana, Guatemala, Guiana, Honduras, Índia, Indonésia, Irã, Jamaica, Jordânia, Casaquistão, Quênia, Quirguistão, Líbano, Macedônia, Maurício, México, Moldova, Mongólia, Marrocos, Namíbia, Nicarágua, Nigéria, Paquistão, Panamá, Paraguai, Peru, Filipinas, Romênia, Rússia, África do Sul, Sri Lanka, Suriname, Suazilândia, Tajiquistão, Tailândia, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Vietnã.
Baixa Renda	Benin, Burquina Faso, República Centro-Africana, Chade, Guiné, Guiné-Bissau, Haiti, Madagascar, Malawi, Malásia, Mali, Moçambique, Nepal, Nigéria, Ruanda, Senegal, Serra Leoa, Tanzânia, Togo e Uganda.

Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Banco Mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou evidenciar a importância de se incorporar a análise institucional jurídica no estudo do desempenho econômico dos países. Com vistas a investigar a relação existente entre o nível de qualidade das instituições jurídicas vigentes nos países e os seus respectivos níveis de crescimento econômico, utilizou-se uma metodologia econométrica, referente à modelagem de vetores autorregressivos para dados em painel, e dados referentes a um conjunto de 118 países, que foram divididos em amostras de acordo com o nível de renda.

As estimações foram realizadas com o intuito de demonstrar os efeitos de um choque positivo na variável representativa da qualidade das instituições jurídicas sobre a trajetória futura do desempenho econômico dos países.

Os resultados das estimações mostraram que, em média, um choque de melhoria da qualidade das instituições jurídicas gera efeitos positivos sobre o PIB per capita no período imediatamente posterior ao choque. Ao analisar os resultados relativos ao grupo de países

de renda alta, observou-se que os efeitos de uma melhoria da qualidade institucional jurídica sobre o crescimento econômico são significativamente menores do que os efeitos médios encontrados na estimação da amostra de países de baixa renda. Portanto, esses resultados estão de acordo com a hipótese de convergência de renda. Neste contexto, pode-se considerar que países que apresentam maior nível de renda, em geral, já possuem instituições jurídicas mais fortes e, conseqüentemente, os efeitos de melhorias da qualidade dessas instituições geram menor impacto sobre o crescimento econômico desses países se comparados com países de baixa renda. Sendo assim, os efeitos de um choque de melhoria da qualidade institucional jurídica tendem a ser mais relevantes e significativos em países de baixa renda que apresentam instituições relativamente mais fracas.

Uma possível explicação para esses resultados é que, em países de baixa renda que, em geral, apresentam fraquezas e lacunas institucionais, os efeitos de melhorias do nível de qualidade das instituições jurídicas parecem desempenhar um papel determinante para o crescimento econômico desses países. Por outro lado, países que apresentam maior nível de renda, possuem instituições mais fortes, capazes de lidar de forma mais apropriada com períodos de desacelerações e instabilidades econômicas, decorrentes de crises internas e externas. Já países que apresentam instituições fracas são incapazes de lidar adequadamente com essas instabilidades. Logo, melhorias da qualidade das instituições jurídicas em países de rendas mais baixas são necessárias e urgentes.

Em síntese, os resultados sugerem que melhorias na qualidade das instituições jurídicas afetam positivamente o desempenho econômico, contribuindo para uma trajetória de crescimento econômico dos países. Compreender como a qualidade das instituições jurídicas vigentes afeta o desempenho econômico de um país permite identificar a estrutura de incentivos e desincentivos que norteia o crescimento e desenvolvimento econômico dos países.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D., JOHNSON, S., ROBINSON, J.A. Institutional causes, macroeconomic symptoms: volatility, crises and growth. **Journal of monetary economics**, Amsterdam, NL, Vol. 50, No. 1, p. 49-123, 2003.

ANNAN, Kofi. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General, 2004.

AOKI, Masahiko. **Towards a Comparative Institutional Analysis**. MIT Press, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

CHEMIN, M. The impact of the judiciary on entrepreneurship: Evaluation of Pakistan's "Access to Justice Programme". **Journal of Public Economics**, Amsterdam, NL, Vol. 93, No. 1/2, p.114–125, 2009.

DAM, Kenneth W. The judiciary and economic development. **U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper**, n. 287, 2006.

- GADELHA, A.; DIVINO, J. A. Institutions, growth and economic stability. **Economics Bulletin**, Vol. 39, n. 1, p. 554-563, 2019.
- GÓES, Carlos. Institutions and growth: A GMM/IV panel VAR approach. **Economics Letters**, Amsterdam, NL, Vol. 138, p. 85-91, 2016.
- IPPOLITI, R.; MELCARNE, A.; RAMELLO, G. B. Judicial efficiency and entrepreneurs' expectations on the reliability of European legal systems. **European Journal of Law and Economics**, Vol. 40, No. 1, p.75-94, 2015.
- JOHNSON, S., MCMILLAN, J., WOODRUFF, C. Courts and Relational Contracts. **Journal of Law, Economics, and Organization**, New Haven, Conn, Vol. 18, No. 1, p.221-277, 2002.
- KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. The worldwide governance indicators: methodology and analytical issues. **Hague Journal on the Rule of Law**, Heidelberg, GE, Vol. 3, No. 2, p. 220-246, 2011.
- KRYGIER, M. Rule of law. In: WRIGHT, JD (Ed.) **Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences**. 2.ed. Atlanta, GA: Elsevier, 2015. pp. 45-59.
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. The economic consequences of legal origins. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh, PA, Vol. 46, No. 2, p. 285-332, 2008.
- NORTH, Douglass Cecil. **Structure and change in economic history**. Norton, 1981.
- NORTH, Douglass Cecil. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, Nashville, TN, Vol. 5, No. 1, p. 97-112, 1991.
- ROLAND, Gerard. Understanding Institutional Change: Fast-moving and Slow-moving institutions. **Studies in Comparative International Development**, Saint Louis, MO, Vol. 38, No. 4, Winter 2004, p.109-131.
- WATSON, P. **The Rule of Law and Economic Prosperity**, 2003.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) E O ACESSO À JUSTIÇA: UMA BREVE ANÁLISE DO PROGRAMA ITINERANTE “A DEFENSORIA VAI AONDE O POVO POBRE ESTÁ” NA MESORREGIÃO SUL FLUMINENSE

THE DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU) AND ACCESS TO JUSTICE: A BRIEF ANALYSIS OF THE ITINERANT PROGRAM “THE DEFENSORIA GOES WHERE THE POOR PEOPLE ARE” IN MESOREGION SUL FLUMINENSE

Matheus Vidal Gomes Monteiro

*Doutor em Direito
Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF) - Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS)
matheus.vgm@outlook.com*

Gabriela Rangel Bondezan

*Pesquisadora bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (UFF)
Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) – Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS)
gabrielabondezan@id.uff.br*

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a análise do oferecimento da assistência judiciária gratuita na Mesorregião Sul Fluminense, situada no Estado do Rio de Janeiro, pela Defensoria Pública da União (DPU). Inicialmente, com a metodologia histórica, embasada na obra “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e, posteriormente, dedutiva, com o estudo das leis do ordenamento jurídico brasileiro sobre a acessibilidade da justiça, sendo aplicada à região supracitada. Deste modo, há a exposição de leis, bibliografias e documentos internos oficiais do órgão referido para a demonstração da atuação da DPU nessa mesorregião. Como resultado, pode-se dispor sobre o impacto positivo no acesso à justiça para todas as cidades e comunidades, pertencentes àquela localidade, por intermédio do programa de inclusão denominado “A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está”. Sediada e presidida em Volta Redonda, essa ação itinerante beneficia, por meio da assistência judiciária, inúmeros grupos sociais, inclusive o de catadores de materiais recicláveis que compõem a mesorregião. Incorporando, por conseguinte, a visão da primeira onda renovatória de acesso à justiça, defendida por Cappelletti e Garth, à realidade da Mesorregião Sul Fluminense ao levar informação e auxílio jurídico aos cidadãos vulneráveis.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mesorregião Sul Fluminense. Defensoria Pública da União. Ações. Assistência Judiciária.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the offer of free legal aid in the Mesoregion Sul Fluminense, located in the state of Rio de Janeiro, by the Defensoria Pública da União (DPU). Initially, with the historical methodology, based on the work “Access to Justice” by Mauro Cappelletti and Bryant Garth, and later deductive, with the study of the laws of the Brazilian legal system on the accessibility of justice, being applied to the aforementioned region. Thus, there is the exposition of laws, bibliographies and official internal documents of the referred body to demonstrate the performance of the DPU in this mesoregion. As a result, the positive impact on access to justice for all towns and communities belonging to that locality can be addressed through the inclusion program called “The Defensoria Goes Where the Poor People Are”. Headquartered and chaired in Volta Redonda, this itinerant action benefits, through legal aid, numerous social groups, including the collectors of recyclable materials that make up the mesoregion. Incorporating, therefore, the vision of the first renewing wave of access to justice, defended by Cappelletti and Garth, to the reality of Mesoregion Sul Fluminense by bringing information and legal aid to vulnerable citizens.

Keywords: Access to justice. Mesoregion Sul Fluminense. Defensoria Pública da União. Actions. Legal Aid.

Data de submissão: 13/11/2019

Data de aceitação: 28/04/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH: DE OBSTÁCULOS ÀS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA 1.1 Os obstáculos encontrados e ondas propostas 1.2 Considerações sobre a gratuidade de justiça 1.3 Contextualização histórico-normativa 1.3 Contextualização histórico-normativa 1.4 Contextualização tempo-regional 1.4.1 Defensoria Pública da União no âmbito da mesorregião sul fluminense 2. PROJETO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NO ÓRGÃO DE ATUAÇÃO EM VOLTA REDONDA 2.1 Projeto Itinerante “ A Defensoria vai aonde o povo pobre está” 2.2 Situação dos catadores de materiais recicláveis 2.3 Grupo de Trabalho sobre os catadores de materiais recicláveis na DPU em Volta Redonda CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

Em um panorama de empates práticos acerca da composição de uma sociedade igualitária, como previsto constitucionalmente, o exercício da cidadania por meio do acesso à justiça se torna uma das principais problemáticas a ser enfrentada. A acessibilidade judicial referida na obra **Acesso à Justiça** de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹ ultrapassa o simples ajuizamento de uma ação. O conhecimento sobre seus direitos e a possibilidade

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, 1988.

do uso de instrumentos para efetiva-los estimula a garantia dos direitos fundamentais e o desenvolvimento do indivíduo como cidadão².

A assistência jurídica aos hipossuficientes impõe uma nova visão de Justiça. E é nesse contexto que é desenvolvido o presente trabalho, embora tantos anos passados desde o estudo clássico de Cappelletti e Garth, datado, inicialmente no ano de 1978. Propõe-se, deste modo, a análise com a presente pesquisa sobre um dos obstáculos práticos ao desenvolvimento da assistência jurídica gratuita, a partir de um recorte espacial delimitado, com o acréscimo de um método exploratório e histórico-dedutivo, unindo técnicas de pesquisas documentais às pesquisas bibliográficas.

O foco, portanto, dar-se-á principalmente à partir da perspectiva ampliada da assistência jurídica gratuita. Registremos, assim, a previsão constitucional do art. 5º, LXXIV, da CF: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, sendo incumbida dessa tarefa a Defensoria Pública³, nos moldes do art. 134 da CF⁴. Daí o registro de que a Defensoria Pública não recebeu apenas a missão de “defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo”⁵.

Nesse ínterim, a Defensoria Pública da União (DPU) vem contribuindo para a oportunidade de representação qualitativa no Poder Judiciário, pela propagação do conhecimento acerca dessa acessibilidade e para o progresso da cidadania dos vulneráveis, por meio, também, de ações e programas itinerantes. Este trabalho, portanto, com o recorte espacial na Mesorregião Sul Fluminense, tem como finalidade a análise inicial dessa instituição federal, sediada no Município de Volta Redonda, no Estado do Rio de Janeiro, a partir da obra **Acesso à Justiça**, diante de suas descobertas envolvendo os principais obstáculos e ondas propostas como soluções práticas, promovendo a observação de como a primeira onda de acesso à justiça refletiu em impactos para os direitos básicos sobre o acesso à justiça e ao complexo normativo brasileiro.

1. MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH: DE OBSTÁCULOS ÀS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

² *Ibidem*, p. 3-5.

³ Conforme o Código de Processo Civil: Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

⁵ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2013, p. 907.

Em contrapartida aos séculos XVIII e XIX, em que o direito natural não estava sob tutela do Estado por sua característica de anterioridade a este, o Estado Moderno, também chamado de Estado Social, determinou uma visão coletiva aos direitos humanos, dirimindo a concepção individualista secular. O acesso à justiça, deste modo, teria como fim a reivindicação e o conhecimento de direitos, como também a solução dos litígios mediante auxílio estatal⁶.

Apesar desse estudo pioneiro sobre a efetivação dos direitos e deveres sociais⁷, não houve a supressão das problemáticas para sua devida concretização.⁸ A justiça efetiva se faz, tanto pelo juiz quanto pelo processo, com a aplicação das técnicas processuais nas temáticas sociais, assim como na indução de soluções alternativas de conflitos por meios extrajudiciais.⁹ Nesse sentido, os autores Cappelletti e Garth¹⁰ defendem a necessidade de um novo olhar sob a acessibilidade da justiça, especialmente aos hipossuficientes, definindo isto como o início de uma nova processualística, além de identificarem óbices e soluções para que todos os indivíduos tenham o exercício de seus direitos garantidos.¹¹

1.1 Os obstáculos encontrados e ondas propostas

O efetivo acesso à justiça pode ser concretizado, utopicamente, pela plena paridade de armas, sob o prisma do processo civil, no processo judicial. Isto é, a diferença entre as partes não é levada em consideração, sendo analisado exclusivamente o mérito da demanda.¹² Diante disso, Cappelletti e Garth¹³ dispuseram sobre os óbices enfrentados para essa efetivação do direito ao acesso ao Poder Judiciário, como: as custas judiciais (a); a possibilidade das partes (b); e os problemas especiais dos interesses difusos (c).

O obstáculo primário (a) é sobre os altos custos para a resolução da lide pela via judicial¹⁴, mais especificamente sobre a dificuldade enfrentada pelos hipossuficientes para o exercício dos seus direitos.¹⁵ Além disso, há o questionamento sobre as pequenas causas que, geralmente, os benefícios da demanda são superados por seus custos, havendo uma desmotivação pela busca aos direitos reparatórios.¹⁶ Ademais, a disparidade financeira entre as partes (b) ocasiona benefícios a quem tem poder econômico para suportar a mo-

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 6-11.

⁷ SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, 2014, p. 58.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 25-27.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, 2014. p. 63-65.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 5-6.

¹³ *Ibidem*, p. 6-11.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ SADEK, M. T., *op. cit.*, p. 63-65.

¹⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Revista Quaestio Iuris**, 2015, p. 1831.

rosidade judicial e os custos do processo. Existe, inclusive, defendido pelo professor Marc Galanter, a diferenciação e privilégio dos litigantes habituais, ou seja, os que frequentam o Poder Judiciário com mais intensidade, entre os litigantes eventuais, pessoas com dificuldades, inclusive, sobre o reconhecimento do seu direito.¹⁷ Por fim, os interesses difusos (c), como o direito ao meio ambiente, por exemplo, em que ora o valor da demanda não é o suficiente para o ajuizamento da ação judicial, ora a ausência de legitimidade para exercer tal direito coletivo.¹⁸

Diante disso, as ondas renovatórias do acesso à justiça trazem três dimensões para que esses obstáculos sejam enfrentados, ou ao menos, dirimidos. A primeira é a assistência judiciária em que o enfoque é, não só garantir o direito ao indivíduo, como também propiciar meios para sua execução.¹⁹ Podendo ser exemplificado pelo Sistema *Judicare*, ou seja, quando um advogado financiado pelo Estado exerce o direito do indivíduo; pelos advogados remunerados pelos cofres públicos que, ao criarem escritórios nas zonas periféricas, aproximam os hipossuficientes do acesso efetivo à justiça; e pode-se citar o modelo combinado em que há uma mescla dos dois sistemas anteriores com a opção do cidadão ora optar pelo Sistema *Judicare*, ora pelos advogados particulares, na tentativa, portanto, de minimizar as limitações sofridas por ambos os modelos, tornando-os complementares.²⁰

A segunda onda renovatória tem como eixo os direitos supraindividuais²¹, com enfoque nas áreas do Direito do Consumidor e do Direito Ambiental.²² Isto é, neste momento há a preocupação na representação dos interesses difusos, excluindo a visão clássica dualista existente no processo civil, sendo ela de uma lide restrita entre dois polos. Ademais, esta onda proporcionou um sentimento de coletividade, em que, deste modo, o benefício está em não obrigar o chamamento individual ao processo, nem a oitiva de todos envolvidos.²³

Já a terceira dimensão de acesso à justiça englobou os conceitos das outras duas e foi chamada de “novo enfoque de acesso à justiça”.²⁴ Essa onda traz a reflexão acerca necessidade de criação de novos tribunais e mudança procedimental a fim de evitar ou, ao menos, facilitar, a solução de lides na sociedade.²⁵ Além disso, há também a instauração de mecanismos extrajudiciais, assim como a utilização de pessoas diversas aos juízes togados para a resolução dos conflitos de interesses²⁶ Logo, o juízo arbitral e a conciliação são exemplos de meios alternativos ao Poder Judiciário de solução de conflitos, o que ainda influi positivamente em benefícios financeiros para as partes ao evitarem o processo judicial.²⁷

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 10.

¹⁹ *Ibidem*, p. 12-15.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 12-15.

²¹ SADEK, M. T, *op. cit.*, p. 58.

²² MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da, *op. cit.*, p. 1827.

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 18-25.

²⁴ *Ibidem*, p. 25.

²⁵ *Ibidem*, p. 25-27.

²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da, *op. cit.*, p. 1832.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 25-27.

1.2 Considerações sobre a gratuidade de justiça

A gratuidade de justiça surgiu como consequência da primeira onda renovatória do acesso à justiça a fim de que sejam garantidos os direitos essenciais aos serviços jurídicos para os hipossuficientes.²⁸ No Brasil, por sua vez, surge com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 1934, através de órgãos especiais de isenção de, entre outros, emolumentos e taxas, conforme disposto em seu item 32 do art. 133²⁹. Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dita como a Constituição Cidadã, há disposição sobre a concessão do direito à gratuidade, desde que comprovem a hipossuficiência de recursos, como nota-se nos arts. 227, VI, e 5º, LXXIV³⁰.

Soma-se a isso a inovação trazida pelo Código de Processo Civil em 2015, pela Lei nº 13.105/15. Nele, os dispositivos sobre a gratuidade de justiça estão nos arts. 98 a 102 e pleiteiam a garantia do acesso à justiça como um direito inerente aos cidadãos, sendo um direito fundamental, especialmente aos de baixa renda.³¹ Apesar disso, somente o direito básico à gratuidade não é o bastante, sendo essencial a promoção pelo Estado Democrático de Direito da inclusão jurídica dos hipossuficientes através do exercício da Defensoria Pública, como impõe a Emenda Constitucional nº 80/2014.³²

Assim, apesar de diferentes, os institutos da assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça complementam-se, proporcionando o efetivo acesso justiça daqueles tidos como hipossuficientes, cada qual a partir de sua proposta. Cumpre-se, portanto, na integralidade o mandamento constitucional do art. 5º, LXXIV, a partir de diversos aspectos e propostas diferentes e complementares.

Por fim, pensando-se numa relação de conteúdo e continente, é possível reconhecermos o direito fundamental à assistência jurídica integral como um **direito fundamental à prestação estatal**. Compreende, pois, “direito à informação jurídica e direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante processo justo”, outorgando a todos os necessitados direito à “orientação jurídica e ao benefício da gratuidade judiciária”, que compreende

²⁸ *Ibidem*, p. 12.

²⁹ MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de. **A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça**. 2009. p. 28.

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da, *op. cit.*, p. 1834.

³¹ JÚNIOR, Francisco Romero. **O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária sob a Ótica do Novo Código de Processo Civil**. 2016.

³² BURGER, Adriana F.; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio S. P. (Org.). **Defensoria Pública: O reconhecimento constitucional de uma metagarantia**, 2015. p. 24-25.

diversos aspectos.³³⁻³⁴

1.3 Contextualização histórico-normativa

Diante da emergente necessidade de concretização dos direitos sociais fundamentais à população excluída socio, econômico e judicialmente³⁵, a Defensoria Pública se comporta como o órgão primordial à Justiça a fim de garantir os princípios constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, como também a dignidade da pessoa humana aos assis-

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2017, p. 825.

³⁴ Sobre a gratuidade de justiça, conforme o Código de Processo Civil: Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juiz competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

³⁵ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>>. Acesso em: 08 nov. 2019, p. 390-395.

tidos.³⁶ Seu advento formal derivou da Constituição Cidadã, em 1988, e sua regulamentação com a Lei Complementar n° 80 em 1994. Já em 2013, a Emenda Constitucional n° 74 ofertou à DPU a iniciativa de proposta orçamentária e a autonomia administrativa e fiscal, e, em 2014, com a Emenda Constitucional n° 80, houve a intensificação dessa autonomia e estabeleceu a obrigatoriedade de interiorização dos serviços prestados pela Defensoria Pública nos Estados.³⁷

Dispõem o art. 134 da Constituição Federal de 1988, como também o art. 1° da Lei Complementar n° 80/1994 sobre a instrumentalização da Defensoria Pública decorrente da necessidade de garantir e efetivar os direitos dos indivíduos³⁸, já que essa inobservância, isto é, a inacessibilidade ao Poder Judiciário enfraquece os valores republicanos e a construção da democracia.³⁹ As finalidades dessa instituição, mais especificamente a DPU, é a prestação de serviço assistencial judicial integral e gratuito, atuando nas ações contra entidades públicas federais, como em âmbito criminal, cível e previdenciário. Ademais, o exercício extrajudicial de resolução de conflitos prestados pela DPU conduz a uma diminuição de demandas no Poder Judiciário, além de, portanto, prestar assistência preventiva e consultiva para dirimir esses conflitos⁴⁰.

1.4 Contextualização tempo-regional

1.4.1 Defensoria Pública da União no âmbito da Mesorregião Sul Fluminense

Em decorrência da obrigatoriedade da interiorização da DPU nos Estados, com o fim de ampliar a assistência integral e gratuita, a instituição abriu em 2011 vinte e três novas sedes no país, incluindo a unidade instalada em Volta Redonda, no Estado do Rio de Janeiro.⁴¹ O benefício surtiu para Mesorregião Sul Fluminense como um todo, englobando a Região do Médio Paraíba e a Região da Costa Verde. Sendo a primeira composta por Volta Redonda, Barra do Piraí, Barra Mansa, Itatiaia, Pinheiral, Piraí, Porto Real, Quatis, Resende, Rio Claro, Rio das Flores e Valença.⁴² Já a segunda, é composta pelos municípios de Angra dos Reis, Mangaratiba e Paraty⁴³. Deste modo, essa mesorregião possui aproximadamente 1.150.000 (um milhão cento e cinquenta mil) habitantes, dispersos por um

³⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União**, 2018a.

³⁷ *Idem*.

³⁸ BURGER, Adriana F.; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio S. P. (Org.), *op. cit.*, p. 26-28.

³⁹ SADEK, M. T., *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018a., *op. cit.*

⁴¹ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Entrevista: DPGF fala sobre o processo de interiorização**. 2010.

⁴² SEBRAE. **Painel Regional: Médio Paraíba**. Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2016b. p. 10.

⁴³ SEBRAE. **Painel Regional: Costa Verde**. Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2016a. p. 7.

pouco mais de 8.000 km² (oito mil quilômetros quadrados)⁴⁴⁻⁴⁵, auxiliada por somente três defensores.⁴⁶

2. PROJETO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NO ÓRGÃO DE ATUAÇÃO EM VOLTA REDONDA

2.1 Projeto Itinerante “A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está”

A assistência jurídica prestada pela DPU em Volta Redonda possui reflexos em toda a Mesorregião Sul Fluminense através da ação itinerante chamada “A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está”, derivada do Núcleo da DPU em Volta Redonda (RJ), coordenada pelo Defensor Público Federal Cláudio Luiz dos Santos, está ativa desde 2016.⁴⁷ Esta ação corresponde a um dos mecanismos necessários para possibilitar a interiorização dos serviços jurídicos para a população marginalizada, concretizada por meio do deslocamento do Defensor Público Federal e sua estrutura de apoio para as cidades interioranas. Deste modo, a atuação do órgão público engloba novos territórios fora de sede primária e oferece à população de diversos locais o atendimento e auxílio jurídico.⁴⁸

Esse projeto tem como enfoque o acesso à justiça dos habitantes economicamente vulneráveis, assim como a educação sobre direitos humanos e a melhor compreensão das dificuldades locais, sempre com preferência ao meio extrajudicial de solução de controvérsias.⁴⁹ Considerando essa itinerante como um gênero, existem diversos Grupos de Trabalho (GTs) figurados como espécies, regulamentados pela Portaria n° 200, de março de 2018, como, por exemplo, o de Catador e Catadoras de material reciclável.⁵⁰ Estes GTs visam o atendimento de setores sociais específicos, criando um canal de comunicação entre a DPU e as lideranças, chamado de “ponte de acesso à justiça”⁵¹ em localidades como Angra dos Reis, Barra Mansa, Quatis, Rio Claro, Mangaratiba, Valença, Paraty e Resende.⁵² Outra característica desse projeto é sua vantagem econômica, ao passo que a abrangência dos auxílios prestados poupa a instalação de ao menos três novas unidades do órgão federal, evitando um custo anual de manutenção aproximado de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais).⁵³

⁴⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Angra dos Reis**. 2018a, p. 9-11.

⁴⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Volta Redonda**. 2018b, p. 9-11.

⁴⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Demonstrativo da Força de Trabalho- Setembro/2019**. 2019b.

⁴⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Atuação da DPU em Volta Redonda (RJ) alcança toda a região sul-fluminense**. 2018b.

⁴⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018a, *op. cit.*

⁴⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018b, *op. cit.*

⁵⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018a., *op. cit.*

⁵¹ INSTITUTO INNOVARE. **A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está**. 2018.

⁵² DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018b., *op. cit.*

⁵³ INSTITUTO INNOVARE. *op. cit.*

2.2 Situação dos catadores de materiais recicláveis

A partir dos anos 1980, os debates sobre desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente acerca da reciclagem e do adequado tratamento aos resíduos sólidos, ascenderam mundialmente nas agendas contemporâneas.⁵⁴ Nesse contexto, surge o papel fundamental dos trabalhadores, denominados catadores de resíduos sólidos, regulamentados e reconhecidos como profissionais oficialmente pela Portaria nº 397 do Ministério do Trabalho, publicada no dia 9 de outubro de 2002. Estes influem positivamente com seus serviços de utilidade pública, atuando na coleta, separação, transporte, acondicionamento e, muitas vezes, no beneficiamento dos materiais recicláveis com valor econômico, evitando, deste modo, o acúmulo desses resíduos em lixões e aterros sanitários⁵⁵.

Além de contribuírem para a cadeia produtiva de reaproveitamento, tais trabalhadores são peças essenciais para o funcionamento da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS)⁵⁶, disposto pela Lei nº 12.305/10. Nela, há caminhos para o enfrentar problemas sociais, econômicos e ambientais advindos do manejo inapropriado dos resíduos sólidos através da redução do consumo, aumento da reciclagem e da reutilização, associado ao fim ambientalmente devido dos rejeitos.⁵⁷ Assim, o trabalhador atribui um ressignificado ao lixo, transformando-o novamente em um bem com valor de uso e de troca, isto é, uma mercadoria.⁵⁸

Embora grandes e significantes os impactos sociais e ambientais decorrentes de seus serviços, os catadores de materiais recicláveis, historicamente, exercem suas atividades sem qualquer registro formal⁵⁹ e, na maioria das vezes, sob condições precárias de trabalho, de modo autônomo, nas ruas e lixões das cidades brasileiras.⁶⁰ Essa informalidade se torna um empecilho para a reconhecimento desses trabalhadores pelas instituições de pesquisa e órgãos administrativos públicos, assim como impede o acesso a diversos direitos trabalhistas.⁶¹

Associado à informalidade de seu trabalho, os catadores de resíduos sólidos são, em regra, pessoas com baixa escolaridade e vivenciam inúmeras precariedades, como o preconceito e a falta de saneamento básico, de energia elétrica, de cobertura previdenciária e de infraestrutura basilar para o exercício da profissão.⁶² Todas essas dificuldades culminam para a busca pela solução imediata de suas carências familiares e individuais, tornando-se uma condição social inerte em que a emergência para obtenção de uma renda mínima supera quaisquer perspectivas de desenvolvimento formal da atuação. Mesmo diante de todos esses óbices, a conquista normativa da PNRS é a concretização incipiente da valorização

⁵⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Situação Social das Catadoras e dos Catadores de Material Reciclável e Reutilizável**, 2013, p. 5.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). **Catadores de Materiais Recicláveis**. 2019a.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA), *op. cit.*, p. 5.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). 2019a, *op. cit.*

⁶¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *op. cit.*, p. 5.

⁶² *Idem*.

do trabalho esses catadores⁶³, assim como para a melhoria nas condições de trabalho⁶⁴.

2.3 Grupo de Trabalho sobre os catadores de materiais recicláveis na DPU em Volta Redonda

Dentro desse contexto de ausência de garantias trabalhistas, baixa remuneração e ínfima valorização, assim como a insalubridade do ambiente frequentado por esses trabalhadores⁶⁵, a DPU sediada em Volta Redonda promove o GT Catadores e Catadoras, sob a Coordenação do Defensor Público Cláudio Luiz dos Santos. Esse Grupo de Trabalho engloba as diversas cidades do entorno, como, por exemplo, o Município de Resende. Em 2016, o GT atuou na análise, juntamente com o representante do Movimento Nacional de Catadores, acerca das condições de trabalho no Lixão de Resende. Dessa inspeção foram observadas as estruturas insalubres no aterro sanitário, a falta de cumprimento municipal em relação aos direitos trabalhistas e ausência do transporte adequado.⁶⁶

Já no ano de 2019, a DPU, representada pelo Defensor Público Coordenador do GT de Catadores e Catadoras, associada com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público do Trabalho, emitiu recomendações à organização do festival Rock in Rio, realizado na cidade do Rio de Janeiro, para que houvesse a contratação de associações e cooperativas de catadores durante o evento.⁶⁷ Tais recomendações tem como objetivo promover a inclusão social e trabalhista, a emancipação econômica dos catadores e catadoras de materiais recicláveis e reutilizáveis.⁶⁸ Além disso, a contratação desses trabalhadores cumprirá as legislações em relação aos resíduos sólidos, como a PNRS (Lei nº 12.305/10) e a Lei Complementar Municipal nº 204/19.⁶⁹

Assim sendo, a amplitude da ação itinerante “A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está” envolve tanto o município de Volta Redonda como a região Sul Fluminense e, até mesmo, a capital do Estado. Em 2017, as atividades de auxílio social e de assistência jurídica prestadas aos catadores resultaram em prêmio no 8º Encontro Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis e Reutilizáveis (Expocatador) ao defensor Cláudio L. Santos. Prêmio este derivado da luta pelo reconhecimento dos direitos, da cidadania e da valorização do trabalho desses profissionais.⁷⁰

⁶³ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). 2019a, *op. cit.*

⁶⁵ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018a, *op. cit.*

⁶⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU em Volta Redonda visita Lixão de Resende e cooperativas de catadores**. 2016. .

⁶⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Defensorias e MPT recomendam contratação de catadores no Rock in Rio**. 2019a.

⁶⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2018a *op. cit.*

⁶⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. 2019a, *op. cit.*

⁷⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU recebe prêmio na 8ª edição da Expocatador**, 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os reflexos das ondas renovatórias do acesso à justiça estão na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Civil de 2015 e em outros elementos normativos. A Defensoria Pública, assim, surge para viabilizar a efetivação da garantia constitucional à Justiça em todas as fases, sendo elas processuais ou até mesmo extrajudiciais.

A unidade da Defensoria Pública da União (DPU), em Volta Redonda, abrange 1.150.000 (um milhão cento e cinquenta mil) habitantes em um total de 15 (quinze) municípios. As ações itinerantes originadas na única sede da DPU em Volta Redonda emergem para auxiliar no atendimento fora do órgão físico a fim de dirimir o óbice para o exercício dos direitos dos hipossuficientes causado pela falta de unidades nessa mesorregião. Essas assistências jurídicas aproximam os titulares de seus direitos, de suas demandas jurídicas e cria o meio para a inclusão de grupos vulneráveis como os de catadores de materiais recicláveis.

Apesar de incipiente e em desenvolvimento, com início de seus atendimentos em 2011 a partir da abertura de novas sedes da instituição no interior dos estados da federação, a atuação da DPU demonstra sua importância na Mesorregião Sul Fluminense e, também, concretiza a demonstração dos óbices e ondas renovatórias para o acesso à justiça defendidos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷¹. Conforme tais autores, a acessibilidade à justiça ocorre lentamente derivada da mudança da visão social, do processo judicial e até dos juízes para que o sistema se force a garantir a abrangência e concretude dos direitos básicos dos cidadãos, indiscriminadamente.

Neste contexto, pode-se perceber, a partir do projeto analisado (A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está⁷²), importante atividade concretizadora do mandamento constitucional, fomentando o acesso à justiça pela perspectiva ampliada da assistência jurídica gratuita. Somado a isso, a DPU corrobora para práticas extrajudiciais, transpassando seu atendimento em auxílios nas demandas que desaguam no Poder Judiciário, além de superar diversos outros obstáculos práticos tais como a extensa regional na qual a DPU atua. Assim, por conseguinte, os direitos exigíveis dos cidadãos vulneráveis, como no caso dos catadores e catadoras de materiais recicláveis, tornam-se visíveis e a prestação de serviços pelo órgão tem como fim garantir os direitos essenciais e o exercício da cidadania por todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). **Catadores de Materiais Recicláveis**. 2019a. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidadessustentaveis/residuos-solidos/catadores-de-materiais-reciclaveis>. Acesso em: 06 nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). **Política Nacional de Resíduos Sólidos**. 2019b. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos.html>. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 3.

BURGER, Adriana F; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio S. P. (Org.). **Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia**. Brasília: Associação Nacional dos Defensores Públicos, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União**. 3. Ed. Brasília: DPU, 2018a. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Panorama_Atuacao_mapa_DPU.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Atuação da DPU em Volta Redonda (RJ) alcança toda a região sul-fluminense**. 2018b. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro-slideshow/42080-atuacao-da-dpu-em-volta-redonda-rj-alcanca-toda-a-regiao-sul-fluminense>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Defensorias e MPT recomendam contratação de catadores no Rock in Rio**. 2019a. Disponível em: <<https://www.dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro/53178-defensorias-e-mpt-recomendam-contratacao-de-catadores-no-rock-in-rio>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Demonstrativo da Força de Trabalho- Setembro/2019. 2019b. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/transparencia/gestao-de-pessoas#faqnoanchor>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU em Volta Redonda visita Lixão de Resende e cooperativas de catadores**. 2016. Disponível em: <<https://dpu.def.br/noticias-rio-de-janeiro-slideshow/32551-dpu-em-volta-redonda-visita-lixao-de-resende-e-cooperativas-de-catadores>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DPU recebe prêmio na 8ª edição da Expocatador. 2017. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/40603-dpu-recebe-premio-na-8-edicao-da-expocatador>. Acesso em: 09 nov. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Entrevista: DPGF fala sobre o processo de interiorização. 2010. Disponível em: <<https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/2521210/entrevista-dpgf-fala-sobre-o-processo-de-interiorizacao>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Situação Social das Catadoras e dos Catadores de Material Reciclável e Reutilizável**. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/situacao_social/131219_re_latorio_situacaoosocial_mat_reciclavel_brasil.pdf. Acesso em: 06 nov. 2019.

INSTITUTO INNOVARE. **A Defensoria Vai Aonde o Povo Pobre Está**. 2018. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/praticas/9703>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

JÚNIOR, Francisco Romero. **O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária sob a Ótica do Novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <<https://romeroadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/349136822/o-direito-fundamental-de-acesso-a-justica-e-gratuidade-judiciaria-sob-a-otica-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves De Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à Justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 03, Rio de Janeiro, p. 1827-1858, 2015. DOI: 10.12957/rqi.2015.18818. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385/14138>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Ana Carvalho Ferreira Bueno de, **A Defensoria Pública como instrumento de acesso à justiça**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8670>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Angra dos Reis**. 2018a. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/estudos-socioeconomicos1?p_auth=hlZ5sIcd&p_p_id=estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=2&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_doSearch=doSearch&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_javax.portlet.action=doSearch>. Acesso em: 08 nov. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado. **Estudos Socioeconômicos: Municípios do Estado do Rio de Janeiro – Volta Redonda**. 2018b. Disponível em: <https://www.tce.rj.gov.br/web/guest/estudos-socioeconomicos1?p_auth=hlZ5sIcd&p_p_id=estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=2&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_doSearch=doSearch&_estudosocioeconomicomunicipios_WAR_tcerjestudosocioeconomicomunicipiosportlet_javax.portlet.action=doSearch>. Acesso em: 08 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2017.

SADEK, M. T. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 30 maio 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

SEBRAE. **Painel Regional: Costa Verde**. Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2016a. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/rj/institucional/observatorio-paineis-regionais,02a15c50047f3510VgnVCM100004c00210aRCD>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

SEBRAE. **Painel Regional: Médio Paraíba**. Observatório Seabrae – RJ: Os pequenos negócios em foco. Rio de Janeiro: 2016b. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/rj/institucional/observatorio-paineis-regionais,02a15c50047f3510VgnVCM100004c00210aRCD>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

**REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DOS
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA
QUANDO LITIGA CONTRA O ENTE FEDERATIVO
AO QUAL É VINCULADA
(TEMA 1002 – REPERCUSSÃO GERAL – STF)**

*REFLECTIONS ON THE POSSIBILITY OF PAYING ATTORNEY FEES TO THE PUBLIC ATTORNEY
OFFICE WHEN LITIGATING AGAINST THE PUBLIC ENTITY TO WHICH IT IS BOUND
(THEME 1.002 - GENERAL REPERCUSSION - STF)*

Graziela Martins Palhares de Melo

*Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Assessora Jurídica/ Analista Processual do Ministério Público Federal - MPF
graziela.palhares@gmail.com*

RESUMO

O tema abordado no presente trabalho guardou relação com a questão constitucional suscitada no RE 1.140.005 - RG (Tema 1002), qual seja, “saber se a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional”. O objetivo central da pesquisa consistiu em perquirir a viabilidade de a Defensoria Pública receber a verba honorária nas causas em que litiga contra o ente público ao qual se vincula, considerando que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, expressa na Súmula 421/STJ, não admite tal possibilidade. Para tanto, foi adotada como metodologia de pesquisa a revisão normativa e doutrinária, bem como a análise jurisprudencial sobre os aspectos sensíveis da matéria. Os objetivos específicos do trabalho foram: revelar o status constitucional atual da Defensoria Pública; identificar o cabimento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública, sob os aspectos normativo e jurisprudencial; apontar os fundamentos pelos quais o pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública deve ser admitido.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Autonomia institucional. Ente público vinculado. Honorários advocatícios. Tema 1002 – STF.

ABSTRACT

The subject addressed in the present study relates to the constitutional issue raised in the Supreme Court’s binding precedent number 1002, RE 1.140.005, namely, “whether the prohibition on the receipt of attorney fees by the Public Attorney Office when it represents the winning party on demand brought against the branch to which he/she is linked, violates its functional, administrative and institutional autonomy”. The main

objective of the research was to assess the viability of the Public Attorney's Office to be entitled the collection of the fee in the cases in which it disputes against the public entity to which it is bound, considering that the Superior Court of Justice does not admit such possibility through its binding case summary number 421. To this end, the research methodology applied was the normative and doctrinal review, as well as the case law analysis on the sensitive aspects of the subject. The specific objectives of the work were: to reveal the current constitutional status of the Public Attorney's Office; identify the appropriateness of attorney's fees to the Public Attorney's Office under the normative and case law aspects; indicate the grounds on which the payment of attorney's fees to the Public Attorney's Office should be admitted.

Keywords: Public Attorney's Office. Institutional autonomy. Entity linked public. Attorney's fee. Supreme Court's binding precedent number 1002.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DO *STATUS* CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA 2. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA – ASPECTOS NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL 3. DA ADMISSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA QUANDO LITIGA CONTRA O ENTE AO QUAL É VINCULADA CONSIDERAÇÕES FINAIS

Data de submissão: 21/01/2020

Data de aceitação: 21/05/2020

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 4/8/2018, a existência de repercussão geral da seguinte questão constitucional suscitada no *Leading Case* RE 1.140.005 RG (Tema 1002): “saber se a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional”.

A controvérsia agitada no referido *Case* é extremamente relevante não apenas para a Instituição, mas para toda a sociedade brasileira, dado que eventual reconhecimento no sentido de serem devidas as verbas honorárias a favor da Defensoria Pública terá o condão de dotá-la de recursos financeiros, que hoje, em razão de sua limitação, a precariza e a impede de bem desempenhar seu mister constitucional.

Sendo, pois, manifesta a relevância do tema a ser definido pela Corte Suprema, o presente trabalho tem por objetivo perquirir acerca da possibilidade de pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública quando litiga contra o ente ao qual se vincula, tal como delimitado no RE 1.140.005 RG (Tema 1002).

Para responder a essa questão, de reconhecida repercussão geral, realizaremos um levantamento normativo, jurisprudencial e doutrinário acerca dos principais aspectos que envolvem a matéria.

Sendo assim, na primeira parte do trabalho, traçaremos o status constitucional da Defensoria Pública, visando identificar o perfil e as atuais prerrogativas gozadas pela Instituição, a partir dos diplomas legais regentes, da jurisprudência dos Tribunais Superiores e da doutrina selecionada.

Na segunda parte, analisaremos a legalidade do pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública, bem como apuraremos o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

Na terceira parte, infirmaremos os fundamentos contrários ao pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública que embasam a Súmula 421/STJ e demonstraremos as razões pelas quais os mesmos não merecem subsistir.

Por derradeiro, com base na argumentação exposta no trabalho, concluiremos que a questão constitucional objeto do RE 1.140.005 RG (Tema 1002) deve ser respondida afirmativamente, de modo a estabelecer-se a seguinte tese: a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional.

1. DO STATUS CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dando concretude à garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/88¹) e ao dever do Estado de prestar assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, LXXIV, CRFB²), alçou a Defensoria Pública à condição de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, consoante atesta a redação original do artigo 134: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

O destaque constitucional aludido afigura-se plenamente justificável pois, como bem observa Nelson Nery Júnior³, ante a desigualdade social reinante no Brasil, seria inócua a previsão normativa conferindo direitos materiais e processuais sem o oferecimento da assistência jurídica gratuita àqueles que não têm condições financeiras de arcar com os custos correspondentes. De sorte que a efetividade da própria Constituição guarda estreita

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. , 2019.

ligação com a gratuidade do acesso à Justiça, consoante elucidada o referido autor⁴:

[...] A Defensoria é instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Esse é o *status* que lhe é garantido pelo CF 134. Afinal, é a Defensoria que assegura o ideal de justiça plena. A sua inexistência ou ineficácia pode alterar o próprio papel do Judiciário, transformando-o em propagador de uma insuportável desigualdade entre os indivíduos, em termos de jurisdição.

Não é exagero dizer que a Defensoria Pública constitui um verdadeiro pilar do acesso à justiça, porquanto combate um de seus inimigos mais perniciosos: a hipossuficiência socioeconômica que assola a maioria dos brasileiros e os impede de contratar serviços advocatícios no mercado.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal muito tem contribuído para o fortalecimento do mister constitucional exercido pela Defensoria Pública, ao reconhecer a relevância da Instituição na ordem jurídica brasileira, tal como explicita, dentre outras, a ementa do acórdão proferido nos autos da ADI 2903/PB⁵.

Destarte, contando com o devido respaldo Constitucional, a Defensoria Pública tem se revelado, cada vez mais, indispensável instrumento a serviço do regime democrático ao contribuir, precipuamente, para a concretização dos direitos e liberdades titularizados pelos mais desfavorecidos economicamente e socialmente.

O advento das Emendas Constitucionais n^{os} 45/2004⁶, 74/2013⁷ e 80/2014⁸ corroboram tal assertiva, na medida em que, conferindo novos e relevantes contornos à Instituição, alteraram-lhe o perfil, nos termos delineados pela atual redação do artigo 134 da CRFB⁹, *verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso

⁴ *Ibid.*

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2903**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00064 RTJ VOL-00206-01 PP-00134.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 74, de 6 de agosto de 2013**. Altera o art. 134 da Constituição Federal.

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o art. 134 da Constituição Federal.

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 134 A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado[...].

LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal (Incluído pela Emenda Constitucional n. 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014)

Imperioso destacar o teor da Emenda Constitucional n. 45/2004, que conferiu às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa, além de iniciativa própria para a elaboração das respectivas propostas orçamentárias, observados os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e ao disposto no art. 99, §2º, da CRFB¹⁰.

No âmbito Federal, tais prerrogativas institucionais foram estendidas expressamente à Defensoria Pública da União, por meio da Emenda Constitucional n. 74/2013. E, no tocante ao Distrito Federal, a Emenda Constitucional 69/2012¹¹ alterou os artigos 21, 22 e 48 da Constituição Federal para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a respectiva Defensoria Pública.

Merece relevo, mais uma vez, o protagonismo exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a eficácia plena e a aplicabilidade imediata das prerrogativas conferidas pela Emenda Constitucional n. 45/04, bem como o caráter autônomo da Instituição, tal como, por exemplo, quando declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais que

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. [...] § 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete: I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais; II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 69, de 29 de março de 2012**. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal.

vinculassem a Defensoria Pública às Secretarias estaduais, ou a quaisquer outros poderes, sob o fundamento de que tal sujeição “impede o pleno exercício de suas funções institucionais, dentre as quais se inclui a possibilidade de, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos, agir com liberdade contra o próprio Poder Público”¹²¹³.

Significativas, outrossim, foram as conquistas proporcionadas pela Emenda Constitucional n. 80/2014, em prol do empoderamento da Defensoria Pública, pois, além de prever a presença da Instituição para todas as unidades jurisdicionais no prazo máximo de oito anos¹⁴; conferiu tratamento individual no rol das funções essenciais à Justiça, destacando-a da advocacia; ampliou o conceito e o espectro de atuação; tornou explícitos os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional e assegurou a aplicação, no que couber, das prerrogativas asseguradas ao Poder Judiciário nos artigos 93 e 96, II, da Constituição Federal, dentre elas, a competência para a propositura de leis que tratam da criação e extinção de cargos no âmbito que lhe é próprio, bem como das respectivas remunerações.

Paralelamente às mudanças constitucionais retrodelineadas, urge destacar o advento da Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009¹⁵, que alterou significativamente a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/1994), notadamente no que diz respeito à ampliação da autonomia a Defensoria Pública, consoante explicita Victor Hugo Siqueira de Assis¹⁶, *verbis*:

[...] A Lei Complementar nº 132/2009 praticamente refundou a De-

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3965**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012 REVJMG v. 63, n. 200, 2012, p. 351-355.

¹³ Nesse diapasão: Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3569**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-013 DIVULG 10-05-2007 PUBLIC 11-05-2007 DJ 11-05-2007 PP-00047 EMENT VOL-02275-01 PP-00160 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 96-105. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=452004>. Acesso em: 25 nov. 2019; **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4056**, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2455183>. Acesso em: 25 nov. 2019; **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3965**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012 REVJMG v. 63, n. 200, 2012, p. 351-355. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1871030>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Artigo 98 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. § 1º. No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

¹⁵ BRASIL. **Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº-1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências.

¹⁶ ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. Defensoria Pública: Histórico, Afirmação e Novas Perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília., p. 185-209, jan/dez 2019.

Defensoria Pública no país. A instituição deixava finalmente para trás um perfil meramente individualista para adotar o solidarismo jurídico.

Afirmado seu caráter vanguardista, a Lei Complementar nº 132/2009 já inicia, em seu artigo 1º, com a substancial alteração da definição legal de Defensoria Pública. O texto, que seria posteriormente replicado pela Emenda Constitucional nº 80/2014 (alterando o artigo 134 da Constituição Federal), conceitua a instituição como permanente, sendo expressão e instrumento do regime democrático, além de responsável pela promoção dos direitos humanos, seja no âmbito individual ou coletivo.

[...]

Aprofundando essa lógica, a Lei Complementar nº 132/2009 deu nova feição ao artigo 4º da Lei Complementar nº 80/1994, aperfeiçoando as atribuições institucionais com um aspecto menos individualista e demandista, ao trazer novas funções com caráter mais inclusivo, resolutivo, educativo e solidário. Destacam-se, nesse contexto, a busca prioritária pela solução extrajudicial dos conflitos, a educação em direitos, o acesso aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, a consolidação da legitimidade para as ações coletivas, a participação em conselhos de direitos e a possibilidade de convocação de audiências públicas.

Como se vê, os novos contornos conferidos pelas legislações retromencionadas, por si sós, revelam o reconhecimento da sociedade brasileira acerca da relevante missão desempenhada pela Defensoria Pública em nosso ordenamento jurídico, em prol da promoção do bem-estar de todos e de uma sociedade livre, justa e solidária, através da defesa, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

Ademais, a novel configuração normativa contribuiu decisivamente para a consolidação da Defensoria Pública no cenário político-jurídico-social brasileiro, ao destacá-la dos demais Poderes constitucionais, dotando-a de autonomia funcional, administrativa e financeira, essa última expressa na capacidade de elaborar sua proposta orçamentária, dentro dos limites legais, e de gerir e aplicar os respectivos recursos.

Oportunamente, Diogo Esteves e Franklyn Silva¹⁷ asseveram:

[...] A autonomia da Defensoria Pública deve ser compreendida como uma decorrência lógica de sua própria função constitucional. Como “Função Essencial à Justiça”, a Defensoria Pública encontra-se encarregada da irrenunciável missão constitucional de exercer o controle das funções estatais, neutralizando o abuso e a arbitrariedade emergentes da luta de classes. Desse modo, para que possa atuar de maneira ativa na defesa da ordem jurídica democrática do país, torna-se imprescindível que a Defensoria Pública possua a necessária autonomia em relação aos demais Poderes do Estado. Não só

¹⁷ ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

autonomia funcional, mas autonomia administrativa e financeira, evitando-se pressões indiretas e retaliações orçamentárias indevidas por parte das demais estruturas estatais, em resposta à eventual e incômoda atuação dos Defensores Públicos.

Sendo assim, adotando como elemento balizador o perfil constitucional da Defensoria Pública ora delineado - que a reconhece como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, dotada de autonomia funcional, administrativa, e da iniciativa de proposta orçamentária, dentro dos limites da lei -, é que passaremos a refletir sobre o tema do presente trabalho consubstanciado na questão constitucional agitada no Recurso Extraordinário n. 1.140.005 RG (Tema 1002), assim delimitada: “saber se a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional”.

2. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA – ASPECTOS NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL

Antes de adentrarmos na controvérsia relativa ao cabimento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando em litígio contra o ente federativo que a integra, de que trata o Recurso Extraordinário n. 1.140.005 RG (Tema 1002), afigura-se pertinente verificar o tratamento atual conferido à matéria pelos diplomas normativos e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Vejamos. O princípio da sucumbência, agasalhado pelo Direito Processual Civil brasileiro, estabelece que a parte vencida se torna obrigada a pagar (*i*) as despesas processuais antecipadas pelo vencedor (artigo 82, §2º, do CPC)¹⁸ e (*ii*) os honorários advocatícios devidos à parte contrária (artigo 85 do CPC)¹⁹.

Em se tratando de beneficiário da justiça gratuita, sendo este vencido na lide, será condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, sendo certo que a exigibilidade da obrigação se torna suspensa no prazo legal de cinco anos, nos termos do artigo 98, §§2º e 3º²⁰ do Código de Processo Civil.

De outro giro, sagrando-se vencedor o beneficiário da justiça gratuita, a parte contrária

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 82 [...] §2. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou. .

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

²⁰ BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Art. 98 [...] §2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. §3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. .

será também condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios ao prestador da assistência gratuita, conforme entendimento sedimentado na Súmula 450/STF²¹: “São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita”.

Estando a parte assistida pela Defensoria Pública, estabelece o artigo 4º, inciso XXI, da Lei Complementar n. 80/1994²², com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, que caberá à própria Instituição executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, **inclusive quando devida por quaisquer entes públicos**, as quais serão recolhidas em favor de fundos próprios. Por oportuno, confira-se o exato teor do dispositivo citado, *verbis*:

Art. 4º- [...]

XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, **inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos**, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores (grifo nosso).

Desse modo, não pairando dúvidas acerca da legitimidade da Defensoria Pública para litigar contra as pessoas jurídicas de direito público, nos termos prescritos pelo parágrafo 2º do artigo 4º da Lei Complementar 80/1994²³, o recebimento dos honorários advocatícios respectivos seria mero consectário legal, especialmente a partir da Lei Complementar n. 132/2009.

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça albergou entendimento diverso.

A pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça revela que, desde julgados mais remotos, a exemplo do Recurso Especial n. 541.440/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/10/2003, o entendimento da Corte se voltou contra o pagamento da verba honorária advocatícia nas demandas patrocinadas pela Defensoria Pública em que a parte vencida fosse o ente público ao qual ela estivesse vinculada.

Isso porque, de acordo os fundamentos que embasam essa construção pretoriana, havendo litígio entre pessoas vinculadas à mesma fazenda pública e sendo a Defensoria Pública “mero órgão estadual”, sem personalidade jurídica e capacidade processual, ao fim e ao cabo, o pagamento da verba honorária se destinaria, na verdade, ao próprio ente federado, eis que caracterizada estaria a confusão patrimonial entre credor e devedor. Nesse sentido,

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 450**. São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita. Sessão Plenária de 01/10/1964.

²² BRASIL. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994** (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências).

²³ BRASIL. **Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994** (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências). Art.4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] § 2º As funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as Pessoas Jurídicas de Direito Público.

explicita a ementa do mencionado Recurso Especial n. 541.440/RS, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. DEFENSORIA PÚBLICA REPRESENTANDO LITIGANTE VENCEDOR EM DEMANDA CONTRA O ESTADO. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE CREDOR E DEVEDOR. DEFENSORIA. ÓRGÃO ESTATAL. PRECEDENTES.

1. A Defensoria Pública é órgão do Estado, por isso que não pode recolher honorários sucumbenciais decorrentes de condenação contra a fazenda em causa patrocinada por Defensor Público. Confusão. Aplicação do art. 1.049 do Código Civil. (REsp nº 469662/RS, 1ª Turma, DJ de 23/06/2003, Rel. Min. LUIZ FUX)

2. Os honorários de advogado nas ações patrocinadas pela Defensoria Pública destinam-se ao próprio Estado. O fato de haver um fundo orçamentário com finalidade específica (criado pela Lei Estadual do RS nº 10.298/94) é matéria contábil-financeira que não altera a situação jurídica de ser o credor dessa verba a Fazenda Estadual e não a parte ou a própria Defensoria, já que esta não detém personalidade jurídica, sendo órgão do Estado.

3. O destino do produto das receitas do Estado, decorrentes de sucumbência nos processos em que seja parte, é irrelevante na relação jurídica que trave com terceiros.

4. A Defensoria Pública é mero, não menos importantíssimo, órgão estadual, no entanto, sem personalidade jurídica e sem capacidade processual, denotando-se a impossibilidade jurídica de acolhimento do pedido da concessão da verba honorária advocatícia, por se visualizar a confusão entre credor e devedor.

5. Recurso provido.²⁴

Posteriormente, em 3/6/2009, foi submetido à apreciação da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial n. 1.108.013/RJ, sob o rito dos Recursos Repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973), para dirimir a seguinte controvérsia:

“existência ou não de confusão entre credor e devedor, no que se refere ao recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais em demanda patrocinada por Defensor Público Estadual contra Município, à luz do art. 381 do Código Civil (art. 1.049 do diploma anterior), dispositivo legal que se encontra assim redigido: Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

Do referido julgamento, duas teses restaram firmadas. A primeira (Tema 129) reconheceu à Defensoria Pública o direito ao recebimento dos honorários advocatícios quando a

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) 541.440/RS**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 235.

atuação se dá em face de ente federativo diverso do qual é parte integrante.

Portanto, quando a Defensoria Pública Estadual atua contra Município ou a Defensoria Pública da União litiga contra Estado membro, por exemplo, é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, porque, nessas hipóteses, inexistindo qualquer vinculação entre as partes, não há que se falar em confusão entre credor e devedor.

A segunda tese (Tema 128), a **contrario sensu**, firmou-se no sentido de que não são devidos honorários advocatícios quando a Defensoria Pública atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença, em razão da confusão que surge entre credor e devedor, consoante explicitam os fundamentos exarados no voto condutor da lavra da Ministra Relatora Eliana Calmon²⁵, *verbis*:

[...] O texto constitucional é intuitivo quanto à existência de Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios, além da dos Estados, constituindo, sob a ótica do Direito Administrativo, órgãos desses entes da Federação.

Assim, na relação jurídica processual contra o poder público ou por ele iniciada, em que um dos pólos se encontra um juridicamente necessitado, surge o cenário propício ao aparecimento da confusão, no que toca aos honorários advocatícios, a depender da sucumbência.

Sagrando-se vitorioso o necessitado assistido pela Defensoria Pública, há que se averiguar se o derrotado porventura não é o ente público da qual ela é parte, pois configurada essa situação, é indiscutível que o credor dos honorários advocatícios será em última análise também o devedor.

Nessa esteira, a orientação pretoriana foi se firmando a ponto de, em 3/3/2010, portanto após a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009 à Lei Complementar 80/94, a Corte Superior de Justiça editar o verbete sumular 421²⁶, cujo teor reza: “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”

Acrescente-se que, em 16/02/2011, ao julgar o Recurso Especial n. 1.199.715/RJ²⁷, sob o rito dos recursos repetitivos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ampliou o alcance da Súmula 421/STJ para nela incluir a Administração Indireta detentora de personalidade jurídica de direito público.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) 1108013/RJ**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2009, DJe 22/06/2009.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 421**. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Corte Especial, julgado em 03/03/2010, DJe 11/03/2010. .

²⁷ Na hipótese versada no Recurso Especial n. 1.199.715/RJ, reconheceu-se haver confusão entre a Defensoria Pública fluminense e a RIOPREVIDÊNCIA (Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro), Autarquia Previdenciária Estadual, em razão de os recursos públicos envolvidos serem oriundos do Estado do Rio de Janeiro.

Evidencia-se, pois, que a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça adota o instituto da confusão como fundamento precípua para determinar o cabimento ou não dos honorários advocatícios.

A confusão, vale relembrar, ocorre quando uma única pessoa reúne as qualidades de credor e devedor, ocasionando a extinção da obrigação e encontra previsão no artigo 381 do Código Civil²⁸, *verbis*: “Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor”.

Carlos Roberto Gonçalves²⁹ apresenta o seguinte conceito de confusão, *verbis*:

[...] A obrigação pressupõe a existência de dois sujeitos: o ativo e o passivo. Credor e devedor devem ser pessoas diferentes. Se essas duas qualidades, por alguma circunstância, encontrarem-se em uma só pessoa, extingue-se a obrigação, porque ninguém pode ser juridicamente obrigado para consigo mesmo ou propor demanda contra si próprio.

Em síntese, de acordo com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, há confusão na hipótese de a Fazenda Pública ser condenada ao recolhimento dos honorários em favor da Defensoria Pública que lhe integra, pois, sendo o orçamento da Defensoria Pública oriundo desse mesmo cofre público, o valor a ser pago reverteria para a própria Fazenda.

Vale dizer, o fato de o orçamento da Defensoria Pública estar diretamente atrelado ao do ente federativo cuja estrutura integra é o que ensejaria a confusão e obstaría o pagamento dos honorários advocatícios.

Tal é o entendimento que prevalece atualmente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tal como explicitado no Recurso Especial n. 1786939/AM³⁰.

De outro giro, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a controvérsia concernente à possibilidade de recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública em demandas ajuizadas contra o próprio Estado ao qual o referido órgão está vinculado foi submetida à apreciação do Tribunal Pleno, pela primeira vez, em 6/11/2008, nos autos do Recurso Extraordinário n. 592.730-0/RS³¹.

Naquela ocasião, concluiu-se pela ausência de repercussão geral da matéria, ao fundamento de que a questão estaria circunscrita à “definição acerca da titularidade, no âmbito

²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 2: Teoria Geral das Obrigações**, 2019.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) 1786939/AM**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 30/05/2019.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) 592730 RG**, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, julgado em 06/11/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-21 PP-04192. [r/paginadorpub/paginador..](#)

estadual, dos recursos públicos disputados”³².

O entendimento exarado no Recurso Extraordinário n. 592.730-0/RS aliado à aprovação da Súmula 421 pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem o condão de obstar a subida de novos Recursos Extraordinários, tornaram-se fortes empecilhos à reapreciação do tema pela Corte Suprema, tal como asseverado pelo Ministro Roberto Barroso, no respectivo voto proferido nos autos do RE 1.140.005 RG³³.

Surpreendentemente, dissentindo da própria orientação pretoriana, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 9/8/2017, ao julgar o Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1.937³⁴, admitiu a possibilidade de a União ser condenada a pagar verbas sucumbenciais à Defensoria Pública, com base nos fundamentos exarados no voto condutor da lavra do Ministro Relator Gilmar Mendes³⁵, *verbis*:

[...] após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014, houve mudança da legislação correlata à Defensoria Pública da União, permitindo a condenação da União em honorários advocatícios em demandas patrocinadas por aquela instituição de âmbito federal, diante de sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADI 5296 MC, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, Dje 11.11.2016.

Esse julgamento promoveu verdadeira reviravolta no cenário jurídico, a ponto de a própria Corte Suprema admitir a possibilidade de reconsiderar o posicionamento até então adotado e concluir pela necessidade de revisitar o entendimento esposado no RE 592.730, mediante o reconhecimento da repercussão geral da matéria, nos autos do RE 1.140.005 RG, cujo acórdão, julgado em 3/8/2018, encontra-se assim ementado, *verbis*:

Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Pagamento de honorários à Defensoria Pública que litiga contra o ente público ao qual se vincula. Presença de repercussão geral.

1. A decisão recorrida excluiu a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública da União.

2. A possibilidade de se condenar ente federativo a pagar honorários advocatícios à Defensoria Pública que o integra teve a repercussão geral negada no RE 592.730, Rel. Min. Menezes Direito, paradigma do tema nº 134.

³² *Ibid.*

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) 1140005 RG**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 09-08-2018 PUBLIC 10-08-2018.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na ação Rescisória. AR 1937 AgR**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 08-08-2017 PUBLIC 09-08-2017.

³⁵ *Idem*

3. As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e nº 80/2014, que asseguraram autonomia administrativa às Defensorias Públicas, representaram alteração relevante do quadro normativo, o que justifica a rediscussão da questão.
4. Constitui questão constitucional relevante definir se os entes federativos devem pagar honorários advocatícios às Defensorias Públicas que os integram.
5. Repercussão geral reconhecida.³⁶

De acordo com o voto condutor da lavra do Ministro Roberto Barroso, proferido no referido RE 1.140.005 RG, a mudança de entendimento jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, representada pelo julgamento da Ação Rescisória n. 1.937, somada ao advento das Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014 – que, alterando o artigo 134 da Constituição Federal, reforçou o papel institucional da Defensoria Pública, bem como assegurou sua autonomia funcional, administrativa e orçamentária -, aliada, ainda, ao fato de a maioria das Defensorias Públicas enfrentar problemas de estruturação de seus órgãos, que poderiam ser atenuados com o recebimento de honorários, constituíram fundamentos suficientes para que, nessa nova conjuntura, fosse reconhecida a repercussão geral da matéria.

Eis, portanto, em linhas singelas, o contexto atual a nortear as reflexões acerca da possibilidade de pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública quando em litígio contra o ente público a que pertence.

Diante do cenário retródelineado, consideramos ser grande a possibilidade de a controvérsia em apreço ganhar novo desfecho, de modo a prevalecer o entendimento favorável ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública, quando litiga contra qualquer ente público, indiscriminadamente, em razão dos argumentos a seguir delineados.

3. DA ADMISSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À DEFENSORIA PÚBLICA QUANDO LITIGA CONTRA O ENTE AO QUAL É VINCULADA

A possibilidade de a Defensoria Pública receber honorários advocatícios quando litiga contra o ente ao qual é vinculada encontra o devido amparo normativo-jurisprudencial.

Conforme mencionamos, por força das Emendas Constitucionais nºs. 45/04, 75/13 e 80/14 e da Lei Complementar 132/2009, a Defensoria Pública desfruta, hoje, de elevado grau de autonomia e de relevantes prerrogativas institucionais, a ponto de não mais ser possível atribuir-lhe a condição de “mero órgão estadual”, tal como asseverado pela juris-

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 1140005 RG**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 09-08-2018 PUBLIC 10-08-2018.

prudência que supedaneou a edição da Súmula 421/STJ³⁷.

Aliás, a concepção atual da Defensoria Pública, como órgão autônomo e essencial para o funcionamento da Justiça, não deflui estritamente do aspecto normativo, pois tão importante quanto a ampliação legislativa retromencionada vem sendo o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em prol do fortalecimento e consolidação dessa Instituição.

Nessa linha, calha mencionar, ilustrativamente, ter o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade de lei estadual que atribui ao chefe do Poder Executivo estadual competências administrativas no âmbito da Defensoria Pública (ADI 5286)³⁸; de normas estaduais que vinculem a Defensoria Pública à Secretaria de Estado (ADI 3965)³⁹; de Lei de Diretrizes Orçamentárias que seja concebida sem a participação da Defensoria Pública para elaborar as respectivas propostas orçamentárias (ADI 5381)⁴⁰; de redução unilateral pelo Poder Executivo de proposta orçamentária da Defensoria Pública elaborada de acordo com a LDO (ADI 5287)⁴¹, e, ainda, reafirmado o dever do Poder Executivo de efetuar os repasses de duodécimo na forma do art. 168 da CF/88(ADPF 339)⁴², dentre outros julgados correlatos.

De outro giro, no tocante à ampliação da atuação institucional, apenas para exemplificar, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 11.448/07, reconhecendo legitimidade à Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos(ADI 3943)⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, ao interpretar os requisitos legais para a atuação coletiva da Defensoria Pública, “encampa exegese ampliativa da condição *jurídica* de ‘necessitado’, de modo a possibilitar sua atuação em relação aos necessitados jurídicos

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (REsp) 604.977/RS**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 03/05/2004, p. 123.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5286**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3965**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012 REVJMG v. 63, n. 200, 2012, p. 351-355).

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5381 MC-Ref**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30-11-2016 PUBLIC 01-12-2016.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5287**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 09-09-2016 PUBLIC 12-09-2016.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 339**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943**, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 05-08-2015 PUBLIC 06-08-2015.

em geral, não apenas dos hipossuficientes sob o aspecto econômico⁴⁴. E mais, ressalta que a interpretação dos arts. 134 e 5º, LXXXIV, da CF, deve ser ampla e abstrata, “bastando que possa haver a existência de um grupo de hipossuficientes, independentemente de alcançar de forma indireta e eventual outros grupos mais favorecidos economicamente”⁴⁶.

Sendo assim, sem maiores delongas e para se evitar o desvio do tema em análise, é fato ter as últimas décadas testemunhado, nos aspectos normativo e jurisprudencial, a ampliação do mister exercido pela Defensoria Pública, reconhecendo, outrossim, sua relevância para a proteção do regime democrático e para a promoção dos direitos humanos e dos direitos individuais e coletivos.

Nesse contexto em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de “medidas que resultem em subordinação da Defensoria Pública ao Poder Executivo, por implicarem violação da autonomia funcional e administrativa da instituição”(ADPF 307 MC)⁴⁷, ao mesmo tempo em que reconhece que “a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública qualifica-se como preceito fundamental”(ADPF 307 MC)⁴⁸, é que se evidencia a insustentabilidade do entendimento expresso no verbete sumular 421/STJ ante o atual regramento constitucional pertinente à Defensoria Pública.

Aliás, cumpre abrir um parêntese para destacar que a Súmula 421/STJ, apesar de ter sido editada em 3/3/2010 e publicada em 11/3/2010, reflete entendimento jurisprudencial firmado antes do advento da Lei Complementar 132/2009⁴⁹, que entrou em vigor em 7 de outubro de 2009. Ou seja, o fundamento sumular é baseado em precedentes anteriores⁵⁰ à novel legislação.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial (AgInt nos EDcl no REsp) 1529933/CE**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2019, DJe 22/05/2019.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 1192577/RS**, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial (AgInt no REsp) 1418091/SP**, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 307MC**, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2014 PUBLIC 27-03-2014.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ A partir da Lei Complementar 132/09, os honorários de sucumbência são devidos à Defensoria Pública, e não à pessoa jurídica de direito público a qual ela pertence (União, Distrito Federal e Estados), como antes acontecia, consoante art. 4º, XXI: Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XXI – executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, **inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos**, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.

⁵⁰ De acordo com a pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça <scn.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>, o Enunciado da Súmula 421 apoiou-se, dentre outros, nos seguintes precedentes: REsp 1108013/RJ, decisão: 03/06/2009, DJe 22/06/2009; AgRg no REsp 1084534/MG, Decisão: 18/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no Resp 1054873/RS, Decisão 11/11/2008, DJe 15/12/2008; REsp 740568/RS, Decisão 16/10/2008, DJe 10/11/2008.

Destarte, por razões óbvias, os acórdãos que supedanearam a edição da Súmula 421/STJ, todos anteriores a 2008, não consideraram o alcance que a jurisprudência superveniente dos Tribunais Superiores conferiram à Instituição, bem como as alterações legislativas posteriores, especialmente a Lei Complementar 132/2009, que estabeleceu o pagamento dos honorários de sucumbência à Defensoria Pública, e não à pessoa jurídica de direito público a qual ela pertence.

Por conseguinte, é nítido o descompasso entre a jurisprudência derivada da Súmula 421/STJ, que ainda hoje prevalece no Superior Tribunal de Justiça, e o cenário normativo-jurisprudencial retradado, de modo a recomendar a superação deste preceito sumular.

Mas não é só. O fundamento basilar da Súmula 421/STJ para obstar o pagamento da verba honorária na hipótese em análise, qual seja, a confusão patrimonial, prevista no art. 381 do Código Civil, não se coaduna com o *status* constitucional ora desfrutado pela Defensoria Pública e, principalmente, não configura a solução adequada para resolver específica questão relativa a orçamento público.

Vejamos. Em razão das Emendas Constitucionais n.s 45/2004 e 74/2013, que conferiram às Defensorias Públicas a iniciativa própria para a elaboração das respectivas propostas orçamentárias, observados os limites legais, e da redação atual da Lei Complementar 80/1994⁵¹, a Defensoria Pública possui, atualmente, a mesma autonomia orçamentária desfrutada pelo Ministério Público (artigo 127, §§ 2º a 6º, da CRFB⁵²) e pelo Poder Judiciário (artigo 99, §1º, da CRFB⁵³), conforme explicitado pelo Ministro Roberto Barroso⁵⁴, no respectivo voto condutor proferido nos autos da ADI 5381 MC, *verbis*:

[...] 16. O art. 134, § 2º, da Constituição Federal também estabelece que a proposta de orçamento da Defensoria Pública deve ser elaborada dentro dos limites estipulados na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Se, então, a participação dos tribunais na fixação dos limites aos seus orçamentos decorre da sua própria autonomia financeira,

⁵¹ BRASIL. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 127 [...] § 2º **Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998); § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias [...] (incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).**

⁵³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. §1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5381 MC - Ref.** Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 30-11-2016 PUBLIC 01-12-2016.

não há razão para não reconhecer também à Defensoria Pública o direito de estipular, conjuntamente com os demais Poderes, os limites para a proposta de seu próprio orçamento na Lei de Diretrizes Orçamentárias. **Isto porque o constituinte reconheceu também às Defensorias Públicas a mesma autonomia financeira conferida aos demais Poderes e ao Ministério Público, assim como a prerrogativa de propor seu próprio orçamento.**

17. Essa equiparação entre a Defensoria Pública e os demais poderes no que diz respeito ao processo legislativo das leis orçamentárias tem sido reforçada pelo constituinte reformador. É o que se depreende dos arts. 166, § 14, I [5], e 168 [6] da Constituição Federal, adicionados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 85/2015 e 45/2004.

18. Embora o art. 134, § 2º, determine a subordinação da prerrogativa conferida à Defensoria Pública de propor seu próprio orçamento ao art. 99, § 2º [7], parece fora de dúvida que se trata de um erro material. A remissão correta, como corolário da própria autonomia financeira, é ao § 1º do art. 99.

19. Com efeito, a fixação de limite para a proposta de orçamento a ser enviada pela Defensoria Pública, na Lei de Diretrizes Orçamentárias, não poderia ser feita sem participação desse órgão autônomo, conjuntamente com os demais Poderes, como exigido, por extensão, pelo art. 99, § 1º, da Constituição Federal. (Grifou-se)

Lembrando que autonomia orçamentária, segundo Kiyoshi Harada⁵⁵:

[...] significa que determinado órgão, com ou sem personalidade jurídica própria, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas, no caso do Judiciário e do Ministério Público, por propostas suas. Autonomia orçamentária quer dizer que um determinado órgão constitui-se em uma unidade orçamentária, podendo utilizar-se das verbas com que foi contemplada, mediante observância dos rígidos princípios orçamentários e à medida de disponibilidade financeira do Tesouro.

Sendo assim, no processo de elaboração da proposta orçamentária global, a Defensoria Pública, tal como o Poder Judiciário e o Ministério Público, detém iniciativa exclusiva de delimitar os recursos necessários para atender às próprias despesas, contando, assim, com a previsão de dotação orçamentária específica.

Essa prerrogativa configura pedra angular da autonomia dessas Instituições e da independência de seus membros, como bem explicita Hugo Nigro Mazzilli⁵⁶, *verbis*:

[...] Autonomia financeira é a capacidade de elaboração da proposta

⁵⁵ HARADA, Kiyoshi. **Autonomia orçamentária**. .

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**, 1991.

orçamentária e de gestão e aplicação dos recursos destinados a prover as atividades e serviços do órgão titular da dotação. Essa autonomia pressupõe a existência de dotações que possam ser livremente administradas, aplicadas e remanejadas pela unidade orçamentária a que foram destinadas. Tal autonomia é inerente aos órgãos funcionalmente independentes, como são o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais não poderiam realizar plenamente as suas funções se ficassem na dependência financeira de outro órgão controlador de suas dotações orçamentárias”.

Ora, dotação orçamentária todas as unidades de despesas têm. O Ministério Público, entretanto, mais do que isso, por força da atual Constituição, elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (CR, arts. 127, § 3º, e 84, XXIII), recebendo, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, inclusive créditos suplementares e especiais (CR, art. 168).

Esta última garantia é complemento necessário da autonomia e da independência funcional. Como anotou, com razão, Eurico de Andrade Azevedo, no parecer acima citado, “é evidente, porém, que essa independência funcional —válida tanto para os seus membros como para a instituição como um todo, é incompatível com interferências externas, submissões burocráticas e supervisões orgânicas — só poderá ser exercida eficazmente, só será verdadeira e efetiva se estiver acompanhada de autonomia administrativa e financeira”.

Uma vez elaboradas as respectivas propostas orçamentárias, caberá, com exclusividade, ao Poder Executivo, aglutiná-las e encaminhá-las à apreciação do Legislativo, sem, no entanto, exercer qualquer juízo de valoração sobre as mesmas.

Isso porque, caso fosse permitido ao Poder Executivo alterar as propostas encaminhadas pelos demais Poderes e Órgãos, a autonomia financeira destes restaria anulada, pois, ao fazer prevalecer sua vontade sobre os demais, o Executivo poderia reduzir as receitas projetadas como necessárias, a ponto de comprometer as respectivas atividades finalísticas.

Não sem razão, nos autos da ADI 5287, o Supremo Tribunal Federal coibiu a alteração unilateral pelo chefe do Poder Executivo nas propostas orçamentárias apresentadas pela Defensoria Pública em conformidade com a LDO e demais dispositivos constitucionais, por considerar que tal prática configuraria verdadeira violação à separação dos Poderes. Confira-se o excerto do respectivo voto condutor da lavra do Ministro Luiz Fux⁵⁷, *verbis*:

[...] Porquanto, diante da prerrogativa disposta no §2º do art. 134 da CRFB/88, não cabe ao chefe do Poder Executivo, se atendida pela instituição elaboradora da proposta a dupla de requisitos constitucionais mencionada, realizar qualquer juízo de valor sobre o montante ou o impacto financeiro da proposta apresentada. Cabe-lhe tão somente

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5287**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 09-09-2016 PUBLIC 12-09-2016.

consolidar as propostas encaminhadas por essas instituições autônomas e encaminhar a proposta unificada ao órgão legislativo correspondente, sem introduzir nela quaisquer reduções ou modificações.

Observe-se que a alteração unilateral pelo chefe do Poder Executivo nas propostas orçamentárias apresentadas pela Defensoria Pública em conformidade com a LDO e com as disposições constitucionais sobre a matéria significaria não apenas uma violação à autonomia constitucional atribuída à referida instituição, mas também à própria cláusula da separação dos Poderes. Isto porque, superada a fase de iniciativa – atribuída, como já dito, ao chefe do Poder Executivo – a apreciação das leis orçamentárias deve se dar perante o órgão legislativo correspondente, ao qual caberá deliberar sobre a proposta apresentada, fazendo-lhe as modificações que julgar necessárias.

Resta, portanto, incontornável o fato de a Defensoria Pública possuir autonomia orçamentária nos mesmos moldes conferidos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, e, por conseguinte, deter orçamento próprio destacado do orçamento fazendário, consoante explicita Emerson Garcia⁵⁸, *verbis*:

[...] Dotação orçamentária, por evidente, múltiplos órgãos e instituições possuem. Todo feixe de competências existente em um ente estatal, regra geral, necessita de recursos financeiros para bem desempenhar o seu mister. Os Departamentos Penitenciários, os Departamentos de Conservação de Estradas, as múltiplas Secretarias, enfim, todos os órgãos do Poder Executivo são contemplados com dotações orçamentárias. Aqui começa e termina a similitude com o Ministério Público e com os demais Poderes. A justificativa, por sua vez, é tão simples quanto a conclusão que dela resulta: as dotações dos referidos órgãos derivam de proposta orçamentária elaborada pelo Poder Executivo e são por ele geridas, sendo comum a existência de autorização legislativa específica para o remanejamento de tais dotações de um órgão para outro, sempre ao alvedrio do governante.

As dotações orçamentárias do Ministério Público e dos demais Poderes, ao revés, resultam de proposta orçamentária por eles elaborada e somente eles, por seus respectivos Chefes, podem movimentá-las, o que é consequência direta de sua autonomia financeira.

Do contexto acima destacado, em que a Defensoria Pública é contemplada com dotação orçamentária própria e livre de intervenção do Poder Executivo, tanto no processo de elaboração, quanto na execução dos gastos, eis que só a ela cabe geri-los de acordo com seus interesses e conveniências, extraem-se fundamentos suficientes para derogar a regra invocada pela Súmula 421/STJ, segundo a qual se extingue a obrigação em decorrência de confusão patrimonial.

E nesse ponto, precisamente, reside o grave equívoco incorrido pela Súmula 421/STJ,

⁵⁸ GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

qual seja, conferir uma leitura privatista a um problema de orçamento público, de natureza político-administrativa, para solucioná-lo por meio da confusão.

Conforme mencionamos, a confusão patrimonial é um instituto do Direito Privado, previsto no artigo 381 do Código Civil, cuja definição foi, recentemente, introduzida em nosso ordenamento jurídico através do parágrafo 2º do artigo 50 do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019⁵⁹, *verbis*:

Art. 50. [...]

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.
(Grifo nosso).

A confusão patrimonial guarda pertinência com as relações de natureza consumerista, trabalhista, civilista, comercial, ganhando, outrossim, especial destaque na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil suso mencionado.

Por essa razão, revela-se manifestamente indevida a transposição do instituto civilista da confusão patrimonial para a solução de controvérsia específica do Direito Público, qual seja, o orçamento público, que por ser um ato político-administrativo, a espelhar as prioridades eleitas pelo Estado na consecução de seus fins, e possuir normas próprias, inclusive de envergadura constitucional, não pode, a toda evidência, ser equiparado a um conflito de negócio celebrado entre pessoas privadas.

Acerca da particularidade do orçamento público, Luís Roberto Barroso e Eduardo Mendonça⁶⁰ assinalam, *verbis*:

[...] É inequívoco que a atividade financeira do Estado deve ser minimamente racional e sujeita a controle jurídico e social. Em outras palavras, ninguém defenderá que a arrecadação deva ser aleatória e que os recursos devam ser empregados sem um planejamento que permita equacionar as possibilidades de investimento e as necessidades sociais.

[...]

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) [...] e dá outras providências.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. In: MARTINS, I. G. D. S.; NASCIMENTO, C. V. D.; MENDES, G. F. **Tratado de direito financeiro.**, 2013.

Com efeito, atores políticos do Poder Executivo, legisladores, juízes e servidores públicos exercem diferentes graus de influência sobre o conjunto das finanças estatais, obedecem a limites próprios a cada domínio, estabelecem relações diferentes com a opinião pública e dispõem de uma quantidade variável de informações sobre a realidade material. Apesar disso, todos eles interferem nas decisões orçamentárias concretas, em diferentes níveis. Ao contrário de um orçamento doméstico ou empresarial, que pode seguir uma lógica relativamente linear, as finanças públicas estão sujeitas a interferências vindas de múltiplas direções. Isso torna impossível, em termos práticos, a obtenção de uma coordenação perfeita entre os diferentes centros decisórios, mas não desobriga os aplicadores de buscarem a máxima racionalidade possível.

O sistema constitucional das finanças deve ser interpretado e concretizado a partir desse conjunto de ideias. Cabe ao orçamento servir de base para a realização das escolhas democráticas relacionadas à alocação dos recursos.

Sendo assim, a controvérsia específica envolvendo orçamento público, deve ser resolvida tecnicamente como questão orçamentária que é, à luz dos princípios e normas do Direito Público, jamais como um negócio entre pessoas privadas.

De outro giro, apesar de a Defensoria Pública, como todo órgão público, não ser dotada de personalidade jurídica, foi erigida à condição de instituição autônoma e independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como o Ministério Público, podendo, em razão disso, assumir direitos e contrair obrigações.

De sorte que a ausência de personalidade jurídica, por si só, não configura obstáculo ao recebimento da verba honorária quando a parte é patrocinada pela Defensoria Pública e litiga contra o respectivo ente público.

Cumprе ressaltar que tais verbas não se destinarão a remunerar os Defensores Públicos, mas sim à composição de “fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores”, conforme prevê a redação atual do artigo 4º, XXI, da Lei Complementar 80/1994.

Não se olvide que a destinação das verbas sucumbenciais para a ampliação dos serviços prestados e qualificação do respectivo quadro funcional se afigura absolutamente oportuna e necessária ante o cenário deveras conhecido pela sociedade brasileira, assim descrito pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos - ANADEP⁶¹, *verbis*:

[...] A Defensoria Pública encontra-se, atualmente, em apenas 40% das Comarcas brasileiras, sofre com a ausência de repasse de recursos suficientes pelos entes que integram, sendo esses demandados

⁶¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (Brasil). **Manifestação da ANADEP sobre recebimento de honorários de sucumbência pela Defensoria Pública é destaque no Blog do Fausto.**

pela Instituição por descumprirem direitos e garantias fundamentais de pessoas carentes, que veem diariamente seus direitos a vaga em creche, medicamentos básicos, saneamento básico, à aposentadoria, ignorados, restando à população recorrer ao Poder Judiciário, através da Defensoria Pública, para que tenham o direito de ter direitos efetivamente garantido.

Por todo o exposto, podemos concluir que o óbice da Súmula 421/STJ ao pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando litiga contra o ente público ao qual se vincula não mais merece subsistir, eis que a Instituição desfruta de ampla autonomia, a qual se equipara à dos demais Poderes e ao Ministério Público – nos termos da ADI 5381 MC retromencionada -, bem como possui dotação orçamentária própria e capacidade de autogestão financeira.

Ademais, o fundamento calcado na confusão patrimonial, instituto do Direito Privado, para solucionar específico problema de orçamento público é manifestamente inadequado, já que as finanças públicas não são equiparáveis a orçamentos domésticos ou empresariais. Trata-se de uma questão orçamentária que como tal deve ser tecnicamente resolvida.

Conseqüentemente, há que se responder afirmativamente à questão agitada no RE 1.140.005 RG (Tema1002) e estabelecer-se a seguinte tese: a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional, sendo, portanto, inconstitucional.

Por derradeiro, considerando o cenário normativo-jurisprudencial, bem como os argumentos retrodelineados, necessário assinalar que a questão constitucional, ora *sub judice*, não se restringe a uma simples disputa por verbas honorárias sucumbenciais. Trata-se, essencialmente, de uma discussão bem mais delicada e abrangente, qual seja, existência ou não de interesse jurídico-político em conferir efetividade às alterações normativas, constitucionais e infraconstitucionais, já em vigor, que dotaram a Defensoria Pública de elevado e significativo grau de autonomia, em consonância à nobre missão constitucional que lhe fora conferida.

Em outras palavras, o que está posto em xeque, verdadeiramente, é o alcance e a qualidade do serviço público de assistência jurídica integral que se quer proporcionar à sociedade brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se debruçou sobre a questão constitucional suscitada no *Leading Case* RE 1.140.005 RG (Tema 1002): “saber se a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional”.

Com o intuito de balizar a reflexão, na primeira parte do trabalho, traçamos o *status* constitucional conferido à Defensoria Pública, a partir da redação original do artigo 134 da Constituição Federal, perpassando pela Emendas Constitucionais n.ºs. 45/2004, 74/2013 e 80/2014, que, dentre outras inovações, asseguraram à Instituição autonomia funcional e administrativa, bem como a iniciativa de elaborar sua proposta orçamentária, observados os limites legais.

Destacamos, na mesma linha, o relevante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal em prol da consolidação da autonomia conferida pelas Emendas Constitucionais retromencionadas, reconhecendo-lhes eficácia plena e a aplicabilidade imediata.

Na segunda parte, analisamos a disciplina normativa relativa ao pagamento dos honorários advocatícios à Defensoria Pública e, principalmente, o tratamento conferido à matéria pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Apuramos que, apesar de o artigo 4º, inciso XXI, da Lei Complementar n. 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar n. 132/2009, estabelecer que caberá a Defensoria Pública executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devida por quaisquer entes públicos, o Superior Tribunal de Justiça permanece fiel ao entendimento consolidado no verbete da Súmula 421 do próprio Tribunal, segundo o qual não são devidos os honorários advocatícios quando a Defensoria Pública litiga contra o ente federativo ao qual se vincula, em razão da confusão patrimonial entre credor e devedor.

Aduzimos que a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, espelhada na Súmula 421/STJ, considera o fato de a Defensoria Pública não possuir personalidade jurídica, de o seu orçamento estar atrelado ao do ente federativo cuja estrutura íntegra e da confusão patrimonial resultante, como fundamentos suficientes para obstar o pagamento da verba honorária à Defensoria Pública.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, verificamos ter a matéria lá aportado pela primeira vez em 6/11/2008, através do Recurso Extraordinário n. 592.730-0/RS, ocasião em que o Tribunal Pleno não reconheceu a repercussão geral do tema.

Não obstante, ressaltamos que, em 9/8/2017, o Plenário da Corte Suprema, dissentindo da própria jurisprudência, ao julgar o Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1.937, admitiu a possibilidade de a União ser condenada a pagar verbas sucumbenciais à Defensoria Pública, com base, justamente, no reconhecimento da autonomia funcional, administrativa e orçamentária conferida pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 45/2004, 74/2013 e 80/2014. E que essa ruptura na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu ensejo a que a Corte reconsiderasse o posicionamento anteriormente adotado e reconhecesse a repercussão geral da matéria por ocasião do RE 1.140.005 RG, julgado em 3/8/2018.

Asseveramos que a nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal reacendeu a esperança de a controvérsia ganhar novo desfecho, agora, de modo favorável à Defensoria Pública.

Na última etapa do trabalho, infirmamos os fundamentos esposados pela jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, para o fim de fazer prevalecer os argumentos favoráveis à pretensão da Defensoria Pública.

Para tanto, argumentamos que, diante do elevado grau de autonomia e das relevantes prerrogativas que foram conferidas à Defensoria Pública, é inconcebível considerá-la como um “mero órgão estadual”, tal como mencionado nos julgados que alimentaram a edição da Súmula 421/STJ.

De outro giro, demonstramos a absoluta impropriedade da Súmula 421/STJ ao adotar como fundamento a confusão patrimonial. Primeiro porque desconsidera que a Defensoria Pública, sendo detentora da mesma autonomia orçamentária conferida aos demais Poderes e ao Ministério Público, possui patrimônio próprio, destacado daquele pertencente ao ente público.

Segundo porque a confusão, instituto do Direito Privado, não é adequada para solucionar específico problema de orçamento público, já que as finanças públicas não são equiparáveis a orçamentos domésticos ou empresariais. Trata-se de uma questão orçamentária que como tal deve ser tecnicamente resolvida.

Terceiro porque ignora que a Defensoria Pública, como todo órgão público, apesar de não ser dotada de personalidade jurídica, detém capacidade para assumir direitos e contrair obrigações.

Ressalvamos, oportunamente, que o pagamento da verba honorária não remunerará os Defensores Públicos e será destinada aos “fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores”, nos termos do artigo 4º, inciso XXI, da Lei Complementar 80/1994.

Concluimos que a questão agitada no RE 1.140.005 RG (Tema1002) deve ser respondida afirmativamente, de modo a firmar-se a seguinte tese: a proibição ao recebimento de honorários advocatícios pela Defensoria Pública, quando representa litigante vencedor em demanda ajuizada contra o ente ao qual é vinculada, viola a sua autonomia funcional, administrativa e institucional, sendo, portanto, inconstitucional.

Por derradeiro, aduzimos que as mudanças normativas que conferiram novo *status* à Defensoria Pública já vigoram há muito tempo, de modo que a questão principal a ser enfrentada pela Corte Suprema não se restringe a uma mera disputa por verbas sucumbenciais. Trata-se, essencialmente, de uma discussão bem mais delicada e abrangente, qual seja, conferir efetividade ou não às normas constitucionais e infraconstitucionais, que alçaram a Instituição à uma posição de destaque no cenário jurídico-político nacional, em reconhecimento ao nobre mister a ela conferido. Portanto, o que está posto em xeque, verdadeiramente, é a qualidade e o alcance do serviço público de assistência jurídica integral que se quer proporcionar à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (Brasil). Manifestação da ANADEP sobre recebimento de honorários de sucumbência pela Defensoria Pública é destaque no Blog do Fausto. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=41389>. Acesso em: 19/11/2019.

ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. Defensoria Pública: Histórico, Afirmação e Novas Perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília. n.12, p. 185-209, jan/dez 2019. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/issue/view/14> . Acesso em: 25 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. In: MARTINS, I. G. D. S.; NASCIMENTO, C. V. D.; MENDES, G. F. **Tratado de direito financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. **Volume 1**. Livro eletrônico

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil3/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 69, de 29 de março de 2012**. Altera os arts. 21, 22 e 48 da Constituição Federal, para transferir da União para o Distrito Federal as atribuições de organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc69.Htm. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 74, de 6 de agosto de 2013**. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc74.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. **Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 25 nov.2019.

_____. **Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos

Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. **Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº-1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma) **Recurso Especial (REsp) 541.440/RS**, Rel. Ministro José Delgado, 04 de setembro de 2003. DJe em 20 de outubro de 2003, p. 235. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300686944&dt_publicacao=20/10/2003 . Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial (REsp) 1766872/AL**, Rel. Ministro Herman Benjamin, 23 de outubro de 2018. DJe em 19 de novembro 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802233999&dt_publicacao=19/11/2018. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial) **Recurso Especial (REsp) 1108013/RJ**, Rel. Ministra Eliana Calmon, 03 de junho de 2009. DJe em 22 de junho 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802779506&dt_publicacao=22/06/2009. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial (REsp) 1199715/RJ**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 16 de fevereiro de 2011. DJe em 12 de abril de 2011. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001218650&dt_publicacao=12/04/2011. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial (REsp) 1786939/AM**, Rel. Ministro Herman Benjamin, 21 de março de 2019. DJe em 30 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803305339&dt_publicacao=30/05/2019. Acesso em:25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial (REsp) 604.977/RS**, Rel. Ministro José Delgado, 17 de fevereiro de 2004. DJe em 03 de maio de 2004, p. 123. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302000053&dt_publicacao=03/05/2004. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial (AgInt nos EDcl no REsp) 1529933/CE**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 20 de maio de 2019. DJe em 22 de maio de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500884054&dt_publicacao=22/05/2019. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 1192577/RS**, Rel. Ministra Laurita Vaz, 21 de outubro de 2015, DJe em 13 de novembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402469723&dt_publicacao=13/11/2015. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial (AgInt no REsp) 1418091/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 09 de setembro de 2019. DJe em 12 de setembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_

registro=201303715495&dt_publicacao=12/09/2019. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula 421**. Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. Julgado em 03 de março de 2010. DJe 11 de março de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre+421&b=Sumu&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5287**, Relator Min. Luiz Fux, 18 de maio de 2016. DJe em 12 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11638659>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2903**, Relator(a): Min. Celso De Mello, 01 de dezembro de 2005, DJe-177 em 19 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3965**, Relatora: Min. Cármen **Lúcia**, 07 de março de 2012. DJe-065 em 30 de março de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1871030>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3569**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 02 de abril de 2007, DJe-013 em 11 de maio de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=452004>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) 592730 RG**, Relator: Min. Menezes Direito, 06 de novembro de 2008. DJe-222 em 21 de novembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=564567>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário (RE) 1140005 RG**, Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de agosto de 2018, DJe-162 em 10 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747890405>. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário - ARE 1066082 AgR**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, 18 de dezembro de 2017. DJe-027 em 14 de fevereiro de 2018. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14330578>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na ação Rescisória. AR 1937 AgR**, Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de junho de 2017, DJe-175 em 09 de agosto de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13320463>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5286**, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, 18 de maio de 2016. DJe-159 em 01 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748748019>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5381 MC-Ref**, Relator: Min. Roberto Barroso, 18 de maio de 2016. DJe-256 em 01 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12140792> . Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 339**, Relator: Min. Luiz Fux, 18 de maio de 2016. DJe-159 em 01 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11402259> . Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943**, Relatora: Min. Cármen Lúcia, em 07 de maio de 2015. DJe-154 em 06 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 307 MC**, Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de dezembro de 2013. DJe-060 em 27 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5519916>. Acesso em: 25 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 450**. São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita. Sessão Plenária de 01 de outubro de 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3117>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 2: Teoria Geral das Obrigações**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro eletrônico.

HARADA Kiyoshi. **Autonomia orçamentária**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/17/autonomia-orcamentaria>. Acesso em: 15/11/19.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991. Livro eletrônico.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

DIREITOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS

CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE: CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

*DIFFUSE CONVENTIONALITY CONTROL:
CASES OF BRAZILIAN FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE'S ACTING*

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta

*Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).
Defensora Pública Federal em Salvador/BA
mariadocarmo.gms@outlook.com*

RESUMO

A promoção dos direitos humanos implica buscar o respeito aos tratados e convenções internacionais que estabelecem regras de proteção, levando ao crescimento da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Nessa interação surge o controle de convencionalidade como mecanismo de tutela dos direitos humanos, por meio da aferição de compatibilidade entre o ordenamento jurídico pátrio e as normas de direito internacional. O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, obrigando-se, assim, a implementar suas decisões. Além do sistema regional, o Brasil integra o sistema universal ou global de proteção aos direitos humanos. Nessa ordem de ideias, o presente estudo propôs-se a investigar a atuação da Defensoria Pública da União por meio do controle difuso de convencionalidade, ou seja, aquele levado a efeito em âmbito interno pelos órgãos jurisdicionais domésticos. Constatou-se que, mesmo com limitações, o mecanismo do controle de convencionalidade é instrumento para a tutela dos direitos humanos, porquanto relacionado à nova doutrina que prestigia esses direitos e promove uma interlocução entre o direito interno e o direito internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Diálogo entre Cortes.

ABSTRACT

The advancement of human rights implies in searching the observance of international treaties and conventions that establish rules of protection, promoting the development of the relation between Domestic and International Law. In this interaction, the conventionality control rises as a mechanism of human rights guardianship, by assessing the compatibility between the national legal framework and the international law rules. Brazil is inserted in the Interamerican System of Protection of Human Rights and admits the mandatory

jurisdiction of the Interamerican Court of Human Rights, with the possibility of being prosecuted to the international accountability on human rights violations, forcing itself to implement those decisions. Besides the regional system, Brazil also is a member of the global human rights protection system. With that in mind, this article investigates the acting of Defensoria Pública da União (the Brazilian National Public Defender's Office) in the systematic of diffuse conventionality control, the one enforced by the domestic jurisdictional entities. The verification is that, even with certain limitations, the mechanism of conventionality control is an instrument to human rights protection, since it is related to the new doctrine that honors these rights and promotes a new interlocution between domestic and international law, focusing on the protection of the person.

Keywords: Public Defender's Office. International Human Rights Law. Conventionality Control. Dialogue between Courts.

Data de submissão: 12/09/2019

Data de aceitação: 15/06/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS 1.1 Controle concentrado de convencionalidade 1.2 Controle difuso de convencionalidade 2. CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE 2.1 Casos no Supremo Tribunal Federal 2.2 Casos no Superior Tribunal Militar 2.3 Casos nos Tribunais Regionais Federais CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

É notável o crescimento da relação entre o direito interno e o Direito Internacional, que gera, cada vez mais, a aplicação desse último em âmbito nacional, resultado do diálogo entre Cortes. Luiz Guilherme Arcaro Conci afirma que, no mundo globalizado e complexo em que vivemos, “o diálogo entre juízes nacionais, estrangeiros e internacionais é uma necessidade”.¹

Nessa interação entre o direito interno e o Direito Internacional, surge o controle de convencionalidade que, na definição de Valerio Mazzuoli, é a compatibilização vertical das leis internas com os tratados de direitos humanos vigentes no país. Segundo o autor, enquanto o controle de constitucionalidade afere a compatibilidade vertical entre a lei e

¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**, 2016, p.1.

as normas constitucionais, o controle de convencionalidade avalia a adequação de uma lei com os tratados internacionais de direitos humanos.²

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tendo incorporado definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto Presidencial nº 678, de 11/11/1992. Em 10/12/1998, depositou, junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), nota reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos e obrigando-se, assim, a implementar suas decisões.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade, segundo Néstor Pedro Sagüés, tem três fundamentos jurídicos, quais sejam: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); o princípio da efetividade dos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos, cuja eficácia não pode ser reduzida por normas ou práticas do direito doméstico de um Estado-membro, nos termos do art. 29 da CADH; e, por último, a impossibilidade de um Estado-parte invocar direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, conforme preceitua o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.³

O controle de convencionalidade possui duas dimensões: internacional e interna. A primeira delas, também chamada de controle autêntico ou definitivo é, em geral, de atribuição dos órgãos internacionais, ou seja, dos tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Africana). O controle de matriz nacional é feito pelos juízes e tribunais internos.⁴ Constatou-se, dessa forma, que o exercício desse controle pode acontecer dentro dos sistemas global ou regionais de proteção aos direitos humanos, bem como em âmbito doméstico, se levado à efeito pelos juízes e tribunais nacionais.

O direito e a garantia fundamentais expressos no art. 5º, inc. LXXIV da CF/88 revelam que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Essa norma é instrumentalizada por meio da Defensoria Pública⁵, instituição que tem, entre suas funções, a de promover os direitos humanos, missão que passou a ser expressamente prevista no artigo 1º, da Lei Complementar nº 80, alterado pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, bem como no artigo 134 da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2016.

³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticpos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, pp.383-384.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**, 2016. p. 01-40.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 2016, p.1057.

Identificou-se, assim, que uma das formas pelas quais a Defensoria Pública da União pode promover e tutelar os direitos humanos é através do controle de convencionalidade, tanto por meio de sua atuação junto ao Sistema Regional Interamericano, quanto em sua atuação perante os juízes e tribunais pátrios.

Nessa ordem de ideias, buscou-se identificar os casos em que essa atuação aconteceu, em âmbito interno, por meio de consulta aos sites dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais, utilizando-os como exemplos para a análise do conteúdo das decisões, a partir dos quais se almeja traçar um panorama acerca da efetividade na tutela dos direitos humanos por essa via.

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Raúl Canosa Usera reconhece a utilização do controle de convencionalidade pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entretanto, afirma ser o Tribunal Interamericano o vanguardista nessa temática:

A pesar de que el TEDH también ha venido evacuando un control de convencionalidad de las legislaciones internas cuando era pertinente, no lo ha argumentado en sus pronunciamientos con la rotundidad y precisión que ha empleado la Corte de San José que lo bautizó como control de convencionalidad. La diligencia de ésta ha colocado al sistema interamericano a la vanguardia en la evolución de la protección internacional, en especial por convertir a los tribunales nacionales en auxiliares suyos.⁶

Embora a expressão “controle de convencionalidade” tenha aparecido, pela primeira vez, no Sistema Regional Interamericano em voto do juiz e ex-presidente da Corte, Sergio García Ramírez, referente ao *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003⁷, Hitters afirma que o Tribunal Interamericano vem realizando, desde sempre, a verificação de compatibilidade entre o direito doméstico e a CADH.⁸

Jânia Saldanha e Lucas Vieira apontam o *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*, cuja sentença data de 17 de setembro de 1997, como um dos primeiros em que a Corte Interamericana exerceu controle de convencionalidade, ainda que sem mencionar essa expressão. Os autores

⁶ Apesar de a CEDH também ter realizado o controle de convencionalidade das legislações internas quando pertinente, não tem argumentado em seus pronunciamentos com o peso e precisão que o Tribunal de San José utiliza, o que batizou como controle da convencionalidade. A diligência deste último colocou o sistema interamericano na vanguarda da evolução da proteção internacional, especialmente por tornar os tribunais nacionais seus auxiliares. (USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2015, p.16, tradução nossa).

⁷ BAZÁN, Víctor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 41, p. 211, set./out. 2011.

⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Santiago, 2009, p. 109-128,

citam o teor do parágrafo 68, em que a decisão reconheceu a incompatibilidade das leis peruanas em relação ao disposto no art. 8.4 da CADH:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.⁹

Como dito anteriormente, o controle de convencionalidade, no Sistema Regional Americano, é dividido em controle concentrado e controle difuso, cujos aspectos são aprofundados nos tópicos subsequentes.

1.1 Controle concentrado de convencionalidade

O controle concentrado de convencionalidade, também chamado de controle próprio, original ou externo, é definido por Sergio García Ramírez como o exercício de confrontação entre atos domésticos e disposições convencionais a que um tribunal supranacional é chamado a realizar com o propósito de aferir compatibilidade entre eles, sob o império do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁰

Jesus Tupã Silveira Gomes faz importante distinção entre o controle de convencionalidade, levado a efeito pela Corte Interamericana, e a responsabilidade por violação de obrigações internacionais. Em síntese, ele identifica que “somente há controle de convencionalidade quando há declaração de invalidade de ato normativo nacional – de natureza ordinária ou constitucional – frente ao *corpus juris* interamericano”. Em contrapartida, fica caracterizada a responsabilização internacional diante de outro descumprimento por parte do Estado do parâmetro mínimo de proteção estabelecido pelo Sistema Regional Interamericano.¹¹ E acrescenta que, da mesma forma como nem toda aplicação de norma constitucional caracteriza controle de constitucionalidade, também nem toda aplicação de convenção ou tratado internacional sobre direitos humanos é controle de convencionalidade.

A decisão do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) tem relevância na temática do controle de convencionalidade ao expressar no seu parágrafo 27, que o Estado é avalia-

⁹ Ambos os decretos-leis se referem a condutas não delimitadas estritamente pelo que poderiam ser enquadradas indistintamente dentro de um tipo penal ou de outro, de acordo com os critérios do Ministério Público e dos respectivos juízes e, como no caso examinado, da 'própria Polícia (DINCOTE)'. Portanto, os decretos-leis acima mencionados são incompatíveis com o artigo 8.4 da Convenção Americana (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. *Revista Libertas, UFOP*, Ouro Preto, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255/229>>. Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁰ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2011, p. 126.

¹¹ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O controle de convencionalidade no poder judiciário brasileiro**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 38.

do por inteiro quando do exercício da jurisdição contenciosa da Corte. Isso quer dizer que a divisão de poderes do Estado não pode justificar o desrespeito às normas convencionais, “deixando suas ações fora do controle de convencionalidade que traz consigo a jurisdição do tribunal internacional.”¹²

Outro caso mencionado pela doutrina nessa temática é o *Tibi vs. Equador* (2004) em que o juiz García Ramírez traça um paralelo entre o controle de constitucionalidade levado a efeito pelas Cortes Constitucionais domésticas e o controle de convencionalidade perpetrado pelos Tribunais Internacionais¹³, especificamente no parágrafo 3º de seu voto, onde consta:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos¹⁴.

A partir do julgamento referente ao *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006), a Corte de *San Jose* amplia o instituto do controle de convencionalidade e inaugura o entendimento de que o exercício prioritário dessa ferramenta cabe aos tribunais internos.¹⁵ “O principal objetivo do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de San José da Costa Rica.”¹⁶ Significa dizer que o Tribunal Interamericano passa a desenvolver a teoria do controle difuso de convencionalidade, ou seja, aquele levado a efeito em âmbito interno pelos órgãos jurisdicionais domésticos, o que será analisado a seguir.

1.2 Controle difuso de convencionalidade

O controle de convencionalidade na via difusa, para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, é o exame de compatibilidade que sempre deve ser realizado pelos juízes nacionais entre as

¹² COSTA RICA. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 25 de noviembre de 2003.

¹³ FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade**: integração jurídica e legitimidade do particular, 2018, p. 130.

¹⁴ Em certo sentido, a tarefa do Tribunal assemelha-se à dos tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – disposições de âmbito geral – à luz das regras, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação às normas, princípios e valores dos tratados nos quais baseia sua jurisdição contenciosa. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade”, o Tribunal Internacional de Direitos Humanos decide sobre a “convencionalidade” desses atos. (Tradução nossa).

¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2016, p. 44.

¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**, 2016, p. 84.

normas do seu país e a CADH, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁷ Para Claudio Nash Rojas, o controle difuso de convencionalidade, ou seja, levado a efeito pelos órgãos do próprio Estado, não é uma nova obrigação, mas o desenvolvimento de uma figura frente ao déficit que se constata nos últimos casos que chegaram ao Sistema de Proteção aos Direitos Humanos. Os problemas que surgem decorrem da não aplicação, pelas autoridades locais, principalmente, do Poder Judiciário, das obrigações assumidas pelo Estado, que passam a ser incorporadas ao ordenamento doméstico.¹⁸

Ernesto Rey Cantor denomina o controle difuso de “controle nacional de convencionalidade” e o define como a atividade do juiz interno quando deixa de aplicar o direito doméstico, aplicando a CADH ou outro tratado, mediante um exame de confrontação normativa (direito interno com tratado) em um caso concreto e adota na decisão judicial aquele que melhor protege os direitos humanos da pessoa.¹⁹

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos têm como característica a atuação complementar em relação ao sistema global ou onusiano de proteção. Todos eles atuam, igualmente, de modo complementar em relação ao direito interno de cada Estado-parte, de modo que os estados nacionais mantêm a primazia no processo de concretização dos direitos humanos.²⁰

Em razão da subsidiariedade da Corte Interamericana, os juízes e tribunais internos são os primeiros a serem convocados a exercer o controle de convencionalidade exatamente pela necessidade de prévio esgotamento dos recursos efetivos previstos no direito doméstico.²¹ Nesse sentido, Sergio García Ramírez vê o controle interno de convencionalidade como a recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional, caracterizando relevante instrumento para a construção e consolidação do sistema.²²

Corroborando esse entendimento, Raúl Canosa Usera atribui o fomento e o consequente aperfeiçoamento do controle difuso de convencionalidade à ausência no sistema interamericano de acesso direto à Corte, pois persiste o filtro da Comissão. Para compensar o escasso número de casos que a Corte aprecia, ela converteu os Estados em ativos garantidores dos direitos previstos nas convenções.²³ O autor considera o controle de conven-

¹⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, 2011, p. 531.

¹⁸ ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2013, p. 489-509.

¹⁹ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**, 2008, p. 49.

²⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, 2014, p. 363-390.

²¹ JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El Control Difuso de Convencionalidad**. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: FUNDAp, 2012, p. 7.

²² RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, 2011, p. 127.

²³ USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**, 2015, p. 21.

cionalidade interno a inovação mais relevante do recente constitucionalismo ibero-americano.²⁴ Essa inovação é fruto de uma construção oriunda da jurisprudência da Corte Interamericana, principalmente a partir do *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006) e de outras decisões também importantes para a compreensão do instituto.

No parágrafo 124 da decisão referente ao *Caso Almonacid Arellano vs Chile* o Tribunal Interamericano constrói a ideia de que os juízes e tribunais domésticos estão sob o império da lei e que, se o Estado ratifica um tratado internacional, como a CADH, assume a obrigação de respeitar suas disposições e, por consequência, deve afastar a incidência de norma jurídica interna contrária às disposições do Tratado Internacional:

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas a interpretação que a Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.²⁵

Ao apreciar o *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru* (2006) a Corte avançou na temática, fixando a natureza *ex officio* do dever que recai sobre os juízes domésticos em realizar o controle de convencionalidade, colocado lado a lado com o controle de constitucionalidade. Nessa ocasião, o Tribunal Interamericano fixou o duplo dever dos órgãos jurisdicionais: controlar a constitucionalidade e a convencionalidade dos atos normativos, independente de provocação das partes:

128. *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [...].*²⁶

Na decisão relativa ao *Caso Cabrera Garcia e Montiel vs. México* (2010) a Corte de San Jose estendeu o dever de compatibilizar as normas domésticas com as normas internacionais a

²⁴ USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**, 2015, p. 131.

²⁵ COSTA RICA. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de septiembre de 2016.

²⁶ 128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos a ele, o que os obriga a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e propósito. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle constitucional, mas também “convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos correspondentes regulamentos processuais. (COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

todos os níveis, deixando claro, no parágrafo 226, que as Cortes Constitucionais também devem desempenhar esse controle:

*Thus, for example, the courts of the highest hierarchy in the region have referred to and applied the control of convention, taking into account the interpretations of the Inter-American Court.*²⁷

A última decisão largamente mencionada pela doutrina acerca do controle de convencionalidade difuso se refere ao *Caso Gelman vs. Uruguai* (2011), oportunidade em que a Corte, além de impor ao Estado a revisão de uma lei doméstica, determinou que o controle de convencionalidade seja utilizado não apenas pelo Poder Judiciário, mas igualmente pelos demais poderes, ou seja, de uma obrigação dos órgãos jurisdicionais passa a ser uma obrigação de todos os poderes, incluindo, portanto, o Legislativo e o Executivo, cada qual nos limites de suas competências. Esse julgamento também fixou importantes parâmetros sobre os efeitos das decisões em controle de convencionalidade.

Nesse mesmo caso, mas no voto do juiz Eduardo Mac-Gregor Poisot, na supervisão do cumprimento de sentença, o julgador argumenta a eficácia objetiva da sentença interamericana, compreendendo-a “como norma convencional interpretada”, capaz de gerar uma vinculação indireta *erga omnes*, constituindo-se em parâmetro interpretativo mínimo da efetividade da norma convencional. Poisot segue alguns embasamentos do ex-presidente do Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, quanto aos efeitos dos julgamentos da Corte em relação aos Estados que não fizeram parte do litígio. Em suma, Poisot defende que as decisões do Tribunal da Costa Rica produzem duas consequências: a vinculação direta e obrigatória para o país condenado, nos termos dos arts. 62 e 68, da CADH, e a vinculação relativa *erga omnes* para todos os Estados-partes que não participaram do processo, fundamentada nos arts. 1.1, 2 e 62.1 da CADH.²⁸

Os tratados de direitos humanos consagram, principalmente, direitos para as pessoas e obrigações para os Estados, com validade em âmbito internacional, o que autoriza sua proteção e supervisão nesse âmbito. A comunidade internacional entendeu que para o estabelecimento da ordem mundial, a paz e a segurança de todos precisa estar fundada no eixo central, segundo o qual todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Uma ordem internacional de proteção aos direitos humanos tem como principal objetivo o fortalecimento desses direitos em âmbito nacional, em seu ordenamento jurídico e nas suas práticas.²⁹

²⁷ Assim, por exemplo, os tribunais da mais alta hierarquia da região têm referido e aplicado o controle de convencionalidade, levando em consideração as interpretações da Corte Interamericana. [...]. (COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

²⁸ HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana). **Revista de Processo**, 2014, p. 351-352.

²⁹ QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: LA CORTE Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004; San Jose: CIDH, 2005. p.207-270.

Nessa ordem de ideias, o controle difuso se consagra como sendo tão ou mais importante que o controle concentrado, uma vez que sua efetividade é imediata. No controle concentrado de convencionalidade, a efetividade de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer a incompatibilidade de uma norma doméstica com o *corpus iuris* interamericano e determinar que o Estado-parte altere seu ordenamento jurídico ou deixe de aplicar tal norma, depende da atuação do Estado – consistente em uma ação (alterar sua legislação, adequando-a à CADH e demais tratados) ou omissão (deixar de aplicar a norma incompatível com os parâmetros convencionais). Na via difusa, tão logo seja reconhecida a inadequação da norma aos ditames internacionais, nenhuma outra atividade (ação ou omissão) do Estado faz-se necessária para que tal decisão seja efetivada, ainda que nos limites daquela demanda.

Conclui-se que negar vigência das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil e justapostas à produção normativa interna, ou seja, não realizar o controle de convencionalidade, além de depor contra a efetividade dos direitos humanos representa perigoso procedimento da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.³⁰

O controle de convencionalidade, ainda que com viés jurídico, é uma alternativa viável ao processo de criação de uma cultura atrelada ao cumprimento dos Tratados Internacionais, pois compreende a influência desses tratados no sistema processual brasileiro como forma de efetivação dos direitos humanos.³¹ Não é demasiado afirmar que esse controle é um mecanismo essencial que possibilita a efetivação dos direitos humanos fundamentais.³²

Constata-se, entretanto, que a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto aos critérios para realizar tal controle e da forma como solucionar eventuais conflitos entre os tratados e a ordem interna, torna mais difícil sua realização pelas instâncias ordinárias, sendo ainda escassos os exemplos de prática do controle de convencionalidade.³³

Outro fator que dificulta a aplicação do instituto é a falta de conhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos – global e regionais – pelos magistrados. Estudo desenvolvido por José Ricardo Cunha avaliou o grau de efetividade dos direitos humanos na prestação jurisdicional, tomando por parâmetro os juízes de Primeira Instância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. O autor observou que 79% dos magistrados não têm conhecimento ou possuem apenas entendimento superficial do funcionamento dos Sistemas de Proteção da ONU e da OEA. E, embora 50% dos juízes considerem as normas de direitos humanos plenamente aplicáveis, 34,3% deles entendem que o caráter desses

³⁰ CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. **Revista da AGU**, 2015, p.133-156.

³¹ MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013, p. 160.

³² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como um Direito Humano Fundamental e a possibilidade da aplicação do Controle de Convencionalidade à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais**, 2018, p.129-158.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle de interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, 2017, p.23-51.

direitos é subsidiário, podendo ser aplicado, eventualmente, em caso de ausência de norma específica. “Para eles, qualquer ponderação que siga norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não aplicação das normas de direitos humanos.”³⁴

2. CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Para analisar os casos de atuação da DPU em controle difuso de convencionalidade realizou-se consulta aos sites dos órgãos do Poder Judiciário, conforme art. 92, da CF/88, quais sejam: Supremo Tribunal Federal³⁵, Superior Tribunal de Justiça³⁶, Superior Tribunal Militar³⁷, Tribunal Superior Eleitoral³⁸ e Tribunal Superior do Trabalho³⁹, além dos cinco Tribunais Regionais Federais, criados pelo art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que são: Tribunal Regional Federal da Primeira Região⁴⁰, Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁴¹, Tribunal Regional Federal da Terceira Região⁴², Tribunal Regional Federal da Quarta Região⁴³ e Tribunal Regional Federal da Quinta Região⁴⁴.

Não integraram a pesquisa as decisões proferidas por Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Eleitorais e Juízes Militares da União, oriundos da primeira instância do Poder Judiciário. Tal exclusão deu-se única e exclusivamente pela inviabilidade do levantamento de tão ampla gama de decisões. Segundo dados do CNJ, na 13ª edição do *Relatório Justiça em Números 2017*, ano-base 2016⁴⁵, o primeiro grau do Poder Judiciário, incluindo varas estaduais, trabalhistas e federais, juizados especiais, zonas eleitorais, auditorias militares estaduais e auditorias militares da União, é composto por 17.412 magistrados, sendo que o primeiro grau de jurisdição possui o maior quantitativo de casos novos, carga de trabalho e produtividade por magistrado e servidor da área judiciária.

Por fim, retirou-se igualmente da pesquisa os casos que envolveram os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, pois o parâmetro proposto é avaliar a

³⁴ CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justicialidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, p. 145-152.

³⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

³⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

³⁷ Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=jurisprudencia_consulta_publica>.

³⁸ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoões/jurisprudencia>>.

³⁹ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>.

⁴⁰ Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>.

⁴¹ Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>.

⁴² Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>.

⁴³ Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2017*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

atuação da Defensoria Pública da União, sendo que cabe às Defensorias Públicas dos Estados atuarem perante os Tribunais e Juízes dos Estados, assim como é atribuição da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios atuar perante a Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A coleta dos casos deu-se mediante consulta à pesquisa de jurisprudência nos sites dos referidos tribunais com a inserção das expressões “Defensoria Pública da União” e “controle de convencionalidade” e parâmetro temporal a partir de 1988, uma vez que o estudo se propõe à análise da atuação da Defensoria Pública, instituição que passou a ser constitucionalmente prevista apenas com a edição da atual Carta política. Naqueles tribunais que viabilizaram consulta avançada, delimitou-se o período de 05/10/1988 a 28/03/2018 e elegeu-se sempre a forma de busca mais completa, ou seja, aquela que incluía acórdãos e decisões monocráticas.

Com esses parâmetros localizaram-se dois casos no Supremo Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP e o *Habeas Corpus* nº 148.811/AL, além de quatro processos julgados pelo Superior Tribunal Militar, todos Recursos de Apelação identificados pelos números 2016010030024, 2016010029875, 2017010031063 e 2017010032728. Nos demais Tribunais Superiores não foram encontrados resultados.

Por fim, nos Tribunais Regionais Federais localizou-se a Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4, junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e o *Habeas Corpus* nº 5045960-46.2017.4.04.0000, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nos Tribunais Regionais da 1ª, 3ª e 5ª Região não se encontrou nenhum caso.

2.1. Casos no Supremo Tribunal Federal

A atuação da Defensoria Pública da União (DPU) perante os Tribunais Superiores brasileiros se dá na aplicação do art. 134 da CF/88, que garante aos necessitados, defesa em todos os graus. Isso significa que o patrocínio de demandas judiciais pode se manifestar em todos os níveis de jurisdição, desde a primeira instância até as superiores.

A partir do estabelecimento dos critérios de pesquisa, foram encontrados dois casos de atuação da DPU com menção ao instituto do controle de convencionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo um acórdão e uma decisão monocrática. O acórdão é oriundo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, em que a Defensoria Pública da União consta como *amicus curiae*, enquanto a decisão monocrática foi proferida no bojo do *Habeas Corpus* nº 148.811/AL, sendo a DPU a impetrante.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP foi movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL) em 12/02/2015 e distribuída à relatoria do ministro Luiz Fux. A parte autora requereu a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele Tribunal.

A Defensoria Pública da União atuou no processo na qualidade de *amicus curiae*, assim como a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF) e a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, admitidas no feito em 03/08/2015 por decisão do relator. Também se manifestaram nesta ADI o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prestou informações, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público Federal (MPF).

A manifestação da DPU foi apresentada no dia 04/08/2015⁴⁶ e iniciou destacando a existência de razões de interesse público que recomendam a análise de mérito da ADI, em especial o incontável número de vidas humanas que poderia, substancialmente, ser afetado, de maneira positiva, caso reafirmada a regulamentação das audiências de custódia no Brasil.

Ademais, o feito caracterizou a regulamentação da norma prevista no art. 7.5 da CADH. Nesse ponto, a DPU referiu que, ao contrário do que argumentou a parte autora, o ato impugnado não introduziu inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, já que a CADH foi internalizada por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, prevendo o seguinte em seu art. 7.5:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A DPU acrescentou, ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PID-CP), igualmente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que possui previsão semelhante no art. 9.3⁴⁷.

Em seguida, o memorial fez algumas considerações sobre a audiência de custódia e o Processo Penal brasileiro. Em primeiro lugar, pontuou sua previsão normativa em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: CADH e PIDCP já referidos, além da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 5.3). Num segundo momento, destacou as finalidades do ato, sendo a principal delas o ajuste do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de prevenir a tortura policial e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Em terceiro lugar, discorreu sobre as características da audiência de custódia e, finalmente, sobre as consequências da não realização dessa espécie de audiência, o que, segundo a DPU, tornaria ilegal a prisão e, por consequência, levaria ao seu relaxamento, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXV, da CF/88.

⁴⁶ A íntegra do memorial por ser acessada no site eletrônico do STF, 50 – Petição de apresentação de manifestação – Manifestação da DPU. Disponível em: <file:///C:/Users/dpu/Desktop/AMICUS%20CURIAE%20-%20DPU.html>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁷ Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, à execução da sentença.

A DPU destacou que a interpretação das normas do Código de Processo Penal (CPP), com vistas ao impedimento da audiência de custódia, implicaria em perspectiva menos benéfica para o preso em comparação com as garantias asseguradas pela CADH e outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Conclui, portanto, que o regramento jurídico interno não passaria por um controle de convencionalidade, que impõe a aplicação da norma mais favorável, no caso, aquela prevista na CADH.

A DPU finalizou suas razões manifestando a improcedência do pedido, a fim de afastar a inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

O ministro relator, na análise do mérito, aferiu a compatibilidade das audiências de custódia com a CF/88, sendo este o objeto da ADI para, então, analisar o Provimento em questão, verificando, individualmente, cada um de seus dispositivos. Ao final, concluiu que os arts. 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento apenas explicitam disposições já previstas na CADH e no CPP, permitindo, assim, uma compreensão clara e sistemática a garantir seu fiel cumprimento. Ao não observar a exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que é seu fundamento de validade, concluiu pela inviabilidade do controle da sua constitucionalidade, entendendo que eventual inconformismo entre o regulamento e a lei estaria no plano da legalidade. Votou, desse modo, pelo não conhecimento da ADI quanto aos referidos dispositivos do Provimento.

Em relação aos demais artigos – 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 – o ministro relator entendeu que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJ/SP no exercício da prerrogativa, outorgada pelo art. 96, inc. I, alínea “a” da CF/88. Tais artigos, portanto, possuem seu fundamento de validade na própria Carta Magna, o que possibilita o seu controle pela via de ação direta.

Na análise da constitucionalidade desses dispositivos, o relator afirmou não haver qualquer violação à reserva de lei instituída pela CF/88, tampouco afronta material a qualquer regra da carta política. Em síntese, o relator conheceu, parcialmente, a ação, e a julgou improcedente, recomendando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os Tribunais do país.

A decisão do STF, proferida em 20/08/2015, deu-se por maioria e, nos termos do voto do relator, para conhecer, em parte a ação e, na parte conhecida, julgar pela improcedência do pedido. Apenas o ministro Marco Aurélio foi voto vencido, julgando preliminarmente extinta a ação e, no mérito, procedente o pedido formulado.

A expressão “controle de convencionalidade” somente aparece nos votos e debates dos ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Teori Zavascki mencionou a discussão acerca da hierarquia das normas de direitos humanos constantes em tratados internacionais. Afirmou que, mesmo que se atribua, conforme jurisprudência do STF, caráter supralegal (e não constitucional) a essas normas, seria cabível a realização do controle de convencionalidade para aferir a compatibilidade entre uma norma supralegal e outra legal, no caso, as regras de regência constantes no CPP e a CADH.

O ministro Gilmar Mendes mencionou a importância do debate acerca do controle de

convencionalidade, referindo que a Suprema Corte deve aclarar a forma como irá lidar com o instituto a partir de sua própria jurisprudência. Em seguida, citou o autor processualista alemão Werner Beulke, a quem atribui a conclusão sobre o quanto a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos ampliou os direitos e garantias em âmbito europeu. E, por fim, sugeriu a leitura da Constituição brasileira à luz da normativa constante da CADH.

Já o ministro Roberto Barroso afirmou que aceitar o cabimento do controle de convencionalidade pelo STF seria uma evolução:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Aí eu vou votar divergente, porque a minha tese é: um ato normativo secundário do Tribunal de Justiça regulamentou um instituto que já está internalizado no Direito brasileiro por uma norma infraconstitucional. Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe controle de constitucionalidade em ação direta. É um ato normativo secundário que sequer questiona, do ponto de vista material, a audiência de custódia. Ele menciona a audiência de custódia apenas para dizer, sem explicar, que, diante da Convenção de Costa Rica, houve impropriedade no meio empregado no provimento conjunto. Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundar um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento (Inteiro Teor do Acórdão – página 69 de 83).

O entendimento majoritário do STF, desde 2008, é de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias, porém, abaixo da CF/88. A partir da EC 45/2004, o STF inaugurou a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, ou seja: “supralegal” para os que não foram aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45/2004, e “constitucional” para os que foram aprovados pelo rito especial.⁴⁸

Desse modo, embora no julgamento da ADI nº 5.240/SP o tema “controle de convencionalidade” tenha sido levantado na manifestação da DPU e constado nos debates e no voto de alguns ministros, ele não foi aprofundado. Ainda assim pode-se afirmar que o julgamento da demanda passou pela aferição de legalidade entre o provimento questionado e as normas convencionais e processuais. O ministro relator, nesse ponto, afirma:

Desta sorte, embora seja inadmissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade no que toca à parte meramente regulamentar do Provimento atacado, consigno a plena legalidade daquele ato normativo, que está em total harmonia com as normas convencionais e a legislação processual vigentes, sendo obrigatória, conseqüentemente, a realização da audiência de apresentação desde logo e em todo o território nacional. (Inteiro Teor do Acórdão – página 51 de 83).

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. , 2014. p. 283.

A respeito da capacidade de a DPU interferir na decisão, embora a instituição não tenha sido a única a se manifestar, sua opinião sobre o tema central, consistente na necessidade de adaptação do processo penal brasileiro às normas internacionais de direitos humanos, foi acatada pela decisão do STF que, além de julgar pela constitucionalidade do provimento questionado, recomendou que todos os tribunais pátrios adotassem a audiência de apresentação como prática.

O segundo caso de atuação da DPU junto ao STF em que há referência ao controle de convencionalidade é o *Habeas Corpus* distribuído em 06/10/2017, com pedido liminar em que a DPU consta como impetrante, tendo se insurgido contra a decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 83.238/AL, de relatoria do ministro Antonio Saldanha Palheiro.

A alegação da DPU foi de que os pacientes (duas pessoas) foram submetidos a constrangimento ilegal consistente no ato do juízo da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL, que converteu sua prisão em flagrante em preventiva, sem que fosse realizada audiência de custódia, o que teria violado o Pacto de São José da Costa Rica e a decisão do Plenário do Supremo Tribunal na ADPF nº 347/DF-MC. A impetrante requereu, liminarmente, que fosse determinada a realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, assegurando aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal nº 0700514-84.2016.8.02.0044, que tramitava em seu desfavor. No mérito, pleiteou a concessão da ordem para confirmar a liminar ou para revogar a custódia dos pacientes.

Consta na decisão monocrática que o paciente Diego dos Santos da Silva foi preso no dia 06/06/2016, e o paciente Darlan da Silva em 09/08/2016, ambos sob a acusação de que, em 06/05/2016, incidiram na conduta prevista no art. 157, § 2º, incs. I e II, do CP. Por decisão interlocutória, em 10/06/2016, o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL, converteu em preventiva a prisão em flagrante dos pacientes Diego dos Santos da Silva e Darlan da Silva, sem a realização de audiência de custódia.

A decisão motivou a impetração do *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Alagoas, sob a alegação de constrangimento ilegal perpetrado em face dos pacientes pelos seguintes motivos: a) ausência da audiência de custódia; e b) ausência de comunicação das prisões à Defensoria Pública. A impetrante buscou a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, no entanto, a ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas. Tal decisão foi alvo de Recurso Ordinário em *habeas corpus* apreciado pelo STJ, que negou provimento ao pleito sob o fundamento de que “a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais.”

O *Habeas Corpus* nº 148.811/AL foi distribuído à relatoria do ministro Dias Toffoli, que concedeu a ordem, em parte, na data de 18/10/2017, determinando a realização, em até 24 horas, de audiência de custódia, “devendo o juízo processante reapreciar a eventual necessidade de manutenção da segregação cautelar dos pacientes, bem como a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.” (CPP, art. 319).

Posteriormente, no dia 07/11/2017, sobreveio decisão do relator reafirmando os termos da decisão antes proferida pelo STF, para determinar que o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL a cumprisse no que diz respeito à realização da audiência de apresentação dos pacientes. Conforme informação do juízo, tal ato não teria sido realizado, embora já tivesse ocorrido o interrogatório dos réus, estando a ação penal em vias de ser sentenciada, aguardado apenas a apresentação de alegações finais pelo órgão acusador e defesa.

O controle de convencionalidade foi identificado na decisão monocrática quando o ministro relator mencionou a argumentação do ministro Gilmar Mendes no julgamento, em 09/09/2015, da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴⁹. Essa medida cautelar determinou a observância obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário, dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e determinou que, no prazo máximo de 90 dias, fossem realizadas audiências de custódia, devendo o preso ser apresentado, perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão.

Constata-se que, embora a decisão do HC nº 148.811/AL não faça referência expressa à utilização do mecanismo do controle de convencionalidade, pode-se afirmar que a análise de mérito do pedido passou pela análise de compatibilidade do ordenamento brasileiro na temática debatida, tendo como parâmetro as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial da CADH, identificando-se, no caso concreto, o conceito exato de controle de convencionalidade.

O resumo da análise desses dois casos que tramitaram no STF, consta no quadro abaixo:

⁴⁹ A referida medida cautelar na ADPF tem a seguinte ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347 MC)**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe, divulgado em 18 fev. 2016, publicado em 19 fev. 2016.

Quadro 1. Resumo das conclusões do Supremo Tribunal Federal (STF)

	Assunto	Atuação da DPU	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
ADI nº 5.240	Audiências de custódia	<i>Amicus curiae</i> em 04/08/2015	Regulamentar as audiências de custódia no Brasil significa adequar o processo penal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	CADH: art. 7.5 PIDCP: art. 9.3	Ação conhecida em parte e julgada improcedente para reconhecer a constitucionalidade do provimento questionado
HC nº 148.811	Audiências de custódia	Impetrante em 06/10/2017	Não realização de audiência de custódia viola a CADH	CADH: art. 7.5	Concedida a ordem, em parte, para determinar a realização da audiência de custódia

Fonte: dados da pesquisa (2019).

2.2 Casos no Superior Tribunal Militar

O Superior Tribunal Militar (STM) é órgão da Justiça Militar, conforme preceitua o art. 122, inc. I, da CF/88, a quem compete julgar as apelações e os recursos de decisões dos juízes de primeiro grau, nos termos do art. 6º, inc. II, alínea c, da Lei nº 8.457/1992. A Justiça Militar da União tem competência, definida no art. 124 da CF/88, para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, portanto, todos os casos que chegam à Superior Corte Castrense envolvem matéria penal.

A pesquisa de processos junto ao site do Superior Tribunal Militar não admite a demarcação de período, tampouco o tipo de decisão que se almeja encontrar, podendo ser inseridas apenas as palavras-chave: “Defensoria Pública da União” e “controle de convencionalidade”.

Na referida consulta foram encontrados quatro resultados, assim identificados: (a) 2016010030024, classe: Apelação; assunto: desacato a militar, desacato e desobediência, crimes contra a administração militar, direito penal militar; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2016; (b) 2016010029875, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2016; (c) 2017010031063, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2017; (d) 2017010032728, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2017. Os referidos acórdãos passam a ser investigados a seguir.

Os Acórdãos nº 199-68.2015.7.01.0101, 063-41.2015.7.02.0102 e 096-31.2015.7.02.0102 consistem no julgamento de Recursos de Apelação e foram distribuídos à relatoria do ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Em todos eles houve a condenação do acusado em primeira instância, por unanimidade, a uma pena de 01 (um) ano de reclusão pela prática do delito tipificado no art. 290 do CPM.

O pedido de reforma da sentença apresentado pela DPU, entre outros fundamentos, defendeu a inconvenção do art. 290, do CPM, frente à Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e à Convenção de Viena (Decreto nº 154/91), porquanto tais diplomas internacionais, na interpretação da defesa, vedam a imposição de pena privativa de liberdade aos usuários de drogas.

Tal alegação, no entanto, em todos os processos, foi afastada pelo ministro relator com os seguintes argumentos: (a) inexistência de inconvenção porque as referidas convenções, embora ressaltem de forma expressa a importância do tratamento e reabilitação dos usuários de entorpecentes, não vedam a possibilidade de que sejam condenados pelos crimes que praticam; (b) menção de que o delito tutela bem jurídico coletivo, consistente na saúde pública do ambiente da caserna, cuja lesividade ultrapassa a esfera individual, pois os militares manuseiam armamento, podendo, por essa razão, colocar em risco, além da sua integridade, a de terceiros; (c) *status* supralegal que ostentam as referidas convenções – e não constitucional – por força de sua não aprovação nos moldes do art. 5º, § 3º, da CF/88, não podendo se sobrepor aos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, vetores da vida castrense; e (d) além de convencional, o art. 290 do CPM é, também, constitucional, pois conforme entendimento da Suprema Corte, aplica-se o princípio da especialidade normativo-penal, prevalecendo, assim, a penalidade prevista do Direito Penal Militar, mesmo que mais severa se comparada à legislação penal comum.

Os três casos aqui tratados revelam que, embora a norma questionada, o art. 290 do Código Penal Militar tenha *status* legal e o parâmetro para a aferição de sua (in)convenção tenha considerado dois tratados internacionais com *status* supralegal⁵⁰, a fundamentação que afastou o pedido da DPU foi além e encontrou fundamento constitucional para amparar a vigência do art. 290 do CPM, de modo a entender inviável o reconhecimento, quer da inconstitucionalidade ou da inconvenção desse dispositivo legal.

Outra particularidade identificada nos casos apresentados anteriormente foi o parâmetro para o pedido de aferição da convenção do dispositivo legal questionado, consistente em normas do sistema global de direitos humanos e não do sistema regional, como nas demais situações encontradas. Isso pode ter fragilizado o pleito, já que um dos principais argumentos para a realização do controle de convenção, no âmbito do Sistema Regional Interamericano, é evitar uma possível responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação a tratados e convenções por ele ratificados.

A apelação registrada sob nº 154-55.2015.7.01.0201, oriunda do Estado do Rio de Ja-

⁵⁰ Os acórdãos analisados atribuem *status* supralegal à Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e à Convenção de Viena (Decreto nº 154/91), aplicando o entendimento da doutrina internacionalista, segundo a qual mesmo os tratados internacionais comuns, ou seja, aqueles que não tratam sobre direitos humanos, têm nível supralegal, em decorrência da previsão do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. A jurisprudência brasileira, entretanto, ainda não é pacífica, havendo posicionamento, inclusive do STF, de que tais tratados teriam o mesmo valor de lei ordinária (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p.105-106).

neiro, expõe que a DPU se insurgiu contra a condenação proferida em primeira instância em desfavor de Douglas Fritz Correia, civil, condenado à pena de 06 (seis) meses de detenção pelo cometimento do crime previsto no art. 299 do CPM. O recurso também teve como relator o ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

A tese apresentada pela DPU, neste caso, foi a inconvenção do art. 299 do CPM, sob o argumento de que a Corte IDH já concluiu ser o crime de desacato incompatível com o art. 13 da CADH, porque se presta “ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas.”

No julgamento, entretanto, o STM entendeu que o referido tipo penal é compatível tanto com a CF/88 quanto com a CADH, não sendo constatada na criminalização do desacato nenhuma ofensa aos princípios constitucionais. O entendimento exposto foi no sentido de que o delito possui como objeto jurídico a Administração Militar, sendo necessário garantir que a instituição investida de autoridade seja respeitada por todos os cidadãos, o que se consubstancia por meio da criminalização dessa conduta.

A compatibilidade desse tipo penal militar com o ordenamento jurídico brasileiro e as normas internacionais foi objeto de análise pelo STF que, no julgamento do HC nº 141.949/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, bem como do HC nº 145.882-Agr/BA, de relatoria do ministro Roberto Barroso, assentou a recepção desse crime pela Constituição Federal de 1988, bem como sua compatibilidade com o disposto no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

A respeito do delito de desacato tipificado na legislação penal comum cabe mencionar que foi objeto de controle de convencionalidade pelo STJ. No dia 15/12/2016, a Quinta Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.640.084/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e reconheceu que a tipificação criminal do desacato deveria ser afastada em atenção às normas de Direito Internacional. Posteriormente, porém, em 24/05/2017, a Terceira Seção da referida Corte uniformizou o entendimento de que o art. 13 da CADH não exclui do ordenamento jurídico a figura típica do crime de desacato, quando proferiu decisão no *Habeas Corpus* nº 379.269/MS.

O Quadro 2, a seguir, sintetiza os processos analisados:

Quadro 2. Síntese das conclusões do Superior Tribunal Militar (STM)

Acórdão	Origem	Assunto/réu	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
199-68.2015.701.0101	RJ	Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290, CPM) /Réu militar	Os diplomas internacionais (parâmetros) vedam a imposição de pena privativa de liberdade aos usuários de drogas	Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e Convenção de Viena (Decreto nº 154/91)	Negado provimento
063-41.2015.7.02.0102	SP				
096-31.2015.7.02.0102	SP				
154-55.2015.7.01.0201	RJ	Desacato a militar (art. 299, CPM) /Réu civil	A tipificação do desacato se presta a silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas	CADH: art. 13	Negado provimento

Fonte: dados da pesquisa (2019).

2.3 Casos nos Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais (TRFs), juntamente com os juízes federais, constituem os órgãos da Justiça Federal nos termos do art. 106, da CF/88. O art. 110 da Carta Magna estabelece que cada Estado e o Distrito Federal constituirão uma seção judiciária que terá por sede a respectiva capital. Por meio do art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foram criados cinco Tribunais Regionais Federais.

Buscas realizadas no site eletrônico do TRF2 revelaram a Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4, relacionada ao processo que tramitou originalmente perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Na origem, em 24/06/2003, foi recebida denúncia em desfavor de Vera Lucia Baamonde da Silva e outros 23 corréus, imputando-lhes a prática do delito de peculato, tipificado no art. 312 do CP. O ato foi perpetrado por meio da inserção de dados necessários à concessão de seis benefícios fraudulentos no sistema informatizado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) durante o período de agosto de 1988 a setembro de 1996.

Os 23 corréus foram sentenciados em 14/11/2005 nos autos da Ação Penal nº 99.00462661, porém, a acusada Vera Lucia Baamonde da Silva teve a ação suspensa em razão de doença mental, que durou entre 19/06/2006 e 18/12/2012, quando foi atestado o seu restabelecimento.

Após instrução processual e apresentação de memoriais escritos pelo Ministério Público e pela defesa, sobreveio sentença que condenou a acusada às sanções do art. 312, *caput*, combinado com o art. 71, ambos do CP, a uma pena privativa de liberdade de oito anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado; ao pagamento de 60 dias multa, considerando cada dia multa como um terço do salário mínimo vigente à época dos fatos; à perda do cargo público e cassação de eventual ato de aposentadoria, com efeitos a partir do trânsito em julgado da condenação e ao pagamento das custas processuais.

O Recurso de Apelação apresentado pela DPU alegou, preliminarmente, a nulidade do feito desde o interrogatório, em razão da inversão dos atos processuais, uma vez que a juntada das cartas precatórias referentes à oitiva das testemunhas de acusação deu-se após a audiência de instrução e julgamento na qual a ré foi interrogada, motivo pelo qual restou violada a ampla defesa.

Essa preliminar já havia sido arguida pela defesa em seus memoriais, porém, foi afastada pelo juízo *a quo*, com fundamento no art. 222, §§ 1º e 2º do CPP, afirmando a inexistência de nulidade no fato de as cartas precatórias de duas testemunhas arroladas pela acusação terem sido juntadas após o interrogatório da ré. A teor do CPP, sua expedição não suspende o curso da instrução criminal, tampouco obsta o julgamento se já decorrido o prazo estipulado para o seu cumprimento.

A desembargadora revisora, Simone Schreiber, em seu voto, no entanto, reconheceu que a previsão do art. 222 do CPP, viola as garantias mínimas estabelecidas no art. 8º da CADH (Pacto de San José da Costa Rica). E menciona que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme entendimento do STF no julgamento em conjunto do HC nº 87.585TO, do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343SP e do RE nº 349.703, assumem *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante.

A decisão menciona, inclusive, o julgamento da ADI nº 5.240/SP, anteriormente analisada, que tratou da regulamentação pelo TJ/SP das audiências de custódia, em que o STF valeu-se da tese de paralisação da eficácia das normas legais por aquelas supralegais, mencionando, como hipótese, o teor do art. 7.5 da CADH.

A relatora concluiu dando provimento à apelação criminal da ré para anular a sentença prolatada em primeira instância, determinar que se proceda novo interrogatório da acusada e, por fim, prolatar outra sentença de mérito.

A decisão final da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu-se por maioria, nos termos do Relatório e Voto da Desembargadora Revisora, vencido o Desembargador Relator, que afastava a alegação e nulidade pela inversão dos atos processuais e, no mérito, dava parcial provimento ao recurso.

Nesse processo, o controle de convencionalidade está relacionado à aferição de compatibilidade de um dispositivo do Código de Processo Penal frente à CADH. A decisão que reconheceu a inadequação do procedimento às garantias constantes na Convenção Internacional levou em consideração o *status* supralegal da CADH, conforme jurisprudência dominante do STF.

O segundo caso de atuação da DPU em controle de convencionalidade difuso foi localizado em consulta à pesquisa de jurisprudência realizada no site eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Trata-se do *Habeas Corpus* nº 5045960-46.2017.4.04.0000, impetrado pela DPU em favor de Humberto Mole Matias e contra ato do Juízo Substituto da 1ª Vara Federal de Pelotas/RS, que rejeitou o pleito de absolvição sumária, determinando o prosseguimento do feito, com designação de data para audiência de instrução.

Conforme o relatório do HC, no dia 29/05/2017, foi recebida a denúncia em desfavor do paciente que teria cometido, em tese, os delitos previstos nos arts. 149 e 331, na forma do art. 69, todos do CP. Em resposta à acusação, a defesa pleiteou a sua absolvição sumária, fundamentada na atipicidade da conduta quanto ao crime de desacato. Em relação ao delito de ameaça, o fundamento foi o conflito aparente de normas a ser resolvido pelo princípio da consunção – teses que foram rejeitadas pelo juízo *a quo*, que determinou o prosseguimento do feito e a designação de audiência de instrução.

A alegação da DPU, em síntese, é de que a imputação pelo crime de desacato é incompatível com a garantia à liberdade de expressão, garantida pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, impondo-se a adoção do controle de convencionalidade para reconhecer atípica a conduta, impedindo indevida persecução penal.

Quanto à imputação pelo crime de ameaça, a defesa sustenta haver aparente conflito de normas a ser resolvido pelo princípio da consunção, pois as condutas se inserem no mesmo contexto fático, ocorrido num mesmo momento e contra a mesma vítima, razão pela qual, absorvido pelo delito mais grave (desacato), se tem caracterizada hipótese de pós-fato impunível.

O pedido liminar foi indeferido em 22/08/2017 e, no dia 12/09/2017, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, denegou a ordem, sob o argumento de que as teses defensivas demandam aprofundado exame de provas, a ser objeto da pertinente instrução criminal. Não autorizou, portanto, o prematuro trancamento da ação penal, cuja inicial acusatória refere comprovação da materialidade delitiva e suficientes indícios de autoria delitiva.

No caso em apreço, a alegação de (in)convencionalidade também teve a CADH como parâmetro, e está relacionada ao tipo penal de desacato, que foi objeto de um dos casos analisados de atuação da DPU junto ao STM. Constata-se que a decisão do TRF4, além de entender que o momento processual não era adequado para a análise aprofundada dos argumentos – em resposta à acusação e, portanto, antes da instrução da ação penal – reproduziu o entendimento dos Tribunais Superiores, como referido anteriormente, já que tanto o STJ (desacato na legislação comum) quanto o STF (desacato na legislação penal militar) formaram entendimento de que o delito de desacato é compatível com a CADH, sendo igualmente compatível com a CF/88.

O resumo dessas conclusões consta no Quadro 3 abaixo:

Quadro 3. Síntese das conclusões dos Tribunais Regionais Federais (TRF)

	Origem	Crime(s)	Assunto	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
TRF2 Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4	RJ	Peculato (art. 312, CP)	Direito processual penal	Art. 222, CPP viola a CADH (<i>status</i> supralegal)	CADH: art. 8º	Dado provimento à apelação para anular a sentença
TRF4 HC nº 5045960- 46.2017.4.04.0000	RS	Desacato (art. 331, CP)	Direito penal	Desacato: atipicidade frente à CADH	CADH: art. 13	Denegada a ordem

Fonte: dados da pesquisa (2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação aos casos levantados junto ao STF, pode-se afirmar que ambos tratam da mesma temática, atinente ao Direito Processual Penal, consistente na necessidade de realização das audiências de custódia ou audiências de apresentação, como denominado pelo STF em suas decisões. O pedido da DPU apresenta o mesmo parâmetro da CADH, qual seja, o art. 7.5, sendo que, na ADI, há, ainda, o acréscimo de outra norma de Direito Internacional, oriunda do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 9.3).

O resultado, nas duas ações, atendeu aos parâmetros requeridos pela DPU, no sentido de considerar necessária a realização dessa espécie de audiência, sob pena de tornar inválida a prisão, tendo sido reconhecida a constitucionalidade do provimento na ADI e concedida, em parte, a ordem do *Habeas Corpus*. Por fim, cabe consignar que, embora não conste expressamente nas decisões analisadas, conclui-se que o STF realizou controle de convencionalidade ao aferir a compatibilidade do ordenando jurídico brasileiro, tendo por parâmetro as normas internacionais de direitos humanos.

No STM foi encontrado o maior número de casos de atuação da DPU utilizando o controle de convencionalidade, entretanto, em nenhum deles houve o reconhecimento do pedido, sendo negado provimento a todos os Recursos de Apelação. Nos três processos que tratam do delito previsto no art. 290 do CPM (tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar), os parâmetros utilizados pela DPU para requerer a realização do controle de convencionalidade, foram convenções oriundas do sistema onusiano de proteção aos direitos humanos: a Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Viena.

No outro caso, relacionado ao delito de desacato a militar (art. 299 do CPM), o parâmetro advém do principal documento do Sistema Regional Interamericano: a CADH, havendo precedentes tanto no STJ (delito de desacato tipificado na legislação penal comum), quanto no STF (crime de desacato tipificado na legislação castrense) acerca da compatibilidade de ambos os ilícitos penais com o Pacto de São José da Costa Rica.

Ambos os casos encontrados nos Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 4ª Região tratam de matéria penal e processual penal e tiveram como parâmetro o pedido de realização do controle de convencionalidade perante normas da CADH. A Apelação Criminal julgada pelo TRF2 acolheu o pedido da DPU para reconhecer mais benéfica a norma de Direito Internacional, em comparação com o ordenamento jurídico pátrio. O *Habeas Corpus* apreciado pelo TRF4, no entanto, não acolheu os argumentos da DPU, denegou a ordem, reproduzindo o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores acerca da compatibilidade do delito de desacato frente à CF/88 e à CADH.

A partir do levantamento e análise dos referidos casos tem-se um panorama da atuação da DPU na defesa dos direitos humanos por meio do controle de convencionalidade, podendo-se concluir que a atuação da DPU ao requerer ao Poder Judiciário a aferição de compatibilidade entre normas domésticas e tratados internacionais de direitos humanos deu-se em matéria Penal e Processual Penal. Sobre a efetividade dos pedidos, houve o atendimento dos pleitos da DPU junto ao STF, no entanto, perante o STM, nenhuma decisão foi favorável. Nos TRFs pode-se considerar que um dos casos foi positivo, enquanto no outro não se obteve a tutela dos direitos humanos requerida.

Importante notar que, em nenhum dos casos que tramitaram nos Tribunais domésticos houve menção ao princípio *pro homine*, segundo o qual se deve buscar, no caso concreto, a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos, podendo levar à aplicação do Direito Interno, se mais protetivo em relação às normas internacionais, com fundamento no art. 29 da CADH. O que se nota é que a aferição de compatibilidade entre o Direito Interno e as normas internacionais de direitos humanos segue a lógica tradicional da pirâmide hierárquica das normas e, muitas vezes, o *status* supralegal – e não constitucional – desses tratados e convenções internacionais representa óbice à sua aplicação.

Do panorama traçado nesta pesquisa constatam-se algumas limitações em âmbito interno, por exemplo, relativas à inexistência da atuação da DPU por meio do controle de convencionalidade perante o Superior Tribunal de Justiça e junto à maioria dos Tribunais Regionais Federais, já que dos cinco existentes identificou-se apenas um caso em dois deles.

Ainda assim, identifica-se o mecanismo do controle de convencionalidade como instrumento para a tutela dos direitos humanos, seja perante o Sistema Interamericano ou perante os Tribunais pátrios, porquanto se caracteriza em nova doutrina que prestigia os direitos humanos e promove uma interlocução entre o Direito Interno e o Direito Internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Victor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 41, p. 218-235, set./out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347 MC)**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe, divulgado em 18 fev. 2016, publicado em 19 fev. 2016.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 14, n. 4, p. 133-156, out./dez. 2015.

CANTOR, Ernesto Rey. Controles de convencionalidad de las leyes. In: FERRER MACGREGOR POISTOT, Eduardo; ZALDÍVAL LELO DE LARREA, Arturo (coords.). **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**, t. 09. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p.225-262. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p.233-277.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 363-390, jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

COSTA RICA. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 25 de noviembre de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. São Jose, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose, 24 de febrero de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COSTA RICA. **Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de febrero de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de septiembre de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justicialidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 2, n. 3, p.140-172, 2005.

FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade**: integração jurídica e legitimidade do particular. Curitiba: Juruá, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O controle de convencionalidade no poder judiciário brasileiro**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, p.345-361, ago. 2014.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Santiago, Año 7, nº 2, p. 109-128, 2009. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/control_de_constitucionalidad_y_de_convencionalidad_criterios.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El Control Difuso de Convencionalidad**. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: FUNDAp, 2012. Disponível em: <http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF>. Acesso em: 28 set. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Santiago, Año 9, n.2, p.531-622, 2011. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

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

MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/impacto-no-sistema-processual-tratados-internacionais.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como um Direito Humano Fundamental e a possibilidade da aplicação do Controle de Convencionalidade à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 990, p.129-158, abr. 2018.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: LA CORTE Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004; San Jose: CIDH, 2005. p.207-270.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla**, México, año 5, n° 28, p.123-159, jul./dic. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p.01-40.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año 19, p.489-509, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul./dez. 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. **Revista Libertas, UFOP**, Ouro Preto, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255/229>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018, pp.383-384.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle de interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.266, p.23-51, abr. 2017.

USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2015.

O DIREITO DE CONSULTA DOS POVOS INDÍGENAS: INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS

THE RIGHTS OF CONSULTATION OF INDIGENOUS PEOPLE: IMPACT OF INFORMATION RIGHTS AND PARTICIPATION IN ENVIRONMENTAL LICENSING IN INDIGENOUS LANDS

Nathália Santos Veras

*Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras (PPGSOF) da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista em Direito Civil e Processual Civil, pelo Centro Universitário UNISEB (Centro Universitário do Instituto de Ensino Superior COC)
nathalia_veras@hotmail.com*

Iara Loureto Calheiros

*Mestre em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Roraima UERR. Especialista em Direito Público
adviaracalheiros@hotmail.com*

Sylvia Amélia Cantanhede

*Mestre em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela UERR Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP
sylvia_catanhede@hotmail.com*

RESUMO

O presente artigo aborda a questão da garantia dos direitos à informação e participação no licenciamento ambiental em terras indígenas por meio do direito de consulta. Utilizando-se da pesquisa qualitativa, do método dedutivo e dos procedimentos informados pelas pesquisas bibliográfica e documental, pretende-se discutir a importância do direito à consulta aos povos indígenas no processo de licenciamento como meio efetivo para assegurar os direitos à informação e participação, bem como seus direitos coletivos em geral. Não há consenso com relação à consulta às comunidades indígenas, visto, em geral, como não vinculante, o que acarreta a garantia apenas formal e não efetiva desse direito. Embora seja inviável defender uma vinculação absoluta ao resultado da consulta, esta tampouco pode ser vista apenas como um rito necessário ao licenciamento ambiental.

Palavras-chave: Informação. Participação. Direito à consulta. Povos Indígenas. Licenciamento Ambiental.

ABSTRACT

This article addresses the issue of guaranteeing the rights to information and participation in the process of environmental licensing in indigenous lands through the right of consultation. It is intended to discuss the importance of the right to consultation of indigenous peoples in the licensing process as an effective means to ensure the rights to information and participation, as well as to the as their collective rights in general. There is no consensus regarding the consultation of indigenous communities, seen in general as non-binding, which entails the only formal and non-effective guarantee of this right. Although it is not possible to defend an absolute linkage to the result of the consultation, it can not be seen only as a necessary rite for environmental licensing.

Keywords: Information. Participation. Right to consultation. Indigenous people. Environmental Licensing.

Data de submissão: 14/11/2018

Data de aceitação: 20/04/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DIREITO À INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE 2. DO DIREITO À CONSULTA DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS 3. OS PROCEDIMENTOS EM LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a questão da garantia dos direitos à informação participação no licenciamento ambiental em terras indígenas por meio do direito de consulta. Pretende-se discutir a importância do direito à consulta aos povos indígenas no processo de licenciamento como meio efetivo para assegurar os direitos à informação e participação, bem como seus direitos coletivos em geral.

Trata-se de pesquisa qualitativa, que utiliza o método dedutivo e os procedimentos metodológicos das pesquisas bibliográfica e documental. Não se pretende esgotar o assunto, tampouco se ambiciona apontar soluções concretas. O intuito é contribuir para a reflexão sobre o direito de consulta aos povos indígenas no licenciamento ambiental de empreendimentos em suas terras.

Para alcançar o escopo do trabalho, abordam-se brevemente histórico dos direitos ao meio ambiente, informação e participação, relacionando-os nos marcos normativos internacionais e internos. Em seguida, trata-se sobre o direito à consulta, especificamente aos povos indígenas. Após, apresenta-se uma síntese sobre o procedimento de licenciamento ambiental em terras indígenas. Por fim, apresentam-se algumas considerações a guisa de conclusões.

1. DIREITO À INFORMAÇÃO E PARTICIPAÇÃO EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE

Ao meio ambiente, bem de uso comum do povo, relaciona-se a proteção dos espaços naturais e das paisagens, a preservação das espécies animais e vegetais, a manutenção do equilíbrio biológico, a proteção dos recursos naturais, a saúde, a seguridade, a salubridade pública, a conservação dos sítios e monumentos.

Nessa perspectiva, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente em seu inciso I, artigo 3º, o conceitua como “[...] o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as formas”¹.

Tanto o meio ambiente como o direito à informação e participação são considerados direitos humanos de terceira geração, o que significa que são direitos reconhecidos pelo Estado recentemente. Em comparação, frequentemente apontam-se como marco dos direitos de primeira geração, tais como a liberdade e a igualdade, a Revolução Francesa, e dos de segunda geração, como a saúde e a educação, a Constituição Mexicana de 1917.

Com efeito, o meio ambiente enquanto direito a ser protegido começa a aparecer em tratados esparsos na década de 1940 e se consolida internacionalmente na década de 1960 como ramo do direito internacional. No Brasil, a proteção ao meio ambiente aparece timidamente na Constituição de 1934, inclusive culminando com o Código de Águas. Mas foi a Constituição de 1988 que pela primeira vez abordou amplamente o tema², utilizando a expressão “meio ambiente” dezenove vezes, destinando todo um capítulo e o colocando expressamente na posição de direito, em seu artigo 225³, ao dizer que todos fazem jus a um meio ambiente equilibrado.

No tocante aos direitos da informação e da participação, que partem do pressuposto de que toda informação de matéria ambiental é de interesse coletivo, eles começam a serem assegurados na Convenção para Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Panorâmicas Naturais dos Países da América de 1940 e no Tratado da Antártica de 1959, mas foi a Declaração do Rio de Janeiro, da ECO-92, que os previu expressamente.

O Princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro declara que é importante assegurar a participação de todos os interessados em questões ambientais, inclusive em processos decisórios. Como ferramentas, os Estados devem promover a educação ambiental e a participação, proporcionar acesso aos mecanismos judiciais e administrativos e disponibilizar

¹ BRASIL. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

² LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2014.

³ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017).

a todos informações públicas acerca do meio ambiente⁴.

A Constituição de 1988 também deu destaque à informação e participação, concedendo, por exemplo, o direito a qualquer cidadão a propor ação popular (art. 5º, LXXIII) e o dever da coletividade de preservar o meio ambiente (art. 225)⁵. Em decorrência desenvolveram-se normas para garantir a participação nas decisões e fiscalização da política de meio ambiente, podendo-se citar como exemplo a Lei nº 9.795/1999⁶, que trata da educação ambiental, e a Lei nº 10.650/2005⁷, que dispõe sobre o acesso público de informações aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.

Neste cenário, o princípio da informação e participação em matéria de meio ambiente constitui um instrumento de democratização do acesso aos recursos ambientais, no qual é atribuída a toda a sociedade a obrigação de zelar pela qualidade do meio ambiente, em respeito ao direito universal ao ambiente ecologicamente equilibrado.

O chamado acesso à informação ambiental possui duas premissas básicas: primeiramente deve-se promover a conscientização dos cidadãos acerca das questões ambientais de interesse geral, com vistas à melhoria da preservação ambiental, para que ocorra a participação pública nas tomadas de decisão que afetam a comunidade como um todo⁸.

É consenso que a política de proteção ambiental só terá sucesso quando houver disponibilidade de informação à coletividade no que diz respeito ao meio ambiente e aos empreendimentos que possam prejudicá-los, sendo o Poder Público importante propagador desses dados.

E ainda, para que a participação ambiental mediante a informação seja de maneira efetiva, tendo como por implicação o fortalecimento da educação ambiental, é requisito indispensável que as informações disponibilizadas, sejam de maneira simples para que a compreensão dos dados seja facilitada. Pode ser que por este meio, seja possível a almejada mudança de atitudes perante o tratamento dos recursos naturais.

A informação ambiental possui caráter difuso, o qual não necessita de comprovação de in-

⁴ “Princípio 10. A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”: Declaração do Rio de Janeiro. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, Aug. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 maio 2020.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁶ *Id.* **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências.

⁷ *Id.* **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003**. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. .

⁸ AMADO, Frederico. **Direito ambiental**, 2017.

teresse pessoal do informado, bastando à constatação de esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido. Isso se deve ao fato de que autoridades que detêm essas informações, são apenas gestores de tais dados e não detentores⁹.

Assim, entendendo-se que o meio ambiente é direito coletivo, deve-se assegurar não apenas o acesso à informação, mas a participação no planejamento, implantação e fiscalização de políticas públicas. No que tange à população indígena aldeada, esses direitos, como será visto a seguir, é acompanhado do direito de consulta.

2. DO DIREITO À CONSULTA DAS POPULAÇÕES INDÍGENAS

Há certo consenso na ideia de desenvolvimento sustentável como sendo a forma de desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer o direito ao meio ambiente das gerações futuras. No entanto, não há qualquer consenso em como fazer políticas públicas sustentáveis. Assim, as discussões sobre o direito meio ambiente internacional são marcadas pela dicotomia entre desenvolvimento e preservação ambiental.

No que tange aos projetos dentro de terras indígenas, apresenta-se ainda uma segunda dicotomia entre o “direito dos povos indígenas e o direito do restante da população ao desenvolvimento”, caracterizada por “uma tensão entre duas realidades segmentadas”¹⁰. Muito dessa perspectiva deve-se ao processo histórico de violência aos povos indígenas desde o Brasil colônia, mas principalmente durante o regime militar, que difundiu a ideia de que esses povos precisavam ser “pacificados” para não prejudicarem a política desenvolvimentista, cujo lema era “Integrar para não Entregar”.

Com efeito, mesmo as normas que pretendem indenizar as vítimas da ditadura, deixaram de considerar os direitos coletivos dos povos indígenas e não se efetivou uma política voltada à reconciliação própria dos períodos de transição. Como resultado, a violência sofrida por eles durante a Ditadura Militar repercutiu na violência experimentada até os dias atuais. Ainda hoje, os povos indígenas são vistos equivocadamente como um empecilho ao desenvolvimento e, se for possível dizer que a violência deixou de ser estrutural (parte intrínseca da política estatal), ainda é sistêmica e o ressentimento institucionalizado¹¹.

Historicamente, a visão etnocêntrica, retirou dos povos indígenas até mesmo do direito de ser reconhecido como povo, uma vez que, com o surgimento do estado-nação, tomou-se o vocábulo povo como vínculo fictício que constituía a nação. Da mesma forma, a instituição de um governo civil, como única forma reconhecidamente legítima de organização política afastou a característica de povo dos povos indígenas. Nesse diapasão, o princípio moderno da autodeterminação passou a ser relacionado à soberania e à independência de

⁹ AMADO, Frederico. **Direito ambiental**, 2017.

¹⁰ ZUGMAN, Daniel Leib. O dever de consulta aos povos indígenas e a construção da usina de Belo Monte. *In: RedGV*, 2013, p. 98.

¹¹ VERAS, Nathália Santos. O 6º Princípio de Chicago na ditadura militar brasileira: o caso das violações dos direitos dos povos indígenas. *In: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Justiça de transição, direito à memória e à verdade: boas práticas*, 2018.

modo a ser atribuída aos Estados, e negada aos povos¹².

Mesmo ao reconhecer os direitos dos povos indígenas, como explica Souza Júnior¹³, os Estados da América Latina, historicamente, os vinculam a uma área demarcada, muitas vezes dividindo o próprio povo. A área permanece sob a jurisdição e soberania do Estado e, no Brasil, sob sua propriedade. O autor¹⁴ afirma ainda que, embora a Constituição determine que o Estado proteja os bens dos povos indígenas, isso deve ser feito pelo regime de tutela.

Nesse contexto, o direito de consulta às populações indígenas encontra resistência, sendo frequente o entendimento de que a obrigatoriedade é apenas da consulta, não existindo um direito ao veto¹⁵. Embora se defenda um processo pautado na boa-fé, em que os povos indígenas possam efetivamente influenciar as políticas públicas, a não vinculação ao resultado, fomenta a realização de consultas meramente formais e simuladas.

Não é à toa que a principal referência legislativa ao direito de consulta dos povos indígenas ainda é a Convenção n. 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), promulgada pelo Brasil pelo Decreto n. 5.051/2004¹⁶:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, pró-

¹² NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado**. Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. 2016. Tese (Doutorado), 2016. .

¹³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Prefácio. In: LADEIRA, Maria Inês. **Espaço Geográfico Guarani Mbya: Significado, constituição e uso**, 2008.

¹⁴ *Id.* **O renascer dos povos indígenas para o direito**, 1999.

¹⁵ QUANE, Helen. The rights of Indigenous Peoples and the Development Process. In: **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, 2005, p. 652-682.

¹⁶ BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

prias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

[...]

A Convenção n. 169 da OIT¹⁷ adota o paradigma da multiculturalidade, abandonando-se a perspectiva integracionista da Convenção n. 107¹⁸ e passando a considerar os povos indígenas como portadores de sua própria cultura, a qual merece não apenas ser tolerada, mas respeitada e considerada pelo Estado em suas políticas públicas. Note-se que mesmo pretendendo ser multicultural, a Convenção n. 169 já traz em seu bojo regras que se aproximam mais da interculturalidade¹⁹.

A interculturalidade, conforme explica Damázio²⁰, pressupõe “um tipo de sociedade em que as comunidades étnicas, os grupos sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam uma mútua compreensão e valorização”. Em síntese, enquanto a multiculturalidade é vista como “simplesmente duas culturas que se mesclam ou que se integram”²¹, a interculturalidade seria o diálogo entre as culturas.

A Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas²², aprovada em 2007, e da qual o Brasil é signatário segue o mesmo paradigma, conforme se observa nos seguintes artigos:

Artigo 19. Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Artigo 32

Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.

¹⁹ VERAS, Nathália Santos. O 6º Princípio de Chicago na ditadura militar brasileira: o caso das violações dos direitos dos povos indígenas. *In*: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Justiça de transição, direito à memória e à verdade**: boas práticas, 2018.

²⁰ DAMÁZIO, Silveira Petter. Multiculturalismo versus interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. *In*: **Desenvolvimento em Questão**, 2008.

²¹ *Id. Ibidem*, p. 77.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008.

2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

Obviamente não se defende o posicionamento radical de ingerência dos povos indígenas em suas terras, que no Brasil possuem o regime de usufruto. Note-se que o poder absoluto sobre imóveis não é conferido nem mesmo quando incide o instituto da propriedade. Por outro lado, afastar o caráter absoluto do poder dos povos indígenas sobre suas terras não é, de modo algum, irreconciliável com o caráter deliberativo e vinculante das consultas prévias. O que se defende é a adoção de mecanismos eficazes para consulta dos povos indígenas e, principalmente, que seja a consulta levada em consideração.

Ainda são escassos no Brasil mecanismos capazes de diminuir as assimetrias entre os povos indígenas, Estado e empresas, sendo que a consulta, muitas vezes, apenas reforça a relação de dominação em razão do poder limitado de negociação e decisão²³. Mesmo com as normas internacionais internalizadas pelo Brasil ainda faltam mecanismos para que o Brasil supere a posição etnocentrista e se torne um Estado intercultural.

Não resta dúvida que esse processo só poderá ser alcançado plenamente com o respeito do direito de consulta dos povos indígenas. Para isso, não basta assegurá-lo formalmente. A participação indígena deve ser efetiva e, obviamente, considerada nos processos decisórios.

3. OS PROCEDIMENTOS EM LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM TERRAS INDÍGENAS

O licenciamento ambiental é um instrumento da política de meio ambiente que visa verificar a viabilidade dos empreendimentos que possam causar impacto ambiental²⁴. São vários os órgãos licenciadores ambientais (federal, estadual e municipal), mas, no caso, de empreendimento que afetem as terras indígenas, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que é o órgão oficial para tratar das questões indígenas, tem a obrigação de se manifestar em todo e qualquer licenciamento, estabelecendo diretrizes e analisando os estudos referentes aos impactos ambientais e socioculturais, ainda que preliminarmente²⁵.

Nesses casos, a FUNAI é responsável por emitir o termo de referência do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), que, após

²³ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields*. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, IN, Vol. 18, No. 1, Winter 2011, p. 263-305.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997**.

²⁵ *Id.* Fundação Nacional do Índio. **Licenciamento ambiental e comunidades indígenas**. Programa de Comunicação Indígena UHE Belo Monte. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

prontos, são levados para audiências públicas. Esta é a forma de consulta pública usual no processo de licenciamento e tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto e do seu RIMA, que reflete as conclusões do EIA, dirimindo dúvidas e recolhendo as críticas a respeito²⁶.

Baseada no fundamento constitucional do direito de informação, que decorre do princípio da participação da população, a audiência tem por objetivo expor às informações dos resultados do RIMA às comunidades e/ou população local dos municípios afetados pelo empreendimento e, através disso, recolher críticas e sugestões com relação à instalação da atividade local.

Um dos fatores para que a consulta seja efetiva é justamente a garantia de participação que, repise-se, não deve ser apenas formal. Assim, alguns pontos devem ser considerados na audiência pública: i) a representatividade dos povos indígenas, que precisa observar os povos atingidos e sua diversidade cultural; ii) a representatividade dos órgãos estatais, que depende do objeto e tipo de consulta, não sendo recomendável terceirizar a consulta a particulares; iii) a língua utilizada, permitindo a participação e manifestação; e iv) acompanhamento de especialistas, como antropólogos²⁷.

Vale ressaltar que no licenciamento deve ser dada a devida atenção à avaliação dos impactos em relação aos conhecimentos e práticas tradicionais, bem como conhecimento imaterial, respeitando os direitos dos povos indígenas sobre o território e o uso sustentável dos recursos naturais. Por isso, as audiências devem ter participação de todos os povos atingidos e de forma que sejam legitimamente representados (representação de líderes e associações indígenas, entre outros).

Por isso também, as audiências públicas com as comunidades indígenas são realizadas pela própria FUNAI, que emite o parecer técnico para o órgão licenciador. Pode e deve haver a participação de outros órgãos estatais a depender do objeto e tipo de consulta, mas, tratando-se de povos indígenas, a atuação da FUNAI é indispensável. Por outro lado, a consulta prévia não deve ficar a cargo das empresas responsáveis pelos empreendimentos diante do interesse no projeto e, conseqüentemente, no alto risco de tornar a audiência pública um mero procedimento formal.

Assim, a proteção às terras indígenas, os questionamentos e dúvidas dos povos protegidos deverão ocorrer, fundamentalmente, em conformidade com o texto da própria Convenção n. 169²⁸, por meio dos órgãos públicos institucionalmente destinados a tutelar tais interesses, respeitando-se não apenas as atribuições regulares dos órgãos

²⁶ *Id.* Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 9, de 03 de dezembro de 1987.**

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas: uma análise em face das determinações constitucionais e internacionais.** Curitiba: PUCPR, 2009. (Série Pensando o Direito nº. 19/2009).

²⁸ *Id.* **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

licenciadores, mas ainda o procedimento inscrito na Resolução Conama n. 01/86²⁹ e Instruções Normativas da FUNAI.

Da mesma forma, é importante que os povos compreendam e possam expressar suas manifestações de modo que as audiências públicas devem ser realizadas na língua materna ou contar com a ajuda de tradutores. Nesse caso, é preciso ter cuidado para, em razão das diferenças culturais, não causar erros de tradução que prejudiquem compreensão e, conseqüentemente, a participação. Por essa razão também é necessário o apoio de especialistas, como, por exemplo, antropólogos.

Pelo que já foi discorrido até o momento e como também esclarece Caporrino³⁰, a consulta tem 5 (cinco) características, devendo ser: i) prévia; ii) livre; iii) informada; iv) de boa-fé; e v) culturalmente adequada. O autor explica que a consulta deve ocorrer previamente porque não se destina a que os povos indígenas digam apenas se aceitam ou não uma proposta já integralmente formatada, mas que possam apreciar a questão e participar do processo e decisão. Além disso, afirma que os Estados devem incentivar os povos a terem previamente protocolos de discussão e tomada de decisão.

O autor³¹ também discorre que a consulta também deve ser livre, sem barganhas, pressões ou intimidações, e, ainda, informada, de modo, que os povos indígenas saibam todos os fatores envolvidos, tanto favoráveis como negativos. Conseqüentemente, a consulta deve ser realizada de boa-fé, isto é, sem surpresas, omissões, maldades, etc. Por fim, a consulta deve ser culturalmente adequada respeitando os processos de tomada de decisão dos povos indígenas.

Em havendo impacto ambiental previsto no EIA/RIMA sobre a terra indígena, elabora-se o Plano Básico Ambiental (PBA), o qual deve conter as ações indicadas pela FUNAI em seu parecer. Importante observar que o PBA necessariamente precisa ser elaborado em conjunto com as comunidades indígenas, que, após finalizado, passa por nova análise da FUNAI, a qual, em seguida, envia o parecer técnico para o órgão licenciador.

O próximo passo é a emissão da Licença de Instalação (LI), que autoriza o início do empreendimento. Começa-se então a execução do PBA, durante o qual se emitem relatórios técnicos ao órgão licenciador, FUNAI e outros órgãos interessados. A FUNAI é encarregada de analisar esses relatórios no que tange ao impacto sobre as comunidades indígenas e enviar ao órgão licenciador.

Observe-se que os dados sobre os possíveis impactos ambientais em comunidades afetadas pelos empreendimentos requerem um cuidado com a efetiva conservação ambiental. Considerando o crescente risco de dano ambiental em terras indígenas e a preocupação com a preservação do meio ambiente e dos costumes e tradições das comunidades indí-

²⁹ *Id.* Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 1, de 23 de janeiro de 1986.**

³⁰ CAPORRINO, Bruno Walter. **Dos que flecham longe:** o Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi. Orientador: Carlos Machado Dias Júnior. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas: Manaus, 2019.

³¹ *Id. Ibidem.*

genas potencialmente afetadas, justifica-se a participação intensa da FUNAI em todo o processo de licenciamento ambiental.

Posteriormente, estando a obra finalizada, é emitida a Licença de Operação (LO), permitindo o empreendimento funcionar, desde que as observações da LI tenham sido cumpridas. Após, durante toda a execução do projeto, ao menos em tese, devem ser emitidos relatórios técnicos periódicos a serem fiscalizados pela FUNAI e pelo órgão licenciador.

O licenciamento ambiental em terras indígenas é preventivo, sendo o seu foco na proteção do meio ambiente, pelo uso racional dos recursos naturais e na proteção dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, o que só é alcançado com a garantia da participação efetiva das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento e atividades sujeitas a licenciamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto o meio ambiente como os a informação e participação são considerados direitos humanos. Nesse sentido, o acesso à informação e participação nas decisões de políticas públicas e empreendimentos ambientais são essenciais em uma democracia. Não obstante, com relação aos povos indígenas, apesar de terem esses direitos consagrados, ainda há resistência em considerar suas opiniões.

Essa resistência é resultado da política integracionista que ponderou não apenas no Brasil como em todo o mundo. A adoção da perspectiva multicultural data apenas do final da década de 1980, havendo resquícios fortes nas políticas públicas e no imaginário popular.

Não há consenso com relação à consulta às comunidades indígenas, vista, em geral, como não vinculante, o que acarreta a garantia apenas formal, e não efetiva desse direito. Embora seja inviável defender uma vinculação absoluta ao resultado da consulta, esta tampouco pode ser vista apenas como um rito necessário ao licenciamento ambiental e deve ter, em regra, caráter deliberativo e vinculante.

Diante da realidade que mantém o indígena em sua relação com a natureza, se faz necessário que os impactos ambientais sejam minimizados e/ou suprimidos no decorrer execução do empreendimento, sendo o licenciamento uma ferramenta de prevenção e a consulta um instrumento indispensável para proteção dos direitos dos povos indígenas.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 5. ed., rev. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html> >. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 1,**

de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: < <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução do Conama nº 9, de 03 de dezembro de 1987.** Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Fundação Nacional do Índio. **Licenciamento ambiental e comunidades indígenas.** Programa de Comunicação Indígena UHE Belo Monte. Brasília: FUNAI, 2011. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em: 10 maio 2017.

_____. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm> Acesso em: 10 maio 2017.

_____. **Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003.** Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.650.htm> Acesso em: 10 maio 2017.

CAPORRINO, Bruno Walter. **Dos que flecham longe:** o Protocolo de Consulta e Consentimento Wajãpi. Orientador: Carlos Machado Dias Júnior. 2019. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2019. Disponível em: <<https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7735>>. Acesso em: 02 maio 2020.

DAMÁZIO, Silveira Petter. Multiculturalismo versus interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. In: **Desenvolvimento em Questão**, Ijuí, v. 6, n.12, p.63-86, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75211183004>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DECLARAÇÃO do Rio de Janeiro. In: **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 6, n. 15, p. 153-159, ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 maio 2020.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 122, mar 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 10 maio 2017.

NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado.** Orientador: Carlos Frederico Marés de Souza Filho. 2016. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/37260294/A_AUTODETERMINA%C3%87%C3%83O_DOS_POVOS_IND%C3%8DGENAS_FRENTE_AO_ESTADO?auto=download>. Acesso em: 02 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957**. Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)>. Acesso em: 01 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

QUANE, Helen. The rights of Indigenous Peoples and the Development Process. In: **Human Rights Quarterly**, Baltimore, MD, Nº27, 2005, p. 652-682. Disponível em: <<https://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2005/397U/Readings%20Legal%20397U/13%20Helen%20Quane.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, IN, Vol. 18, No. 1, Winter 2011, p. 263-305. Disponível em: <<http://burawoy.berkeley.edu/Public%20Sociology,%20Live/Rodriguez.Global%20Governance.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (Coord.) **Estatuto dos Povos Indígenas: uma análise em face das determinações constitucionais e internacionais**. Curitiba: PUCPR, 2009. (Série Pensando o Direito nº. 19/2009). Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/19pensando_direito_relatorio.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. Prefácio. In: LADEIRA, Maria Inês. **Espaço Geográfico Guarani Mbya: Significado, constituição e uso**. Maringá: Eduem; São Paulo: Edusp, 2008.

VERAS, Nathália Santos. O 6º Princípio de Chicago na ditadura militar brasileira: o caso das violações dos direitos dos povos indígenas. In: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Justiça de transição, direito à memória e à verdade: boas práticas**. Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/07_18_coletanea_de_artigos_justica_de_transicao>. Acesso em: 14 nov. 2018.

ZUGMAN, Daniel Leib. O dever de consulta aos povos indígenas e a construção da usina de Belo Monte. In: **RedGV**, São Paulo, Ano 2, v.1, n. 3, junho de 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdiscentegv/article/view/19610/18330>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana; ROCHA, Jorge Bheron; MAIA, Maurilio Casas. **CUSTUS VULNERABILIS: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis**. Belo Horizonte. Editora CEL. 2020. 132 p.

RESENHAS

REVIEW

**GONÇALVES FILHO, EDILSON SANTANA. ROCHA, JORGE
BHERON. MAIA, MAURILIO CASA. *CUSTUS VULNERABILIS:*
A DEFENSORIA PÚBLICA E O EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES
POLÍTICO-JURÍDICAS DOS VULNERÁVEIS. BELO
HORIZONTE, EDITORA CEI, 2020, P. 132**

Por Cauê Bouzon Machado Freire Ribeiro

7
*Pós-graduando em Direitos Humanos pelo Ciclo de Estudos pela Internet (CEI).
Defensor Público do Estado do Paraná,
caue.ribeiro@defensoria.pr.def.br*

O livro traz uma apresentação magistral do constitucionalista Pedro Lenza e é dividido em 6 capítulos, cada um com um tema específico, mas sempre interligados entre si.

No primeiro capítulo da obra, os autores fazem um importante apanhado histórico sobre a Defensoria Pública, abordando a questão desde o Brasil colônia até o nascimento da expressão *custos vulnerabilis*.

No primeiro subtítulo (Brasil colônia e Brasil Imperial), destacam que nas Ordenações Filipinas e em alterações do ano de 1841 no Código de Processo Criminal já haviam dispositivos legais sobre isenção de custas aos pobres,¹ contudo, em relação especificamente à assistência judiciária gratuita ressaltam a importância do Instituto dos Advogados Brasileiros. Através dos esforços desse grupo foi criado, tão somente para atendimento de réus criminais, o cargo de advogado dos pobres pela Câmara da Corte do Rio de Janeiro, extinto em 1884.

Continuando o estudo histórico sobre o tema, os Autores abordam o Brasil republicano e as legislações pretéritas à Constituição de 1988. Em 1897, por meio do Decreto n° 2.457, fica declarado que a República deveria contar com um instituto de assistência judiciária para o patrocínio gratuito dos pobres, tanto na seara penal como na cível. Os autores ressaltam que apesar de válido apenas para o Distrito Federal, este Decreto foi de suma importância para iniciar um movimento nacional.

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930², também aparece com destaque na obra, vez que, em dezembro de 1931, através do Decreto n° 20.784, foi aprovado o regulamento da OAB, o qual previu que a assistência judiciária ficaria a cargo da Ordem,

¹ Lei n° 2/1823 e Lei n° 261/1841

² Artigo 17 do Decreto n°19.408/1930

tornando-se, ali, uma obrigação profissional.³

Os autores chegam, então, à Constituição de 1934, onde houve a opção por um modelo público de assistência judiciária, incluindo entre os Direitos e Garantias Individuais dos Cidadãos esta prestação estatal. O artigo 113 da Constituição de 1934, em seu dispositivo de número 32, impôs que a União e os Estados criassem órgãos especiais para assegurar aos necessitados a assistência judiciária, consagrando o modelo do *salaried staff* de fornecimento do serviço de acesso à Justiça.

A Constituição de 1937, conhecida como polaca, em razão de seu viés autoritário, não repetiu a redação progressista e humanitária da sua antecessora. A Constituição de 1946 volta a prever a assistência judiciária e a gratuidade de justiça aos necessitados, sem prever, contudo, alertam os autores, a necessidade de existência de órgãos especialmente criados para esse fim.

Sinalizam que a primeira lei a prever expressamente o cargo de “defensor público” foi a Lei nº 216 do antigo Distrito Federal, datada de 9 de janeiro de 1948. Em nota de rodapé, ressaltam que a Lei nº 2.588/1955 possivelmente foi a primeira com alcance nacional a se referir aos defensores públicos.

Desde a primeira previsão legal até sua efetiva materialização passaram-se seis anos. Foi em 1954, com a Lei Estadual nº 2.188, que foram criados os primeiros 6 cargos de defensor público. Após mais vinte e três longos anos, através da Lei Complementar nº 06/1977, cria-se, nos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara a Assistência Judiciária como órgão autônomo, com atribuições próprias, finalmente apartando a chefia da instituição à Procuradoria Geral de Justiça.

No subtítulo 1.3, os autores exploram os debates na Assembleia Nacional Constituinte no que se refere ao modelo de prestação de assistência judiciária, alertando para o fato de que o atual modelo (*salaried staff model*) disputava com os modelos *pro bono* e *judicare*. Havia também propostas parlamentares que propunham incorporar às atribuições do Ministério Público a assistência judiciária, além de outras, que garantiam aos defensores públicos, de forma expressa, o mesmo regime jurídico do Ministério Público (o que acabou não sendo aprovado).

De forma didática, os autores dispõem ao leitor a redação que chegou ao Plenário do Congresso Nacional (ainda com a previsão de regime jurídico idêntico ao do MP), o texto aprovado em primeiro turno e submetido à votação no segundo turno (incluindo a referência ao art. 5º, LXXVI após o termo “necessitados”) e a redação final (que incluiu um novo artigo – 135 – deixando expresso que à carreira de defensor público se aplicará o princípio do art. 37, XII e o art. 39, §1º).

Neste ponto, os autores fazem uma observação importante, apontando que, embora positiva a inclusão expressa da Defensoria Pública na Constituição, poderia o texto ter avançado ainda mais, vez que se limitou a dispor sobre a atuação como assistente judiciária,

³ Artigo 26 do decreto nº 20.784/1931

apenas uma, entre as diversas funções da instituição. Já adiantam, aqui, que reformas legais e constitucionais posteriores supririam essa lacuna redacional.

No subtítulo 1.4, os autores iniciam a exposição sobre a Defensoria Pública pós-1988, percebendo o crescimento de importância e presença da instituição na Constituição da República e na Lei Orgânica Nacional.

A primeira norma infraconstitucional após 1988 que tratou do tema Defensoria Pública foi a Lei nº 7.871/1989, que alterou a Lei nº 1.060/1950, para passar a prever as prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal aos Defensores Públicos.

Como a Constituição de 1988 previu que a Defensoria Pública deveria ser organizada por meio de Lei Complementar, obviamente que a edição desta LC era o momento mais esperado pelos entusiastas do fortalecimento da Instituição. Em 1993, o Poder Executivo Federal encaminha à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 145, que, após muitas discussões e alterações, acabou por ser sancionada como Lei Complementar nº 80, datada de 12 de janeiro de 1994.

Aqui, os autores chamam a atenção para os vetos presidenciais. O Presidente da República resolveu vetar dispositivos legais que apontavam ser função da Defensoria Pública o patrocínio da ação civil pública, a homologação de transações extrajudiciais e a defesa da criança e do adolescente.

Aprofundando o estudo, identificam que os fundamentos para os vetos se baseou em premissa totalmente equivocada, qual seja, que a Defensoria Pública se limita a prestar assistência judiciária para pessoas carentes de recursos financeiros, o que é uma visão muito limitada do conceito de necessitados e das funções da Instituição.

Os autores salientam que mudanças legislativas posteriores foram capazes de suprir essa falha nos vetos presidenciais. O CPC de 1973 sofreu alterações para passar a prever que a homologação de acordos pela Defensoria Pública teria força de título executivo extrajudicial, o que foi repetido pelo CPC de 2015. O Código de Defesa do Consumidor trouxe a legitimidade da Defensoria para ações que visem tutelar direitos transindividuais. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz protagonismo para a Defensoria Pública na defesa de pessoas com menos de 18 anos de idade.

Ressaltam que a Defensoria Pública da União foi criada por meio de Medida Provisória. Trata-se da MP nº 617/94, depois convertida na Lei nº 9.020 de 1995. Nesse ponto, os autores demonstram a estranheza que causa uma Medida Provisória reger uma situação há mais de 20 anos.

Neste subtítulo (1.4), os autores decidem dividir o assunto em alguns subtópicos. No 1.4.1, estudam a evolução de conceito de necessitado e das funções da Defensoria. Lembram que era importante uma divisão entre funções típicas e atípicas, sendo as primeiras aquelas em que necessário fazer uma análise sócio econômica do pretense assistido, apenas podendo atuar por pessoas sem recursos financeiros para contratação de advogados, enquanto que na função atípica, a atuação do defensor não está vinculada a esta situação. Exemplificam casos de função atípica a Curadoria especial e a atuação na seara criminal.

Já no final desse subtópico, os autores citam decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para mostrar a evolução das funções da Defensoria Pública e a pouca importância desta divisão de funções entre típicas e atípicas. O TJ/RS entendeu que o múnus da Defensoria Pública não se liga puramente à proteção contra a vulnerabilidade econômica, de tal forma que não abrange “apenas o hipossuficiente no aspecto econômico, mas também sob o prisma organizacional (hipossuficiência social)”⁴.

No subtítulo 1.6, os autores fazem uma caminhada histórica de dez anos, partindo da Emenda Constitucional 45/2004 e encerrando em 2014 com a EC 80/2014. Em 2004, a Defensora ganhou no texto constitucional disposição expressa já prevista em sua Lei Orgânica, consolidando a autonomia funcional e administrativa da Instituição, além de iniciativa de sua proposta orçamentária, expressamente prevista para a DPU apenas em 2013, através da Emenda Constitucional nº 74.

Os autores destacam que nenhuma dessas alterações foi tão importante quanto a Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014, que elevou as funções e princípios da instituição à normas constitucionais. A partir desta data, diversas previsões antes limitadas a LC 80/1994 se transformaram em texto da Constituição da República. A Defensoria Pública passou a ser reconhecida constitucionalmente como a expressão e o instrumento do regime democrático, ampliando de forma significativa sua gama de missões constitucionais e fazendo surgir a ideia de *custos vulnerabilis*.

O nascimento dessa expressão é exatamente o título do item 1.7 do livro. Explicam os autores que o termo *custos vulnerabilis* surge em 2014, em um cenário de discussão sobre a atuação da Defensoria Pública na tutela coletiva, tendo sido inclusive proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵ contra a inserção da Defensoria Pública como uma das legitimadas a ajuizar Ação Civil Pública.⁶

A expressão foi criada por Maurílio Casas Maia, Defensor Público no Amazonas, para, de forma didática, explicar que a Defensoria não desejava substituir o Ministério Público no papel de fiscal da ordem jurídica justa, mas sim que, **à Defensoria Pública cabe a missão constitucional de defesa dos vulneráveis e, por outro lado, ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, missões obviamente distintas**. O primeiro texto de Maurílio a citar expressamente o termo *custos vulnerabilis* data de 30 de junho de 2014. Trata-se do artigo O Estado-Defensor e sua missão enquanto *Custos Vulnerabilis* publicado no sítio eletrônico da Associação Nacional de Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP).⁷

No segundo capítulo da obra, trazem a figura do *Custos Vulnerabilis* contextualizando-a a uma atuação da Defensoria Pública como instituição política e responsável pela promoção da democracia, sendo mecanismo para participação político-social de grupos excluídos.

⁴ TJ-RS, Agr. De Inst. nº 70057478273, 10ª Câmara Cível, Rel. Jorge Alberto Schreider Pestana, J. 29/05/2014.

⁵ ADI 3493

⁶ Art. 5º, II, Lei nº 7.347/1985

⁷ Disponível em <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=20140>. Acesso em 08/06/2020.

Iniciam esta parte do livro abordando a história do constitucionalismo, indicando que iniciou-se para que uma Constituição pudesse limitar o poder estatal (Estado liberal pautado por ideias iluministas) e acaba por, após a Segunda Guerra, se tornar a Constituição um porto seguro, também, para os direitos sociais e a garantia de direitos (neoconstitucionalismo e a força normativa das normas constitucionais).

Concluem os autores que, no Brasil, este segundo movimento resultou na promulgação da Constituição de 1988. Aqui, os autores fazem um apontamento muito interessante: percebem na redação da Constituição que o constituinte brasileiro optou por um Estado Democrático de Direito, sendo certo que é o democrático que precede o de Direito, sendo esse uma adjetivação daquele. Explicitam que este esforço semântico de nada terá valia se não for garantido espaço de fala aos grupos vulneráveis, visibilizados através da intervenção da Defensoria como *custos vulnerabilis*.

E é exatamente assim que os autores percebem a Defensoria Pública. No segundo subtítulo do segundo capítulo da obra chamam a atenção do leitor para o fato de que a Defensoria Pública é fruto do Estado Democrático de Direito, revelando-se em uma tentativa de dar voz aos vulneráveis, não por outro motivo, reconhecida no texto constitucional como expressão e instrumento do regime democrático.

Aqui os autores fazem uma crítica, anunciando que a equidade só se viabiliza por meio de uma abertura do processo e da garantia da paridade de armas, colocando em pé de igualdade, as funções essenciais à justiça e que deve a Defensoria Pública sempre atuar quando presente algum interesse que justifique a oitiva do posicionamento institucional, inclusive como fator de legitimação decisória. Encerram o capítulo mostrando que o modelo do *salaried staff*, adotado no Brasil, torna-se modelo para outras nações do mundo, inclusive nascendo a Defensoria Pública Interamericana, órgão responsável por prestar assistência jurídica àqueles que chegam sem representantes técnicos na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No terceiro capítulo destrincha-se o *Custos Vulnerabilis*, apontando seus fundamentos normativos, a ampliação do conceito de vulnerável e trazendo uma importante reflexão sobre a natureza jurídica desse novo instituto jurídico. A base normativa para falarmos em *custos vulnerabilis* está tanto na Constituição Federal (art. 134), ao estabelecer a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático, na LC 80 de 1994, sobretudo no art. 4º, VII, X e XI, incluindo entre as funções institucionais o manejo de quaisquer instrumentos processuais para ampliar as defesas dos mais vulneráveis e traz uma cláusula geral de proteção deste grupo.

Os autores ainda identificam, no artigo 554, §1º do NCPC, um exemplo de intervenção *custos vulnerabilis* expressamente prevista em lei. Importante alerta é feito pelos autores nesse momento da obra. Alertam que a atuação interventiva inominada, como guardiã dos vulneráveis (intervenção *custos vulnerabilis*), não se resume aos casos deste dispositivo legal, afastando-se, assim, possível equívoco no sentido de se apontar este artigo do CPC como fundamento único e último para a intervenção *custos vulnerabilis*.

Nesse mesmo capítulo, abordam a evolução do conceito de vulnerável, citando Franklin Roger e Diogo Esteves para mostrar uma série de vulnerabilidades presentes na sociedade

de consumo e de risco no mundo contemporâneo, havendo a vulnerabilidade econômica (incapacidade financeira), organizacional (impossibilidade de articulação de um grupo), etária, indígena, por vivência em situação de rua, informacional (ausência de informação, especialmente em razão do baixo nível de instrução), entre outras. O conceito de vulnerável, trazida pelas 100 regras de Brasília também é bem ampla, percebem os autores. Chamam a atenção do leitor para a Regra 29 em que se estimula a ampliação de funções do Defensor Público.

Apontam, neste momento, decisões do STJ que perceberam essa multiface da vulnerabilidade e concluem dizendo que não se trata de enumeração exaustiva e que a atuação da Defensoria, diante do aumento do número de grupos vulneráveis e da ampliação deste conceito, se faz cada vez mais necessária.

Os autores destacam um subtítulo (3.3.3) para mostrar que houve uma boa recepção doutrinária da *custos vulnerabilis*, indicando como autores que já abordaram o tema: Marcos Vinicius Manso Lopes Gomes (doutrina institucional), Pedro Lenza (doutrina constitucional), Nelson Nery Júnior, Cássio Scarpinella Bueno (doutrina processual civil), Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa (doutrina processual penal) e Fabiana Barletta (doutrina de Direito do Consumidor).

O terceiro capítulo é encerrado com a exposição da natureza jurídica do *custos vulnerabilis*. Os autores a definem como **uma intervenção constitucional, atípica e móvel**. Constitucional porque tem sua base no artigo 134 da CRFB/1988. Atípica porque esta forma de atuação defensorial sempre existiu, mas antes de 2014 não se dava um nome específico para esta função, que sempre decorreu do regime jurídico institucional da Defensoria Pública. Por fim, móvel, pois é possível a migração de polo processual, desde que útil ao interesse público-defensorial em torno de sua missão constitucional.

No quarto, destacam que a Defensoria Pública é uma instituição multifacetada e dinâmica, podendo estar presente no processo de diversas formas e em ambos os polos da relação, permitindo-se, em razão de sua ampla gama de missões previstas constitucionalmente, inclusive, que migre de polo durante a relação jurídica-processual.

O mais interessante deste quarto capítulo está no subtítulo 4.5.1, quando diferenciam a figura do *amicus curia* e do *custos vulnerabilis*. Os autores apontam que a intervenção institucional da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* é instrumento de efetivação da missão constitucional do Estado Defensor, concretizando um feixe de poderes mais amplos (produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e **recorrer**) e consentâneos com seu papel do que a figura do *amicus curiae*. Aqui, com uma frase forte, encerram a discussão: “Se trata de uma intervenção enquanto guardiã dos vulneráveis e não como amiga da corte”.

No capítulo quinto, os autores apontam que a figura do *Custos Vulnerabilis* deve se fazer presente também no processo penal, vez que não há dúvidas de que uma das parcelas mais vulneráveis da população brasileira são os seres humanos que estão privados de liberdade

em ambientes reconhecidamente em estado de coisas inconstitucional⁸. Interessante notar aqui que os autores, já no título do capítulo, destacam a importância de utilização do *Custos Vulnerabilis* no processo penal **unicamente em defesa do Réu, sendo sempre uma intervenção pró-defesa.**

A principal fundamentação apontada pelos autores para esta intervenção no processo penal está nas lições de Luigi Ferrajoli, que sugere, em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, que o Defensor Público atue como um Ministério Público de Defesa, devendo tutelar os direitos fundamentais dos acusados, **sem substituir, mas complementando, o trabalho do advogado constituído** para a prestação da assistência judiciária, função essencial, mas incapaz de garantir ao acusado que todos os seus direitos fundamentais serão respeitados durante todo o trâmite processual.

A própria Lei de Execuções Penais (LEP), observam os autores, percebe a Defensoria Pública como algo muito maior do que a mera prestadora de assistência judiciária às pessoas encarceradas. Atentos, os escritores apontam que o artigo 61, VIII eleva a Defensoria Pública a órgão de execução penal e lhe atribui o papel de velar pela regular execução da pena, da medida de segurança e da prisão provisória (arts. 81-A e art. 2º, parágrafo único, Lei nº 7.210/1984).

Exatamente em razão desta previsão legal, os Autores de livro específico sobre *Custos Vulnerabilis* concluem que é possível atuar, para o fiel cumprimento de sua missão constitucional, como um terceiro interveniente, no âmbito da execução penal.

O capítulo sexto leva o leitor a um estudo profundo sobre a jurisprudência envolvendo o tema, apresentando o texto diversas ementas de julgados de Tribunais de Justiça dos mais variados estados do país, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a figura do *Custos Vulnerabilis*, apesar de recentemente difundida, já chegou aos Tribunais Superiores e, melhor do que isso, foi muito bem aceito.

E não poderia ser diferente, vez que, através da atuação da Defensoria Pública, permite que processos judiciais, tantas vezes conhecidos por seus procedimentos formais e distância com o cidadão vulnerabilizado, sejam preenchidos com maior participação democrática e humanização das decisões.

Em setembro de 2019, a segunda seção do STJ, reconheceu a possibilidade de a Defensoria Pública da União assumir a função de *custos vulnerabilis* em recurso repetitivo em favor dos vulneráveis que tramitava na Corte. Em menos de 5 anos a figura do *custos vulnerabilis* deixou de ser um termo meramente teórico para passar a ser materializado na prática, contribuindo para um Sistema de Justiça mais humano e um nível de democracia mais consolidado.

Encerrando a obra, os autores apresentam dez conclusões sobre o tema. A primeira delas é de que a origem da Defensoria Pública (nasce dentro do Ministério Público) explica historicamente sua vocação institucional coletiva. A segunda conclusão é a definição de *custos*

⁸ ADPF 347

vulnerabilis como uma atuação da Defensoria Pública, em nome próprio, em favor de seu interesse institucional, sempre relacionado à tutela jurídica dos vulneráveis. Trata-se de um interesse institucional primário. Na conclusão de número 5, os autores fazem uma crítica ao Estado paternalista, afirmando que a superação das desigualdades só é possível com o fortalecimento dos indivíduos e grupos vulneráveis, não com o assistencialismo.

Nas duas últimas conclusões explicitam que os Tribunais vêm aceitando continuamente a legitimidade *custos vulnerabilis* como forma de expressão do interesse constitucional e institucional da Defensoria Pública, e que, tal forma de atuação no processo penal, por exercer a Defensoria o papel de Estado Defensor apenas pode se dar pró-defesa, sob pena de nulidade.

O livro, portanto, apresenta uma sequência lógica de teses para chegar a conclusões bem interessantes. Os autores se valem de um estudo sobre as origens da Defensoria Pública, fazem um trabalho exaustivo sobre a redação de diversos dispositivos legais, analisam doutrinas e julgados sobre o tema, para, só então, consolidar a posição de que a intervenção *custos vulnerabilis* não só existe, como é uma realidade palpável em livros e em decisões judiciais, além de ter que ser estimulada, pois democratiza o processo ao dar luz aos vulneráveis, que terão na Defensoria um instrumento de voz.

BOAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS

GOOD INSTITUTIONAL PRACTICES

**AMPLIAÇÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA
PRESTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
EM PARCERIA COM A DIOCESE DE VALENÇA/ RJ:
RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA ITINERANTE**

*EXPANSION OF FREE LEGAL ASSISTANCE PROVIDED BY THE PUBLIC DEFENDER
OF THE UNION IN PARTNERSHIP WITH THE DIOCESE OF VALENÇA / RJ:
REPORT OF AN EXPERIENCE OF ITINERANT JUSTICE*

José Roberto Fani Tambasco

*Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA –AR)
Defensor Público Federal. Coordenador do projeto itinerante da 1ª Categoria da DPU/RJ
jose.tambasco@dpu.def.br*

José Antônio da Silva

*Doutorando em Direito Canônico pela Pontifícia Universidade Católica de Buenos Aires (UCA- AR)
Mestre em Direito Canônico, Bacharel em Teologia, Licenciatura em Filosofia e Sociologia
Pároco da Paróquia Nossa Senhora da Conceição, Vassouras/RJ. Vigário Geral da Diocese de Valença/RJ
janthonius@uol.com.br*

Gabriel Silva Rezende

*Doutorando em Ciências Sociais (Ciência Política) na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Sociologia Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Candido Mendes (RJ)
Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Federalismo, Política e Desenvolvimento da PUC-Rio/CNPQ
gabrielarezende10@gmail.com*

André da Silva Ordacgy

*Mestre em Estado, Direito e Justiça pela UNESA
Pós-Graduado em Direito Civil pela UNESA
Chefe da Primeira Categoria da Defensoria Pública da União no RJ
Defensor Público Federal.
andre.ordacgy@dpu.def.br*

Alessandra Fonseca de Carvalho

*Mestre em Ciências Jurídico-Políticas no Perfil de Direitos Fundamentais pela Universidade de Lisboa
Defensora Pública Federal.
alessandra.carvalho@dpu.def.br*

Maria Cecília Lessa da Rocha

*Doutoranda em Direito
Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Defensora Pública Federal
maria.rocha@dpu.def.br*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 e reconhecida como “Constituição Cidadã”, preocupou-se em conferir aos cidadãos a garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita, em completo atendimento aos princípios da dignidade humana, igualdade e devido processo legal. Nesse cenário, o acesso à justiça se destaca como o direito garantidor de outros direitos, como arcabouço protetivo dos direitos fundamentais.

A Defensoria Pública da União - DPU, na forma do art. 134 da Constituição Federal de 1988, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a promoção dos direitos humanos e a orientação jurídica aos necessitados diante das demandas administrativas e judiciais inerentes às justiças federal, trabalhista, eleitoral e militar¹.

A Defensoria Pública da União foi implantada em caráter emergencial e provisório através da Lei nº 9.020, de 30 de março de 1995, assim permanecendo por diversos anos. Enquanto as Defensorias Públicas Estaduais obtiveram do poder constituinte derivado autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a DPU apenas alcançou o mesmo status com o advento da Emenda Constitucional nº 74, de 06 de agosto de 2013, o que, em termos práticos, representou significativo atraso em seu processo de estruturação e consolidação.

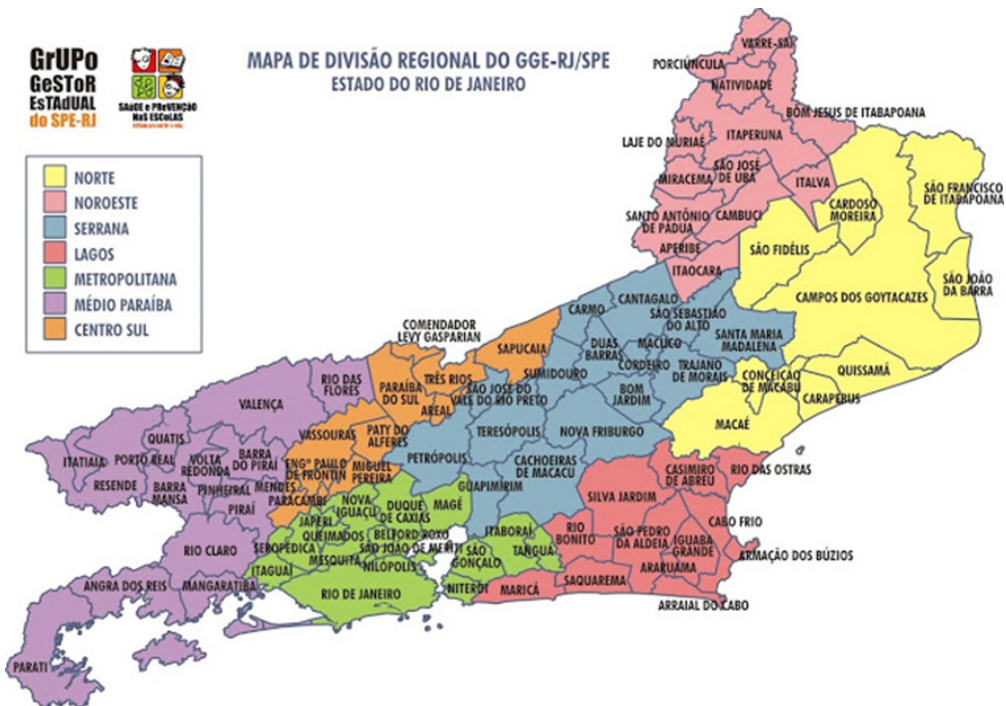
Atualmente, em que pese a determinação constitucional contida no §1º do art. 98 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, inserido pela Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014, que estabelece que “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais”, o acesso ao serviço prestado por esta instituição ainda não foi efetivado na maioria das subseções da Justiça Federal de todos os estados do país.

Nesse contexto, implementou-se institucionalmente uma solução de atendimento provisório em caráter itinerante, que, utilizando-se dos recursos existentes, procura minimizar a ausência do serviço de assistência jurídica gratuita nos municípios que não possuem instalados na sua subseção federal uma sede da DPU.

No Estado do Rio de Janeiro (figura 1), a DPU possui sede operacional somente nas cidades do Rio de Janeiro, Niterói (que abrange também as subseções de São Gonçalo e Itaboraí), São João de Meriti (que abrange também as subseções de Duque de Caxias e Nova Iguaçu) e Volta Redonda. Razões que levaram aos defensores atuantes na área recursal, denominada primeira categoria, da DPU na cidade do Rio de Janeiro a participarem dos projetos itinerantes de caráter estadual implementados a partir do ano de 2017.

¹ CRFB/88 -Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Figura 1: Divisão Regional e Municipal do Estado do Rio de Janeiro



Em face das dificuldades operacionais encontradas para cumprir o seu papel constitucional e para alcançar efetivamente a população sem acesso à assistência jurídica gratuita nas localidades atendidas pelos núcleos da DPU, partimos do princípio de que é de suma importância a realização de parcerias com entidades públicas e privadas que possam colaborar eficazmente com a difusão do acesso ao conhecimento jurídico e a devida assistência judiciária gratuita.

A experiência obtida na realização destes eventos a nível estadual demonstrou que o elemento primordial para a realização destas parcerias, além da busca pela otimização da alocação dos recursos escassos disponíveis, é a garantia da continuidade da prestação do serviço através da formação de uma linha direta entre os assistidos e a DPU.

Esta fase que podemos denominar pós-atendimento, visa possibilitar que os documentos não apresentados no momento do atendimento itinerante sejam repassados à DPU, assim como facilitar a troca de informações entre os assistidos e os defensores para que sejam esclarecidos pontos necessários à obtenção das orientações requeridas e também para a propositura das ações judiciais que se fizerem necessárias.

Consequentemente, diante da necessidade da continuidade do serviço prestado e a busca pelo seu aprimoramento, a DPU apresentou proposta de parceria para realização de um projeto itinerante à Diocese de Valença, RJ, cuja área de atuação territorial é de 3.963,9 km², e cuja população residente é de 364.348 habitantes (IBGE 2014), distribuída pelos

municípios de Comendador Levy Gasparian, Miguel Pereira, Paraíba do Sul, Paty do Alferes, Rio das Flores, Sapucaia, Três Rios, Valença e Vassouras, os quais possuem competência jurisdicional dividida entre as subseções federais de Barra do Piraí (amarelo), Três Rios (verde) e Nova Iguaçu (vermelho), conforme a figura 2.

Figura 2: Território Eclesiástico da Diocese de Valença e as competências jurisdicionais



Este projeto foi efetivado em todos os municípios supra elencados durante os meses de junho a setembro do ano de 2019, com participação dos Defensores Públicos Federais, representante da Diocese, Párocos locais, Comunidades Eclesiais e Secretarias Municipais de Assistência Social.

Importante frisar que o fato de a República Federativa do Brasil ser um Estado laico (artigo 5º, VI e 19, I da CRFB) não é óbice para que se possa manter relações com entidades e organismos religiosos, na forma do Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010, que promulgou o acordo entre o governo brasileiro e a Santa Sé, definindo o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil e reconhecendo a personalidade jurídica da Igreja Católica.

A aproximação dos interesses tutelados pela Defensoria Pública e a matéria canônica não apresenta nenhum imperativo novo, visto que a igreja foi uma das instituições que serviram de estímulo para o incremento do serviço de assistência jurídica dos necessitados ao longo da história.

Note-se ainda que a Igreja Católica funcionou nessa experiência como elo da DPU com a comunidade local, sendo certo que o atendimento foi feito a todos que procuraram a instituição durante os dias de itinerância, sem discriminação de credo, ou seja, em momento algum se observou a crença religiosa como critério para a prestação do serviço público.

Por fim, diante dos resultados positivos alcançados na elaboração deste projeto itinerante, em todas as suas fases de implementação, entendeu-se de extrema relevância trazê-lo ao conhecimento do público em geral, a fim de demonstrar a viabilidade da construção de um modelo a ser implementado a nível nacional com vistas a minimizar a carência de assistência jurídica à grande massa da população desassistida na garantia do acesso aos seus direitos fundamentais, especialmente quando se trata de acesso à Justiça Federal.

1. ACESSO À JUSTIÇA: A DEFENSORIA COMO UM DOS CAMINHOS VIÁVEIS

O acesso à justiça encontra enormes obstáculos em sociedades em que os direitos fundamentais não foram, na prática, estabelecidos, como no caso do Brasil, diante do processo histórico e social de desigualdade, além das assimetrias entre as unidades federativas (REIS, 2005). A deficiência na prestação de serviços jurídicos pode ser compreendida como mais um indicador de desigualdade no Brasil. Estando longe de garantir o direito de acesso à justiça para as populações de baixa renda.

Nesse sentido, ao apreendermos essa estrutura e as suas dificuldades relacionadas ao acesso à justiça, Capelletti e Garth (1988) analisam que os principais entraves à justiça seriam: os altos custos inerentes ao sistema judicial; a dificuldade dos cidadãos em reconhecer que possuem determinados direitos e em que momento os mesmos acabam violados, além da falta de disposição psicológica para buscar sua reparação através de uma demanda judicial.

É crível ressaltarmos, como assevera Oliveira (2018), que o acesso à justiça é apenas um de diversos direitos essenciais para o exercício da plena cidadania a serem protegidos pelo Estado, como dever deste, de acordo com a leitura do Pacto de San José da Costa Rica, em seu Art. 8º, sobre as Garantias Judiciais e também estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (CIDH, 1969; CRFB, 1988). Em que se destaca a Defensoria Pública como instituição ativa e altiva para resguardar esses direitos essenciais dos cidadãos.

Nesse sentido, qualificar a Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático é reconhecer que sua atuação é representativa na busca por um acesso à justiça efetivo, bem como democrático quanto meio adequado para sua sedimentação (ASSIS, 2019). Salientamos, assim, que o artigo 185 do CPC/2015 reproduz parcialmente o artigo 134 da CRFB/1988, destacando que o papel da Defensoria Pública enquanto instituição basilar de orientação jurídica, de promoção dos direitos humanos é a defesa dos direitos fundamentais individuais e coletivos dos necessitados.

Assis (2019), compreende que o conceito de orientação jurídica deve ser entendido como a atuação judicial e extrajudicial relacionada não apenas à consultoria e postulação, mas também à educação em direitos, conciliação, mediação, dentre outras funções. Ao mesmo tempo que se deve entender que o termo “necessitado” se relaciona com o hipossuficiente de forma geral, seja de viés econômico, jurídico ou organizacional.

Por certo que o Código de Processo Civil de 2015, supracitado, não conseguirá resolver todas as dificuldades e logística que envolvem a atividade da Defensoria dada extensão territorial brasileira. Não obstante, o espaço dado à instituição, respeitando seu regime jurídico constitucional e sua legislação de regência, estimula a participação e a busca de instituições da sociedade civil através de parcerias. No intuito da realização integral das funções da Defensoria Pública, que consiste não apenas em atender as demandas, mas chegar aos indivíduos e coletividades mais vulneráveis, para a efetivação e concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, podemos observar, como analisam Oliveira (2018) e Souza (2006), que a DPU itinerante, é um dos caminhos para alcançar os indivíduos e grupos hipossuficien-

tes, e o produto – *mutatis mutandis* - do entendimento de políticas públicas como um campo de conhecimento que busca analisar as ações do governo (conteúdo), como elas se dão (processo) e, a partir desse momento, motivar a ação governamental com novas propostas ou observações importantes para o aprimoramento do todo. Logo, a DPU itinerante enquanto ação do governo de promoção do acesso à justiça tem sido construída e implementada, levando em consideração os atores hipossuficientes. Dessa forma, partimos da premissa de que Justiça Itinerante é uma Política Pública que busca a democratização do acesso à justiça. Isso porque, conforme ressalta Oliveira (2018), as ações itinerantes vão além das estruturas sedes, parte do sistema judiciário e atingem populações sem acesso a esses serviços que, porém, são de direito de todos.

Isto posto, a necessidade de celebrar parcerias que possibilitem a estrutura e alcance desses indivíduos ou coletivos são de fulcral importância. Haja vista, que Justiça Itinerante tem capacidade para sanar uma parcela dos problemas decorrentes da desigualdade em que vivenciamos em nosso país, ao passo que os recursos disponíveis para efetivação de todo o trabalho necessário ainda são insuficientes.

Diante deste panorama das iniciativas de justiça itinerante, foi realizada uma parceria da DPU, através dos defensores federais integrantes do projeto itinerante da primeira categoria da DPU-RJ, com a Diocese de Valença/RJ, tendo em vista o impulsionamento do acesso à justiça, no ano de 2019, e pela capilaridade e o acesso aos indivíduos e coletividades por meio das Paróquias inseridas no território diocesano, presente em nove municípios do Centro-Sul Fluminense, anteriormente referenciados.

No que tange a colaboração da Diocese de Valença, foi realizada a parceria com a DPU itinerante, tendo em vista que no mesmo ano, 2019, as Dioceses trabalharam a nível nacional e local com suas respectivas Paróquias e Comunidades o tema “Fraternidade e Políticas Públicas”, enaltecendo ainda mais a participação da Justiça Itinerante no território diocesano. Promovendo o contato mais substancial com o público-alvo, encarando a realidade (do órgão e da população) de forma mais humanizada e responsável (CNBB).

2. A DIOCESE DE VALENÇA

A Diocese de Valença, denominada Mitra Diocesana de Valença², foi criada em 1925, pela Bula “Apostólico Ofício”, de 27 de março de 1925, do Papa Pio XI. Para pastorear a recém-criada Diocese foi nomeado Dom André Arcoverde de Albuquerque Cavalcanti. Enquanto o novo Bispo não era ordenado para assumir sua cátedra, foi nomeado como Administrador Apostólico em 21 de agosto de 1925, o Monsenhor Alfredo Bastos, também incansável nos trabalhos preparatórios para que o terreno estivesse pronto para acolher o seu pastor, o seu primeiro Bispo. Criada em março, só em 18 de setembro a Diocese foi canonicamente ereta com a posse de Monsenhor Alfredo Bastos.

² Para crivo de delimitação, a Diocese de Valença/RJ tem personalidade jurídica própria, denominada Mitra Diocesana de Valença, com seguinte CNPJ 3235643800-01.

A Diocese de Valença é composta por 26 Paróquias e está presente em 9 Municípios. São eles: Levy Gasparian, Miguel Pereira, Paraíba do Sul, Paty do Alferes, Rio das Flores, Sapucaia, Três Rios, Valença e Vassouras (conforme visto na figura 2). Nestes nove Municípios, milhares de pessoas são assistidas pela Igreja, não só na área da celebração e da formação religiosa, como também nas áreas social e educacional, amparando crianças carentes, deficientes físicos, enfermos, idosos e trabalhadores da cidade e do meio rural. A Diocese promove cursos, seminários, retiros e formações para leigos e religiosos.

Todos os anos, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) lança a Campanha da Fraternidade como um dos principais meios de mobilização nacional, realizada de modo autônomo por cada Diocese que compõe a Igreja Católica Apostólica Romana no Brasil, cujo objetivo é despertar a solidariedade dos seus fiéis e da sociedade em relação a um problema concreto que envolve a sociedade brasileira, buscando caminhos de solução. A cada ano é escolhido um tema, que define a realidade concreta a ser transformada, e um lema, que explicita em que direção se busca a transformação.

Sendo assim, no ano de 2019, o tema elaborado foi “Fraternidade e Políticas Públicas”. O seu lema foi inspirado no profeta Isaías: “Serás libertado pelo direito e pela justiça” (Is 1, 27). Por conseguinte, a CF-2019 teve como objetivo geral: “estimular a participação em Políticas Públicas, à luz da Palavra de Deus e da Doutrina Social da Igreja³, para fortalecer a cidadania e o bem comum, sinais de fraternidade”. Dessa forma, a temática central da CF-2019 encontrava-se com os valores institucionais da DPU, conforme consta no art. 134 da Constituição Federal de 1988, fundamentado na orientação jurídica e na promoção dos direitos humanos e, por isso mesmo, foi incentivada esta cooperação, em vista de tão importante temática trabalhada pela CF e da necessidade de participação cidadã e de direitos de tantos indivíduos despossuídos.

Para a conscientização e informação a Diocese de Valença, em conjunto com suas paróquias, constituiu-se equipes paroquiais para a formação da CF-2019 entres os leigos e leigas do território diocesano. Com o intuito de promover estudos sobre políticas públicas nos nove municípios. O trabalho das equipes paroquiais da CF buscou destacar, entre os participantes dos eventos paroquiais e diocesanos, que Políticas Públicas não é falar de “politicagem” ou de “eleições”, mas significa se referir a um conjunto de ações a serem implementadas pelos gestores públicos, com o objetivo de promover o bem comum, na perspectiva dos mais pobres da sociedade.

A temática de Políticas Públicas foi trabalhada como ações que são discutidas, aprovadas e programadas para que todo os cidadãos possam ter vida digna. Sendo, concomitantemente, reforçada como a ação do Estado que busca garantir a segurança, a ordem, a dignidade, o bem-estar, por meio de ações baseadas no direito e na justiça. Visto que Políticas Públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar

³ É o conjunto de orientações da Igreja Católica Apostólica Romana para os temas sociais. Ela reúne os pronunciamentos do magistério católico sobre tudo que implica a presença do homem na sociedade e no contexto internacional. Trata-se de uma reflexão feita à luz da fé e da tradição eclesial. A função da doutrina social é o anúncio de uma visão global do homem e da humanidade e a denúncia do pecado de injustiça e de violência que de vários modos atravessa a sociedade.

em prática direitos que são previstos na Constituição Federal de 1988 e em demais leis, dedicadas a garantir o bem-estar da população.

Cabe, assim, às Políticas Públicas, principalmente as assistenciais, o papel de reparação das desigualdades sociais, com a oferta de bens e serviços públicos que rompam com a exclusividade do poder do dinheiro no atendimento das necessidades humanas. Do mesmo modo que a prioridade nas palestras e atendimentos individualizados, por parte da DPU, se pautou nas políticas sociais de acesso universal (ou seja, para todas as pessoas sem nenhum tipo de distinção) nas áreas da educação, saúde e assistência, por exemplo, focando na elevação da qualidade de vida, buscando reduzir as desigualdades no interior e mitigar possíveis assimetrias circunscritas nos municípios.

Sincronicamente, a colaboração entre a DPU itinerante e a Diocese de Valença, bem como sua estrutura e capilaridade nos nove municípios, garantiu aos cidadãos residentes nesses locais – distantes geograficamente das Sedes da Defensoria Pública da União - a assistência jurídica integral, gratuita e de qualidade, uma vez que, mesmo quando cientes da violação de seus direitos, carecem de meios econômicos para se deslocarem até os centros urbanos próximos na busca de Justiça. Ao mesmo tempo que a colaboração e iniciativa prestada difundiu o conhecimento do ordenamento jurídico, dos direitos, bem como da DPU, enquanto instituição que tem por atribuição garanti-los.

3. DPU ITINERANTE NO CENTRO-SUL FLUMINENSE: METODOLOGIA E ATUAÇÃO

O Centro-Sul Fluminense foi a principal região nacional produtora de café durante o Império até fins do século XIX. Todavia, após seu período final do ciclo cafeeiro, a região vivenciou décadas das consequências da decadência desta cultura e, hoje, sua economia apoia-se na criação de gado, na olericultura e no turismo. A realidade demonstra que algumas grandes propriedades têm sido transformadas em hotéis-fazenda e sítios de lazer, além disso alguns municípios como Vassouras e Valença também se mostram como polos universitários regionais. Sendo Três Rios seu centro regional, embora suas atividades econômicas já não apresentem o mesmo dinamismo de anos atrás.

De acordo com as estimativas do IBGE para 2014, a população do Sul Fluminense é de 1,2 milhão de habitantes e representa 7,1% do Estado do Rio de Janeiro. De acordo com os dados da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - FIRJAN, a riqueza produzida no Sul Fluminense, medida pelo PIB, foi de R\$ 42,5 bilhões em 2012, o que representa 8,4% do total produzido no Estado. Setorialmente, a maior participação para o produto do Sul Fluminense foi do setor de Serviços e Comércio, que responde por 43,5% do PIB da região.

Outro dado importante, o índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que é uma medida comparativa usada para classificar os países pelo seu grau de “desenvolvimento humano”, do mesmo modo que também é usado por organizações locais ou empresas para medir o desenvolvimento de entidades subnacionais como estados e municípios, utilizando como critérios indicadores de educação (alfabetização e taxa de matrícula), longevidade

(esperança de vida ao nascer) e renda (PIB per capita). Por conseguinte, temos os seguintes índices dos municípios atendidos pelo projeto itinerante: Miguel Pereira, com 0,745; Valença, 0,738; Três Rios, 0,725; Vassouras, 0,714; Paraíba do Sul, 0,702; Comendador Levy Gasparian, 0,685; Paty do Alferes, 0,671; Rio das Flores, 0,680; Sapucaia, 0,675.⁴ Percebemos que os cinco primeiros municípios têm um IDH considerado alto, enquanto os últimos quatro municípios, respectivamente, possuem um IDH médio.

O IDH, cujo valor máximo é de 1,000, nem sempre representa a realidade social das populações locais, desta forma, mesmo nos municípios supra indicados como portadores de índice IDH alto, são encontrados bolsões de miséria criados pelas políticas econômicas que privilegiam o mercado financeiro em detrimento do elemento humano, como por exemplo no município de Três Rios onde a paróquia de São José Operário acolhe diariamente cerca de cem pessoas para o fornecimento de duas refeições diárias. Migrantes que vieram em busca de um emprego na indústria e que face à recessão hoje sobrevivem em ocupações que geram ganhos eventuais, estando, portanto, juntamente com suas famílias, em verdadeira situação de miséria.

Neste cenário, a atuação do projeto DPU itinerante em parceria com a Diocese de Valença pautou-se na maximização da utilização dos recursos financeiros destinados a execução de projetos itinerantes colocados à disposição para a primeira categoria da DPU-RJ, através do atendimento no maior número de localidades e consequentemente do maior número de pessoas possível, sem que houvesse prejuízo à qualidade do serviço prestado.

Foram definidos os cronogramas de atuação, elaboração dos eventos, publicidade e a definição das atividades que foram desenvolvidas através de dois formatos de atuação. O primeiro se constituiu por meio da realização de palestras que pudessem esclarecer, em breve síntese, o papel da DPU na assistência jurídica gratuita nacional e internacional; as formas de acesso aos seus serviços; assim como, de forma mais específica os principais temas relativos aos direitos previdenciários e sociais do regime geral da previdência social – INSS.

Em sequência, a outra forma de atuação se deu através de consultas individuais sobre temática previdenciária e social, ao final das palestras, com finalidade de sanar as dúvidas dos presentes no que tange à defesa de seus direitos individuais, procedendo-se, quando necessário o encaminhamento dos mesmos, ou de suas demandas, aos órgãos com atribuição para atuação na defesa de seus direitos, incluindo-se neste rol os Ofícios Regionais de Direitos Humanos e Tutela Coletiva da DPU, além é claro da abertura de processos de assistência jurídica - PAJs, para acompanhamento das demandas judiciais pelos Defensores atuantes no projeto itinerante.

Dessa forma o projeto da DPU, como apresentado, em colaboração com a Diocese de Valença e na esteira dos trabalhos realizados com a temática de Políticas Públicas pela CF-2019, teve como diferencial o papel de mostrar aos cidadãos que o Estado está atuando efetivamente na busca do atendimento de suas necessidades, através da busca da prestação

⁴ Dados extraídos do Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil 2013. «IDHM Municípios 2010». Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-municipios-2010.html>>. Acesso em: 25/05/2020.

de serviço público de qualidade – permitindo-lhes o acesso aos benefícios previdenciários e de assistência social.

Os locais de atendimento foram definidos, em parceria entre as instituições, alternando-se os municípios ou localidade próximas, em períodos noturnos e diurnos para facilitação do deslocamento da equipe da DPU.

A DPU disponibilizou um cartaz modelo dos projetos itinerantes onde a Diocese de Valença inseriu os locais, datas e horários de atendimento, os quais foram disponibilizados nas redes sociais, encaminhados aos meios de comunicação, lideranças sociais e religiosas de todas as religiões, orientando-se, ainda, que as paróquias, contatassem as Secretarias de Assistência Social dos municípios para que as mesmas estivessem presentes nos eventos visando a inserção dos assistidos carentes no Cadastro Único para Programas Sociais – CADÚNICO, e orientando sobre os serviços do Serviço Único de Assistência Social- SUAS.

Figura 03: Cartaz de divulgação



Na parceria com a Diocese de Valença foi acordado que as estruturas físicas para recepção das equipes da DPU deveriam possuir estrutura sanitária, energia elétrica e fácil acesso rodoviário, observando-se, essencialmente, a existência de assentos onde pudessem ser acomodadas as pessoas que comparecessem ao evento, com disponibilização de mesas e cadeiras para que os defensores pudessem atender aos assistidos.

A logística de atendimento necessitava do apoio dos serviços das secretarias paroquiais, para que obtenção de cópias dos documentos dos cidadãos assistidos no evento e, também, para que estes assistidos pudessem remeter posteriormente os documentos faltantes para a DPU (por meio físico e eletrônico), além de serem os pontos de contato permanente entre os assistidos e a DPU, para futuros esclarecimentos sobre andamento processual, utilizando-se para tanto do e-mail e dos aplicativos virtuais e telefones institucionais, especificamente para aqueles que não possuam meios de acesso digital ou que tenham dificuldades para utilizá-los, tendo em vista que o site da DPU permite o acompanhamento do requerimento e os contatos com os assistidos são feitos através do aplicativo *WhatsApp*.

Os eventos iniciaram-se com a apresentação institucional da DPU, seguindo-se de breves apresentações sobre os direitos previdenciários e sociais essenciais, os quais a prática demonstrou que devem ser definidos com a participação dos ouvintes, ou seja de acordo com seus interesses, de forma breve, com utilização de linguagem simples e direta, concomitantemente ao registro dos presentes e distribuição de senhas para atendimento individualizado dos que desejassem tirar dúvidas ou apresentarem demandas judiciais.

Os acessos aos serviços individuais de assistência jurídica gratuita foram disponibilizados àqueles que comprovaram serem hipossuficientes economicamente dentro dos padrões de renda estatuídos por normativo nacional da DPU como também pela análise das condições subjetivas dos que alegaram impossibilidade de arcarem com os custos de um processo e contratação de advogado.

As demandas coletivas independem de avaliação da hipossuficiência individualizada, devendo, no entanto, estarem relacionadas com a garantia de acesso aos direitos fundamentais do grupo ou das comunidades tradicionais.

4. DPU ITINERANTE: A PARTICIPAÇÃO DOS ASSISTIDOS

Apresentamos, a seguir, a tabela com os números de pessoas que compareceram aos eventos realizados durante o projeto, com indicação individualizada dos locais dos eventos, datas de realização e número de pessoas participantes.

Tabela 1 – Participação em número de pessoas

DATA	MUNICÍPIO	PARTICIPANTES
04/06/2019	Valença	20
05/06/2019	Rio das Flores	31
25/06/2019	S. Isabel/Valença	24
26/06/2019	Quilombo/Valença	20
02/07/2019	Sapucaia	13
03/07/2019	Três Rios	30
09/07/2019	Levy Gasparian	24
10/07/2019	Paraíba do Sul	12
06/08/2019	Paty do Alferes	14
07/08/2019	Juparaná -Valença	24
14/08/2019	Miguel Pereira	21
20/08/2019	Vassouras	72
21/08/2019	Vassouras	25
27/08/2019	Vassouras	10
28/08/2019	Miguel Pereira	16

Fonte: tabela produzida pelos autores.

Foram realizados ao todo quinze eventos que contaram com a participação de 356 (trezentos e cinquenta e seis) pessoas, as quais participaram efetivamente como ouvintes das diversas palestras proferidas e foram informadas sobre a possibilidade de receberem atendimento individualizado para esclarecimento de suas dúvidas⁵.

Destacamos que, por sua peculiaridade, o atendimento ao Quilombo de São José da Serra, localizado no distrito rural de Santa Isabel, no município de Valença, com população descendente de escravos que habita este território desde o início do século XIX, que mesmo possuindo acesso rodoviário precário por estrada de terra foi indicado pela Diocese como essencial ao objetivo do projeto, ocasião em que as palestras foram proferidas tanto para os alunos da escola municipal sediada na comunidade como para os demais quilombolas.

Como resultado parcial dos eventos promovidos, foram contabilizados 255 (duzentos e cinquenta e cinco) atendimentos individualizados, baseados em esclarecimentos quanto

⁵ Destacamos que parte dos presentes também eram lideranças comunitárias.

aos benefícios previdenciários e sociais; bem como foram realizados encaminhamentos para os órgãos competentes quanto à temática, incluindo-se o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Secretarias de Assistência Social dos Municípios (CRAS), Defensoria Estadual, entre outros.

Contudo, até o presente momento, ainda não concluiu-se o resultado final do número de processos judiciais propostos, tendo em vista que ainda estão tramitando alguns procedimentos de assistência – PAJ, que aguardam a devida instrução através de diligências administrativas ou juntada de documentos requeridos aos assistidos, mas podendo-se registrar a proposição de 11 (onze) ações judiciais, as quais, encontram-se retardadas em seu andamento pela paralisação das atividades presenciais da justiça federal em face da pandemia de COVID -19.

Entre as ações judiciais há uma proposta de acordo recebida do INSS para pagamento de valores devidos e implantação do benefício de auxílio doença, e uma sentença favorável com concessão de aposentadoria por tempo de contribuição a uma assistida no município de Rio das Flores, distante cinquenta quilômetros da subseção federal de Barra do Piraí, a qual já iniciou o recebimento de sua aposentadoria através de tutela antecipada e que está aguardando o julgamento do recurso do INSS, junto às Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais no Rio de Janeiro⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Diocese de Valença, por seu projeto social em prol da população com maior vulnerabilidade social, pela sua capilaridade nos municípios e seus distritos⁷, de modo extensivo com os trabalhos realizados pelas equipes paroquiais dentro da temática de Políticas Públicas no ano de 2019, colaborou imensamente com a DPU, principalmente orientando a suas lideranças comunitárias a comparecerem ao evento a fim de se capacitarem quanto às temáticas, realizarem sua divulgação e prestarem acolhida àqueles que necessitam de amparo previdenciário e social, possibilitando que pudesse ser efetivado um projeto de prestação de assistência jurídica gratuita que pudesse servir de modelo para que outros idênticos possam ser implantados em todo o Brasil, através das Dioceses.

Constatou-se que cada município tem peculiaridades próprias, por exemplo com relação à grande demanda por obtenção de segunda via de documentos pessoais no município de Três Rios (Paróquia de São José Operário)⁸, assim como, também, no Distrito de Juparanã no município de Valença.

Diante deste quadro, mediante reflexão estratégica, principalmente diante de nossos re-

⁶ Posição de nosso último relatório de acompanhamento em 26 de maio de 2020.

⁷ Uma vez que a Igreja Católica Apostólica Romana se presente nas localidades onde nem mesmo poder público atinge.

⁸ Esta demanda se justifica, pois, a Paróquia desenvolve um projeto social com pré-vestibular comunitário, assistência jurídica, psicológica, atendimentos médicos e almoço comunitário para mais de 200 (duzentos) refeições ao dia.

curso operacionais, não entendeu-se cabível a futura expansão dos partícipes institucionais envolvidos nas ações deste projeto, pois haveria a necessidade da ampliação da estrutura para a realização dos eventos, o que com certeza atrasaria a celeridade dos atendimentos às pessoas presentes em busca de assistência jurídica gratuita, restando, em situações similares, oficiarmos aos órgãos de assistência pública estadual e municipal, com atribuição legal, para que supram as demandas.

Outrossim, mister esclarecer que estamos diante da implantação de políticas públicas de restrição à delegação de competência previdenciária às Varas Estaduais em todo âmbito nacional, oriundas da Lei nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que definiu o critério para exercício da competência delegada federal pela Justiça Comum Estadual a partir de 1º de janeiro de 2020, cuja aplicação no Estado do Rio de Janeiro, por força da Resolução Nº TRF2-RSP-2019/00091, de 17 de dezembro de 2019, manteve somente as Comarcas Estaduais de Itaocara, Mangaratiba e Paraty competentes para receberem ações previdenciárias, procedimento este, em nosso entendimento, totalmente equivocado, pois dissociado de medidas que ampliem o acesso da população carente à assistência jurídica gratuita.

Ainda neste cenário, é importante destacar que este projeto foi selecionado a concorrer ao Prêmio Innovare®, em sua edição no ano de 2020. Esta premiação tem como objetivo identificar, divulgar e difundir práticas que contribuam para o aprimoramento da Justiça no Brasil.

Ressalte-se que o atendimento à população é de caráter ecumênico, sempre cabendo tornar pública a informação de que os participantes de todos os credos são bem-vindos ao atendimento, não havendo qualquer tipo de discriminação religiosa e que em momento algum indagar-se-á sobre o credo e a religião de qualquer um dos presentes.

Por fim, concluímos, que a parceria com a Igreja Católica Apostólica Romana, por sua capilaridade representada nas Dioceses a nível nacional com alcance em todos os municípios do Brasil e a cada recanto de seus distritos, representa um modelo de atendimento itinerante de baixo custo e de fácil possibilidade para replicação, pode auxiliar efetivamente à prestação constitucional da assistência jurídica gratuita ao povo brasileiro, porém, de forma alguma vindo a substituir a implantação de sedes da DPU em todos os municípios que possuam sedes das justiças federais como determina o texto da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Victor Hugo S. Defensoria Pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista Defensoria Pública da União**, n.12 p. 1-480 jan/dez, 2019.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: *Fabris*, 1988.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. **Portal da Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: <<https://goo.gl/gxEX8K>>. Acessado em: 19 de maio 2020.

CNBB. **Texto Base da Campanha da Fraternidade** de 2019: Fraternidade e Políticas Públicas. Brasília: 2018.

FIRJAN. Retratos Regionais: perfil econômico regional. Região Sul Fluminense, 2015.

OLIVEIRA, Diego. **Democratização do Direito de Acesso à Justiça**: justiça itinerante. Trabalho de Conclusão do Curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília, 2018.

REIS, Elisa Pereira. **Pobreza no Brasil**: afinal de que se trata. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. Porto Alegre: **Revista Sociologias**, pp 20-45, 2006.

**TRABALHOS APRESENTADOS NO II PAINEL DE DEBATES
DO GRUPO “ESCREVENDO A DEFENSORIA PÚBLICA”
TEMÁTICA: MEMÓRIAS, CENÁRIOS E DESAFIOS**

WORKS PRESENTED IN THE II PAINEL OF DISCUSSIONS OF THE GROUP “WRITING THE DEFENDER”. THEMATIC: MEMORIES, SCENARIOS AND CHALLENGES

Cleber Francisco Alves

Doutor em Direito (PUC-Rio) com Estágio Pós-Doutoral na Universidade de Londres (Institute of Advanced Legal Studies). Professor Associado na Universidade Federal Fluminense e Professor Titular na Universidade Católica de Petrópolis. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

profcalvesdp@gmail.com

Edilson Santana Gonçalves Filho

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará e especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Professor convidado de cursos preparatórios para carreiras jurídicas e pós-graduação. Defensor Público Federal

edilson.santana@dpu.def.br

Jorge Bheron Rocha

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal com Estágio de Pesquisa na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Professor no Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Defensor Público do Estado do Ceará

bheronrocha@gmail.com

(Coordenadores)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. RESUMOS: 1 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: UM MANIFESTO EM DEFESA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO AUTORIDADE CENTRAL NOS ACORDOS INTERNACIONAIS, EM MATÉRIA PENAL. 2 OBRIGATORIEDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR: CONDICIONANTE LEGÍTIMA DO ACESSO À JUSTIÇA? 3 PROJEÇÃO INTERNACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E ATUAÇÃO ESTRATÉGICA BASEADA EM RELATÓRIOS INTEGRADOS. 4 NOVOS LUGARES DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA. 5 A ATUAÇÃO ATÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA JUNTO AO PLANTÃO JUDICIÁRIO. 6 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA MULTIDIMENSIONAL: REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE E DA PRÁTICA DA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HU-

MANOS. 7 A “COLABORAÇÃO PREMIADA” NA COMPETÊNCIA DO JÚRI. 8 A NATUREZA E OS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E VULNERÁVEIS PARA FINS DE PROTEÇÃO POR MEIO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO. 9 ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM SEDE POLICIAL: ANÁLISE COMPARATIVA DAS ALTERNATIVAS PROMISSORAS ADOTADAS NA EUROPA, ÁSIA E OCEANIA. 10 O EMBASAMENTO LEGAL PARA A COLABORAÇÃO QUE OS MUNICÍPIOS PODEM PRESTAR À DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. 11 DEFENSORIA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO CONTRA-HEGEMÔNICA DE DEMOCRACIA DIRETA E PARÂMETROS DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL.

INTRODUÇÃO

Em novembro de 2019, na cidade de Rio de Janeiro, foi realizada a segunda edição do PAINEL DE DEBATES do Grupo “ESCREVENDO A DEFENSORIA”, durante o qual foram apresentados trabalhos de Defensores Públicos de diversas regiões do Brasil, dos mais variados ramos da instituição, incluindo-se membros das Defensorias Públicas dos Estados e da Defensoria Pública da União. Foram admitidos à participação quaisquer interessados, desde que membros das referidas instituições, mediante a apresentação de “comunicações livres”, realizadas oralmente, sobre temas que haviam sido indicados em resumos escritos, previamente apresentados e aprovados pela comissão avaliadora. Para maior difusão e intercâmbio de ideias, esses resumos estão sendo agora publicados na Revista da Defensoria Pública da União. Os trabalhos apresentados no I Painel de Debates (que foi realizado em 2017) também foram publicados, no 11º número da Revista da Defensoria Pública da União. Há registro de que os trabalhos que fizeram parte daquela publicação foram citados em trabalhos científicos, o que revela o potencial estratégico do Painel para a pesquisa e divulgação institucional. O Grupo “Escrevendo a Defensoria” foi criado através do aplicativo de comunicações eletrônicas *WhatsApp* e é formado por Defensores Públicos e Defensoras Públicas engajados na produção científica, com desdobramentos não apenas teóricos, mas - e principalmente - práticos.

RESUMOS

1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: UM MANIFESTO EM DEFEZA DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO AUTORIDADE CENTRAL NOS ACORDOS INTERNACIONAIS, EM MATÉRIA PENAL

*Welmo Edson Nunes Rodrigues.
Defensor Público Federal
welmo.rodrigues@dpu.def.br*

A Constituição Federal de 1988 enumera como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana¹, afirma a prevalência dos direitos humanos no âmbito de suas relações internacionais² e ressalta o papel da Defensoria Pública como instituição vocacionada à sua promoção³.

A crescente e contínua movimentação de pessoas, bens, serviços, informações e capitais, a globalização e a revolução tecnológica impulsionaram o desenvolvimento de mecanismos que permitissem o auxílio mútuo entre os Estados para além de suas fronteiras. A Cooperação Jurídica Internacional surge como instrumento por meio do qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita, a outro Estado, medidas administrativas ou judiciais⁴.

Não bastassem os inúmeros instrumentos domésticos de provocação exclusiva por parte dos órgãos de persecução penal⁵, os acordos internacionais em matéria penal assinados pelo Governo Brasileiro, atendem, quase que exclusivamente, aos interesses da acusação⁶. O principal motivo é que tais instrumentos visam conferir justamente maior efetividade no combate à criminalidade transnacional. Acresça-se, ainda, o fato de que a Autoridade Central na maioria desses acordos é o Ministério da Justiça e Segurança Pública⁷.

¹ CF, art. 1º, III.

² CF, art. 4º, II

³ CF, art. 134.

⁴ Existem diversos instrumentos de cooperação jurídica internacional, podendo ser destacados os seguintes: a) auxílio direto; b) carta rogatória; c) cooperação por meio de tratados específicos; d) homologação de sentença estrangeira; e) extradição; f) transferência de pessoa condenada.

⁵ Sem a pretensão de esgotar os vários instrumentos destinados a produzir provas contra o réu, destacamos: a interceptação das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, inc. XII e Lei no 9.296/98), a quebra do sigilo bancário e fiscal (CF, art. 5º, inc. X e XII e Lei Complementar 105/01), a colaboração premiada (Lei 12.850/13), a identificação criminal (CF art. 5º, inc. LVII e Lei 12.037/2009, nela incluídos a identificação datiloscópica, fotográfica e, agora, a obtenção do perfil genético), os relatórios produzidos por órgãos técnicos e de inteligência da Polícia Federal, da Receita Federal e do COAF.

⁶ Indicadores do Ministério da Justiça e Segurança Pública comprovam o disparate no tocante CJI Penal e RA por órgão requerente (cooperação ativa, aquela solicitada por autoridades brasileiras para a realização de diligências no estrangeiro, atualizados até 30 de junho de 2019): Poder Executivo Federal (0,4%); Ministério Público Estadual (6,4%); Polícias Estaduais (7,2%); Polícia Federal (8%); Ministério Público Federal (16,8%); Judiciário Federal (23,9%); Judiciário Estadual (37,5%). Fonte: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas>. Consulta em 10/10/2019.

⁷ A Autoridade Central é o órgão responsável pela recepção, transmissão, adequação e acompanhamento dos pedidos de cooperação. Além do Ministério da Justiça e Segurança Pública, alguns outros tratados internacionais preveem como autoridades centrais no Brasil para determinados casos: a Procuradoria-Geral da República e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Nesses termos, a falta de iniciativa e discussão por parte da Defensoria Pública na elaboração dos acordos internacionais em matéria penal, aliados ao fato de a instituição não figurar como Autoridade Central em nenhum deles, acaba por favorecer aos órgãos da acusação e desequilibrar o princípio da paridade de armas.

Portanto, para a correção dessas distorções, é fundamental adotar medidas legislativas e administrativas para que a Defensoria Pública ocupe esse *locus* que lhe é próprio no âmbito da Cooperação Jurídica Internacional, tornando-a mais acessível e efetiva, sobretudo pela adoção de mecanismos facilitadores de respostas céleres e indispensáveis para um embate processual mais justo⁸.

⁸ Em importante precedente a Primeira Turma do STF reconheceu que a possibilidade de uso do auxílio direto sem a necessidade de provocação do Poder Judiciário, mesmo em se tratando de procedimento criminal, utilizando como fundamento no CPC (STF. 1ª Turma. Pet 5946/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 16/8/2016). CPC, art. 32. “No caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotará as providências necessárias para seu cumprimento”. Talvez este seja o terreno mais fértil para a atuação da Defensoria Pública.

2. OBRIGATORIEDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO NA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR: CONDICIONANTE LEGÍTIMA DO ACESSO À JUSTIÇA?

Júlio Camargo Azevedo
Defensor Público do
Estado de São Paulo
jc_academico@yahoo.com.br

Pedro González
Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro
pgmontes@gmail.com

Em tempos de neoliberalização do processo, observa-se um movimento cada vez mais frequente na doutrina no sentido de autorizar a extinção judicial de demandas de consumo por suposta carência de interesse processual, quando não comprovado pelo autor o uso prévio da plataforma consumidor.gov.br. Nessa linha, sustentam os defensores da tese a viabilidade do indeferimento da inicial, com fulcro nos artigos 6º, 10, 321 e 330, inciso III, do CPC/2015¹. Diante dessa premissa, o presente ensaio objetiva oferecer um contraponto. Isso porque, a despeito da relevância e potencial da aludida plataforma, referido entendimento ignora a realidade de parcela da população do país, que em função de *vulnerabilidades* específicas (socioeconômica, etária, linguística etc.), suporta maiores dificuldades com sistemas eletrônicos, alimentando um círculo vicioso de exclusão digital. Com efeito, a compreensão do acesso à justiça em seu sentido material (acesso à ordem jurídica justa²), impede seja a plataforma enxergada como via obrigatória, devendo, antes, ser encarada como mais um instrumento possível para exercício da pretensão de direito material e para a resolução extrajudicial de conflitos em um sistema multiportas. Para tanto, a pretensão pode ser exercida por qualquer meio lícito – SAC, e-mail, ouvidoria, PROCON etc. – e não só pela aludida plataforma. Ademais, nas hipóteses em que verificado o não exercício da pretensão, à luz dos princípios da eficiência e da primazia do mérito (art. 4º, CPC/15), possível sustentar a aplicação analógica do artigo 23 da Lei Geral de Mediação, a fim de se permitir a suspensão do processo, fixando-se prazo razoável para que a parte autora busque a solução extrajudicial do problema³. Tal não deve se dar, entretanto, à revelia de ambiente adequado e instrumentos propícios para tanto. Harmoniza-se, assim, a concepção contemporânea de acesso à justiça com a necessária proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade.

¹ ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; MACHADO, Marcelo Pacheco; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br. **Migalhas**, Tendências do Processo Civil. 17 jun. 2019. Disponível em: www.migalhas.com.br/TendenciasdoProcessoCivil/134,MI304544,91041-Releitura+do+principio+do+acesso+a+Justica+A+necessidade+de+previo. Acesso em 15 set. 2019.

² Expressão de Kazuo Watanabe, cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 128.

³ Em sentido semelhante: WATANABE, Kazuo; DUARTE, Ricardo Quass; GONÇALVES, Caroline Vicentini Ferreira. Parecer à empresa Mercado Livre Atividades de Internet Ltda.

3. PROJEÇÃO INTERNACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTITUIÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E ATUAÇÃO ESTRATÉGICA BASEADA EM RELATÓRIOS INTEGRADOS

Mariana Carvalho de Paula de Lima
Defensora Pública do Estado de Minas Gerais
marycplima@yahoo.com.br

Sob a perspectiva pós-westfaliana, o pluralismo ganha forma de sociedade multicêntrica, proteção multinível e entrelaçamento de ordens jurídicas. No âmbito da Defensoria, a proteção multinível deve implicar sua atuação como Instituição Nacional de Direitos Humanos. Isso significa, no âmbito interno, uma “leitura progressista da Constituição, na qual os direitos humanos funcionem como um fator de conexão essencial entre sociedades nacionais e como o fundamento da sociedade internacional¹. Propõe-se, assim, a confecção de relatórios nacionais sobre violações de direitos humanos para o intercâmbio de informações entre as Defensorias Públicas e seus corolários jurídicos. Um dos objetivos de destaque é a projeção internacional da Defensoria Pública. Nesse sentido, a atuação junto da ONU viabiliza a participação das minorias na reconstrução dos conteúdos jurídicos inerentes aos direitos humanos (novos freios e contrapesos em termos de governança global). A participação das minorias no âmbito internacional intermediada pela Defensoria garante o papel de transformar a “identidade-resistência” em “identidade projeto”².

REFERÊNCIAS

ALENCAR, António M. Cisneros de. Cooperação entre Sistemas Global e Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal. *In SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur* – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.7, n.13, dez.2010. São Paulo, 2010. p. 177-192. Disponível em www.revistasur.org. Acesso em: 14 de abr. 2019.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo** – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARNAULT, António. “**Cidadania e Liberdade**”. *In* EDUARDO PAZ FERREIRA *et al* (org.), Francisco Salgado Zenha Liber Amicorum. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

¹ ESPÓSITO, Carlos. El Derecho internacional de los derechos humanos. In: GARGARELLA, Roberto. La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedade igualitaria. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011. p. 345.

² Segundo Sobre o tema, Manuel Castells denomina identidade-resistência como aquela em que grupo de pessoas que se sentem politicamente, culturalmente ou socialmente rejeitadas reagem construindo face à ilegitimidade representativa. Para tanto, são munidos com os seus elementos de história e formas de auto-identificação, os quais viabilizam o enfrentamento do sistema posto – sistema este no qual essa identidade consistiria em um elemento de subordinação. Há, ainda, segundo o mesmo autor, a identidade-projeção (“project identity”) cuja estrutura é baseada na auto-identificação, sempre com elementos culturais, históricos e territoriais, mas com um viés de construção de um projeto coletivo, a partir do qual passa, então, a ser um projeto nacional, geral, um projeto padrão, como, por exemplo, os projetos ambientais e os feministas.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1a ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BLOME, Kerstin; FISCHER-LESCANO, Andreas; FRANZKI Hannah; MARKARD, Nora; OETTER, Stefan. *Contested Regime Collisions : Norm Fragmentation in World Society*. New York: Cambridge University Press, 2016. Disponível em https://books.google.pt/books?id=GvE4DAAAQ-BAJ&pg=PA197&lpg=PA197&dq=ssrn.com/abstract%3D1317766&source=bl&ots=gf3-UP-vCf_&sig=ACfU3U24CO_4mtJSbzD1A75bx7zRU_8p5w&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwi5qfjX0obgAhUxM-wKHxzBDXMQ6AEwBH0ECAUQAQ#v=onepage&q=ssrn.com%3D1317766&f=false. Acesso em: 15 abr.19.

BRAUDILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas, o fim do social e o surgimento das massas**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. 10. reimp. 2011. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Traduzido por Joana Angélica d'Avila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTELLS, Manuel. **"Globalisation and Identity"**. Quaderns de la Mediterrània, Num. 14, 2010 disponível em <http://www.manuelcastells.info/es/work> acesso em 13 abr. 2019.

DELUCHEY, Jean-François. **O governo dos direitos humanos na era neoliberal**. *In*: Laurence Burgogue-Larsen; Antonio Maués; Beatriz Eugenia Sánchez Mojica. (Org.). *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. Manual. 1ed.Barcelona: DHES - Rede de Direitos Humanos e Educação Superior, 2014, v. 1.

ESPÓSITO, Carlos. **El Derecho internacional de los derechos humanos**. *In*: GARGARELLA, Roberto. *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedade igualitaria*. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. "Más Allá de la Soberanía y la Ciudadanía: un Constitucionalismo Global", in *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 9, Octubre, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRASER, Nancy. *A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação*. Trad. por TAVARES, Teresa. *In*: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº63, outubro de 2002.

FRASER, Nancy. *Reframing justice in a globalizing world (reenquadrando a justiça em um mundo globalizado)*. n. 77. **Lua Nova**, São Paulo, 2009. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452009000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452009000200001>.

GADOTTI, Giselle Araujo. *Do constitucionalismo ao transconstitucionalismo: considerações sobre o(s) sentido(s) do constitucionalismo na contemporaneidade com especial referência aos direitos fundamentais*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. 2013

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, vol. 11 p. 55-65 Vol. 11, 1997. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/250983511_A_reconstrucao_dos_direitos_humanos_a_contribuicao_de_Hannah_Arendt. Acesso em: 15 abr. 2019.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra, 2010.

LYER, Kirsten Roberts. '**National Human Rights Institutions**', in **Human Rights Institutions, Tribunals and Courts – Legacy and Promise**. Gerd Oberleitner & Steven Hoadley eds. Springer Major Reference Works handbook series, 2018.

MATIAS, Daniela de Oliveira Lima. **O Relatório Periódico Universal como novo mecanismo de monitoramento internacional: inovações, funcionamento e o desempenho brasileiro nos dois primeiros ciclos**. Dissertação de mestrado. João Pessoa, 2014. Disponível em http://rpubrasil.org/wp-content/uploads/2016/07/Matias_2014_O-RPU-como-novo-mecanismo-de-monitoramento-internacional.pdf acesso em 16 abr.19.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. (Português). **Lua Nova**, [s. l.], v. 93, p. 205 e 206, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=100950474&lang=pt-pt&site=eds-live&authtype=sso> . Acesso em 14.04.2019.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2a ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Forense, 2009.

ROBERTSON, Roland. '**Glocalization: Time-Space and Homogeneity/Heterogeneity**', in *Mike Featherstone et al.* (eds) *Global Modernities*. London: Sage, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Derechos humanos, democracia y desarrollo**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia Y Sociedad, De justicia, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Fim do Império Cognitivo – A afirmação das epistemologias do Sul**. Coimbra: Editora Almedina, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos *in: Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº48, junho de 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHIKHELMAN, Vera. **Diversity and Decision-Making in International Judicial Institutions:**

the United Nations Human Rights Committee as a case study, 36, issue 1. Berkeley International Law, 2018.

TUSHNET, Mark V., **The Inevitable Globalization of Constitutional Law**. Hague Institute for the Internationalization of Law; Harvard Public Law Working Paper No. 09-06. December 18, 2008. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1317766> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766> Acesso em 15.04.19.

VEIGA, Paula. Cidadania. Cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**: Universidade de Coimbra, V. 82, 2006.

VIEIRA, Litszt. **Cidadania Global e Estado Nacional**. vol. 42, número 3 (1999). Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 1999, p. 395-419 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000300001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt acesso em 14.04.2019.

WIENER, Antje; JR. F. LANG, Anthony; TULLY, James; MADURO, Miguel Poiares e KUMMM, Mattias. **Global Constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law**. Volume 1, edição 1 Março de 2012. New York: Cambridge University Press, 2012. p.1-15. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/journals/globalconstitutionalism/article/global-constitutionalism-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law/8169B3B34312258FCC023A6CE2AD5B69#>. Acesso em: 15 abr. 2019.

4. NOVOS LUGARES DA DEFENSORIA PÚBLICA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Bruno de Almeida Passadore
Defensor Público do Estado do Paraná
bruno.passadore@defensoria.pr.def.br

Talitha Viegas Borges
Defensora Pública do Estado da Bahia
talitha.borges@defensoria.ba.def.br

A proposta de estudo é traçar um esboço acerca de novos papéis da Defensoria Pública, partindo do resgate da memória institucional e, assim, apresentar novas perspectivas de atuação frente aos desafios que se impõem à Democracia brasileira.

Uma análise retrospectiva revela a opção pelo modelo público para garantia de acesso à justiça aos necessitados, optando-se especificamente pelo sistema consagrado no Rio de Janeiro. Esse modelo público guarda em sua essência a busca pela aproximação dos necessitados aos tribunais e igualmente a concretização dos objetivos constitucionais.

Considerando a doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o distanciamento entre os tribunais e os necessitados representa um dos principais entraves ao “acesso à justiça”. Para a superação destes entraves e efetivo acesso à justiça, os autores propõem algumas abordagens, denominadas de “ondas renovatórias”. A partir desses escólio, procura-se resgatar a afirmação histórica da Defensoria Pública no Brasil.

Em sua gênese a vontade primeira era de que a instituição se dedicasse exclusivamente à defesa e promoção de direitos individuais daqueles que não dispusessem de recursos, retratando assim a primeira onda renovatória. Isso se modificou com o alargamento das funções do órgão, sobretudo no sentido de abarcar direitos transindividuais, caracterizando, portanto, a segunda onda renovatória.

Posteriormente, em sentido evolutivo e no intuito de reforçar e conferir ainda maior estabilidade à atuação defensorial, constitucionalizou-se, sob o ponto de vista formal, seu relevante papel ao regime democrático e à concretização dos Direitos Humanos, através da EC 80/2014.

Assim, o Estado, através do constituinte derivado, reconhecendo as dificuldades do seio social, bem como a persistência das mazelas sociais e graves desigualdades, buscou acelerar essa mudança atribuindo à Defensoria Pública novas vertentes de atuação com o objetivo de superação dessas desigualdades e efetivação dos Direitos Humanos. Esses novos campos de atuação, constituem o projeto de estudo aqui apresentado.

5. A ATUAÇÃO ATÍPICA DA DEFENSORIA PÚBLICA JUNTO AO PLANTÃO JUDICIÁRIO

Adolfo Filgueiras Etienne
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
adolfoetienne@hotmail.com

Embora não esteja disciplinada na Lei Complementar 80/94, a Defensoria Pública atua perante os plantões judiciários. Estes plantões funcionam normalmente no período noturno e nos fins de semana ou feriados para atender demandas extraordinariamente urgentes, ou urgentíssimas. Estas demandas se caracterizam por objetivarem evitar grave dano à parte, e também por não poderem aguardar o expediente normal forense para serem propostas, sob pena o grave dano se concretizar, como por exemplo demandas de saúde. Esta característica impossibilita que o autor procure um advogado, pois isto demandaria tempo, e diante deste grave quadro de urgência, o mais rápido a fazer é ir direto para o plantão judiciário onde se encontra em funcionamento a Defensoria Pública. Por outro lado, os horários e dias de funcionamento do plantão judiciário são justamente mais difíceis de fazer contato com advogados. Como encontrar um advogado às 02hs? Como encontrar um advogado no domingo, ou no meio de um feriado? Estas circunstâncias demonstram a grande dificuldade de se obter um advogado mesmo para pessoas com recursos financeiros para arcar com seus custos. Diante da umbilical ligação existente entre a Defensoria Pública e o direito de acesso à justiça, obviamente o Defensor não pode deixar de atuar em um caso de plantão quando a parte for abastada. Verificado este fato, o Defensor deve propor a demanda, solicitando que sejam arbitrados honorários advocatícios em favor da instituição, sendo que findada a urgência, o Defensor deve deixar de atuar no caso, pois a razão de sua atuação teria cessado.

6. A ASSISTÊNCIA JURÍDICA MULTIDIMENSIONAL: REFLEXOS DO PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE E DA PRÁTICA DA LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

André Carneiro Leão
Defensor Público Federal
andrecarneiro.dpu@gmail.com

Os estudos sobre a Defensoria Pública no Brasil têm destacado as diversas formas de participação da instituição no âmbito processo judicial. Eles têm revelado atuações cada vez mais especializadas nas demandas individuais (com a formação de núcleos e grupos de trabalhos com atribuições delimitadas por matérias), o investimento em demandas coletivas e também formas de intervenção *sui generis* na relação jurídico-processual (de que é exemplar a nova figura de *custos vulnerabilis*). Faz-se necessário, por outro lado, ampliar a pesquisa sobre a atuação extraprocessual da Defensoria, buscando identificar os serviços que ela pode prestar também fora do foro. Este trabalho dedicar-se-á ao preenchimento do sentido do princípio da integralidade previsto no art. 5º, LXXIV, da Constituição. A perspectiva nele adotada é a de que a assistência jurídica só será efetivamente *integral* se incluir também todas as dimensões da defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática. Para possibilitar a exposição dessas múltiplas dimensões, foi pesquisada a forma como tem ocorrido no Brasil a chamada litigância estratégica em direitos humanos (ou aquilo que poderíamos chamar de ativismo jurídico ou, ainda, de advocacia multidimensional). Parte-se das pesquisas sobre litígio estratégico e sobre *cause lawyering*¹, a fim de se perceber quais dessas dimensões podem ser também oferecidas institucionalmente aos que mais necessitam. Como resultado da pesquisa, notou-se que a assistência jurídica multidimensional (integral) deverá compreender, ao menos: uma adequada articulação em rede com os movimentos sociais; o *advocacy* no Congresso Nacional com a representação dos interesses dos vulnerabilizados na tramitação de projetos de leis que lhes afetem; a participação em espaços de controle social (conselhos) e o monitoramento de políticas públicas; a educação em direitos; a promoção do discurso dos direitos humanos na mídia e nas redes sociais; e, por fim, a litigância estratégica propriamente dita, que representaria uma nova dimensão da já tradicional dimensão judicial.

¹ SARAT; SCHEINGOLD, 1995.

7. A “COLABORAÇÃO PREMIADA” NA COMPETÊNCIA DO JÚRI

*Paulo César Oliveira do Carmo
Defensor Público do Estado do Ceará
drpaulocesarcarmo@gmail.com*

O objetivo é abordar a realização do instituto da “colaboração premiada”, prevista no âmbito de um microsistema que rege a colaboração voluntária do réu, nos crimes de competência do Tribunal do Júri. Analisa-se, sucintamente, a colaboração voluntária do réu, como fundamento probatório exclusivo na decisão de pronúncia, bem como a sua aplicação/utilização na fase investigatória e processual, incluindo nessa, a sua aplicação no plenário do tribunal do júri.

No Brasil, o instituto é previsto, com contornos de norma geral, na Lei nº 9.807/99 (programa especial de vítima e testemunha - arts. 13 e 14) e, como temática especial e mais completa quanto ao regramento de sua aplicação e forma, na Lei nº 12.850/13, art. 4º, (crime organizado – diploma revogador da lei nº 9.034/95); bem como em outros diplomas legais, tais como: Lei nº 9.613/98, art. 1º, § 5º (com a redação conferida pela Lei nº 12.683/12 - lavagem de dinheiro); Lei nº 8.072/90, art. 8º, parágrafo único (crimes hediondos); Lei nº 8.137/90, art. 16, parágrafo único (crimes contra a ordem tributária); Lei nº 7.492/86, art. 25, § 2º (crimes contra o sistema financeiro nacional); Código Penal, art. 159, § 4º (extorsão mediante sequestro); Lei nº 12.529/11, art. 87 (acordo de leniência); Lei nº 12.846/13, arts. 16 e 17 (lei anticorrupção) e Lei nº 11.343/06, art. 41 (tráfico de drogas).

Uma das questões a ser enfrentada parte da premissa de que, contra determinado acusado, não há outra prova a não ser a declaração fornecida pelo delator quando do acordo de colaboração premiada. Diante dessa questão, o que importa é saber se a pronúncia pode ser fundamentada exclusivamente nas declarações do agente colaborador.

Por lei a decisão de pronúncia tem dois pressupostos: prova da materialidade delitiva e indício suficiente de autoria. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, a análise do juiz restringe-se à verificação da presença do *fumus boni juris*, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência.

Certamente que a acusação feita pelo agente colaborador, isoladamente, é indício insuficiente de autoria para embasar a pronúncia, posto que o rito da segunda fase do Tribunal do Júri é precário em termos instrutórios, que certamente restará apenas a delação como única prova para eventual condenação. Além disso, a inexistência de fundamentação do Conselho de Sentença pode ensejar uma condenação tão somente com base na delação (ou na confissão), afrontando a norma do parágrafo 16, do art. 4º da Lei nº 12.850/13 (ou a norma do art. 197 do CPP), que proíbe a condenação com base apenas na colaboração. Portanto, não se pode conceber um sistema que impede a condenação pelo juiz togado quando há somente a colaboração premiada (ou a confissão ou a delação sem prêmio) em crimes comuns, e, na mesma situação, autoriza os juízes leigos a condenarem quando do julgamento de crimes dolosos contra a vida.

No que tange ao momento da realização da colaboração voluntária do réu nos crimes de competência do Tribunal do Júri, há entendimentos doutrinários de que a colaboração realizada na fase investigatória é desnecessária a homologação pelo Conselho de Sentença, destarte na fase processual, seja na primeira ou segunda fase do rito do júri, a competência para o reconhecimento do benefício seria do Conselho de Sentença. Outra corrente prega o entendimento de que a homologação será sempre do juiz togado, pois não há apreciação de mérito, mas apenas aferição sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade. E há outros entendimentos no sentido de que dependerá da natureza do prêmio para verificar se haverá homologação pelo juiz togado (casos de perdão ou extinção do processo) ou pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri (quando se tratar apenas de dosimetria da pena, uma causa de diminuição de pena, mediante quesitação própria).

Entendemos que compete aos jurados, independentemente da natureza do prêmio quando há pronúncia, ou seja, quando há o reconhecimento da competência do Tribunal do Júri, cabendo aos jurados analisarem por quesitação, segundo o pleito da defesa sustentada em plenário, ainda que o acordo seja realizado após a pronúncia e antes da sessão de julgamento. A colaboração na fase investigativa e na primeira fase do júri, cabe ao juiz togado a homologação.

Agora caso o réu em seu interrogatório em plenário, colabore voluntariamente, passa a obter o direito aos prêmios previstos em lei, de acordo com os termos e efeitos de sua colaboração, de forma que a Defesa sustente em plenário e devendo ser objeto de quesitação aos jurados. Neste caso, com base na plenitude de defesa, não necessita haver uma aquiescência por parte do Ministério Público, não cabendo questionamento quanto a legitimidade e a forma, independentemente do diploma legal específico, ou seja, sendo admissível a utilização de qualquer diploma do microsistema de colaboração voluntária do acusado.

REFERÊNCIAS

- MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4ª., Rio de Janeiro: Forense, 2018
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2014
- GOMES, Luiz Flávio. SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: Juspodivm, 2015
- ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado: análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. Curitiba: Juruá, 2016
- CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. **Colaboração premiada**. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_autores> Acesso em: 22 out. 2019
- FILHO, Clóvis Alberto Volpe. **Da impossibilidade de pronúncia ser lastreada unicamente na palavra do delator**. Disponível em <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/348/272>> Acesso em: 21 out. 2019

8. A NATUREZA E OS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS E VULNERÁVEIS PARA FINS DE PROTEÇÃO POR MEIO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA PERSPECTIVA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Edilson Santana Gonçalves Filho
Defensor Público Federal
edilson.santana@yahoo.com.br

Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes
Defensor Público do Estado de São Paulo
marcoslopesgomes@hotmail.com

Os expositores pretendem elaborar uma análise da proteção dos animais não humanos e, de forma ainda mais geral, da natureza, enquanto sujeitos de direitos, a partir de uma nova perspectiva trazida pelas reflexões do Constitucionalismo Latino-Americano, bem como por meio de uma análise contemporânea dos Direitos Humanos, em consonância a missão constitucional da Defensoria Pública e, ainda, com o conceito de vulnerabilidade. O referido conteúdo, atualmente, está inserido em um cenário marcado pelo fortalecimento da preocupação com o meio ambiente no cenário mundial.

De forma objetiva, pretende-se demonstrar que os animais não humanos e elementos da natureza (como um rio, por exemplo) possuem uma dignidade a eles inerentes e, conseqüentemente, se enquadrariam no conceito de vulnerabilidade previsto no artigo 134 da Constituição Federal, a partir de uma cosmovisão ecológica, merecendo salvaguarda independente de interesse humano adjacente.

Nada obstante o Brasil se tenha seguido um modelo de clara influência eurocêntrica em suas constituições, inclusive na Constituição Federal de 1988, o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, pensado, em termos temporais, paralelamente ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo, apresenta novas perspectivas epistemológicas que possibilitam repensar institutos constitucionais, especialmente nos países periféricos (ou do Sul).

O giro sociobiocêntrico representa uma das alterações paradigmáticas plasmadas por este no novo constitucionalismo, por via do *buen vivir*, ao situar a vida e a natureza como eixos centrais das políticas públicas estatais. Além disso, o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano consagra como questão fundamental e prioritária a preocupação com o aumento no nível de democracia nas relações institucionais, intensificando os mecanismos de participação social.

Assim, são mantidos os avanços do neoconstitucionalismo, mas aperfeiçoados pela nova corrente jurídico-constitucional, que leva em conta fatores histórico-culturais locais, no que se insere, no contexto do Brasil e outros países da América do Sul, a relação de povos tradicionais com a natureza, que se afasta do antropocentrismo para estabelecer uma evolução (ou resgate) desta perspectiva ecológica.

Na doutrina brasileira, encontra-se já posições em defesa de direitos fundamentais aos animais não humanos, inclusive enquadrando-os como de quinta dimensão. No âmbito convencional e legal destacamos que a Declaração Universal dos Direitos dos Animais – Unesco – ONU (Bruxelas – Bélgica, de 27 de janeiro de 1978), de forma expressa, reconhece direitos aos animais. No contexto latino-americano, destacam-se as constituições do Equador

(2008) e da Bolívia (2009), indicadas como expressões deste novo constitucionalismo.

Neste cenário, em virtude do desequilíbrio existente entre homem e natureza, consideramos que os animais não humanos fazem parte de uma nova dimensão do conceito de vulnerabilidade, ao lado de outras, como a vulnerabilidade econômica (mais tradicional) e a vulnerabilidade organizacional. Portanto, caberia à Defensoria Pública, a salvaguarda da natureza (dos animais não humanos, rios, lagos, montanhas) não em razão do direito humano ao meio ambiente equilibrado, mas em virtude de uma suposta dignidade a eles inerentes, como próprios sujeitos de direitos, adequando e atualizando a interpretação do artigo 134 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, página 31.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. **A Defensoria Pública e a tutela coletiva de direitos: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. **Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 3ª Edição. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; Rodríguez, José Luis Exeni (Editores). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

_____. **La refundación del Estado en América Latina**. In: Coraggio, José Luis, Laville, Jean-Louis (orgs.) **Reinventar la izquierda en el siglo XXI: Hacia un diálogo Norte-Sur**. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), 299-315. Também publicado na Argentina, por Universidad Nacional de General Sarmiento/CLACSO, 2014.

9. ASSISTÊNCIA JURÍDICA EM SEDE POLICIAL: ANÁLISE COMPARATIVA DAS ALTERNATIVAS PROMISSORAS ADOTADAS NA EUROPA, ÁSIA E OCEANIA

*Cleber Francisco Alves
Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro
profc Alvesdp@gmail.com*

*Diogo Esteves
Defensor Público do
Estado do Rio de Janeiro
diogocoutoesteves@gmail.com*

Dentre as múltiplas vertentes da desigualdade que impedem ou dificultam o acesso à justiça, o tratamento concedido ao acusado durante a fase de investigação policial talvez seja o exemplo mais axiomático da iniquidade entre ricos e pobres no sistema de justiça brasileiro. Embora a Constituição Federal reconheça expressamente como direitos fundamentais “o contraditório e ampla defesa” (art. 5º, LV), o acompanhamento por advogado durante a prisão (art. 5º, LXIII) e “a assistência jurídica integral e gratuita” prestada pela Defensoria Pública (art. 5º, LXXIV c/c art. 134, caput), essas promessas constitucionais carecem de implementação prática no cotidiano das Delegacias de Polícia de todo o país. Mesmo tendo o art. 4º, XIV da LC nº 80/1994 formalizado a previsão de atuação da Defensoria Pública em sede policial para “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”, atualmente nenhuma das Defensorias do país possui estrutura funcional suficiente para permitir a criação de órgãos de atuação com atribuição conexa às Delegacias de Polícia, a fim de garantir o regular acompanhamento das investigações. Na prática, a Defensoria Pública apenas recebe a comunicação da prisão em flagrante, nos termos dos arts. 306, § 1º, e 289-A, § 4º do CPP, exercendo uma fiscalização documental (e muitas vezes ineficaz) da legalidade do ato policial. As soluções tradicionais para o enfrentamento do problema dependem de elevados investimentos orçamentários, dificultando a adoção de medidas efetivas no atual cenário de austeridade. Por essa razão, o presente trabalho pretende realizar a análise comparativa dos modelos adotados por países da Europa, Ásia e Oceania, que também já enfrentaram o problema da assistência jurídica em sede policial e adotaram alternativas promissoras para garantir a proteção dos direitos do suspeito custodiado.

10. O EMBASAMENTO LEGAL PARA A COLABORAÇÃO QUE OS MUNICÍPIOS PODEM PRESTAR À DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA

Cleber Francisco Alves
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
profcalvesdp@gmail.com

Jorge Bheron Rocha
Defensor Público do Estado do Ceará
bheronrocha@gmail.com

A Constituição Federal de 1988 optou pela institucionalização das Defensorias Públicas como modelo de efetivação, pelo Estado, do acesso integral e isonômico de todos os cidadãos à Justiça e à fruição plena dos direitos – e ao correlato cumprimento dos deveres e obrigações – especialmente por parte daqueles considerados “necessitados”¹. O texto constitucional indica expressamente que cabe à União, Distrito Federal e Estados membros criar e manter as Defensorias Públicas, instituições permanentes e essenciais à função jurisdicional. Há nitidamente uma simetria e paridade na concepção adotada pela Carta Magna relativamente ao tratamento dado ao Ministério Público e ao próprio Poder Judiciário, no sentido de que – diferentemente do que ocorre com os outros dois Poderes (Legislativo e Executivo) – não é admissível que os Municípios criem órgãos próprios para desempenhar funções constitucionalmente estabelecidas como de competência de tais entes estatais que compõem o aparato dos serviços públicos da Justiça. Essa questão fica ainda mais nítida quando o texto constitucional também retira dos Municípios a competência para legislar sobre assistência jurídica, impedindo, portanto, não apenas a criação de Defensorias Públicas municipais, mas também de outros órgãos análogos. Contudo, não há impedimento no ordenamento jurídico para que as Defensorias Públicas dos Estados e da União recebam algum tipo de apoio e colaboração dos Municípios para melhor desempenhar seu múnus constitucional. Pelo contrário, consideramos que há inclusive expresso embasamento legal que dá respaldo a tal possibilidade, ou seja, o texto do art. 1º, da vetusta Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 – que é um dos poucos dispositivos dessa Lei que não foi revogado pelo Novo Código de Processo Civil – expressamente estabelece que os Municípios podem “colaborar” com a União e o Estado na prestação da assistência judiciária² aos necessitados. Essa colaboração de fato tem sido frequente pelo Brasil afora, e pode se dar, por exemplo, mediante cessão de servidores e de estagiários, cessão de prédios, equipamentos e mobiliário, como sói ocorrer com o Poder Judiciário e o Ministério Público. É importante difundir essa previsão do ordenamento jurídico para dar suporte às prefeituras que demonstrem preocupação com a questão do acesso à justiça de seus municípios, especialmente nos lugares onde a Defensoria Pública ainda não esteja estruturada: tais municípios, embora não possam tomar a iniciativa de eles próprios criarem serviços sucedâneos para suprir essa falta, tem amparo expresso no princípio da legalidade para oferecer colaboração imprescindível para viabilizar a instalação de órgãos defensoriais pelos respectivos Estados e pela União.

¹ Termo que consta do texto constitucional, no Art. 134, e cujo sentido originariamente era compreendido apenas na perspectiva da carência econômico-financeira, mas que ao longo do tempo vem sendo reinterpretado para abranger todo tipo de situação de vulnerabilidade.

² Por se tratar de norma anterior à Constituição de 1988, sua recepção deve ser feita considerando a nova concepção constitucional mais abrangente, de que a assistência a ser concedida não é meramente a judiciária, mas a assistência jurídica integral, na forma do Art. 5º, LLXXIV da Lei Fundamental.

11. DEFENSORIA PÚBLICA COMO EXPRESSÃO CONTRA-HEGEMÔNICA DE DEMOCRACIA DIRETA E PARÂMETROS DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL

Glauce Mendes Franco
Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro
glaucefranco@gmail.com

*“Se eu fizer poesia
com tua miséria
ainda te falta pão
pra mim não”¹²*

A Defensoria Pública não pode ser mais um espaço simbólico de desterro que constanja o necessitado de justiça³, tendo a pretensão de falar em nome dele⁴, e, deste modo, mantendo-o em perpétua situação de desigualdade, subalternidade, precarização, exclusão e opressão, ainda que a pretexto de propiciar acesso à justiça, devendo atuar apenas como mero megafone que amplifique as vozes que querem se fazer ouvir e compreender e as demandas que lhe são trazidas.

Deve a Defensoria Pública, assim, ajustar as suas condutas e metas institucionais pela oitiva permanente daqueles a quem se presta a servir. As suas competências, a sua independência, colocá-las ao dispor dos que necessitam da sua capacidade instrumentaliza-

¹ Cabe, a propósito da inserção deste específico poema neste resumo, e para ressaltar a sua pertinência neste contexto teórico, lembrar, outrossim, o que disse outro poeta e ensaísta, Percy Shelley, do século XVIII: “os poetas são os legisladores, não reconhecidos, do mundo” (Poets are the unacknowledged legislators of the world).

² Alice Ruiz

³ As ideias apresentadas neste resumo tiveram um primeiro desenvolvimento, se entrelaçam nos seus fundamentos - inclusive no que diz respeito à preocupação com uma atuação que se alicerce em critérios que, ainda que indiretamente, normalizem ou legitimem condições de vulnerabilidade - de algum modo se incorporam e encontram outros subsídios, incluindo os bibliográficos, no Livro, ao qual, então, também necessariamente nos reportamos, I Relatório Nacional de Atuação em prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade, organização Glauce Franco e Patrícia Magno, Brasília: ANADEP, 2015, parte I, capítulo 1, elaborado por Glauce Mendes Franco, que pode ser acessado em https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Relat_rio_de_Atua__es.pdf

⁴ Conforme explicita Djamila Ribeiro, “pensar lugar de fala seria romper com o silêncio instituído para quem foi subalternizado, um movimento no sentido de romper com a hierarquia, muito bem classificada por Derrida como violenta. **Há pessoas que dizem que o importante é a causa, ou uma possível voz de ninguém, como se não fossemos corporificados, marcados e deslegitimados pela norma colonizadora. Mas, comumente, só fala na voz de ninguém quem sempre teve voz e nunca precisou reivindicar sua humanidade**”. Ribeiro, Djamila. Lugar de Fala. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p.89-90, grifo nosso. Por outro lado, sendo o lugar da fala um *locus* ético-político, pressupõe o diálogo e o respeito ao outro, até para que não seja indevidamente apropriado para defesa de posturas autoritárias, discriminatórias e excludentes, cabendo ponderar, com Renan Quintanilha: “É preciso não retificar a opressão, não reproduzindo a lógica da exclusão e da hierarquia com sinal invertido. Como se sabe e ficou claro nesse largo processo histórico de questionamento de privilégios, os lugares de enunciação não se traduzem, necessariamente, em posições coerentes e emancipatórias com a suposta ontologia dos sujeitos. MOREIRA, Matheus; DIAS, Tatiana. O que é lugar de fala e como ele é aplicado no debate político. Nexo Jornal, 16 de janeiro de 2017. Em <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/15/O-que-%C3%A9-%E2%80%98lugar-de-fala%E2%80%99-e-como-ele-%C3%A9-aplicado-no-debate-p%C3%BAblico>

dora perante o sistema de justiça, mas sempre no atendimento dos parâmetros traçados e almejados pelos seus próprios usuários, cabendo a cada Defensor Público que preste orientação jurídica, concomitantemente, educar-se, na prática defensorial, pela oitiva apurada, reverente e solícita de cada narrativa⁵, consciente de ser apenas uma ferramenta constitucional para a construção concreta de uma sociedade livre, igualitária, solidária e verdadeiramente republicana.

A pessoa em condição de vulnerabilidade, individual ou coletivamente considerada, sob pena de se validar a vulnerabilidade, é aquela cuja condição visa ser ultrapassada mediante o instrumental que a Defensoria Pública põe ao seu dispor, pessoa esta que, sob a ótica político-constitucional, nesse objetivo, age, deve agir - sob pena de configurar-se outra modalidade de opressão - como o verdadeiro autor do seu destino democrático, articulando seus próprios discursos de resistência.

Assim sendo, num enfoque ético-político, cabe perceber a Defensoria Pública como um instrumental contra-hegemônico de democracia direta, e, conseqüentemente, balizar a legitimidade da própria atuação institucional por este critério, perquirindo sempre em que medida estaria o defensor⁶ usurpando ou não o lugar de fala dos destinatários dos seus

⁵ Enfatiza Chimamanda Ngozi Adiche : “ As histórias importam. Muitas histórias importam. As histórias foram usadas para espoliar e caluniar, mas também podem ser usadas para empoderar e humanizar. Elas podem despedaçar a dignidade de um povo, mas também podem resgatar essa dignidade despedaçada”. ADICHE, Chimamanda Ngozi, O perigo de uma história única. Tradução Julia Romeu. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.32-33.

⁶ Não se está, de modo algum, negando um lugar de fala ao Defensor e à Defensoria Pública, sob a ótica particular da sua imprescindível contribuição ao debate público, inclusive por todas as vivências e diálogos que a própria atividade defensorial proporciona, e sua imensa e inafastável responsabilidade neste debate, sem contar as reflexões de cunho estritamente institucional. Também esclarece Djamilia Ribeiro, na obra já citada, p.83-85, ao frisar que não pode haver esta desresponsabilização do sujeito do poder: “ Falar a partir de lugares é também romper com esta lógica de que somente os subalternos falem de suas localizações, fazendo com que aqueles inseridos na norma hegemônica nem sequer se pensem (...) todas as pessoas possuem lugares de fala, pois estamos falando de localização social. E, partir disso, é possível debater criticamente sobre os mais variados temas presentes na sociedade. O fundamental é que indivíduos pertencentes ao grupo social privilegiado em termos de *locus* social consigam enxergar as hierarquias produzidas a partir desse lugar, e como esse lugar impacta diretamente a constituição dos lugares dos grupos subalternizados”. No mesmo sentido, Rosane Borges:” Do ponto de vista da legitimidade do discurso e da fala, quem sofre na própria pele pode falar por si. A reivindicação do sujeito historicamente discriminado pelos dispositivos de fala passa por aí. O que se tem visto amplamente nas discussões das redes sociais é a banalização das expressões. As pessoas tendem a crer que uma pessoa branca não pode falar sobre a questão racial negra por não ser negra. Ou mesmo pessoas brancas dizem que este debate [sobre questão negra] não é seu lugar de fala. Isso é um equívoco. **O lugar de fala pressupõe uma postura ética.** Portanto, você sendo homem ou hetero e não-negro, você pode, **do seu lugar de fala**, falar sobre negros, mulheres, população trans, ou seja, todas as outras minorias” (grifo nosso). MOREIRA, Matheus; DIAS, Tatiana. O que é lugar de fala e como ele é aplicado no debate político. Nexo Jornal, 16 de janeiro de 2017. <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/01/15/O-que-%C3%A9-%E2%80%98lugar-de-fala-%E2%80%99-e-como-ele-%C3%A9-aplicado-no-debate-p-%C3%BAblico> **Não obstante, não é sobre a participação e a responsabilidade no debate político que se está aqui tratando Foca-se no estrito exercício das atribuições do defensor público, judicial ou extrajudicialmente consideradas, cabendo distinguir aquele que realmente deve falar num efetivo e substantivo acesso à justiça, pois a reflexão posta neste resumo diz respeito, especificamente, tanto à abrangência quanto aos limites da atuação defensorial, num enfoque ético-político, justamente para que, perquirindo e ponderando as suas fronteiras, possa ser compreendida e habitada em toda a sua magnitude constitucional.**

serviços, de modo a não contribuir com a perpetuação de mentalidades assistencialistas, racistas, transfóbicas, homofóbicas, misóginas, elitistas, colonialistas, e quaisquer condutas ou padrões de subalternidade, marginalização, exclusão e opressão.

ESTUDO DE CASO

CASE STUDY

***PARCERIA PARA FORMULAÇÃO DE PARECER TÉCNICO: ESTUDO
TÉCNICO DA UFPR EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO
DE POSSE DE FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA EM ALMIRANTE
TAMANDARÉ-PR, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELA DPU***

*OPINION-MAKING PARTNERSHIP UFPR'S TECHNICAL STUDY IN THE PROCESS OF
REPOSSESSION OF RAILROAD TRACK IN ALMIRANTE TAMANDARÉ - PR, IN A PUBLIC CIVIL
ACTION PROPOSED BY DPU*

Daniele Regina Pontes¹

*Doutora em Direito
danielepontes.ufpr@gmail.com*

Anelise Schmitz

Mestre em Engenharia Civil - Infraestrutura e Gerência Viária

José Ricardo Vargas de Faria

Doutor em Planejamento Urbano. Engenheiro Civil

Gabriel Queiroz de Camargo

Advogado - Estudante de Pós-graduação em Planejamento Urbano

Larissa Pinho

Estudante de Engenharia Cartográfica e de Agrimensura

Priscila Borges Alves

Estudante de Engenharia Cartográfica e de Agrimensura

INTRODUÇÃO

A partir da necessidade de realizar um estudo técnico a respeito das ocupações nas adjacências da ferrovia em Almirante Tamandaré-PR, nos autos de ação civil pública nº. 5042024-28.2018.4.04.7000, em trâmite na 1ª Vara Federal de Curitiba, proposta pela DPU contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Estado do Paraná, Município de Almirante Tamandaré, União e Rumo Malha Sul S.A., surgiu a parceria com a Universidade Federal do Paraná, em específico com o Centro de Estudos em Planejamento e Políticas Urbanas - Setor de Tecnologia, composto por equipe multidisciplinar de engenheiros civis,

¹ Equipe Técnica

advogados, estudantes de cartografia, agrimensura, engenharia civil, arquitetura e outros, coordenados pelos seguintes professores orientadores: Daniele Regina Pontes (Doutora em Direito); José Ricardo Vargas de Faria (Engenheiro Civil – Doutor em Planejamento Urbano); e Anelise Schmitz (Mestre em Engenharia Civil – Infraestrutura e Gerência Viária). Cumpre destacar que a aludida equipe também contou com o auxílio das estagiárias Fernanda Barboza da Silva e Gabriela Langer, ambas do ofício da Defensoria Regional de Direitos Humanos e Tutela Coletiva no Estado do Paraná. De igual modo, importante ressaltar que a aludida ação civil pública foi proposta pela Defensora Pública Federal, Dra. Carolina Balbinott Bunhak, então Defensora Regional de Direitos Humanos e Tutela Coletiva no Estado do Paraná, e agora acompanhada pelo Dr. João Juliano Josué Francisco, atual Defensor Regional de Direitos Humanos e Tutela Coletiva no Estado do Paraná, que foi fundamental para a concretização da parceria entre DPU e UFPR.

O referido estudo teve por finalidade identificar as condições gerais de uso e ocupação das áreas atingidas pelos impactos e riscos decorrentes da ferrovia na área urbana; apresentar características relevantes de urbanização da faixa de ocupação e análise de documentos sobre a implantação da ferrovia e condicionantes locais; identificar os procedimentos realizados pela concessionárias nas áreas lindeiras a operação das atividades de transporte; analisar a multiplicidade de interesses sobrepostos sobre as faixas de segurança e de domínio, as responsabilidades e capacidades para possíveis soluções e encaminhamentos e, especialmente, indicar recomendações técnicas que possam servir à mitigação dos impactos e riscos decorrentes do aproveitamento ou não das áreas contíguas à ferrovia.

Diante disso, o estudo elaborado por equipe com expertise e a devida chancela de conceituada Universidade Pública no estado do Paraná (UFPR), buscou propor soluções e medidas de forma a auxiliar a resolução de conflito habitacional, incluindo pedidos de mapeamento e diagnóstico dos locais afetados, bem como solicitação de realocação das famílias atingidas, após profundo diagnóstico e também a participação no processo de eventual remoção pelos entes públicos e empresa privada envolvida, com o escopo de proporcionar uma decisão justa e qualificada por parte do Poder Judiciário.

Estudo Técnico

Nº 01/2019

CEPPUR

Estudo técnico em processo de reintegração de posse de faixa de domínio de ferrovia em Almirante Tamandaré, PR.

REF.: Solicitação DPU.

1. IDENTIFICAÇÃO DOS SOLICITANTES

Defensoria Pública da União (DPU).

2. FINALIDADE E OBJETO DO ESTUDO

Os estudos técnicos apresentados neste Parecer tem por finalidade:

- (i) identificar as condições gerais de uso e ocupação das áreas atingidas pelos impactos e riscos decorrentes da Ferrovia que atravessa a área urbana do Município de Almirante Tamandaré, Estado do Paraná;
- (ii) apresentar características relevantes de urbanização da faixa de ocupação e analisar relatórios e documentos, o histórico de implantação da Ferrovia e as condicionantes locais;
- (iii) identificar os procedimentos de análise e proteção realizados pela Empresa RUMO MALHA SUL S.A., especialmente nas áreas identificadas como Faixa de Domínio, lindeiras à Ferrovia em que são operadas as atividades de transporte;
- (iv) analisar a multiplicidade de interesses sobrepostos nas faixas de segurança e de domínio do Sub-ramal da Ferrovia que atravessa o Município de Almirante Tamandaré, considerada a caracterização dos agentes envolvidos, as responsabilidades e as respectivas capacidades de responderem às possíveis soluções ou encaminhamentos;
- (v) indicar Recomendações Técnicas que possam servir à mitigação dos impactos e riscos decorrentes do aproveitamento ou não aproveitamentos das áreas contíguas à Ferrovia.

A demanda para tal estudo está fundada no escopo da Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública da União, em virtude da defesa de direitos dos moradores ocupantes das áreas lindeiras à Ferrovia, face às ações de reintegração de posse ajuizadas pela empresa RUMO MALHA SUL S.A..

O estudo desenvolvido e apresentado neste documento não tem por escopo o questionamento sobre o risco já indicado em estudos realizados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres/ANTT — Relatório de Avaliação e Classificação de Risco de Invasões na faixa de Domínio no município de Almirante Tamandaré/PR e o Relatório n. 102/2019/COFER/URRS —.

3. PARTES

Os interesses sobre as áreas em litígio são diversos e envolvem agentes públicos e privados. Sendo diretamente interessados os seguintes:

- . Município de Almirante Tamandaré
- . Moradores e outros ocupantes das Faixas de Domínio
- . Empresa RUMO MALHA SUL S.A..

Também apresentam alguma relação com as questões decorrentes da atividade realizada a

União, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, o Estado do Paraná e a COMEC, os Municípios de Curitiba e Rio Branco do Sul, dentre outros agentes públicos e privados.

Além de interesses e direitos individuais e coletivos, dada a natureza e a caracterização da questão apontada na ação judicial, direitos difusos também estão presentes e devem ser considerados na análise.

4. METODOLOGIA

A Metodologia utilizada para a análise considerou a complexidade da situação objeto do estudo, a diversidade de elementos e a necessidade de procedimentos de cruzamento de informações, bem como, a contextualização nos tempos e no espaço e a comparação com situações similares.

Do ponto de vista da contextualização do objeto de pesquisa, a Ferrovia foi considerada como atividade impactante, do ponto de vista ambiental, urbanístico, econômico e social, inserida na malha urbana de município de Região Metropolitana que apresenta conurbação com a capital. A análise é, portanto, relacional uma vez que a Ferrovia não pode ser analisada ou compreendida como elemento hierarquicamente superior a outros elementos componentes das dinâmicas municipais, tampouco, pode subordinar as ações de todo o Município, ainda que seja considerada, dada a sua natureza e características, elemento importante na análise das dinâmicas municipais, territoriais e de ligação entre municípios.

Sobre os procedimentos de análise adotados na pesquisa foram considerados os seguintes:

(I) Leitura Preliminar de Documentos e Informações Gerais

Uma vez definido o objeto da pesquisa, fez-se a análise preliminar de informações e documentos sobre:

. Contexto do Objeto:

- a) histórico de implantação e uso da Ferrovia;
- b) localização e uso do solo na área contígua à Ferrovia;
- c) características do Município de Almirante Tamandaré e ligação com outros Municípios.

. Leitura de Políticas de Transportes e Mobilidade e de Conflitos atinentes à Ferrovia:

a) documentos:

Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT: Relatório de Avaliação e Classificação de Risco de Invasões na faixa de Domínio no município de Almirante Tamandaré/PR e o Relatório n. 102/2019/COFER/URRS;

Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT: PROSEFER – Programa Nacional de Segurança Ferroviária em Áreas Urbanas

Disponíveis em: <http://www.antt.gov.br/ferrovias/index.html> e <http://www.dnit.gov.br/modais-2/ferrovias>

b) normas:

normas federais: Política Nacional de Mobilidade Urbana – Lei n. 12587/2012; Estatuto da Cidade – Lei n. 10257/2001; Lei de Parcelamento do Solo – Lei n. 6766/1979; Plano Nacional de Desestatização; Lei de Regularização Fundiária – Lei n. 13465/2017; do Decreto n. 7.929/2013;

normas estaduais: Lei Estadual n. 11027/1994.

normas municipais: Uso e Ocupação do Solo - Lei Municipal n. 02/2006, Plano Diretor - Lei Municipal n. 77/2018.

c) documentos judiciais: a Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública da União, outras ações com objeto similar, Parecer do Ministério Público Federal.

(II) Procedimento de Vistoria

Verificação *in loco* do trecho em estudo (realizado em 29/10/2019), com observação visual do local e edificações, que podem ser vislumbrados nas figuras 7, 8 e 9 e fotografias 1, 2 e 3.

Na ocasião também foi realizado contato com moradores das áreas contíguas à Ferrovia em que foi lhes perguntado sobre o tempo de ocupação, ocorrência de acidentes e benefícios urbanos da região ocupada.

(III) Análise de Documentos

Após a análise preliminar de documentos e da Vistoria, a equipe voltou à leitura dos documentos, considerando mais especificamente os elementos concernentes ao objeto da pesquisa.

A pesquisa foi estruturada em três eixos que são relacionados na análise diagnóstica e nas Recomendações Técnicas:

- (i) jurídico: análise de legislações, jurisprudência, pareceres e ações judiciais de reintegração de posse;
- (ii) mobilidade/transportes: análise de documentos sobre as condições das vias férreas, elementos constituintes, riscos etc. Os documentos analisados foram produzidos e divulgados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT.
- (iii) urbanístico/territorial: análise das condições gerais dos impactos da via sobre o espaço urbano, relações entre a dinâmica urbana municipal e metropolitana e as atividades causadoras de impactos, análise do plano diretor, uso e ocupação do solo, parcelamento, mobilidade dentre outras questões.

(IV) Cartografia

A análise cartográfica e a representação espacial contaram com a utilização da fonte de dados geográficos disposta no site <http://infraestrutura.gov.br/>. O estudo foi realizado com a base de dados da infraestrutura ferroviária, com o sistema de informações geográficas SIR-GAS2000 e com os dados obtidos de Curitiba do site do IPPUC - Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba. As imagens de satélite foram obtidas do Google Earth representando a área em estudo. A análise geográfica foi realizada a partir da sobreposição das imagens com o Ramal da linha Almirante Tamandaré/Curitiba e implementada com a tecnologia de software QGIS, que permite realizar operações georreferenciadas. A vetorização da ferrovia foi desenvolvida com base nas imagens para a geração de buffers (delimitação da área) com espaçamento de 6 metros do eixo da ferrovia para faixa de segurança e de 15 metros do eixo da ferrovia para a faixa de domínio (operacional). A partir do lançamento do georreferenciamento foi possível realizar a análise visual e verificação dos casos críticos de ocupação das faixas. Por fim foram gerados mapas da região conflitante utilizando o sistema de referência WGS 84. A manipulação dos dados em um ambiente de Sistemas de Informação Geográfica (SIG) consistiu na visualização, nas consultas, nas análises e nas simulações dos cenários onde há conflito da ferrovia com o meio urbano.

(V) Outras informações e Entrevistas

Além das informações disponíveis, a equipe de pesquisa realizou entrevistas com as Secretarias Municipais de Habitação e de Urbanismo e recebeu informações advindas da Defesa Civil do Município.

Como resultados das entrevistas, de cadastros de famílias realizada pela Secretaria de Habitação e de outras informações respondidas via e-mail foram utilizadas na análise:

1. A indicação sobre a inexistência de acidentes no Município, decorrentes do conflito entre usos da ferrovia na faixa de domínio e dos moradores (entrevista e informação da Defesa Civil);
2. Conhecimento do Município sobre as medidas da faixa de domínio e faixa de segurança;
3. Tempo de ocupação das áreas ocupadas da faixa de domínio da Ferrovia;
4. Condições gerais socioeconômicas e de posse consolidada dos moradores.

Também foram consideradas as literaturas técnicas e acadêmicas que abordam o tema, especialmente para a definição das categorias de análise.

(VI) Procedimentos após a análise das fontes de informações

Após a análise das fontes e da identificação do contexto foi realizado o cruzamento das

informações e a leitura diagnóstica.

A partir dos resultados do Diagnóstico foram identificadas algumas Recomendações Técnicas. Tais Recomendações não tem por pretensão o esgotamento das medidas mitigatórias ou mesmo a avaliação sobre situações mais definitivas no longo prazo como, por exemplo, o próprio deslocamento da via férrea do centro do Município.

5. ANÁLISE

No exame da área em questão foi constatado que a Ferrovia atravessa o município de Almirante Tamandaré, e que isso ocorre em praticamente toda a extensão do perímetro urbano, condicionando parte considerável do território e das atividades da população, mesmo daquela não ocupante da faixa de domínio.

Nesse sentido, para exemplificar um dos impactos mais evidentes da Ferrovia é possível fazer referência aos vários cruzamentos que dificultam e, por vezes, impedem o fluxo da mobilidade no Município.

No caso específico do trecho que apresenta várias residências construídas na faixa de domínio, ou mesmo na faixa de segurança, os riscos podem ser iminentes, a depender de cada caso em relação à Ferrovia, ainda que de acordo com a informação fornecida pelo Município, não exista conhecimento sobre qualquer acidente na área, mais especificamente, nenhuma ocorrência de acidente com moradia foi registrada pela Defesa Civil nos últimos dez anos, inclusive na área do Jardim das Oliveiras.

Também, de acordo com os levantamentos da Secretaria Municipal de Habitação, a convivência entre a Ferrovia e moradias, comércio, infraestrutura, equipamentos e serviços públicos e privados já ocorre há muitos anos, sendo que no caso das moradias, algumas famílias residem na área há mais de vinte anos.

Para ilustrar a situação, podem ser vistas as figuras seguintes, considerando-se que aqui foi arbitrada para fins de facilitar a identificação, uma faixa de segurança geral de seis metros que recai sobre a faixa de domínio.

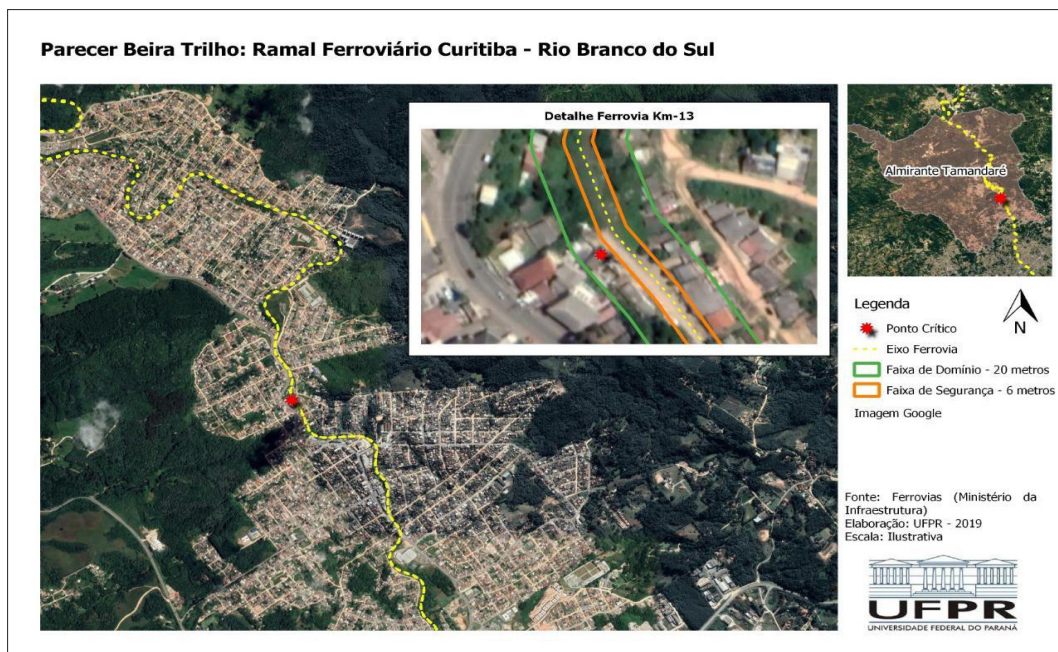
Figura 7 – Análise da área de ocupação – Perímetro Urbano Almirante Tamandaré – Ramal Curitiba à Rio Branco do Sul



Figura 8 – Detalhe 1 de ocupação na faixa de domínio



Figura 9 – Detalhe 2 ocupações na faixa de domínio



Fotografia 1 – Casas com ocupações na faixa de domínio na área crítica



Fotografia 2 – Casas com ocupações na faixa de domínio na área crítica



Fotografia 3 – Casas com ocupações na faixa de domínio na área crítica



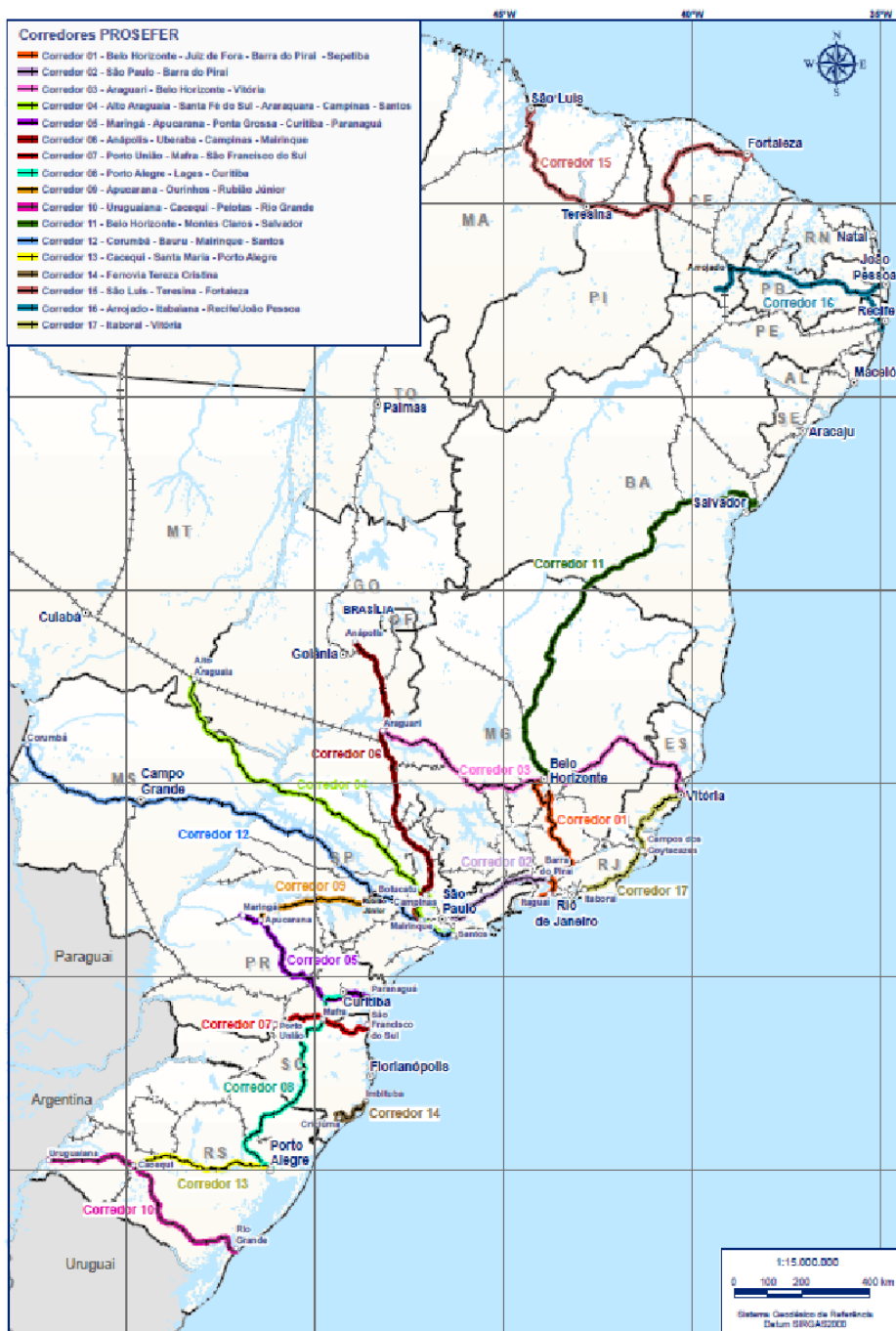
Em contato verbal, alguns moradores relataram que a antiga concessionária, a América Latina Logística (ALL), havia permitido, por meio de acordos judiciais anteriores, que suas residências permanecessem na faixa de domínio, desde que respeitassem uma faixa de segurança arbitrada, assim como o fizeram.

LOCALIZAÇÃO E HISTÓRICO DA ÁREA DE ESTUDO

O trecho compreendido da Ferrovia que é foco do presente estudo está localizado na malha sul do País e está concedido atualmente à empresa Rumo Malha Sul S.A..

A Ferrovia atravessa o município de Almirante Tamandaré, e é compreendida como um sub-ramal secundário (com menor expressividade) fazendo parte da ligação intermediária do município de Rio Branco do Sul e Curitiba, e acessando o trecho mais expressivo somente na cidade de Curitiba, no Corredor 5 (Maringá – Apucarana – Ponta Grossa – Curitiba – Paranaguá). A Figura 01 apresenta o mapa ferroviário, com os principais corredores do País.

Figura 1 – Mapa ferroviário do Brasil principais corredores



Fonte: (Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, 2014. Proposições para solução de conflitos ferroviários. Brasília, DF).

A malha sul de modo geral possui em sua extensão trechos de bitola larga (1,60 m) e de bitola mista (entre 1,00 m a 1,60m). A rede da malha sul possui ao todo uma extensão de 7.223 km. O Corredor 5, conforme já citado, que compete à malha sul, transporta em média 103.126.461 toneladas útil, passando por uma população de 2.718.572 habitantes. (Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, 2014. Proposições para solução de conflitos ferroviários. Brasília, DF). A Figura 2 apresenta o mapa de situação da malha sul

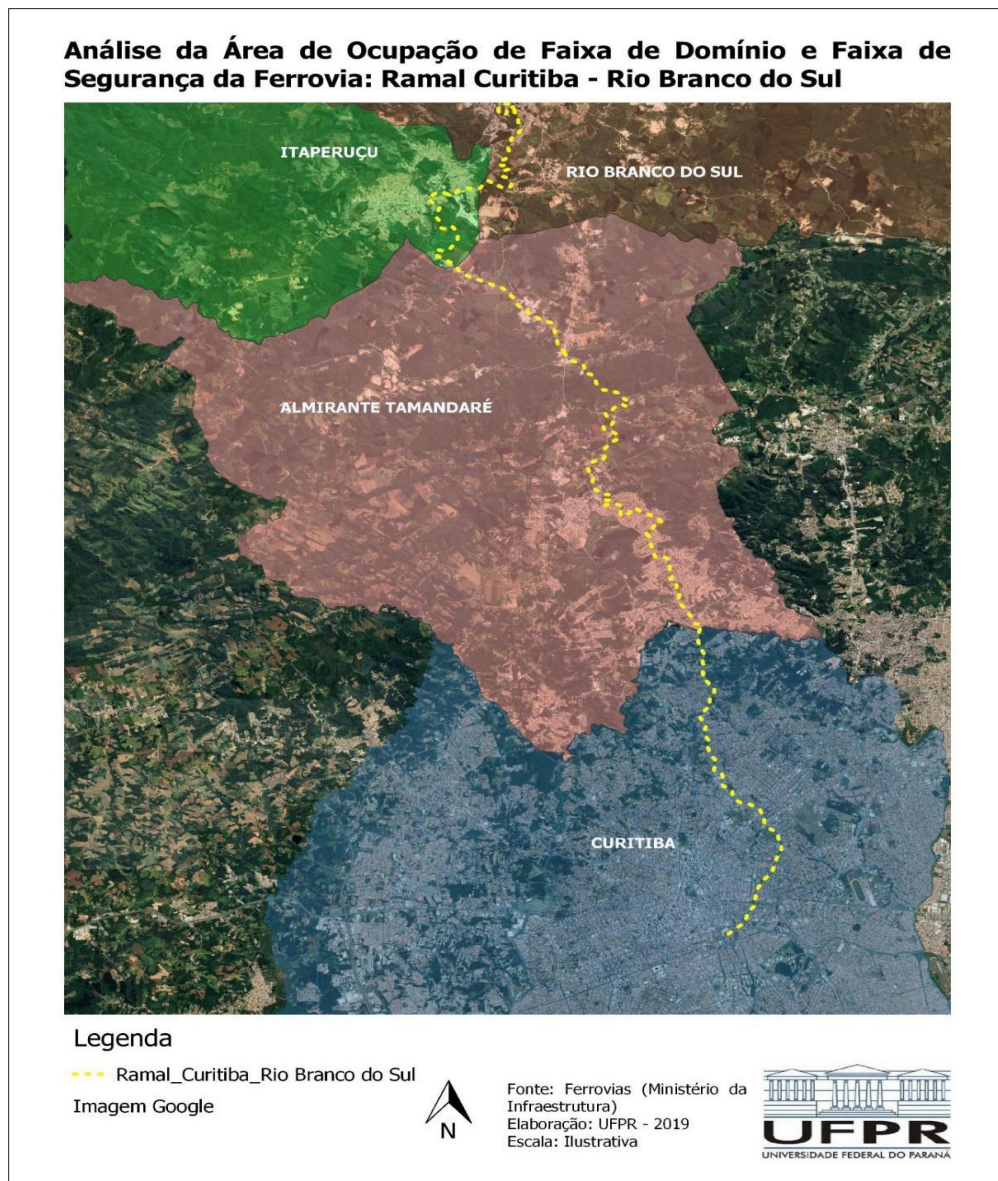
Figura 2 – Mapa de Situação Malha Sul



Fonte: http://ri.rumolog.com/ptb/10057/2019_09_30_RUMO_RAS2018.pdf

O município de Almirante Tamandaré, possui população estimada em 2019 de 118.623 habitantes conforme dados do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O município está situado no sudeste do Estado do Paraná, compreendido na Região Metropolitana de Curitiba. A sede municipal dista 17 quilômetros ao norte da capital do estado por rodovia. Almirante Tamandaré faz divisa ao norte com Itaperuçu e Rio Branco do Sul, ao sul com Curitiba, a leste com Colombo e a oeste com Campo Magro. Sua área é de 195 km² (Figura 3).

Figura 3 – Ramal ferroviário de Curitiba à Rio Branco do Sul



A ferrovia compreende um Sub-ramal curto, que parte da estação de Curitiba, com apenas 42 km de extensão. De acordo com as informações levantadas no site “Estações Ferroviárias do Brasil”, de Ralph Mennucci Giesbrecht atualizada em 19/02/2018, não haveria demanda por via férrea se nos anos 1940, não tivesse sido construída na sua extremidade uma fábrica de cimento, que hoje pertence ao Grupo Votorantim. O ramal, que teve trens de passageiros até 12 de janeiro de 1991, já funcionando como trens de subúrbio, atualmente segue funcionando com trens cargueiros que transportam cimento. Esses veículos cruzam toda a zona nordeste de Curitiba até hoje, com passagens de nível somente em ruas de grande movimento (<http://www.estacoesferroviarias.com.br/pr-riobranco/almtamandare.htm>).

Também o blog “Vida Dmaquinista” também explica o histórico da Ferrovia, conforme segue:

As chácaras ao longo da estrada de ferro, nas décadas de 1950 e 1960, passaram por um processo de urbanização, com loteamentos despondo em todo o trecho, dando origem aos atuais bairros do Cristo Rei, Alto da XV, Hugo Lange, Cabral, Boa Vista, Barreirinha e Cachoeira. Com mais pessoas morando ao longo da via, o transporte de mercadorias foi se separando do transporte de passageiros. Os trens mistos foram substituídos pelos trens de carga e pelos trens expressos, exclusivos para passageiros. Na década de 1950, o trem expresso foi chamado de trem de subúrbio, que encerrou suas atividades em 12 de janeiro de 1991. **A linha perdia sua função social, motivo mesmo de sua construção.** Hoje, ainda em funcionamento, o ramal é praticamente um grande desvio particular para as operações de transporte de uma grande empresa de cimento. Atravessando, dentro dos limites da cidade, regiões habitadas por pessoas de diferentes classes sociais, o trem não conta mais com a simpatia de muitos moradores.

A substituição das marias-fumaças por locomotivas diesel-elétricas, na década de 1950, multiplicou o poder de tração e o tamanho das composições. No mesmo passo, o som cheio e agradável dos apitos foi substituído pela potência ensurdecadora das buzinas pneumáticas. Sem relação com as comunidades que cruza, mais pesado e barulhento, o trem neste ramal se apresenta hoje cortando a paisagem social de forma agressiva. Mas na memória de muitos moradores permanecem as lembranças do caráter social da estrada, tanto por ter transportado trabalhadores, quanto por ter carregado os produtos de subsistência dos produtores locais – o que lhe rendeu o simpático apelido de “ferrovia das galinhas”.

É interessante destacar que, enquanto esse ramal sublinhava ocupações já existentes, a estrada de ferro que liga Curitiba a Paranaguá viabilizou o surgimento de núcleos urbanos. ([Http://vidadmaquinista.blogspot.com/2012/04/quatro-horas-da-madrugada.html](http://vidadmaquinista.blogspot.com/2012/04/quatro-horas-da-madrugada.html)).

De acordo com o relato, o histórico do ramal ferroviário, as vilas, moradias e ocupações já existiam desde à época das primeiras operações ferroviárias naquele trecho. Essa informação foi corroborada nas entrevistas com a população e com representantes e servidores do município de Almirante Tamandaré. O que denota a necessidade de observação sobre a posse e suas qualidades, como por exemplo, o fato dessa se apresentar na área limdeira à Ferrovia, provavelmente na condição de posse justa, de boa-fé e velha, o que apresenta

impacto no trato das construções e benfeitorias que não se confundem necessariamente com a situação da terra, mas que com ela apresentam relação, conforme disposto no Código Civil, Lei Federal n. 10406/2002. Nesse sentido, verificar Anexo – documento que trata do levantamento das famílias realizado pela Secretaria Municipal de Habitação e que já declara a consolidação de diversas moradias na faixa de domínio da Ferrovia.

Atualmente o trecho alimenta as empresas privadas, cortando áreas urbanas e rurais, interferindo diretamente nas características da cidade e representando ônus ao poder público e moradores, especialmente do ponto de vista da urbanização.

CARACTERÍSTICAS DA ÁREA E OPERAÇÃO

Para a melhor elucidação das características das áreas contíguas à Ferrovia, entende-se as categorias de análise, a partir das definições do DNIT e da ANTT. Existem diferentes faixas contempladas no debate sobre suas respectivas titularidades e sobre suas respectivas funções de acordo com a página 23 do Glossário de Termos Ferroviários do DNIT, Disponível em: <https://189.9.128.64/ferrovias/glossario-de-termos-ferroviarios/glossario.pdf>

• **Faixa de domínio** a porção de terreno com largura mínima de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implementação da respectiva ferrovia ou, nos termos do DNIT, “faixa de terreno de pequena largura em relação ao comprimento, em que se localizam as vias férreas e demais instalações da ferrovia, inclusive os acréscimos necessários à sua expansão”.

A faixa de domínio comporta pelo menos três faixas diferentes:

- (i) Área de escape ou faixa de segurança caracterizada por estar diretamente afeta ao risco;
- (ii) Faixa de domínio operacional – de manutenção e serviços atinentes à ferrovia;
- (iii) Faixa de Domínio não operacional – de projetos atinentes à ferrovia.

De acordo com o que define o artigo 1º, parágrafo 2º do Decreto nº 7.929/2013 a faixa de domínio é variável e o Relatório da ANTT não trata da faixa de domínio, mas, de faixa de segurança (ou de escape) atinente aos riscos da proximidade de edificações que apresentam como uso a moradia.

Art. 1º

§ 2º Para efeito deste Decreto, entende-se por faixa de domínio a porção de terreno com largura mínima de quinze metros de cada lado do eixo da via férrea, sem prejuízo das dimensões estipuladas nas normas e regulamentos técnicos vigentes, ou definidas no projeto de desapropriação ou de implementação da respectiva ferrovia.

Em virtude disso, segue o debate sobre o conceito de faixa de segurança ou de escape.

• **Faixa de segurança, de serviço ou de escape** a definida como a área mínima de terreno necessária

para a segurança do tráfego de trens. Via de regra, corresponde a 6 (seis) metros contados da linha do trem, porém, esse dado não foi acessado durante a pesquisa, inclusive porque de acordo com os entrevistados “nem o próprio município dispõe dessa informação com exatidão”. Além disso, a “Classificação de Risco às Pessoas” constante de Relatório do DNIT, referente à Ação Civil Pública, trata provavelmente do mapeamento da distância entre as edificações e a Ferrovia, de modo que os dados trazidos não fazem referência exata à faixa de domínio e sua caracterização, ainda que o documento informe que usou as plantas e documentos da extinta RFFSA no lançamento da faixa de domínio. Como se pode verificar no “Quadro Resumo” do Relatório do DNIT, a “Distância Mínima” varia entre dois e quinze metros em trechos que podem ter apresentar distâncias menores de um quilômetro, o que faz supor que o estudo tratou da distância mínima das edificações em relação à ferrovia e não exatamente da área estabelecida como faixa de domínio. De qualquer modo, essa questão deve ser esclarecida pelo próprio DNIT, pois esse fator implica na leitura sobre o risco e sobre as possíveis mitigações, inclusive porque não é possível saber, pela metodologia utilizada, qual o fator determinante ou preponderante para aferição da classificação de risco. Nesse sentido, foram considerados os seguintes fatores:

- (i) Distância das habitações ao eixo da linha férrea: quanto menor a distância maior o risco;
- (ii) Nível do piso das habitações em relação ao nível da linha férrea, sendo o risco é menor na medida em que está acima do nível da linha férrea;
- (iii) Localização em Curva: a probabilidade de tombamento é maior nas curvas do que nas tangentes;
- (iv) Volume de tráfego calculado por tonelada útil, sendo que quanto maior o volume de tráfego, maior o risco;
- (v) Transporte de produtos perigosos.

Como se verá adiante, o último item “transporte de produtos perigosos” não caracteriza a situação da Ferrovia que transporta cimento (e não combustível, por exemplo), de modo que não se sabendo qual é o fator de risco, fica mais difícil identificar a questão da segurança e, portanto, das faixas. De qualquer modo, o estudo aqui apresentado leva em consideração a classificação final proposta pela ANTT, porque o risco de proximidade com ferrovia de fato é plausível.

• **rea não edificável** corresponde a 15 (quinze) metros de largura, contados a partir do término da faixa de domínio. Trata-se de uma limitação administrativa aos loteamentos, imposta à propriedade particular. Não transforma o terreno em bem público e nem determina a posse ou a propriedade da União sobre o bem. Visa impedir que particulares construam dentro desta área.

No caso de Almirante Tamandaré, a soma das duas faixas, de domínio e não edificável provocaria um despejo de grandes proporções para o Município na sua área mais urbanizada, o que afetaria sobremaneira a própria racionalidade do uso do recurso público e dos benefícios da urbanização, pois, essas áreas estariam sobrepostas exatamente na área com mais serviços, equipamentos e infraestrutura urbana pública, tal como em outra medida já acontece com as áreas denominadas faixas de domínio da ferrovia.

A figura 4 representa o ramal de ligação do trecho que passa pelo perímetro urbano de Almirante Tamandaré, onde pode ser observado que as margens da ferrovia são ocupadas ao longo de quase todo o seu perímetro urbano, onde ocorreu a urbanização e desenvolvi-

mento local e a Figura 5 apresenta detalhe da faixa de domínio junto com a faixa de segurança de um segmento no perímetro urbano (PU) de Almirante Tamandaré. Cabe ressaltar ainda, que na maioria dos casos, a proximidade entre as edificações e a Ferrovia supera seis metros, ainda que existam construções em área de maior proximidade com a Ferrovia.

Também como medida de segurança viária, ao passar por trechos urbanos, ou passagens de nível (PN's), os trens devem fazer uso do sino da locomotiva (se houver) e não exceder velocidade de 10 km/h até ocupar a PN. A seguir, os trens retomam a velocidade de 20 km/h, não superior à Velocidade Máxima Autorizada (VMA), e nos demais trechos cumpre-se a VMA, que depende da classe da ferrovia. Essas medidas visam aumentar a segurança e integridade das operações ferroviárias (RUMO. Regulamento Operacional - R.O. Edição - 10/2015. Curitiba, PR.).

Essas informações não foram apresentadas e em visita no local não foram vistas ou pelo menos não estavam evidenciadas as medidas de segurança, tal como sinalização, obras de contenção de acidentes etc.

Figura 4 – Área de ocupação de faixa de domínio e faixa de segurança da ferrovia: Ramal Curitiba a Rio Branco do Sul

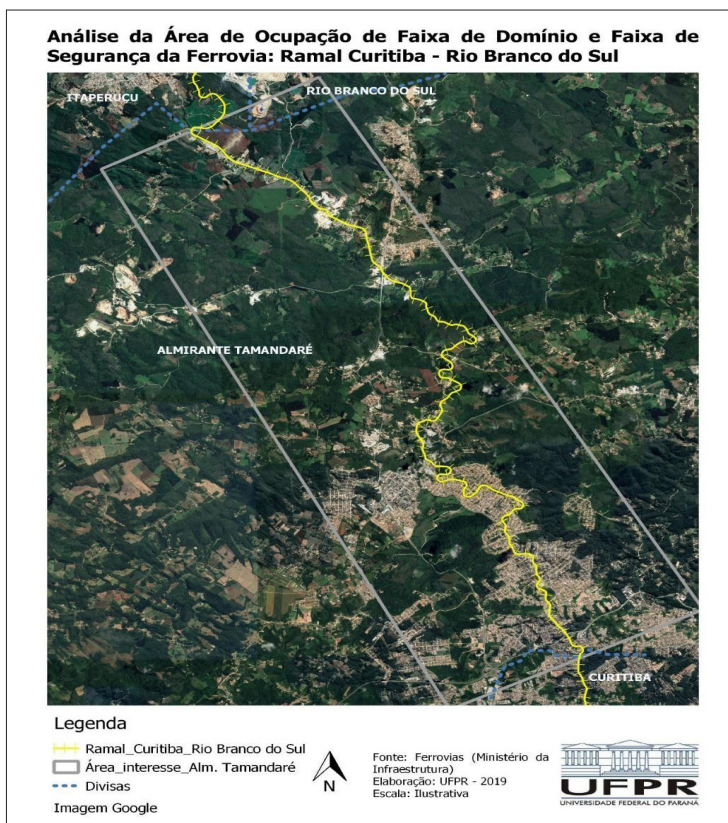
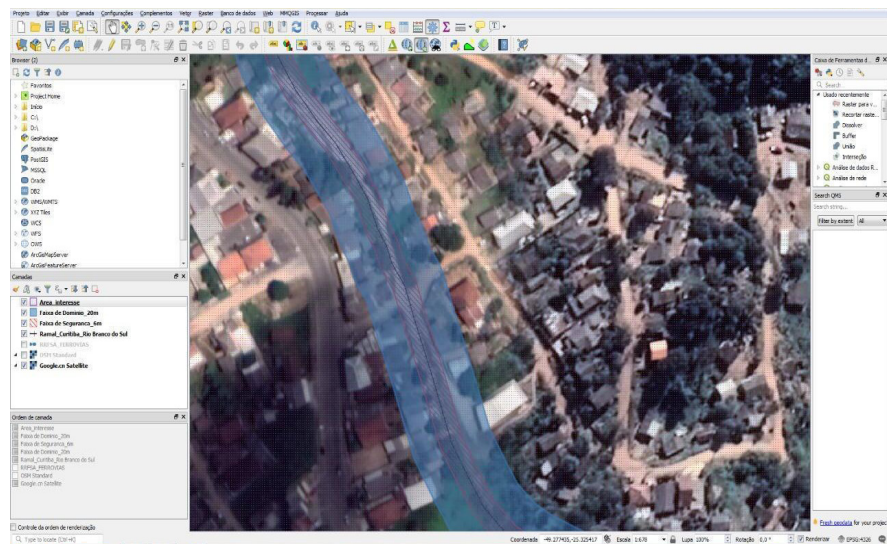
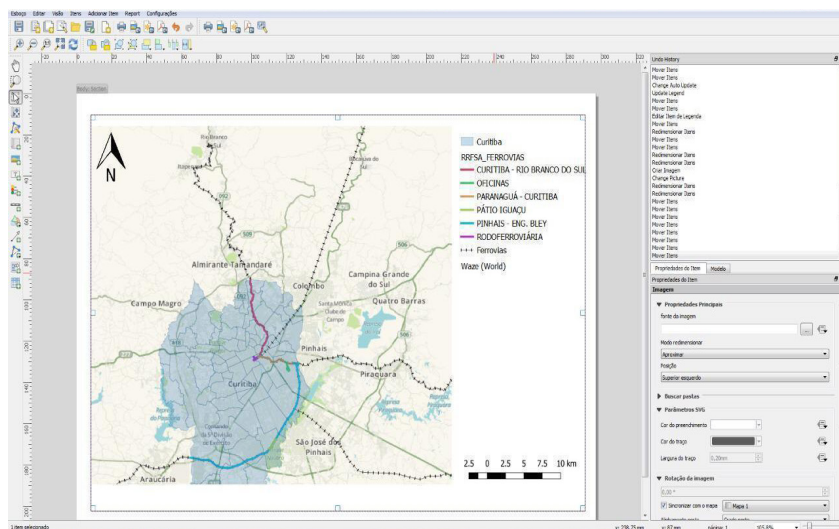


Figura 5 – Trecho de ocupação da faixa de domínio e da faixa de segurança



Salienta-se que entre os potenciais econômicos do município, encontra-se a atividade extrativa mineradora, com cerca de 20 indústrias de cal e calcário na região. Conforme o Anuário estatístico de produção origem/destino da ANTT (2018) para ferrovias, o tipo de mercadoria que é mais transportado no ramal que inicia em Rio Branco do Sul e passa por Almirante Tamandaré chegando à Curitiba e escoa sua produção para o Corredor 5 é basicamente o cimento acondicionado, conforme trecho situado na Figura 6. O tipo de mercadoria e suas respectivas quantidades podem ser visualizada na Tabela 1.

Figura 6 - Mapa de Localização



Fonte: Adaptada da Malha Sul

Tabela 1 – Mercadoria transportada de origem-destino

Mês/Ano	Ferrovia	Mercadoria ANTT	Origem		Destino		TU	TKU
			Estação	UF	Estação	UF		
01/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	8.865	6.076.975
01/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	10.571	6.149.266
01/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	17.073	10.285.799
02/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	6.030	4.133.577
02/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	12.353	7.185.875
02/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	17.250	10.392.435
03/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	6.568	4.502.377
03/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	12.740	7.410.998
03/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	18.103	10.906.333
04/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	6.959	4.770.408
04/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	11.977	6.967.152
04/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	18.378	11.072.009
05/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	6.533	4.478.384
05/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	12.905	7.506.980
05/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	17.586	10.594.861
06/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	6.512	4.463.989
06/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	12.568	7.310.943
06/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	20.207	12.173.909
07/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	7.380	5.059.004
07/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	11.613	6.755.409
07/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	19.308	11.632.297
08/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Cascavel	PR	10.199	6.991.434
08/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Londrina	PR	11.989	6.974.133
08/2019	RMS	Cimento acondicionado	Rio Branco do Sul	PR	Maringá	PR	22.443	13.521.009

Fonte: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/Anuario_Estatistico.html

• **Risco** está compreendido na potencialidade de dano decorrentes de atividades humanas. De acordo com o art, 927 do Código Civil

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O ato ilícito supera as situações de negligência, imprudência ou imperícia, bem como pode se dar nos casos de abuso no exercício de um direito, além disso, o parágrafo único do mesmo artigo trata das atividades que são potencialmente geradoras de dano, caso esse que pode ser verificável naquelas concernentes às ferrovias.

Também cabe a verificação de que o risco na atividade de transporte nesse sub-ramal, além de individual e coletivo, também é difuso, pois provoca efeitos para todo o Município e, ainda, para os municípios atrelados diretamente à Almirante Tamandaré.

Outro ponto do tratamento da questão do risco diz respeito à sua forma de eliminação ou mitigação. No caso em questão, a empresa assumiu que a demanda do despejo seria suficiente do ponto de vista de sua responsabilidade para conter o problema. Ocorre que a medida proposta, o despejo, também é geradora de risco. Desse modo, só aparentemente ou superficialmente o problema seria resolvido, pois, o risco, ainda que reestabelecido em outros termos, persistiria para as famílias, talvez, em alguns casos, agravados pelas condições impostas pelo próprio despejo. Nesse sentido, vale lembrar que de acordo com o levantamento da Secretaria Municipal de Habitação, as famílias são de baixa renda ou baixíssima renda, além disso, muitos vivem no local há muito tempo, o que significa que construíram o seu patrimônio na área. Por fim, há um número expressivo de crianças e adolescentes que usam os serviços próximos ao local de moradia e que seriam diretamente prejudicados em uma remoção em que não fossem consideradas as proximidades de serviços e equipamentos públicos que são significativas da manutenção de vida e de sociabilidade e, principalmente a garantia de habitação e habitabilidade e proximidade com o trabalho, já que o custo com deslocamento é muito significativo.

Sendo assim, deve-se considerar nos casos em que for necessária a remoção em virtude do risco iminente, a responsabilidade da empresa sobre o plano de remoção com atendimento às famílias, definição da nova localização das casas, considerada a proximidade com as áreas atualmente ocupadas, além de evidentemente ocorrer a caracterização da medida como pertinente e urgente em virtude do risco.

Concluindo, tal como a classificação de risco às pessoas em virtude da proximidade da Ferrovia, deve-se realizar a Classificação de Risco de Despejo, de modo a não se repetir a ação de impacto e risco afastada.

Outro aspecto analisado diz respeito à metodologia de estudo da ferrovia em que se constata que é rotineira a prática da análise sistêmica nas questões afetas a própria ferrovia. Para a análise da atividade esta é isolada e os aspectos que implicam na realização ideal do

seu exercício e finalidade não são tratados na relação com o ambiente. Desse modo, ocorre certa hierarquização da atividade em relação ao ambiente.

No caso concreto do sub-ramal isso também ocorre. A cidade e a população nos estudos, ficaram subordinados à função-ótima da Ferrovia. Ocorre que a Ferrovia está em local inadequado para o seu funcionamento, portanto, ela deve ser estudada nas relações que estabelece com o meio, no caso, com a área urbana do Município de Almirante Tamandaré. Isso não significa limites à urbanização em áreas de risco, mas, medidas de segurança adequadas àquele espaço. Nestes estudos realizados, não foram encontrados e, portanto, analisados os estudos de impacto da Ferrovia sobre a cidade, tal como, por exemplo, o estudo de impacto de vizinhança. Nesse estudo, a Ferrovia busca a forma de melhor se integrar à cidade, inclusive porque os riscos não estão adstritos à proximidade apenas de moradias, mas, também de comércios, de mobilidade, ambientais em virtude das questões geológicas cársticas em partes do território do Município, da densidade populacional e construtiva em virtude da área metropolitana, do tratamento entre as áreas de ocupação de Ferrovia em Curitiba e em Almirante Tamandaré.

Em exercício rápido, imagina-se que Curitiba adote o despejo como medida de resolução da ocupação da faixa de domínio. O impacto sobre a cidade seria bastante considerável. O que se quer apresentar com isso é que a medida pode ser tomada e em alguns casos, a remoção pode ser necessária, porém, se realizada, deve ser aferida no conjunto das questões atinentes aos impactos, riscos e mitigações.

Em alguns casos, o risco pode ser muito significativo então a permanência pode não ser possível, mas, a saída deve ocorrer sem causar outros riscos, eventualmente até mais gravosos.

RECOMENDAÇÕES TÉCNICAS

Dada a vastidão da malha ferroviária, a necessidade de garantir segurança à população e a racionalização de recursos públicos, indica-se nesse estudo, Recomendações Técnicas que não pretendem esgotar as possibilidades de respostas às questões concernentes aos conflitos gerados pela inconveniência de diferentes e colidentes usos do mesmo território, mas, apontar ações significativas de tratamento que vise minimizar os efeitos dos impactos e riscos próprios da atividade ferroviária.

A consideração sobre a localização inadequada da Ferrovia em área de urbanização consolidada, somada às condições gerais territoriais, econômicas e metropolitana do Município de Almirante Tamandaré provoca a necessidade de se buscar medidas que não signifiquem novos riscos.

Nesse sentido, é de se mencionar que o tema em pauta trata de questão histórica, relacional, de demanda coletiva e de natureza complexa. Entende-se que os processos envolvidos devem ser tratados e discutidos na esfera coletiva uma vez que apresentam questões que superam interesses meramente individuais.

A revisão da localização da Ferrovia permanece, devendo ser avaliada a necessidade de

construção de anéis ou contornos ferroviários e ponderada a possibilidade de suspensão de processos em situações que não apresentem riscos iminentes e que não possam ser imediatamente solucionados via conciliação.

São propostas as seguintes Recomendações Técnicas:

(i) Indicação de Projeto para a Área de Influência da Ferrovia

Apresentação de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA nos termos estabelecidos pelo DNIT, com a apresentação das áreas de influência direta e indireta.

Tendo em vista que o EVTEA visa resultados mais direcionados à Ferrovia e que o item socioeconômico não contempla questões sociais e, do ponto de vista econômico trata de questões específicas voltadas ao capital, outros estudos que considerem impactos sobre questões em áreas urbanas consolidadas, compatibilidades e incompatibilidades, portanto, sobre as dinâmicas da cidade sobre a Ferrovia e da Ferrovia sobre a cidade devem ser considerados.

Nesse sentido, indica-se a realização ou apresentação, caso existam, dos Estudos de Impacto Ambiental e de Impacto de Vizinhança, conforme determinação da Lei Federal n. 10257/2001, Estatuto da Cidade.

Os estudos devem abordar os impactos positivos e negativos sobre o Município, especialmente, quando considerado que a malha ferroviária corta parte expressiva da malha urbana de Almirante Tamandaré, inclusive as áreas com mais recursos públicos investidos em infraestrutura, equipamentos e serviços.

Entende-se que a responsabilidade de apresentação e tais projetos é da empresa concessionária.

(ii) Levantamento e Análise de Registros de Acidentes

Tendo em vista que o debate versa sobre os riscos da convivência entre a Ferrovia e a dinâmica do espaço urbano é relevante para a análise de risco e mitigação de risco o Relatório Anual sobre Acidentes, constando dentre outros elementos:

- a) o número de acidentes;
- b) os pontos críticos e a gravidade de acidentes na área de influência da Ferrovia com imagens dos locais;
- c) os tipos de acidentes;
- d) os danos e suas respectivas características, considerados os diferentes sujeitos atingidos;
- e) o acompanhamento realizado pela empresa concessionária;
- f) as ações de segurança e proteção;
- g) as ações mitigadoras.

(iii) Comparação com trechos anteriores e subsequentes

A extensão da Ferrovia supera os limites do Município de Almirante Tamandaré, conectando-se com Municípios com população, densidade e pontos críticos de localização e de acidentes mais significativos.

A empresa concessionária deve demonstrar como tem atuado em Municípios que apresentam situações mais críticas, em virtude de adensamento construtivo e populacional, número de cruzamentos, limites ao tráfego etc. tal como Curitiba e, em relação a outros que apresentam características semelhantes, de modo a estabelecer um roteiro de ações adequadas e pertinentes às condições gerais e específicas de segurança considerando, dentre outros aspectos, adensamento populacional, área de infraestrutura, equipamentos e serviços públicos, áreas de preservação de patrimônio natural ou construído.

(iv) Plano de Remoção

A medida apresentada pela empresa para a mitigação dos efeitos do impacto da Ferrovia sobre o Município indica à propositura de ações judiciais de reintegração de posse significativas do deslocamento de pessoas via despejo como meio de contenção do risco.

Tendo em vista que o despejo também apresenta risco, indica-se:

(i) levantamento e análise das espécies de risco e de sua gradação com Tabela de Classificação de Risco às Pessoas, tal como a que foi estabelecida para o risco de acidentes nas proximidades da Ferrovia;

(ii) realização de Plano de Relocação com indicação de localização próxima à área do despejo, e com indicação de medidas adequadas e seguras concernentes à remoção.

Uma vez que as atividades econômicas são beneficiárias dos resultados econômicos de suas atividades, as responsabilidades e respectivos ônus do exercício de suas respectivas ações também são de sua responsabilidade.

Entende-se que o Plano deve ser realizado pela empresa concessionária, dado que o impacto e o risco são provocados pelo exercício da atividade econômica. Nesse sentido, devem ser realizados também os estudos e ações mitigadoras já estabelecidos no item (i) das Recomendações Técnicas.

(v) Medidas de Segurança na Operação

A empresa deve apresentar o Plano de Segurança de Operação, bem como realizar as medidas apresentadas no Plano observando dentre outros documentos, o Manual de Projeto de Interseções/DNIT, especialmente no que diz respeito aos cuidados decorrentes do uso da sinalização passiva e, também, da sinalização ativa, em virtude da quantidade de cruza-

mentos e dos limites de mobilidade impostos pela Ferrovia a toda população.

Outras medidas de segurança também devem ser observadas, especialmente com vistas ao atendimento das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, Lei federal n. 12587/2012.

O monitoramento das atividades, suas ações e resultados devem ser devidamente publicizados.

Além das áreas de tráfego difuso, também aquelas consideradas como faixa de domínio, especialmente definidas na “Classificação de Risco às Pessoas” (ANTT) como de risco alto e muito alto devem ser identificadas com o objetivo de prevenir e inibir outros usos ou aproveitamentos conflitantes.

Considera-se importante também a propositura de projeto e implementação de contorno ferroviário, tal como já vem sendo objeto de debate² nos Municípios integrantes da malha ferroviária metropolitana em que a rede atravessa as áreas urbanas, caso por exemplo de Curitiba e Almirante Tamandaré.

(vi) Ações Compartilhadas

Há necessidade de diálogo entre os agentes mais diretamente implicados nos problemas e questões decorrentes da Ferrovia.

Ações conjuntas podem minimizar os danos decorrentes dos impactos. Tais ações podem ser planejadas e realizadas pelos agentes públicos e privados.

Entende-se que do ponto de vista das responsabilidades, esta é objetiva no que diz respeito à empresa operadora do serviço de transporte.

Por fim, entende-se que compreendida a complexidade da questão da disputa de usos em território de urbanização consolidada com presença de atividade de risco, as ações devem contemplar as diferentes ordens de interesses que estão vigentes naquele mesmo espaço.

² A proposta de contorno ferroviário já vem sendo proposta pelo Município de Curitiba, tal como ser observado na reportagem publicada na página da Prefeitura, em 31/05/2019 Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/curitiba-dara-suporte-a-secretaria-nacional-de-mobilidade/50744>

A proposta não é atual e já contava, desde 2009 com plano de desativação do ramal ferroviário de Curitiba, mas, considerava também o Município de Almirante Tamandaré, como pode ser visto na reportagem do Jornal Gazeta do Povo em 05/08/2009. Dizia a reportagem ... “O plano consiste na desativação do ramal ferroviário ao longo de Curitiba, Almirante Tamandaré e Pinhais, numa extensão de 41,2 quilômetros. O projeto prevê a criação de dois traçados. O primeiro deles, a oeste, passaria pela Cidade Industrial de Curitiba (CIC) e contornaria o perímetro urbano de Almirante Tamandaré, paralelamente aos traçados dos Contornos Norte e Sul, chegando ao antigo ramal que liga Curitiba a Araucária. O outro traçado, a leste, seria implantado paralelamente ao Canal Extravasor, ao longo do Rio Iguaçu, ligando Piraquara a São José dos Pinhais. O desvio se conectaria ao ramal existente após a zona urbana de Pinhais, em direção a Piraquara, e integraria também o aeroporto Afonso Pena, em Pinhais, e os portos de Antonina e Paranaguá.”

Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/contorno-ferroviario-aprovado-bridtlv6r3zep7lw85ot3kp5a/>

Para tanto, a ponderação de direitos, a razoabilidade, a pertinência e a adequabilidade das ações são fundamentais na minimização dos riscos e dos impactos, especialmente sobre aqueles que se apresentam de modo mais frágil na teia de relações necessariamente estabelecidas em virtude dos usos do território e que demandam direitos considerados fundamentais, essenciais à manutenção de vida.

O despejo também apresenta risco e as medidas concernentes à necessidade de relocação devem contemplar as condições gerais territoriais e econômicas do próprio Município, a proximidade da área hoje ocupada, as condições de habitabilidade e a segurança da posse na nova moradia.

Curitiba, 29 de janeiro de 2020.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relatório de Avaliação e Classificação de Risco de Invasões na Faixa de Domínio no município de Almirante Tamandaré/PR: ação Civil Pública n. 5042024-28.2018.4.04.7000. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Relatório n. 102/2019/COFER/URRS. Inspeção Eventual Rumo Malha Sul S.A.. Trecho Sub-ramal de Rio Branco do Sul Segmento: km 13,00 ao KM 27,00 (Município de Almirante Tamandaré. 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres. Anuário estatístico. Transporte de Carga Origem/Destino – 2006-2019. Disponível em: http://www.antt.gov.br/ferrovias/arquivos/Anuario_Estatistico.html.

BRASIL. Código Civil, Lei Federal n. 10406/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. DNIT Glossário de Termos Ferroviários. Disponível em: <https://189.9.128.64/ferrovias/glossario-de-termos-ferroviarios/glossario.pdf>. p. 23.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. DNIT Glossário de Termos Ferroviários. Manual de Projeto de Interseções/DNIT. Disponível em: http://www1.dnit.gov.br/ipr_new/..%5Carquivos_internet%5Cipr%5Cipr_new%5Cmanuais%5CMANUAL_DE_PROJETO_DE_INTERSECOES_Versao_Final.pdf.

GIESBRECHT, Ralph Mennucci. Estações Ferroviárias do Brasil. Atualizado em 19/02/2018 Disponível em: <http://www.estacoesferroviarias.com.br/pr-riobranco/almtamandare.htm>.

Jornal Gazeta do Povo em 05/08/2009 <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/contorno-ferroviario-aprovado-bridtv16r3zep7lw85ot3kp5a/>.

Município de Curitiba. página da Prefeitura, em 31/05/2019 Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/curitiba-dara-suporte-a-secretaria-nacional-de-mobilidade/50744>.

ANEXO

Levantamento das famílias realizado pela Secretaria Municipal de Habitação

LISTAGEM MORADORES JARDIM DAS OLIVEIRAS

Nº	NOME DO RESPONSÁVEL FAMILIAR	ENDEREÇO	CRIANÇA/ADOLESCENTE	IDOSO	PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
1	ADRIELI MARA RODRIGUES LISBOA	RUA VERONICA CASTRO PEREIRA, 169	2	0	0
2	ALLAN RAFAEL DE ABREU	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 53	1	0	0
3	ANA PAULA RODRIGUES NOZARET	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 130	1	0	0
4	ANA LUCIA RIBEIRO DA SILVA	RUA DEZ, 15	1	0	0
5	ANGELICA RODRIGUES DA SILVA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 361	4	0	0
6	ARIANE LISBOA DOS SANTOS RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 310	4	0	0
7	ARIEL PEREIRA DA SILVA	RUA ANTONIO JOHNSON, 3011	1	0	0
8	ARINA DOS ANJOS	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 60	0	0	1
9	CLEIDE LISBOA RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 28	6	0	1
10	CLEIDE PINTO DE PAULA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 05	3	0	0
11	DENIR RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 361	0	0	0
12	DEUSILENE DO ROCIO DA SILVA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 55	0	0	1
13	DENISE PATRICIA EWANGELISTA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 310 F	2	0	0
14	ELAINE RIBEIRO DA SILVA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 43	3	0	0
15	FRANCIELE FARIA DE LARA	RUA UNIÃO DA VITÓRIA, 55	2	0	0
16	GENIDOS SANTOS DE MENEZES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 54	2	0	0
17	JOÃO ALVES DOS SANTOS	RUA JULIETA SOUTO DE ANDRADE, 3075	1	0	0
18	KEVELIN DOS SANTOS RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 44	2	0	1
19	LORENA DE OLIVEIRA PEDROSO	RUA ANTONIO JOHNSON, 29	1	0	0
20	MARCIO ANTONIO GIBIKOSKI	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 43	2	0	0
21	MARIA ELIZABETH MOREIRA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 56	0	0	0
22	MARIA JOSÉ RODRIGUES DOS SANTOS	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 19	2	0	0
23	MARIANA RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 19	1	0	0
24	MARLI DE APARECIDA SANTOS	RUA JULIETA SOUTO DE ANDRADE, 950	1	0	0
25	MARLI RODRIGUES	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 120	2	0	0
26	NATALINO HERECHUK	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 39	0	0	0
27	ODETE MATEUS	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 40	0	0	1
28	ROBSON MISGA DE LIMA	RUA MARIA ROSA MOREIRA DOS SANTOS, 56	0	0	0

COMPOSIÇÃO FAMILIAR	RENDA FAMILIAR	SITUAÇÃO DO IMÓVEL	TEMPO NO LOCAL
4	R\$ 1.200,00	PRÓPRIO	7 ANOS
2	R\$ 1.200,00	CEDIDA	5 ANOS
3	R\$ 400,00	PRÓPRIA	8 ANOS
3	R\$ 200,00	ALUGADA	X
6	R\$ 653,00	PRÓPRIA	X
6	R\$ 1.575,00	PRÓPRIA	22 ANOS
3	R\$ 2.700,00	OCUPAÇÃO	X
1	R\$ 998,00	OCUPAÇÃO	2 ANOS
11	R\$ 998,00	PRÓPRIA	X
5	R\$ 1.200,00	OCUPAÇÃO	30 ANOS
2	R\$ 239,00	PRÓPRIA	20 ANOS
4	R\$ 1.998,00	PRÓPRIA	X
4	R\$ 2.400,00	OCUPAÇÃO	10 ANOS
4	R\$ 465,00	PRÓPRIA	X
4	R\$ 1.169,00	OCUPAÇÃO	6 ANOS
4	R\$ 1.500,00	OCUPAÇÃO	X
3	R\$ 1.300,00	PRÓPRIA	X
4	R\$ 1.200,00	PRÓPRIA	17 ANOS
3	?	PRÓPRIA	3 ANOS
6	R\$ 1.400,00	OCUPAÇÃO	X
2	R\$ 800,00	PRÓPRIA	13 ANOS
4	R\$ 500,00	PRÓPRIA	X
3	R\$ 1.080,00	OCUPAÇÃO	7 ANOS
3	R\$ 1.200,00	OCUPAÇÃO	13 ANOS
3	R\$ 1.100,00	OCUPAÇÃO	X
2	R\$ 1.190,00	PRÓPRIA	17 ANOS
3	R\$ 2.289,00	OCUPAÇÃO	27 ANOS
2	R\$ 2.300,00	PRÓPRIA	8 ANOS

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

GUIDELINES FOR AUTHORS

ORIENTAÇÕES PARA AUTORES

A Revista da Defensoria Pública da União, editada pela Defensoria Pública da União desde 2009, publica trabalhos inéditos sobre temas relacionados à Defensoria Pública, à promoção dos Direitos Humanos e ao acesso à Justiça. Os artigos passam por análise prévia e sumária, oportunidade em que são avaliados aspectos meramente formais, como a compatibilidade do conteúdo com a temática proposta pelo periódico, e posterior avaliação cega por pares.

LINHA EDITORIAL

A temática sobre a qual se debruçam os autores desta Revista é bastante ampla, porém há de se ressaltar que a sua especificidade se verifica na abordagem das mudanças inscritas no Direito contemporâneo, nas práticas jurídicas, além das peculiaridades da atual sociedade de consumo, marcada pela acelerada exclusão, pelo individualismo exacerbado e, ao mesmo tempo, permeada pelo avançado desenvolvimento tecnológico.

Por força da complexidade dessas transformações, a linha editorial da Revista incentiva uma abordagem transdisciplinar e crítica da temática proposta, a qual deverá criar condições para uma interlocução do discurso jurídico com os discursos sociológicos, filosóficos, historiográficos, economicistas, da ciência política e vice-versa. Da mesma forma, incentiva, por meio das resenhas, a divulgação de textos acadêmicos de relevância, por vezes inacessíveis a muitos porque existentes apenas em língua estrangeira. Por fim, objetiva, ainda, acompanhar a evolução da jurisprudência pátria, por meio da análise de julgados relevantes e afins à proposta temática.

SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Os artigos, resenhas, estudos de caso e boas práticas institucionais devem ser inéditos, escritos em português, espanhol, francês, italiano ou inglês e deverão ser submetidos por meio do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, disponível no seguinte endereço: <http://revistadadpu.dpu.def.br>.

Os **artigos** devem conter de 15 a 25 laudas. Textos com extensão diversa serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem conter até 7 laudas; as **boas práticas e os estudos de caso**, até 10 laudas; devem apresentar: cabeçalho com referência da obra original ou do julgado e nome do autor; e não precisam ser precedidos de resumo. Obras clássicas não serão objeto de publicação da Revista da DPU.

FORMATAÇÃO

Os artigos deverão ser encaminhados com as seguintes regras de formatação:

- Editor de texto: **Word for Windows**;
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 13, para notas de rodapé e citações longas, tamanho 11**;
- Espaçamento: **1,5cm (entre linhas)**;
- Alinhamento: **justificado**.

TEXTO

A primeira página do artigo deve conter:

- Título, em fonte maiúscula, negrito, centralizado (português e inglês);
- Resumo em português, de 100 a 250 palavras, alinhamento justificado;
- Palavras-chave: até 5 palavras, alinhamento justificado;
- Abstract: resumo traduzido para o inglês;
- Keywords: até 5 palavras traduzidas para o inglês;
- Sumário: seções numeradas progressivamente em algarismos arábicos.

CITAÇÕES, NOTAS DE RODAPÉ E REFERÊNCIAS

Devem seguir as normas da ABNT (NBR 10520 e 6023). As referências no corpo do texto deverão ser no modelo nota de rodapé. O sistema autor-data não será aceito.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Todas as normas que regem a publicação encontram-se disponíveis na página da Revista da Defensoria Pública da União - <http://revistadadpu.dpu.def.br> -, na aba “Submissão de Artigos”. Outras informações podem ser obtidas junto à Coordenação de Incentivo à Pesquisa e Publicações pelo e-mail **publicacoes.esdpu@dpu.def.br**.

Os colaboradores desta Revista possuem ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal of the Public Defender's office the Union, edited by the Federal Public Defender's of the Union since 2009, publishes unpublished works about topics assigned to the Public Defender, to the promotion of Human Rights and access justice. The articles undergo to prior and summary analysis, opportunity in which aspects purely formals are assessed, like the compatibility of the content with the proposed themes by the journal, and post double-blind review evaluation.

EDITORIAL LINE

The theme on which the authors focus in this Journal is quite wide, however, it is important to emphasize that its specificity is evident in the approach of the changes entered in the Contemporary Law, in the legal practices, in addition of the peculiarities of the current consumer society, marked by accelerated exclusion, by the exacerbated individualism, and at the same time, permeated by advanced technological development.

By virtue of the complexity of these transformations, the editorial line of the Journal encourages a transdisciplinary and critical approach of the proposed themes, which should create conditions for a dialogue of the legal discourse with the sociological discourses, philosophicals, historiographicals, economics, of the political science, and vice versa. In the same way, it encourages, by means of the reviews, the dissemination of relevant academic texts, sometimes inaccessible to many because they exist only in foreign language. Finally, it also intends to track the evolution of the jurisprudence homeland, through an analysis of relevant judged and related to the proposed theme.

SUBMISSION OF PAPERS

The articles, reviews and good practices/case studies must be unpublished, written in Portuguese, Spanish, French, Italian or English. Papers should be sent to the e-mail: **publicacoes.esdpu@dpu.gov.br**.

The **Articles** should contain from 5500 words. Larger texts will be published, at the discretion of the editor, if their size is justifiable.

The **reviews** contain from 1500 words, and good practices/case studies contain up to 2000 words; and present: header with reference of the original work or of the judged and the author's name. Do not need to be preceded by an abstract.

FORMATTING

The articles should be submitted with the following formatting rules:

- Text Editor: **Word for Windows**;
- Font: **Times New Roman, size 13, for footnotes and long quotations, size 11**;
- Spacing: **1,5cm (between lines)**;
- Alignment: **justified**.

TEXT

The first page of the article should contain:

- The title, in uppercase font, bold and centered (Portuguese and English);
- Abstract in Portuguese, of 100 to 250 words, alignment justified;
- Keywords: up to 5 words, alignment justified;
- Abstract: translated abstract into English (from 100 to 250 words), alignment justified.
- Keywords: up to 5 words translated to English.
- Summary: sections numbered progressively in Arabic numerals.

CITATIONS, FOOTNOTES, AND REFERENCES

Must follow the rules of ABNT (Brazilian Association of Technical Standards) - (NBR - Brazilian norm - 10520 and 6023). The references in the body of the text should be in the footnote template. The author-date system will not be accepted.

ADDITIONAL INFORMATION

All of the rules that govern the publication are available on the website of the Public Defender of the Union - <http://revistadadu.dpu.def.br> -, in the section “Guidelines for authors”. In the same section, there are also article templates, review and comment to case law as an example. Other informations may be obtained from the Coordination of incentive to research an publication by the e-mail publicacoes.esdpu@dpu.gov.br.

The contributors to this Magazine enjoy the wider freedom of opinion and criticism, a responsibility of the ideas and concepts expressed in their works.



Escola Nacional da Defensoria Pública da União
Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco H – Lote 14 – sobreloja - 70.070-120- Brasília/DF
Tel.: (61) 3318-0287
Visite nosso site: <http://revistadadpu.dpu.def.br>
E-mail: publicacoes.esdpu@dpu.def.br



ESCOLA NACIONAL DA
DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO



1984-0322