

Jéssyka Maria Nunes Galvão  
(Organizadora)

# DIREITO CONTEMPORÂNEO:

desafios e possibilidades

Volume III



**AYA EDITORA**  
2023



# Direito Contemporâneo: desafios e possibilidades

Volume III

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Calvão  
(Organizadora)

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Organizadora**

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

## **Capa**

AYA Editora

## **Revisão**

Os Autores

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicadas

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

*Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí*

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

*Instituto Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

*Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP*

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

*Centro Universitário FACEX*

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

*Universidade do Estado de Minas Gerais*

Prof.ª Ma. Denise Pereira

*Faculdade Sudoeste – FASU*

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

*Universidade Federal do Amapá*

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

*Universidade Estadual de Londrina*

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

*Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença*

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

*Universidade Federal de Sergipe*

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

*Faculdade Santa Helena*

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

*Universidade Federal de Roraima*

Prof.º Me. Jorge Soistak

*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

*Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara*

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

*Universidade Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

*Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

*Faculdade Santana*

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

*Universidade Federal Rural de Pernambuco*

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
*Universidade Norte do Paraná*

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa  
*Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP*

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes  
*Universidade Estadual do Centro-Oeste*

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
*Centro Universitário Santa Amélia*

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes  
*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
*Instituto Federal do Acre*

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
*Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais*

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
*Universidade Federal do Piauí*

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros  
Rodrigues  
*Faculdade Sagrada Família*

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
*Universidade Tecnológica Federal do Paraná*

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
*Instituto Federal de Santa Catarina*

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

---

D59896 Direito contemporâneo: desafios e possibilidades [recurso eletrônico]. / Jéssyka Maria Nunes Galvão (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 151 p.  
v.3

Inclui biografia  
Inclui índice  
Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
ISBN: 978-65-5379-187-9  
DOI: 10.47573/aya.5379.2.165

1. Direito. 2. Audiência de custódia. 3. Direito de propriedade. 4. Direito penal - Brasil. 5. Prisão preventiva - Brasil. 6. Voto - Brasil. I. Galvão, Jéssyka Maria Nunes. II. Título

CDD: 340.07

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora EIRELI**

**AYA Editora©**

CNPJ: 36.140.631/0001-53  
Fone: +55 42 3086-3131  
E-mail: contato@ayaeditora.com.br  
Site: <https://ayaeditora.com.br>  
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557  
Ponta Grossa - Paraná - Brasil  
84.071-150

# SUMÁRIO

01

**(Im) impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz: uma análise após pacote anticrime.....10**

Kalita de Castro Rodrigues

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.1

02

**Aplicabilidade e repercussões do código de processo civil de 2015 ao processo penal, notadamente aos recursos penais .....23**

Daniel Cláudio da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.2

03

**Execução antecipada da pena sob a perspectiva da presunção de inocência: uma breve análise da evolução jurisprudencial .....29**

Rodson Fernando Silva de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.3

04

**Parceria público-privada no sistema prisional....  
.....49**

William Ricardo Petter

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.4

05

**Estratégias de policiamento e a dimensão espacial no controle do crime.....57**

Maurício Roberto Monier Alves Filho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.5

# 06

## **A implantação da audiência de custódia .....74**

Jeferson Otavio Fossati Santos  
Neida Leal Floriano

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.6

# 07

## **A função social da propriedade: Função social da propriedade e as limitações ao direito de propriedade.....90**

Davison Luís Reis Cunha

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.7

# 08

## **Princípio da legalidade estrita: aplicação na administração pública .....101**

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.8

# 09

## **Voto impresso: aspectos constitucionais à luz do princípio da vedação ao retrocesso político.. .....107**

Vinícius de Almeida Sales

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.9

# 10

## **Audiências de conciliação nos casos de superendividamento .....121**

Raissa Costa Silveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.10

# 11

## **Das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado.....133**

Maxwell Rodrigues Freire

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.11

## **Organizadora .....146**

## **Índice Remissivo .....147**



# Prefácio

---

É com grande satisfação que apresentamos o terceiro volume do livro **“Direito contemporâneo: desafios e possibilidades”**, organizado pela Dra. Jéssyka Maria Nunes Galvão. Este livro apresenta uma coletânea de artigos que abordam importantes temas do Direito contemporâneo, com destaque para os desafios e as possibilidades da aplicação do Direito no contexto atual.

Os capítulos apresentados neste volume abrangem uma variedade de assuntos, desde a implantação da audiência de custódia até as estratégias de policiamento e a dimensão espacial no controle do crime. Além disso, o livro traz uma discussão aprofundada sobre a função social da propriedade, a aplicação do princípio da legalidade estrita na administração pública e a execução antecipada da pena sob a perspectiva da presunção de inocência.

Outros tópicos importantes discutidos no livro incluem a (im)possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz após o pacote anticrime, a aplicabilidade e repercussões do Código de Processo Civil de 2015 ao processo penal, notadamente aos recursos penais, e a parceria público-privada no sistema prisional.

Além disso, o livro aborda a questão das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, as audiências de conciliação nos casos de superendividamento e os aspectos constitucionais do voto impresso à luz do princípio da vedação ao retrocesso político.

Com a contribuição de renomados especialistas em suas áreas de atuação, este livro certamente será uma fonte de referência para estudantes, pesquisadores e profissionais do direito que desejam compreender os desafios e as possibilidades do direito contemporâneo. Esperamos que esta obra possa contribuir significativamente para a reflexão e o debate sobre as questões jurídicas mais prementes de nosso tempo.

Boa leitura!

***Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares***

*Editor Chefe*



# **(Im) impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz: uma análise após pacote anticrime**

---

Kalita de Castro Rodrigues

*Bacharela em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso-UNEMAT. Advogada OAB/MT.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.1

## RESUMO

A partir das ideias do neoconstitucionalismo, é necessário interpretar todos os ramos do direito conforme as normas constitucionais. No âmbito de processo penal, desponta a ideia de processo penal constitucional, fazendo-se uma filtragem constitucional dos dispositivos processuais. Diante disso, para alguns doutrinadores, a atribuição de titularidade da ação penal ao Ministério Público pela Constituição Federal estabelece o sistema penal acusatório. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência sempre discutiram a possibilidade de atuação de ofício de juiz, especialmente no cenário das prisões preventivas. Após as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, denominada “pacote anticrime”, as discussões sobre a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício se acentuaram em decorrência de mudanças introduzidas no Código de Processo Penal. Dentre essas mudanças, o “pacote anticrime”, embora com dispositivo que teve sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu expressamente no Código de Processo Penal o sistema penal acusatório. A partir disso, conjuntamente com outras alterações promovidas dentro do tema prisões, bem como recentes decisões dos Tribunais Superiores, o pujante debate sobre a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício foi encerrado. Em conclusão, não se vê mais espaço para atuação oficiosa do Juízo na decretação das prisões preventivas no processo penal.

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo. prisão preventiva. processo penal. sistema penal acusatório.

## INTRODUÇÃO

O *neoconstitucionalismo* é conhecido como um movimento do pós-modernismo e tem como substrato teórico o pós-positivismo jurídico, identificado como novo paradigma da filosofia jurídica. Uma das características do novo constitucionalismo é a positivação de direitos fundamentais como princípios e a concessão de força normativa a esses princípios.

Destaca-se a preocupação com a garantia de força normativa da Constituição dentro dessa recente conjectura filosófica. Há uma crescente busca por novos critérios interpretativos, com a finalidade de garantir a supremacia da Constituição e assegurar sua força normativa dentro do ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que, no plano teórico, o “novo constitucionalismo” atribui às normas constitucionais *status* de norma jurídica imperativa e de respeito obrigatório, irradiando direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, resultando no fenômeno da constitucionalização do direito.

A constitucionalização do direito, decorrente da supremacia da Constituição, característica do *neoconstitucionalismo*, exige que as normas infraconstitucionais sejam interpretadas a partir dos princípios e direitos estabelecidos constitucionalmente, reclamando que as normas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição sejam declaradas inconstitucionais, ou seja, estabeleça-se interpretação que se coadune com eles.

Nesse cenário, pela importância temática, especialmente pelas consequências jurídicas e práticas que se percebem, pretende-se abordar a influência da abertura interpretativa decorrente no *neoconstitucionalismo* aliada à supremacia das normas constitucionais no processo

penal brasileiro, especialmente com relação ao procedimento e ao sistema penal que melhor se alinha com as regras estabelecidas na Constituição Federal.

Além disso, objetiva-se descrever os tipos de prisões possíveis no cenário do processo penal brasileiro e a relação da atuação do juiz com os sistemas penais interpretados de acordo com os ditames constitucionais, expondo, dentro dessa temática, as principais alterações promovidas pelo denominado “Pacote Anticrime”, notadamente a influência dessas mudanças em estabelecer um sistema penal que conduza o processo penal conforme as normas constitucionais.

Por isso, com base em uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, propõe-se a investigar, a partir do fenômeno constitucional indicado, se é possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz mesmo após as alterações no processo penal pelo denominado “pacote anticrime”.

## PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL E OS SISTEMAS PENAIS

A partir da ideia de constitucionalização do Direito decorrente do estabelecimento das diretrizes do *Neoconstitucionalismo*, o processo penal deve ser lido à luz da Constituição. Dessa forma, também é possível se falar em um Processo Penal Constitucional. Essa nova perspectiva do direito constitucional fez surgir o que hoje se conhece, na terminologia jurídica, como Constitucionalização do Direito.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2005), diz que o termo constitucionalização do Direito pode caracterizar qualquer ordenamento jurídico em que vigore uma Constituição dotada de supremacia. O termo também pode servir para indicar uma Constituição formal que incorpora em seu texto inúmeros temas infraconstitucionais.

No entanto, com relação ao fenômeno em estudo (processo penal constitucional), o que mais identifica o termo é a ideia de um efeito expansivo das normas constitucionais, “cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2005, p. 12). Com isso, quer se dizer que os valores e princípios contemplados na Constituição passam a condicionar a “validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (BARROSO, 2005, p. 13).

Em síntese, a Constituição não é mais vista apenas como um sistema em si, mas também um modo de interpretar os demais ramos do direito, o que se chama, juridicamente, de *filtragem constitucional* (BARROSO, 2005). Por consequência disso, é possível falar em um Direito Processual Penal Constitucionalizado, especialmente pelas garantias aplicadas ao Processo Penal estabelecidas constitucionalmente, como devido processo legal, contraditório e duração razoável do processo, imparcialidade do juiz, entre outras normas previstas expressamente ou implicitamente no texto constitucional brasileiro.

Portanto, a constitucionalização do processo penal é adaptação das principais características dos direitos e garantias fundamentais à matéria processual penal infraconstitucional e, por consequência, segue os postulados do Estado Democrático de Direito, formando o processo penal democrático. Guilherme de Souza Nucci denomina todo esse fenômeno de Processo Penal Democrático. (NUCCI, 2016).

Atualmente, não se pode conceber o estudo do processo penal brasileiro distante de uma visão abertamente constitucional, “inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate” (NUCCI, 2016, e-book, n.p.).

Diante disso, a partir do fenômeno da Constitucionalização do Direito Processual Penal, pode-se trabalhar sobre os sistemas processuais penais, interpretando-os a partir da influência dos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, especialmente as normas processuais sobre o tema.

Destaca-se, conforme Norberto Avena (2017) argumenta, que o objetivo do processo penal é possibilitar a satisfação do *jus puniendi* pelo Estado, todavia, a realização desse direito de punir está condicionada à observância de garantias que viabilizem que o indivíduo conteste ou reaja à pretensão punitiva estatal. Portanto, o processo penal deverá ter um desenvolvimento regular que assegure o exercício desse direito de oposição do indivíduo processado.

Nesse sentido, para a realização de uma persecução penal (objeto do processo penal) resultando em uma condenação, Norberto Avena (2017) e a maioria da doutrina, enumera sistemas penais, denominados pelo autor em comento como tipos de processos penais, os quais podem ser utilizados para orientar a condução do processo penal e seu desenvolvimento regular, garantindo-se a observância de direitos ao imputado. Assim, citam-se: o sistema inquisitivo, o sistema acusatório e o sistema misto.

Pelas palavras de Nucci (2016), o sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração nas mãos do julgador da função também de acusador. Além disso, a confissão do réu é considerada a rainha das provas, não há debates orais, os julgadores não estão sujeitos à recusa, o procedimento é sigiloso e há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa (NUCCI, 2016)

Por outro lado, Aury Lopes Júnior define o sistema acusatório da seguinte forma:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juizator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu (LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. n.p. E-book)

O sistema processual acusatório se caracteriza “pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas” (AVENA, 2017, n.p., e-book,). Portanto, assegura-se o contraditório e a ampla defesa, ainda, a iniciativa probatória é dever das partes. Ademais, deve-se seguir o procedimento previsto, predominantemente oral e com publicação de todo o procedimento ou, pelo menos, de sua maior parte.

Além disso, há o sistema misto, também chamado de inquisitivo garantista, em razão da fusão entre as características dos outros modelos, definido por Norberto Avena da seguinte forma:

Classicamente, define-se sistema processual misto como um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Isso porque, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória ex officio e das res-

trições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses. Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista. (AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.n.p. E-book)

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2020), o grande dilema do processo penal é atingir um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade.

Portanto, na atualidade, diz-se não ser possível adotar, integralmente e individualmente, um só sistema, já que há vantagens em um que, associadas às vantagens de outro, podem construir um método processual capaz de atingir esse ponto de equilíbrio necessário no processo penal. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2020) elucida:

Cronologicamente, em linhas gerais o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual). (AURY LOPES JÚNIOR 2020)

No Brasil, não obstante a Constituição vigente atribuir ao Ministério Público, privativamente, a titularidade da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF/88) e o Supremo Tribunal Federal defender que o constituinte originário projetou um processo penal em uma estrutura acusatória, até o advento da reforma processual decorrente da Lei 13.964/2019, para a maioria da doutrina, era adotado o sistema “misto”.

Entretanto, não concorda com essa adoção o doutrinador Aury Lopes Junior (2020, *e-book*, n.p.), o qual entende o processo penal como essencialmente inquisitório ou neoinquisitório, pois, para o autor, não há como considerá-lo misto, já que a fase processual não é essencialmente acusatória, na medida em que a gestão da prova está nas mãos do juiz. Trilhando esse entendimento, considerando-se que a Constituição Federal de 1988 define um processo penal acusatório, conforme já dito, aliada à necessidade de uma “filtragem constitucional” (decorrente da constitucionalização do Direito), alguns dispositivos do Código de Processo Penal são vistos como inconstitucionais pelo autor mencionado.

Em resumo, portanto, entende-se que, não obstante a Constituição Federal vigente projetar um sistema processual penal acusatório, para a maioria da doutrina, o sistema penal no processo penal brasileiro poderia ser considerado misto ou mesmo inquisitório, como defendia Aury Lopes Júnior. Entretanto, entendia-se possível e necessário uso da “filtragem constitucional” na interpretação das disposições do Código de Processo Penal, o que evidencia, portanto, a importância da Constitucionalização do Direito Processual Penal.

Atualmente, importante ressaltar que o denominado “Pacote Anticrime” inseriu no Código de Processo Penal o art. 3º-A, que estabelece que o Processo Penal terá estrutura acusatória, vedando-se a iniciativa do juiz na fase investigativa e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Todavia, o Ministro Fux, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar na Medida Cautelar nas ADIn’s n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 e, por consequência, está suspensa a eficácia do art. 3º-A do Código de Processo Penal, norma que afirma o sistema acusatório no processo penal brasileiro.

Não obstante a eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, Renato Brasileiro de Lima (2020) defende que a estrutura acusatória está expressamente consagrada no Código de Processo Penal, revogando-se, tacitamente (com o restabelecimento da eficácia da norma), os artigos previstos no Código que eram incompatíveis com a ideia já consagrada de processo penal baseado no sistema acusatório.

As considerações indicadas acerca dos sistemas são complexas, mas giram em torno do tripé sistema acusatório, contraditório e imparcialidade, isso porque a imparcialidade é garantida no modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório. No entanto, a imparcialidade exige o afastamento do juiz de atividades de ofício e isso é importante na presente pesquisa para entender a atuação do juiz no processo penal, especialmente na possibilidade de atuação de ofício na decretação de medidas cautelares, inclusive prisões.

## **PRISÕES NO PROCESSO PENAL E AS ALTERAÇÕES DA LEI 13.964/2019**

A prisão tem fundamento constitucional no art. 5º, inciso LXI, e priva um direito fundamental, a liberdade de ir e vir. O mencionado dispositivo constitucional expressa que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1989). Assim, é possível concluir que a prisão deve ser fundamentada em decisão judicial oriunda de Juízo competente, motivada e escrita, ou pode decorrer de flagrante delito.

No mesmo sentido, a redação do art. 283 do Código de Processo Penal, já alterada pela Lei 13.964/2019, estabelece que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 2019).

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 963) argumenta que há, no ordenamento jurídico brasileiro, três espécies de prisão: prisão extrapenal, prisão processual ou cautelar e prisão penal. Esta última resulta tão somente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADC's 43, 44 e 54, alterando o entendimento anterior que permitia esse tipo de prisão após o julgamento/confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância. Portanto, a prisão penal, em regra, só é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STF, 2019).

Por outro lado, fala-se na prisão cautelar, a qual é equivalente à tutela de urgência no processo civil (NUCCI, 2016), considerando que, entre a prática do crime e o julgamento definitivo, pode existir risco de que se comprometa a atuação jurisdicional ou se prejudique a eficácia e a utilidade do julgado (LIMA, 2021). Portanto, surge a necessidade da prisão cautelar, visando a diminuir esse risco. A partir disso, é possível dizer que a prisão processual/cautelar se dá em hipótese de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente nos casos de prisão preventiva e prisão temporária. Nessa toada, defende Renato Brasileiro de Lima:

Logo, a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a ante-

cipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência. (LIMA, RENATO, 2020, p. 975)

Entende-se que é possível também incluir dentro das prisões cautelares a prisão em flagrante, não obstante exista divergência doutrinária desta classificação, já que há quem diga que a natureza jurídica da prisão em flagrante é pré-cautelares. Esse entendimento tem fundamento em Norberto Avena (2017), o qual argumenta que a prisão em flagrante não permite a manutenção do flagrado sob a custódia do Estado, pois a legislação pátria exige para isso que o juiz a converta em prisão preventiva, conforme dicção do artigo 310 do CPP (BRASIL, 1941) e, por esse motivo, a classifica como prisão pré-cautelares.

No tocante à prisão preventiva, entende-se que há possibilidade de sua decretação com fundamento do art. 311, do Código de Processo Penal (representação), e também com fundamento no art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal (decorrente de prisão em flagrante - conversão), em ambas as hipóteses, observando-se os pressupostos, fundamentos e possibilidade de incidência da prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Com base no artigo 311, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo penal, seja por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público. Analisando-se o mencionado dispositivo, indaga-se se é possível a prisão preventiva de ofício pelo Juiz.

Anteriormente às alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, já existiam divergências doutrinárias sobre o tema, notadamente pelo sistema penal adotado. A ideia predominante anteriormente era tratada de acordo com a possibilidade de atuação do Juiz em conformidade com o sistema penal adotado no Processo Penal Brasileiro. Nesse sentido, para a maioria da doutrina, era possível o Juiz decretar a prisão de ofício, desde que no curso da ação penal, ou seja, na fase investigativa, a prisão preventiva não poderia ser decretada de ofício pelo juiz.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2017) escreve:

[...] uma vez provocada a jurisdição por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do particular ofendido, a autoridade judiciária competente passa a deter poderes inerentes à própria jurisdição penal, podendo, assim, decretar a prisão preventiva de ofício caso verifique que a supressão da liberdade do denunciado seja necessária para a preservar a prova, o resultado do processo ou a própria segurança da sociedade (LIMA, RENATO, 2017, p. 961)

Entretanto, Guilherme de Souza Nucci (2016) afirma que a previsão de possibilidade de decretação da prisão de ofício pelo Juiz, sem qualquer provocação, era uma indicação de invasão na função do órgão acusador e que o sistema processual penal brasileiro é misto. Para Nucci (2016), a possibilidade da prisão como ato de ofício do magistrado afasta-o de sua posição de absoluta imparcialidade, demonstrando a maior incidência de regras processuais penais que indicam a adoção do sistema penal misto.

Nesse cenário de crítica, com a vigência da Lei 13.964/2019, significativa alteração a influir no tema pesquisado é a inserção do art. 3º-A no Código de Processo Penal que estabeleceu expressamente que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, vedando-se a iniciativa do juiz na fase investigativa e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, conforme já argumentado em outro ponto desta pesquisa (BRASIL, 2019).



Embora com a eficácia suspensa por decisão da Corte Suprema, Renato Brasileiro de Lima (2020b) defende que o artigo 3º-A, a despeito de ter sido incluído no capítulo denominado “Juiz das Garantias”, não guarda relação direta com os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F. Diante disso, o autor comenta surpresa com a decisão de suspensão pelo Supremo Tribunal Federal também do art. 3º-A do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

Renato Brasileiro de Lima (2020b) argumenta, portanto, que, seja como for, entende-se que existe uma alteração significativa na gestão da prova pelo magistrado, sendo importante a análise de inconstitucionalidade de uma atuação oficiosa do magistrado, seja ele o juiz das garantias ou o juiz da instrução e julgamento, em vários dispositivos espalhados pelo Código de Processo Penal.

Nesse cenário, Vinicius Assumpção comenta:

Em função da matriz constitucional que prevê a titularidade de acusação como privativa do Ministério Público (art. 129, I, da CF/88) e o novel dispositivo do CPP (art. 3º-A), toda a persecução criminal – fase investigativa e processual – deve se pautar pela estrutura acusatória. Com isso, não há mais espaço para os poderes instrutórios do juízo no processo penal brasileiro, o que, aliás, também se depreende da parte final do dispositivo, quando se refere à impossibilidade de substituição da atuação probatória do órgão de acusação (art. 3º-A, in fine, do CPP). (ASSUMPÇÃO, VINICIUS, 2020, n.p. E-book).

Vinicius Assumpção (2020) acrescenta que, com as alterações promovidas textualmente pelo denominado “Pacote Anticrime”, o magistrado não poderá mais decretar a prisão preventiva de ofício, conforme é possível se extrair da nova redação do art. 311 do CPP (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, a nova redação do artigo 311, do Código de Processo Penal, estabelece que, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 2019). Assim, conclusão que parece correta a partir da nova redação do dispositivo mencionado é a limitação da atuação do juiz à provocação das partes.

No entanto, a fim de concluir e resolver o problema que se propôs, passa-se a analisar, a partir dos recentes entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, sobre a real existência de possibilidade de o juiz agir de ofício do âmbito das prisões preventivas.

## **(IM) POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO OU CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO JUIZ**

Diante das significativas alterações expostas, uma incerteza, que já se discutia, em âmbito doutrinário (com mais intensidade) e jurisprudencial, tornou-se mais pujante nas interpretações feitas a partir da Lei 13.964/2019. Fala-se na possibilidade ou impossibilidade de o juiz agir oficiosamente na decretação de prisão preventiva ou, de modo geral, nas medidas cautelares ou atuação em todo processo penal, mas que, pela limitação do tema, pesquisa-se com relação, apenas, à prisão preventiva.

Como já se adiantou, embora não fosse corrente dominante, mesmo antes da existência do art. 3º-A, do CPP (ainda suspenso por decisão do Tribunal Supremo), defendia-se que o processo penal brasileiro era regido pelo sistema penal acusatório, especialmente pelo estabelecido

no art. 129, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1989). Assim, quem advogava essa ideia também defendia que a atuação de ofício do juiz, ainda que na hipótese de decretação de prisão preventiva durante a fase processual, confrontava-se com a interpretação constitucional que deveria ser dada ao processo penal.

Nesse sentido, já existiam argumentações no sentido de inconstitucionalidade (a não recepção) do art. 311, do Código de Processo Penal, o qual permitia que o Juízo decretasse a prisão preventiva de ofício desde que fosse no curso da “ação penal”. No entanto, a nova redação do art. 311, do Código de Processo Penal, alterado pelo denominado “Pacote Anticrime”, parece ser clara em excluir essa possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, isso porque retirou a expressão “de ofício” do mencionado artigo (BRASIL, 2019).

Diante disso, com a nova redação, entende-se que os juízes só poderão decretar a prisão preventiva, com fundamento no art. 311, do Código de Processo Penal, se forem provocados pelo Ministério Público, Assistente de Acusação e/ou Autoridade Policial, independentemente da fase em que se encontre o processo, superando, portanto, o entendimento anterior.

No entanto, mesmo diante dessas conclusões decorrentes das alterações causadas pelo “Pacote Anticrime”, a acentuada discussão não se encerrou. Outra situação ainda não estava resolvida: *conversão da prisão flagrancial em preventiva de ofício pelo juiz. É possível que o juízo converta a prisão em flagrante de ofício?*

Destaca-se que, anteriormente à Lei 13.964/2019, a jurisprudência já havia se sedimentado no sentido de possibilitar a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo Juiz. Entendia-se possível que o juiz convertesse, por força de comando legal (art. 310, inciso II do CPP), a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Compreende-se essa posição visualizando que, após a prisão em flagrante, o autuado é conduzido à presença da autoridade judiciária competente, a qual deve tomar uma das providências elencadas no artigo 310, do Código de Processo Penal, e, por isso, considerando a obrigatoriedade legal, em tal situação, não há atividade propriamente oficiosa do juiz.

Guilherme de Souza Nucci (2020) chegou a argumentar que a Lei 13.964/2019 em nada alterou o cenário da conversão do flagrante em preventiva. Para o referido autor, a vedação de atuação oficiosa do juiz se deu tão somente na decretação de prisão preventiva durante a fase instrutória em razão da alteração redacional no art. 311 do Código de Processo Penal.

Entretanto, para a doutrina majoritária, esse entendimento estaria superado com a Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), a qual teria proibido qualquer prisão decretada de ofício pelo magistrado. Veja-se:

De acordo com a nova redação do art. 310, II, do CPP, verificada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz poderá fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, hipótese em que deverá ser expedido um mandado de prisão. Para tanto, é indispensável que seja provocado nesse sentido, pois jamais poderá fazê-lo de ofício, sob pena de violação aos arts. 3º-A, 282, §§2º e 4º, e 311, todos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. (LIMA, RENATO, 2020, p. 1052).

Reúne-se a este último entendimento doutrinário a atual jurisprudência dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, a 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime,

concedeu, de ofício, o Habeas Corpus nº. 188.888/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello, firmando-se o entendimento de que “o magistrado competente não pode converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva no contexto da audiência de custódia, pois essa medida de conversão depende, necessariamente, de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público”. (STF, 2020, *on-line*)

Além disso, também se consignou que, mesmo fora do contexto da audiência de custódia, não se vê possibilidade jurídica de o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva de qualquer pessoa submetida a atos de persecução criminal (inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou processo judicial), tendo em vista as inovações introduzidas pela Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019).

A questão também foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça e, não obstante divergências iniciais entre a 5ª e 6ª Turmas, houve pacificação do tema pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e, por maioria, alinhou-se ao entendimento da impossibilidade, invalidando a conversão automática feita pelo Judiciário, após prisão de suspeito em flagrante, conforme julgamento no RHC 131.263 (STJ, 2021, *on-line*)

O argumento utilizado no julgamento reside na nova redação dada ao artigo 311 do Código de Processo Penal. Assim, para a maioria, mesmo que o inciso II do artigo 310 do CPP permita converter a prisão em flagrante em preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e se outras cautelares se revelarem insuficientes, é preciso que haja alguma representação para evitar a atuação oficiosa do magistrado.

Portanto, “a prisão preventiva não é consequência natural da prisão em flagrante”, destacou o ministro Sebastião Reis Júnior (STJ, 2021, *on-line*). Para ele, as mudanças do “Pacote Anticrime” impõem ao Ministério Público e à autoridade policial a obrigação de se estruturarem de modo a atenderem os novos deveres impostos. Contudo, é importante acrescentar que não há nulidade quando o juiz converte a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, se depois o Ministério Público requer a manutenção da prisão (STF, 2022, *on-line*).

Além disso, importante dizer que realça a impossibilidade de atuação oficiosa do juiz no campo das prisões preventivas recente decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu que o artigo 20, da Lei Maria da Penha, o qual autoriza o decreto de prisão preventiva de ofício, destoa do atual regime jurídico, sendo, portanto, vedada a atuação oficiosa do Juízo (STJ, 2022, *on-line*).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *neoconstitucionalismo*, em uma de suas acepções, pode ser entendido como irradiação dos valores constitucionais na interpretação jurídica infraconstitucional, o que pode ser chamado - juridicamente - de filtragem constitucional. Portanto, a partir disso, é possível falar-se em um Direito Processual Constitucionalizado.

Por consequência, verifica-se que, há algum tempo, discute-se sobre o sistema (tipo de processo penal) que pode ser aplicado ao cenário do ordenamento jurídico brasileiro. Fazendo-se uma análise entre os sistemas penais inquisitivo, acusatório e misto, parte da doutrina defendia que o sistema penal no Brasil seria misto enquanto, para alguns, tão somente inquisitório por

existir norma processual que atribui a gestão da prova ao juiz.

Entretanto, considerando a atribuição pela Constituição Federal ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, poder-se-ia dizer que o Constituinte originário projetou um processo penal em estrutura acusatória, sendo, inclusive esse, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Porquanto, as normas processuais penais anteriores ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal, deveriam ser interpretadas de acordo com a vontade do constituinte originário de estabelecer um processo penal acusatório.

Da necessidade de se estabelecer um sistema penal acusatório, evitando a atuação oficiosa do juiz, a doutrina e a jurisprudência oscilavam na (im)possibilidade de o juiz decretar prisão de ofício. Diante disso, pacificou-se, na jurisprudência, embora com oposições doutrinárias, que era possível que o juiz convertesse a prisão em flagrante em preventiva de ofício.

Entretanto, a Lei 13.964/2019 trouxe alterações que viabilizam mudanças na interpretação prevalecente. Nesse sentido, é a inserção do art. 3º-A, no Código de Processo Penal, que estabeleceu expressamente que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, vedando-se a iniciativa do juiz na fase investigativa e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Embora suspenso, acredita-se numa alteração significativa a partir desse conteúdo no processo penal, com a análise de inconstitucionalidade de uma atuação oficiosa do magistrado, inclusive no cenário das prisões preventivas.

Além disso, importante também a alteração da redação do art. 311, do Código de Processo Penal, que excluiu a possibilidade de o magistrado decretar a prisão preventiva de ofício, seja na fase investigativa ou na fase processual, limitando sua atuação à provocação das partes. Acompanhando esse raciocínio, que melhor se coaduna com o processo penal brasileiro após as alterações decorrentes da Lei 13.964/2019, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou também o entendimento de que não é possível que o juiz converta, de ofício, a prisão flagrante em preventiva, no contexto da audiência de custódia.

Diante disso, percebe-se a tendência maior de se aplicar um sistema penal acusatório inibindo a atuação oficiosa do Juiz na condução do processo penal, inclusive vedando-se a possibilidade que a prisão seja decretada de ofício, com fundamento no artigo 311, do Código de Processual, por inexistir previsão legal, fundamentado no artigo 310, do mesmo Código, isto é, após a prisão em flagrante, não mais se verifica viabilidade para que o juiz a converta em preventiva sem representação da autoridade policial e/ou do Ministério Público.

É possível também concluir que essa interpretação tem respigando em outras normas jurídicas, especialmente na interpretação de todo o sistema processual penal de modo unitário, argumentando-se sobre a impossibilidade de atuação oficiosa do Juízo e a intenção legislativa de buscar efetivar o sistema penal acusatório a partir das alterações promovidas pelo “Pacote Anticrime”.

## REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinicius. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book;

AVENA, Norberto. Processo Penal. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 22.01.2022;

BRASIL. Constituição (1989). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 28.01.2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Alterado pela Lei 13.964/2019. Brasília, DF, 13 out de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art810). Acesso em 20.01.2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 24 de dez de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm#art20). Acesso em 28.01.2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF, 21 de dez de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm). Acesso em 28.01.2022.

\_\_\_\_\_. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas Resolução nº 213 de 15/12/2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF, 08.01.2016. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em 27.01.2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF 4 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm). Acesso em 29.01.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Plenário Julgamento conjunto. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em 28.01.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 188.888. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma do STF. Brasília, DF, 07 de nov de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>. Acesso em 29.01.2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 208.545. Agravo regimental em habeas corpus. Processual penal. Tráfico de entorpecente. Medida liminar em habeas corpus indeferida no superior tribunal de justiça: súmula n. 691 do supremo tribunal federal. Alegação de nulidade. Conversão da prisão em flagrante. Superveniência de manifestação ministerial pela decretação da custódia cautelar. Nulidade sanada. Ausência de teratologia ou manifesta ilegalidade na espécie. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Primeira Turma do STF. Brasília, DF, 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6293058>. Acesso em 05.03.2022;

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 131.263. Conversão ex officio da prisão em flagrante em preventiva. Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Impossibilidade. Necessidade de requerimento prévio do Ministério Público, ou do querelante, ou do assistente, ou representação da autoridade policial. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Terceira Seção do STJ. Brasília, DF, 15 de abr de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RHC.clas.+e+%40num%3D%22131263%22%29+ou+%28RHC+adj+%22131263%22%29.suce>. Acesso em 30.01.2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 145.225. Prisão em flagrante. Pedido de conversão do flagrante em cautelares diversas pelo Ministério Público. Magistrado que determina a cautelar máxima. Possibilidade. Prisão preventiva de ofício. Não ocorrência. Anterior provocação do Ministério Público. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. 6ª Turma do STJ. Brasília, DF, 15 de fev. de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=rhc+145225&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO..> Acesso em 05.03.2022;

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. Manual de Processo Penal. 5ª Ed. Salvador: Juspodvim, 2017;

\_\_\_\_\_. Manual de Processo Penal. 8ª ed., Salvador: Juspodvim, 2020;

\_\_\_\_\_. Pacote Anticrime: Comentários à Lei n. 13.964/19- Artigo por Artigo. Salvador: Juspodvim, 2020b;

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book;

NUCCI, Guilherme de Souza. Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício. 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330456/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio>

\_\_\_\_\_. Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book;



## **Aplicabilidade e repercussões do código de processo civil de 2015 ao processo penal, notadamente aos recursos penais**

---

Daniel Cláudio da Costa

*Graduado em Direito pela Escola Superior de Direito Dom Helder Câmara. Pós-graduação em Direito Processual Civil, em Ciências Penais e em Direito Tributário, todas pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista judiciário no Supremo Tribunal Federal.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.2

## RESUMO

O presente estudo analisará a possibilidade de aplicação das normas do Código de Processo Civil de 2015 aos recursos penais, tanto de forma direta como indireta, bem como as inovações do codex processual civil de 2015, no tocante aos recursos, que influenciam os recursos no âmbito criminal. Como metodologia da pesquisa será utilizada a investigação legal, jurisdicional e doutrinária do tema.

**Palavras-chave:** direito processual penal. recursos penais. aplicação direta e indireta do código de processo civil ao processo penal. repercussão do código de processo civil de 2015 no recurso penal.

## ABSTRACT

This study will analyze the possibility of applying the rules of the Code of Civil Procedure of 2015 to criminal resources, both directly and indirectly, as well as the innovations of the civil procedural codex of 2015, with regard to resources, which influence resources within the scope of criminal. As a research methodology, legal, jurisdictional and doctrinal research on the subject will be used.

**Keywords:** criminal procedural law. criminal resources. direct and indirect application of the code of civil procedure to criminal procedure. repercussion of the civil procedure code of 2015 on criminal appeals.

## INTRODUÇÃO

Os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal sempre tiveram vínculos bem estreitos, cunhando uma verdadeira teoria geral do processo. Nas clássicas palavras da professora Ada Pellegrini Grinover<sup>1</sup>:

Como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição. O direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.

Contudo, a unidade do direito processual não pode levar a ideia de absoluta identidade entre seus ramos, uma vez que, pela natureza da pretensão exercida em juízo, cada processo terá suas peculiaridades.

Dessa maneira, cabe primeiro investigar, por meio de pesquisa na lei, na jurisprudência e na doutrina, se é possível a aplicação das normas do direito processual civil ao processo penal, em especial, aos recursos penais; e depois, em sendo possível, indagar as principais repercussões que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe para os recursos penais.

---

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros: 2007. p. 54.



## POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DIRETA E INDIRETA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO PENAL E AOS RECURSOS PENAIS

A aplicação das normas do Código de Processo Civil ao Processo Penal, pode se dar de forma direta, como determina o Código de Processo Penal, em seus artigos 139 (o qual dispõe que o depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil), 362 (verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, conforme o Código de Processo Civil) e 790 (que dita, por sua vez, que o interessado na execução de sentença penal estrangeira poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil).

Por outro lado, o art. 3º do Código de Processo Penal dispõe que: *“A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”*. Assim, as regras do Código de Processo Civil também se aplicam subsidiariamente (de forma indireta) ao processo penal, ao fazer menção aos princípios gerais do direito, pois, considerando a unidade do direito processual, obviamente que, em caso de necessidade de aplicação subsidiária, deve o intérprete se socorrer ao processo civil, que é a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do Direito Processual, e, assim, ali estão seus “princípios gerais do direito”.

Reforçando esta ideia o art. 15 do Código de Processo Civil regulamenta que: *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”*.

Dissertando sobre o sentido e o alcance deste dispositivo bem esclarece Marcellus Polastri<sup>2</sup>:

Apesar de o dispositivo do CPC de 2015 não indicar o processo penal como ramo processual no qual exerce aplicação subsidiária, não obsteu que seja aplicado o CPC subsidiariamente ao CPP, já que, por óbvio, o artigo só cita processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos porque estes são do âmbito da legislação “civil” em sentido lato, se contrapondo à legislação “criminal”. Assim, o que importa é que o CPP determine que se possa socorrer do CPC para aplicação subsidiária, e assim o faz em seu art. 3º, e, portanto, continua inteiramente aplicável a interpretação subsidiária das normas do Código de Processo Civil ao Processo Penal, desde que não exista previsão própria divergente no CPP.

Dessa maneira, nos casos de lacunas apresentadas pelo Código de Processo Penal, podem ser aplicadas, por analogia, as regras do processo civil.

Nessa toada, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar os recursos na ação penal 470 (AP 470 AgR - vigésimo quinto/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Teori Zavascki), decidiu que conta-se em dobro o prazo recursal dos embargos infringentes quando há litisconsórcio passivo no processo penal, por aplicação de analogia ao art. 191 do Código de Processo Civil. Eis trecho da decisão:

Ato contínuo, o Plenário, por decisão majoritária, ao aplicar o art. 191 do CPC por analogia, acolheu pedido formulado em agravo regimental para admitir prazo em dobro — portanto de trinta dias — para oposição dos embargos infringentes, contados a partir da publicação do acórdão referente à sua admissibilidade. O Ministro Teori Zavascki considerou que deveria ser conferido o mesmo tratamento dado aos embargos declaratórios, em que aumentado o prazo, e que a questão, de cunho processual, não deveria ser analisada à luz

<sup>2</sup> POLASTRI, Marcellus. *Jusbrasil. A Apelação no Processo Penal e Possíveis Influências do CPC de 2015*. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/613590301/a-apelacao-no-processo-penal-e-possiveis-influencias-do-cpc-de-2015>> Acesso em: 12/02/2023.

do caso concreto apenas. Concluiu que, existente litisconsórcio passivo em ação penal, deveria incidir o prazo em dobro previsto no CPC, regra subsidiária. O Ministro Dias Toffoli acresceu que, muito embora se tratasse de litisconsórcio passivo, se houvesse apenas uma peça subscrita por todos os embargantes, o prazo deveria ser simples. Por se tratar de peças distintas, com diferentes procuradores, o prazo deveria ser dobrado. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Presidente e relator, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes. Reputavam que o prazo regimental de quinze dias deveria ser observado. Após, deliberou-se que os embargos infringentes já interpostos seriam distribuídos imediatamente a relator a ser definido por sorteio, excluídos o relator e o revisor da ação penal. Além disso, esse futuro relator tornar-se-ia prevento em relação aos demais embargos infringentes eventualmente interpostos. (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, art. 191)

Cumprir registrar que somente serão aplicadas ao processo penal, e em consequência aos recursos penais, as normas do Código de Processo Civil em que não haja previsão na lei processual penal. Então, não há que se falar em analogia em relação às matérias que foram especificamente tratadas no Código de Processo Penal, tendo em vista que a lei especial prevalece sobre a geral.

## **INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 QUE INFLUENCIAM O PROCESSO PENAL, NOTADAMENTE OS RECURSO PENAIS**

Visto a possibilidade de aplicação, seja direta seja indireta, das normas do processo civil ao processo penal, cabe agora investigar as inovações que o Código de Processo Civil de (2015) trouxe e que influenciarão o processual penal, notadamente os recursos penais.

Na definição do professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves<sup>3</sup>, recursos são os remédios processuais de que se podem valer as partes, o Ministério Público e eventuais terceiros prejudicados para submeter uma decisão judicial a nova apreciação, em regra por um órgão diferente daquele que a proferiu, e que tem por finalidade modificar, invalidar, esclarecer ou complementar a decisão.

Por sua vez, os recursos penais são os meios de impugnação próprios do processo que visa a concretização da pretensão punitiva estatal diante do cometimento de uma infração penal.

De início, verifica-se que o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil impõe que: “*Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”. Trata-se da chamada cláusula de sanabilidade dos vícios que levariam à inadmissibilidade dos recursos. Veja-se que agora será possível, no processo penal, que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, conceda prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício. A finalidade é não impedir o seguimento do recurso por questões meramente formais, que podem ser sanadas a tempo. Hoje o processo penal não apresenta mecanismo com tal solução. Todavia, a regra apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 poderá ser aplicada por analogia no Processo Penal.

O Código de Processo Civil de (2015) também uniformiza o efeito interruptivo dos embargos de declaração nos procedimentos penais. No processo penal (art. 619 do CPP), por analogia ao art. 1.026 do CPC, seque a mesma linha, ou seja, impondo-se prévia manifestação do

<sup>3</sup> GONÇAVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil esquematizado*. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva educação, 2018. pag. 921.

embargado, se houver efeitos modificativos (art. 1.023, § 2º, do CPC).

Inovação de grande importância foi inserida no artigo 1.025 do Código de Processo Civil de (2015), que trata do prequestionamento, requisito essencial para interposição de recursos especiais e extraordinários. O prequestionamento ocorre quando a matéria da qual se recorre foi efetivamente abordada na decisão recorrida. Como nem sempre os magistrados explicitam todas as questões na decisão, muitas vezes a parte é obrigada a opor embargos de declaração apenas com o fim de prequestionar determinada matéria. No entanto, mesmo após a oposição de embargos, a questão suscitada não aparece na decisão judicial. O artigo supracitado vem então para resolver esse problema, vez que considerará incluído no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, caso o tribunal superior considere que tenha havido erro, omissão, contradição ou obscuridade. Eis o teor do dispositivo:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Outra importante inovação diz respeito ao alcance da suspensão processual preconizada no art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015 e os seus efeitos sobre os processos penais cuja matéria tenha sido objeto de repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte. Discutia-se a possibilidade da suspensão, enquanto não julgado o recurso extraordinário paradigma, dos recursos penais. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 966.177-QO, relator ministro Luiz Fux, decidiu, que pela possibilidade de suspensão dos processos penais por força da aplicabilidade do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015 ao processo penal. A ementa da decisão restou assim ementada:

QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELEÇER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE. (ART. 1.035, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015)

Por fim, também vislumbra-se também inovações por ocasião do art. 10, que impede que o juiz decida com base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar; do art. 489, parágrafo 1º, que é mais rigoroso quanto ao que se considera fundamentação da decisão; e o artigo 927 que trata da observância dos precedentes.

É importante consignar que o que se busca com a aplicação das normas do processo civil aos recursos no processo penal é a diminuição do formalismo recursal, evitando que questões meramente processuais impeçam a análise do mérito pelo magistrado. Assim, o legislador busca dar mais efetividade à Justiça, preocupação não apenas do Processo Civil, mas de todos os demais ramos do Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 e, por ser recente, ainda irá gerar muita discussão a respeito da sua influência na lei processual penal e nos recursos penais.

Fato é que as normas do processo civil, segundo as leis do país, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores, podem ser aplicadas ao processo penal, de forma direta ou indireta.

Podem ser citados como exemplos desta aplicação a cláusula de sanabilidade dos vícios que levariam à inadmissibilidade dos recursos, a inclusão no acórdão dos elementos que o embargante suscitou para fins de prequestionamento e a possibilidade da suspensão nacional de todos os processos e recursos penais cujo tema tenha sido reconhecido pela Suprema Corte como de repercussão geral.

Cumpra registrar, finalmente, que independentemente de quais dispositivos sejam aplicados à lei processual penal, o que se espera é que seja garantido, tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal, o modelo constitucional de processo, com acesso à Justiça, respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural e com decisões céleres e efetivas.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal: esquematizado. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2009.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquematizado. 2. ed. Rio de Janeiro, ed. Método) 2009.

COLETÂNEA TEMÁTICA DE JURISPRUDENCIA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL/Supremo Tribunal Federal. -3. ed.-Brasília: STF, Secretaria de documentação, 2017.

JOUTI, Augusto Yuzo. Reflexo do novo CPC no processo penal. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/47606/reflexo-do-novo-cpc-no-processo-penal>> Acesso em: 12/02/2023.

GONÇAVES, Marcus Vinícius Rios. Direito Processual Civil esquematizado. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva educação, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

POLASTRI, Marcellus. Jusbrasil. A Apelação no Processo Penal e Possíveis Influências do CPC de 2015. Disponível em: < <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/613590301/a-apelacao-no-processo-penal-e-possiveis-influencias-do-cpc-de-2015>> Acesso em: 12/02/2023.



**Execução antecipada da pena sob a perspectiva da presunção de inocência: uma breve análise da evolução jurisprudencial**

---

Rodson Fernando Silva de Souza

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.3

## RESUMO

Este trabalho procura apresentar os aspectos doutrinários favoráveis e contrários, bem como a evolução da jurisprudência e da legislação com vistas à possibilidade/impossibilidade de execução da pena em segunda instância. A abordagem do tema, ainda que de forma sintética, considera os mais diversos posicionamentos doutrinários favoráveis ou contrários ao tema. Partindo de uma análise principiológica do arcabouço jurídico brasileiro e do direito comparado, buscou-se abordar a evolução histórica da prisão enquanto pena no direito pátrio. Por fim, foram considerados os avanços legislativos para solucionar a problemática da morosidade do judiciário pátrio no sentido de tornar eficazes as condenações penais, sem ofender postulados da dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** pena. prisão. execução. princípios. presunção de inocência.

## ABSTRACT

This work seeks to present the favorable and contrary doctrinal aspects, as well as the evolution of jurisprudence and legislation with a view to the possibility/impossibility of executing the sentence in the second instance. The theme approach, although in a synthetic way, considers the most diverse doctrinal positions favorable or contrary to the theme. Based on a principled analysis of the Brazilian legal framework and comparative law, we sought to address the historical evolution of prisons under national law. Finally, legislative advances were considered to solve the problem of the slowness of the country's judiciary in the sense of making criminal convictions effective, without offending postulates of human dignity and other constitutional principles.

**Keywords:** sentence. prison. execution. principles. presumption of innocence.

## INTRODUÇÃO

A análise da execução antecipada da pena é tema corriqueiro entre os estudiosos e aplicadores do direito. Trata-se de assunto sensível à sociedade, uma vez que traz em seu bojo reflexos em diversos outros pontos caros ao direito, tal como, o princípio da presunção de inocência.

É bem verdade, que a jurisprudência da Suprema Corte brasileira recentemente deu uma guinada no sentido de inadmitir a prisão após a condenação em segunda instância, sem que haja trânsito em julgado, todavia, não se pode olvidar que vozes influentes no direito abordam o tema em sentido contrário e trazem argumentos válidos ao debate.

Procura-se aqui, trazer ao debate pontos cruciais a serem observados na dinâmica do tema prisão após o acórdão condenatório de segunda instância, sem fugir da necessidade de observar as peculiaridades do arcabouço constitucional pátrio, porém entendendo que deve haver ponderação entre a análise da paz social, segurança pública, devido processo legal e o princípio da presunção de inocência.

A proposta não é de esgotamento do tema, mas analisar proposições e vislumbrar pos-

síveis soluções através de uma abordagem ponderada do direito, concluindo por uma solução que se entende adequada e se enquadre no arcabouço jurídico, sem abrir de mão de direitos conquistados ao logo de lutas sociais e da evolução histórica da sociedade brasileira.

## Abordagem constitucional

O forte avanço da principiologia constitucional, permitiu que a estrutura do ordenamento jurídico passasse a ser analisada sob um enfoque constitucional em todos os ramos do direito.

Os princípios representam as fontes fundamentais, seja qual for o ramo do direito, de forma a interferir tanto no aspecto de construção como em sua efetivação. No que diz respeito ao campo do Direito do Processual Civil não poderia deixar de ser assim, onde os princípios ali estão engajados, tanto na sua formação como na execução de suas normas. Para o perfeito desencadear dos aspectos filosóficos ou científicos se faz necessária a implicação da base principiológica.<sup>1</sup>

Na doutrina mais moderna, não se fala mais em ramificações do Direito apenas sob a ótica publicista ou privada, fala-se agora em Direito Civil constitucional, Direito Penal constitucional, Direito Processo Penal constitucional etc.

Tal mudança é bem-vinda, pois todo o ordenamento jurídico busca validade na Constituição, isso decorre dos princípios da supremacia hierárquica das normas constitucionais, da força normativa da constituição, da unidade da constituição, da máxima efetividade, da justiça, dentre outros.

Como um mecanismo de inegável importância em um Estado Democrático de Direito, suas diretrizes foram, naturalmente, erigidas a direitos fundamentais, passando a encontrar guarida constitucional. Assim, cada vez mais, fala-se em constitucionalização do processo. É certo, pois, que a Constituição é o instrumento jurídico de que devem utilizar-se o processualista para o completo entendimento do processo e de seus princípios.<sup>2</sup>

Então veja que não se pode falar de um Direito Processual Penal estanque em sua própria infraestrutura, há necessidade de conformação de suas normas frente ao texto constitucional vigente.

Diante dessa perspectiva, a abordagem do tema execução antecipada da pena é encarado sob o prisma constitucional, sem pressões que possam vir da infralegalidade, essa é a interpretação correta a ser feita, a análise sempre será da Constituição para a lei e não o inverso.

## Princípio da dignidade da pessoa humana

Princípio basilar dos ordenamentos jurídicos, a dignidade da pessoa humana passou a ser observada de perto pelos textos constitucionais modernos em decorrência de graves atrocidades ocorridas ao longo da história.

Na Constituição brasileira, o princípio se apresenta como um dos fundamentos da República, conforme artigo 1<sup>a</sup>, inciso III, da CF/88.

No campo processual, a título de exemplo, o princípio serve como norteador de todo o processo, em decorrência dele é que o acusado não poderá ser torturado, não poderá ser condenado sem o devido processo legal, não se admitirá provas ilícitas no processo, haverá garantia

<sup>1</sup> HORA. Rodrigo Santos. *A principiologia como base fundamental*. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21335/a-principiologia-como-base-fundamental> >. Acesso em: 1/2/2023.

<sup>2</sup> KNOPFHOLZ. Alexandre. *A necessária – e já tardia – constitucionalização do processo penal brasileiro*. Disponível em: < <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/08/09.pdf> > Acesso em: 1/2/2023.

de que os direitos não atingidos pela sentença condenatória permanecerão na seara subjetiva do réu, além de várias outras garantias processuais constitucionais.

O princípio busca proteção ao mínimo para uma vida digna, quer seja ela em liberdade ou encarcerada. O STF recentemente, ao analisar o sistema prisional brasileiro, declarou nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347, que havia grave violação à dignidade dos encarcerados, além de violação geral de outros direitos fundamentais, o que configurou o estado de coisas inconstitucionais.

O núcleo do princípio em análise é a dignidade como valor constitucional irrefutável, que deve se espalhar por todos os poderes, não servindo apenas para fundamentar decisões, mas para orientar o legislador quando da elaboração das leis e o administrador quando da escolha de políticas públicas a serem executadas.

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada valor supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas para decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais em particular.<sup>3</sup>

Na seara processual penal, seu papel é primordial, pois a partir de sua aplicação é que se busca um processo penal legítimo e distante das amarras inquisitivas do passado.

## Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência é princípio constitucional caríssimo à tutela de direitos relacionados à liberdade de locomoção. “Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.<sup>4</sup>

Desde a Revolução Francesa, em 1789, tornou-se expresso, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado (art. 9º). De igual modo, após os horrores do regime fascista e com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) consagrou o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa” (art. 11)<sup>5</sup>

A efetivação desse princípio no texto constitucional de 1988, buscou uma proteção eficaz contra prisões arbitrárias que eram comuns na história brasileira, até mesmo porque, em passado recente o país passou por um período de controle militar, onde o Congresso foi fechado, garantias da magistratura foram tolhidas e pessoas eram presas sem ordens expressas de autoridades competentes, apenas por serem enquadrados como supostos subversivos.

A presunção de inocência é garantia constitucional de ordem maior, protege os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, questões sobre a eficácia do sistema prisional não devem pôr em xeque a autoridade do referido princípio.

Todavia, em que pese sua extrema importância, o referido princípio não está imune às divergências quanto ao seu alcance. Há debates acalorados sobre seu sentido, que será objeto

<sup>3</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino. – 13 ed. Ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. jusPodivm, 2018. Pág. 289*

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.*

<sup>5</sup> COELHO, Marcos Vinícius Furtado – *Alcance e significado do princípio constitucional da presunção de inocência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-dez-22/constituicao-alcance-significado-principio-presuncao-inocencia> >. Acesso em: 1/2/2023.*



de análise posterior, todavia, aqui colaciona-se rápida lição do professor Júlio Fabbrini Mirabete sobre o tema:

O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma tendência à presunção da inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Assim, melhor é dizer-se que se trata do “princípio de não-culpabilidade”.<sup>6</sup>

O conteúdo da presunção de inocência ou não culpabilidade será apresentado com maior densidade no tópico sobre a evolução jurisprudencial da execução da pena.

## Princípio do devido processo legal

Outro princípio de importância ímpar ao Direito, o devido processo legal é concebido sob dois aspectos, um formal ou processual e outro material ou substantivo.

Quanto ao aspecto processual/formal, assegura-se às pessoas o direito de ser julgado mediante um processo legítimo e que obedeça às regras de competência predefinidas. “Art. 5<sup>a</sup>, inciso LIV, da CF/88 - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>7</sup>

Já sob o aspecto substantivo/material, o princípio assegura que o processo seja justo, legal, adequado ao que se busca, além de garantir a efetiva participação das partes no sentido de que estas possam influenciar no julgamento a ser proferido. “Art. 5<sup>a</sup>, inciso LV, da CF/88 - LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>8</sup>

A Constituição Federal de 1988 inovou de forma progressiva com relação ao preceito do supracitado inciso constitucional, acrescentando, com relação ao texto da carta anterior, o direito de ação, agora, também como prevenção, abarcando a defesa dos direitos coletivos, acompanhando a evolução internacional no que diz respeito à instrumentalização dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações (direitos individuais e políticos; direitos sociais, econômicos e culturais e direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, ao meio ambiente).<sup>9</sup>

O ilustre professor Guilherme de Souza Nucci leciona sobre o tema:

[...] guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo penal.<sup>10</sup>

A abordagem do devido processo legal é ampla, é a partir do referido princípio que decorre a análise da ampla defesa e do contraditório como será visto a seguir.

## Princípio do contraditório e ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa são fundamentais ao devido processo legal, dele emanam ou compõem. Para fins didáticos, a análise será realizada de forma separada.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 23

<sup>7</sup> BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> MELO, Raimundo Simão de. *O princípio do devido processo legal no processo do trabalho*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/reflexoes-trabalhistas-principio-devido-processo-legal-processo-trabalho> >. Acesso em: 1/2/2023.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 84

Contraditório, em sentido simplista, significa discordar, assim, no direito processual penal, para que o processo seja válido e, o devido processo legal seja observado, aos acusados será garantido o direito de contrapor as provas que lhes são impostas, a bilateralidade é indispensável à justiça das decisões.

Trata-se de princípio constitucional expresso, “Art. 5<sup>a</sup>, inciso LV, da CF/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>11</sup>

Linha de atuação do referido princípio, situa-se na ideia de que aos participantes do processo será garantida a ciência dos atos processuais, bem como lhes será oportunizada a fala para fins de contrapor a tese arguida em seu desfavor.

Exprime a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial (direito de defesa). O princípio é derivado da frase latina *Audi alteram partem* (ou *audiatur et altera pars*), que significa “ouvir o outro lado”, ou “deixar o outro lado ser ouvido bem”.

Implica a necessidade de uma dualidade de partes que sustentam posições jurídicas opostas entre si, de modo que o tribunal encarregado de instruir o caso e proferir a sentença não assume nenhuma posição no litígio, limitando-se a julgar de maneira imparcial segundo as pretensões e alegações das partes.

Assim, o princípio do contraditório é um corolário do princípio do devido processo legal, e significa que todo acusado terá o direito de resposta contra a acusação que lhe foi feita, utilizando, para tanto, todos os meios de defesa admitidos em direito.<sup>12</sup>

Já no tocante à ampla defesa, esta deve ser encarada como a garantia de que as partes terão assegurados os meios de realizar sua efetiva defesa no processo. Assevera-se que, os meios de defesa são os mais diversos, vai desde o direito de não se autoincriminar até a efetiva/eficaz defesa técnica por parte de profissional habilitado.

A ampla defesa possui desdobramentos primordiais ao processo, em especial ao processo penal. O primeiro deles é o direito de não se autoincriminar, o texto constitucional 1988 expressamente previu a possibilidade de o acusado permanecer calado sem que isso seja sopeado de maneira negativa no julgamento por parte da autoridade judiciária. “Art. 5<sup>a</sup>, inciso LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.<sup>13</sup>

Quanto à defesa técnica, esta também deve ser assegurada de forma permanente aos litigantes no processo. A defesa técnica é aquela exercida por profissional habilitado nos quadros funcionais da Ordem do Advogados do Brasil – OAB.

Outro desdobramento da ampla defesa é o direito de participação. Aos acusados é assegurado o direito de participar de toda a instrução processual, ressalta-se que no âmbito do processo penal não há espaço para ficções jurídicas, ou seja, aos acusados em geral deve ser sempre assegurada participação efetiva, ou pelo menos a efetiva ciência a respeito dos atos processuais, cabendo ao réu, após devidamente citado/intimado/notificado, decidir a respeito de

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

12 NOVO, Benigno Nunes. O princípio do contraditório e da ampla defesa. Disponível em: < <https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/729222020/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa> >. Acesso em: 1/2/2023.

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

sua participação.

## Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena garante que as sanções sejam aplicadas ao réu de modo justo e conforme critérios objetivos e subjetivos predeterminados.

A individualização da pena informa atuação tanto na aplicação da lei penal durante o devido processo legal, como também orienta o Poder Legislativo na confecção de leis, evitando assim uma padronização das sanções para todos os crimes, independentemente de suas circunstâncias, natureza e das características pessoais do infrator da lei.

Na seara administrativa o referido princípio, do mesmo modo, é de observância obrigatória, sua incidência ocorre quando da execução da pena no estabelecimento penal.

Há farta jurisprudência no STF e STJ sobre o assunto, sempre garantindo a correta observância do princípio.

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA POR APROVAÇÃO PARCIAL NO ENSINO FUNDAMENTAL NO EXAME NACIONAL PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DE JOVENS E ADULTOS – ENCEJA: INTERPRETAÇÃO IN BONAM PARTEM. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONCESSÃO DA ORDEM PARA DECLARAR REMIDOS 78 DIAS DE PENA. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.<sup>14</sup>

AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GRAVIDADE CONCRETA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.<sup>15</sup>

Observa-se que as Cortes Superiores têm sido criteriosas na análise do princípio da individualização da pena. Não é pra menos, pois não se pode tratar crimes de natureza diferente e criminosos com personalidade e históricos distintos com os mesmos critérios de fixação de pena e execução.

Há diversos outros princípios constitucionais afetos ao processo penal, a CF/88 é classificada como prolixa justamente por não economizar na garantia aos direitos fundamentais.

## Execução antecipada da pena após a segunda instância

Na prática, após toda a instrução penal seguir rigorosamente o rito previsto nas leis e na Constituição, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o réu recebe sua sentença, seja ela absolutória, condenatória ou declaratória de extinção de punibilidade. O rito processual é descrito do artigo 400 a 404 do Código de Processo Penal.

Cientificado de Sentença proferida nos autos, o réu tem garantido o seu direito de recorrer, essa fase ainda faz parte das vias ordinárias do processo e se trata de faculdade do réu, salvo algumas exceções, onde mesmo que o réu não recorra, o magistrado deve remeter de ofício os autos à instância superior.

Conforme escólio do professor Renato Brasileiro, o CPP possui atualmente 7 (sete) re-

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 193114 AgR- Agr. Relatoria Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 15/5/2021.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 784191/SP. Relatoria Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 19/12/2022

curtos em espécie, a saber, recurso em sentido estrito, apelação, embargos infringentes, embargos de declaração, agravo em execução, carta testemunhável e correição parcial.<sup>16</sup>

Quanto às sentenças declaratórias de extinção de punibilidade e absolutórias próprias, não há discussões, seus efeitos são imediatos, todavia, quando se trata de editos condenatórios, em especial os que privam a pessoa humana de sua liberdade de locomoção, surgem diversos questionamentos a respeito de sua execução.

Alguns afirmam, em uma interpretação sistemática, que o ordenamento jurídico pátrio admite a execução da pena logo após o esgotamento das vias ordinárias, ou seja, o acórdão em segunda instância, pois as vias excepcionais não admitem efeito suspensivo, conforme artigo 637 do CPP.

Partindo de uma visão ampla e unitária do arcabouço jurídico, verifica-se que o Código de Processo Civil expressamente nega efeito suspensivo aos recursos em geral, salvo exceções legais e decisão judicial em sentido oposto, nos termos do artigo 995 c/c artigo 1.029, caput e parágrafo 5º:<sup>17</sup>

Deixando de lado a perspectiva processual, tem-se a visão constitucional. A Constituição Federal de 1988 é clara em seu texto ao proibir a prisão de quem não sofreu condenação transitada em julgado, prevalecendo a presunção da inocência sobre quaisquer outros argumentos. “Art. 5º, inciso, LXI, da CF/88 - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.<sup>18</sup>

Fato é, que processualmente falando, não há lógica em manter suspensa a força executiva de uma sentença condenatória até as últimas instâncias. As vias excepcionais não se prestam a rediscutir fatos e provas, ao menos não o deveriam.

Entretanto, não se pode deixar ao largo a visão garantista da Carta Cidadã de 1988, a análise sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais, pelo menos a princípio, não deixa dúvidas de que não há espaço para execução provisória de penas.

## **Aspectos favoráveis à execução antecipada da pena**

Os principais argumentos listados pelos defensores da corrente que permite a execução antecipada da pena em segunda instância, são: os réus protelam a condenação com recursos, casos de impunidade, modelo adotados em outros países, o não tratamento de matérias subjetivas nos recursos excepcionais, a perda ou pelo menos a relativização da não culpabilidade no decorrer do processo penal.

A protelação do trânsito em julgado da condenação, devido à impetração de uma infinidade de recursos, talvez seja o principal ponto sustentado pelos defensores dessa Corrente. Fato é, que inegavelmente o sistema recursal brasileiro precisa de algumas correções para evitar a imensidão de recursos que chegam aos tribunais diariamente.

O novo CPC trouxe algumas boas notícias, a vinculação dos precedentes e o fortaleci-

<sup>16</sup> LIMA, Renato Brasileiro de; *Manual de processo penal: volume único - 6. ed. rev., ampl. e atual.* - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

<sup>17</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Brasília, DF: Senado, 2015.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

mento da unificação jurisprudencial levou à aplicação obrigatória de teses emanadas dos recursos repetitivos, dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência. Tais mudanças fazem com que grande parte das demandas recursais sem perspectivas de vitória, sejam barradas na origem.

Todavia, haverá sempre necessidade de que as Cortes Superiores atuem com aplicação de jurisprudência defensiva, pois não se pode negar a possibilidade de os recursos continuarem chegando com frequência aos ditos tribunais, em especial os de origem criminal.

A principal crítica, que sempre se fez com relação à possibilidade quase infinita de recursos que impedem o trânsito em julgado da sentença condenatória, reside na possibilidade da prescrição da pretensão punitiva/executória do Estado.

É fato, que há demasiada possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão executória da pena, pois, se o órgão ministerial se contentar com a sentença proferida em primeira instância, o trânsito em julgado para a acusação já estará configurado, assim, tem início a contagem da prescrição executória, nos exatos termos do artigo 112, I, do CP.

No entanto, caso a defesa resolva recorrer, ainda que se trate apenas de recursos protelatórios, o trânsito em julgado da sentença ainda não estará certificado para a defesa, assim, não haverá possibilidade de execução da pena.

Desse modo, surge o segundo argumento, o da impunidade ou sensação de impunidade produzida. Não se pode negar, que infelizmente no sistema penal, ainda que de forma involuntária, há uma seletividade negativa, produtora de desigualdade material.

Por mais que a Constituição garanta o acesso gratuito ao judiciário àqueles que não possuem os meios necessários, não é possível deixar às margens que essa garantia de acesso ao judiciário é, no mínimo, deficitária quando comparada ao poderio das grandes bancas de advogados, contratadas pelos poderosos para irem até às últimas consequências na defesa de seus clientes e, isso, envolve inclusive o ajuizamento de recursos protelatórios para evitar o trânsito em julgado e postergar o cumprimento da pena.

A execução da sentença penal proferida em desfavor de pessoas de alto poder aquisitivo, ainda que se trate de criminosos, é muito inferior à demanda daqueles que não possuem condições de fazer a máquina do Poder Judiciário girar até as últimas consequências para certificar o trânsito de sua condenação.

Outro argumento importante, é o não tratamento de matérias subjetivas nos recursos especiais e extraordinários, não há análise fática em tais recursos, os tribunais Superiores, em especial o STF não devem ser encarados com âmbito recursal comum. O duplo grau de jurisdição é garantido pelas vias ordinárias.

Os defensores dessa corrente também sustentam, que o Brasil é um dos poucos países do mundo que exigem o trânsito em julgado para execução da execução da pena.

Argumentam ainda, que existe a perda ou pelo menos a relativização da não culpabilidade no decorrer do processo penal. Segundo entendem os defensores dessa posição, a culpa já estará formada após o julgamento em segunda instância.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> SCHREIBER, Mariana. *Prisão após condenação em 2ª instância é permitida nos EUA e em países da Europa*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154> >. Acesso em 27/01/2023.

## Aspectos contrários à execução antecipada da pena

Fortes também são os argumentos contrários, dentre os principais se destacam: o perigo de relativizar direitos fundamentais, a ofensa ao princípio da presunção de inocência, a culpabilidade do acusado não é formada após o julgamento em segunda instância e obediência ao texto expresso e claro da Constituição Federal.

No tocante ao perigo de relativizar direitos fundamentais, a Constituição de 1988 é clara ao taxar os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, assim não são passíveis de sofrerem redução no seu núcleo característico.

A Constituição deixa claro que a culpa só é formada com o trânsito em julgado, além do mais, para os que sustentam essa posição, o texto não deixa dúvidas em sua intenção, não há sequer o que ser interpretado.

Ponto importante a ser mencionado, é a recente pacificação da jurisprudência do STJ a respeito do termo inicial da pretensão executória. Como visto acima, há críticas a respeito da regra do art. 112, inciso I, do CP, pois ao condicionar o termo inicial da prescrição ao trânsito em julgado apenas para o MP, causava sensação de impunidade, uma vez que a defesa poderia recorrer para evitar o trânsito final da sentença condenatória, assim impedindo sua execução.

Com a pacificação da jurisprudência do STJ, o argumento de que a execução da pena, apenas com o trânsito em julgado final da sentença penal condenatória, causaria impunidade pela possibilidade de ocorrência de prescrição, cai por terra, uma vez que, a regra atual para o termo inicial da contagem da pretensão executória passou a ser o trânsito para ambas as partes.

## Evolução jurisprudencial do tema no STF

O histórico do posicionamento do STF a respeito do tema, todavia, é de idas e vindas. O entendimento que prevaleceu, desde a promulgação da Constituição em 1988 até o ano de 2009, foi o de que era constitucional a execução provisória da pena.

Em rápida pesquisa no site do STF é possível verificar a existência de decisão permitindo a execução provisória da pena.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". PRISÃO DECORRENTE DE CONDENAÇÃO AINDA PENDENTE DE RECURSO. I. - Não configura constrangimento ilegal o fato de réu condenado aguardar na prisão o julgamento dos recursos que interpôs. II. - O Supremo Tribunal decidiu, pelo seu Plenário, que a prisão de réu condenado por decisão ainda pendente de recurso não afronta o princípio da presunção de não culpabilidade previsto no art. 5., LVII, da Constituição. III. - H.C. indeferido.<sup>20</sup>

Ocorre que, em 2009, o STF teve sua primeira mudança de entendimento, o Plenário do Tribunal analisou o tema no HC 84.078/MG, por 7 (sete) a 4 (quatro) a tese vencedora foi a de que não era constitucional a execução provisória da pena antes da ocorrência do trânsito em julgado.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72061/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Veloso. Julgamento: 26/04/1995.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009.



O então Ministro do STF e relator do HC 84078/MG, Eros Grau aduziu em seu voto que a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, prevista na art. 637 do Código de Processo Penal, é sobreposto temporal e materialmente pela Lei de execuções penais, essa por sua vez condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado.

Em 2009 o STF era composto pelos seguintes ministros: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

O tema ficou arrefecido no STF até o ano de 2016, quando a Corte teve que enfrentá-lo novamente. Então renovado, com a chegada de 6 (seis) novos ministros, o Supremo novamente modificou seu entendimento, assim, no julgamento do HC 126292/SP voltou a entender que a execução provisória da sentença penal condenatória não viola a presunção de inocência.

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.<sup>22</sup>

Em 2016 o STF era composto pelos seguintes ministros: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Webber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Ainda no ano de 2016, o STF teve que abordar o tema mais uma vez, ao analisar medida cautelar no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n.º 43 e 44. Na oportunidade a Corte manteve seu entendimento e negou provimento às liminares.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016.<sup>23</sup>

Entretanto, em menos de 3 (três) anos, precisamente em 07 de novembro de 2019, houve mais uma reviravolta na jurisprudência do STF. Ao analisar o mérito das ADCs 43, 44 e 54, a Corte modificou seu entendimento para declarar constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal e condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito da sentença condenatória.

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. nas ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, como consequência, determinava a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual, abrangendo, ainda, o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória n.º 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente.<sup>24</sup>

Assim, até a presente data de 10 de fevereiro de 2023, prevalece no STF que para o

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 5.10.2016.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019.

início do cumprimento da pena há necessidade de esgotamento de todas as possibilidades de recurso.

## **Análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43**

A ADC 43 foi proposta pelo então denominado Partido Ecológico Nacional – PEN, atualmente renomeado Patriota – PATRI. Na ação, o interessado buscava a declaração de harmonia do artigo 283 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal.

Na ação o legitimado aventou a existência de controvérsias após a decisão proferida nos autos do habeas corpus n.º 126.292, uma vez que ali foi reafirmada a possibilidade de execução provisória da pena de acórdão condenatório em grau de apelação.

Para melhor entendimento da regra declarada constitucional pela Suprema Corte, há a necessidade de analisarmos o que diz do o texto do referido artigo do CPP.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>25</sup>

Essa era a redação que foi analisada pelo STF nas ADCs 43, 44, 54, atualmente o artigo está com outra roupagem, porém nada que altere o sentido da decisão proferida.

A regra em questão menciona explicitamente a necessidade de que a prisão/pena, oriunda de edito condenatório, só poderá ser efetivada após o trânsito em julgado, ou seja, quando não houver mais possibilidade de recursos.

A literalidade do texto não deixa dúvidas, porém, os aplicadores do direito, passaram a observar que existia uma sensação de impunidade, pois a forma como o sistema recursal brasileiro é articulado faz com que se leve anos para que o trânsito em julgado ocorra, basta que o réu tenha um advogado disposto a ir até as últimas instâncias.

Partindo da premissa de que havia uma atuação deficiente do Estado garantidor da segurança pública e detentor da pretensão punitiva, iniciaram-se os questionamentos a respeito da constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Ressalta-se que, o atual código de processo penal brasileiro é datado de 1941, sendo que em sua redação original, o referido artigo não fazia qualquer ressalva a respeito da execução da pena de prisão, veja: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio”.<sup>26</sup>

Essa redação foi alterada apenas em 2011, pela Lei n.º 14.403, de 2011, sendo esta a redação declarada constitucional pelo STF.

Percebe-se que, historicamente o direito brasileiro se filiou à possibilidade de execução provisória da pena, porém os inegáveis avanços na seara protetiva dos direitos humanos após a promulgação da Carta Cidadã de 1988, bem como o surgimento de pactos internacionais sobre direito humanos, levaram à ideia de que a execução das penas não poderia ser tratadas de forma simplista, havia necessidade de modificações tanto de entendimentos jurisprudenciais

<sup>25</sup> BRASIL. Del N.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília.

<sup>26</sup> BRASIL. Del N.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília.



quanto da própria legislação e foi o que ocorreu.

Em 2009 o STF passou a entender que a prisão/pena só seria possível após o final do processo<sup>27</sup>, em 2011 houve alteração da redação original do art. 283 do CPP, em 2016 o passou-se a permitir novamente a execução provisória da pena, por fim, em 2019 o STF voltou a proibi-la.

**Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.<sup>28</sup> (grifo nosso)**

Em 2019 o STF era composto pelos seguintes ministros: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Webber, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Certamente as peculiaridades da jovem democracia brasileira e o recente histórico de prisões arbitrárias durante o período militar, levaram a estas mudanças, pois havia necessidade de se salvaguardar de condutas que de qualquer forma pudessem remeter ao passado recente.

É salutar trazer à baila o contexto político vivido à época da análise da ADC 43 pelo STF. É de conhecimento público, que o atual Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, encontrava-se preso no âmbito da operação lava-jato, por ordem do então Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba-PR.

A prisão de figuras poderosas da política brasileira, movimentou uma enxurrada de *habeas corpus* e recursos nos tribunais, por fim, o STF teve que se manifestar a respeito das prisões executadas no âmbito da operação. É inegável que a prisão de poderosos fez com que o tema ganhasse ainda mais impulso na Corte.

## **Voto do Ministro Marco Aurélio – Relator da ADC 43<sup>29</sup>**

Em voto cheio de críticas, o então Ministro relator da ação, Marco Aurélio, asseverou que as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, versavam sobre o mesmo objeto, qual seja, o reconhecimento do figurino constitucional do art. 283 do CPP, isso com fundamento no art. 5ª, inciso LVII, da CF. As ações 44 e 54 foram apensadas a 43.

O Ministro aduziu em voto, que o dispositivo constitucional não abre campo para controvérsias a respeito do seu sentido. Afirmou que a Carta de 1988 assegurou a exceção da custódia no sistema penal brasileiro. Para o relator, a literalidade do texto constitucional não abre margem a dúvidas.

O Ministro alegou que a culpa é o prognóstico da sanção, e que a constatação a respeito da culpa somente ocorre com a preclusão final da sentença condenatória, ou seja, quando não houver quaisquer recursos a serem interpostos.

<sup>27</sup> RONCAGLIA, Daniel. *É proibida a execução penal antes do fim do processo*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf> > Acesso em 26/01/2023.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 07/11/2019. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false> >. Acesso em 31/1/2023.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio

O Ministro revelou que o Poder Legislativo, quando da edição da Lei nº 12.403/2011, que alterou a redação original do CPP, apenas quis garantir no âmbito processual a garantia expressa na Constituição Federal, adequando o ordenamento infraconstitucional à então visão do STF no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, julgado em 2009.

O Ministro teceu críticas ao Plenário da Corte, uma vez que no *habeas corpus* 126.292, julgado em 2016, a Corte se distanciou do seu posicionamento, posicionamento este que teria embasado a própria reforma do CPP em 2011.

Assim, para o Ministro, ergueu-se um quadro lamentável, onde o Poder Legislativo se alinhou à decisão do Poder Judiciário e este por sua vez se distanciou do seu próprio entendimento.

O Ministro seguiu defendendo a constitucionalidade do dispositivo questionado. Alegou que não merece ficar de pé o argumento que faz distinção entre inocência e não culpa. Com isso, pretendeu jogar por terra a defesa da corrente que assegura a formação da culpa nas vias ordinárias, bem como a de que a não culpabilidade é princípio relativo que vai se esvaindo à medida que a marcha processual se desenvolve.

Para o Relator, o princípio da não culpabilidade é inegociável sob a ótica da Constituição Federal de 1988, trata-se princípio caro ao Estado Democrático de Direito, por fim categoricamente afirmou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP, para declarar em seu voto procedente os pedidos formulados na ADC 43 e nas que seguiam conexas, bem como a suspensão de execução provisória de editos condenatórios não transitados em julgados.

## **Demais votos - ADC 43**

Voto do Ministro Alexandre de Moraes.<sup>30</sup> O Eminentíssimo Ministro iniciou seu voto fazendo uma defesa ao Supremo Tribunal Federal, aduziu que a Corte não pode ser refém de paixões ideológicas e que seus ministros não podem ser vilipendiados por suas decisões.

Tal manifestação revela o clima que pairava sobre o STF à época, repito, o contexto era de grande pressão devido às prisões de grandes figuras do cenário político no âmbito da operação Lava Jato, em especial o atual Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva.

Prosseguiu o Ministro mencionado um levantamento histórico de quando se iniciou o debate a respeito da execução antecipada dos acórdãos condenatórios. Com base em dados históricos, o Ministro informou que a primeira discussão sobre o tema ocorreu em 29 de março de 1989, no HC 67.245/MG, tendo o STF afirmado ser constitucional a medida.

Segundo o Ministro, em junho de 1991 o Pleno se manifestou pela primeira vez sobre o tema no HC 68.726/DF, tendo a Corte mais uma vez manifestado não ser inconstitucional a execução provisória da pena.

Segundo o Ministro, durante toda vigência da Constituição de 1988, a execução provisória da pena foi amplamente majoritária durante 24 (vinte e quatro) anos.

O Ministro consignou em seu voto, que a execução da pena em segunda instância não fere a presunção de inocência, pois se trata de presunção relativa. Prosseguiu afirmando que

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Alexandre de Moraes. Julgamento: 07/11/2019.

a Constituição ao trazer o princípio da presunção de inocência o faz apenas para garantir que o indivíduo é presumidamente inocente, pois cabe ao Estado provar o contrário, sendo que tais provas ocorrem sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

Assim, segundo o voto do Ministro a presunção de inocência pode ser afastada com o mínimo de provas produzidas sob a égide do contraditório.

Por fim, o Ministro declarou seu voto afirmando que a execução do acórdão penal condenatório, ainda que sujeito à seara das vias excepcionais, não viola o princípio da presunção de inocência.

Voto do Ministro Edson Fachin.<sup>31</sup> O Eminentíssimo Ministro iniciou seu voto já explicitando que o conteúdo do art. 5º, inciso LVII, da CF é ímpar na experiência brasileira e no direito comparado. Seguiu aduzindo a importância do papel do direito penal na tutela de direitos fundamentais.

O Ministro lembrou o fato do Brasil ter sido alvo de questionamentos nos organismos internacionais de tutela dos direitos humanos devido à ineficiência do sistema penal. O país era questionado a respeito da impunidade nos crimes de corrupção.

O Ministro afirmou que a aplicação da presunção de inocência deve ser igual para todos, qualquer que seja o crime. Tal afirmativa veio diante da ideia de que o Judiciário não é tão rigoroso na hora de punir os crimes de colarinho branco.

O Ministro trouxe a origem do texto normativo que concretizou o princípio da presunção de inocência no texto constitucional e categoricamente afirmou tratar-se de texto com sentido plurívoco.

Ainda segundo o Ministro, o princípio da presunção de inocência não é de ordem absoluta, uma vez que comporta restrições, inclusive na própria Corte Interamericana. Fachin alegou em seu voto que a presunção de inocência engloba diversos direitos, porém nenhum deles trata da impossibilidade do acusado ser preso antes do trânsito em julgado do edito condenatório.

Por fim, o Ministro votou pela improcedência integral dos pedidos das ADCs 43, 44 e 54, para declarar inconstitucional a interpretação do art. 283 do CPP, que exige o trânsito em julgado para a execução da pena.

Voto do Eminentíssimo Ministro Roberto Barroso.<sup>32</sup> Para o Ministro, o caso em tela consistiria em decidir se o réu condenado em segunda instância teria o direito de procrastinar o processo, mesmo sabendo que o percentual de mudança no final é mínimo ou se deveria prevalecer o interesse social, consistente na eficiente manifestação do sistema penal em reprimir os crimes e na prevenção geral de que o crime não compensa.

O Ministro sustentou, que o princípio da presunção de inocência não comporta sentido unívoco, tanto é que diversos outros eminentes Ministros que já passaram por aquela Corte tiveram entendimentos diferentes sobre o tema.

O Ministro Roberto Barroso, com a maestria que lhe é peculiar, trouxe ainda em seu sempre professoral voto, dados extremamente importantes a respeito do impacto da execução

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Edson Fachin. Julgamento: 07/11/2019.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Roberto Barroso. Julgamento: 07/11/2019.

do acórdão condenatório de segundo grau. Os dados mostraram que o encarceramento no país diminuiu com a interpretação de que era constitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado.

O Ministro argumentou que o sistema penal brasileiro é duríssimo com os pobres. Segundo o Ministro, na época havia no Brasil pouquíssimas condenações por crimes de colarinho branco, enquanto havia uma imensa massa de encarcerados por crimes de furto, por exemplo.

O Ministro aduziu que, os principais beneficiários de uma mudança de entendimento para impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado, seriam pessoas notórias, dentre elas políticos oriundos da operação Lava Jato.

O Ministro apresentou os aspectos negativos da decisão do STF que, em 2009, proibiu a execução provisória de sentença condenatória. Para o Ministro isso motivou uma enxurrada de recursos protelatórios nos tribunais.

Asseverou que não se tratava de uma crítica à advocacia, mas ao sistema que permite tal situação. Para o Ministro a advocacia estava no seu papel de lutar para que seu cliente permaneça em liberdade. O Ministro lembrou ainda, que a Defensoria Pública não atua assim, desse modo o sistema se torna seletivo, pois as pessoas pobres não têm condição de custear infundáveis recursos.

O Ministro arremata aduzindo que em lugar nenhum do mundo se exige o trânsito em julgado para execução do acórdão condenatório, que a constituição exige ordem de autoridade competente e não trânsito em julgado, que presunção de não culpabilidade ou de inocência é inequivocamente um princípio constitucional, por isso pode ser ponderado por outros princípios.

Por fim, o Ministro concluiu pelo julgamento parcialmente procedente das ações, para dar interpretação conforme ao artigo 283 do CPP, no sentido de permitir a execução da pena após condenação em segundo grau.

Voto do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski.<sup>33</sup> O Ministro iniciou seu voto falando das constituições modernas, oriundas dos movimentos do século XVIII, que refletem a vontade popular manifesta por meio de seus representantes no parlamento. Aduziu que tais constituições tiveram que se revestir de rigidez para garantir a preservação dos direitos que ali são elencados.

O Ministro afirmou que, apesar da rigidez, as constituições não poderiam permanecer estáticas, até mesmo porque as evoluções sociais não o são. O Ministro trouxe rápida explicação sobre o fenômeno da mutação constitucional e de sua aplicabilidade, concluiu afirmando que seja qual for a forma como a mutação constitucional se revela, ela jamais poderia atingir direitos fundamentais.

O Ministro prosseguiu na defesa de seus argumentos e citou que a Constituição de 1988 definiu barreiras para a proteção de núcleos duros previstos em seu corpo, são as chamadas cláusulas pétreas. Para o Ministro o princípio da presunção de inocência é cláusula pétrea, portanto, não pode sofrer redução no seu alcance.

Voto do Eminentíssimo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.<sup>34</sup> O Ministro com o zelo, que lhe é

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio - voto Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 07/11/2019.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio - voto Min., Gilmar Mendes. Julgamento: 07/11/2019.

peculiar, por embates profundos a respeito do Direito Constitucional, trouxe importante contribuição para o estudo do tema. Não poderia ser diferente, Gilmar Mendes é um visionário do Direito, sempre atento às mudanças que as decisões do STF podem causar à sociedade.

Sempre muito didático, o Ministro trouxe um rápido histórico da evolução jurisprudencial da execução provisória da pena já jurisprudência do STF, para melhor compreensão segue a ordem dos eventos: (i) HC 84.078, relatado pelo então Ministro Eros Grau, julgado em 5/2/2009, no qual a Corte pela primeira vez assentou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena; (ii) HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, julgado em 17/2/2016, no qual a Corte mudou de entendimento novamente para admitir a execução da pena após o edito condenatório de segundo grau; (iii) ADC 43 e 44, medidas cautelares indeferidas, em 5/10/2016, para manter o posicionamento da Corte no sentido de permitir a execução provisória da pena; (iv) ARE 964246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual, em 10/11/2016, para reafirmar a jurisprudência sobre matéria.

O Ministro fez um levantamento de seus posicionamentos sobre o tema, aduziu que sempre tratou a questão com muita cautela, inclusive tendo adotado uma posição intermediária, qual seja, a de que se esperasse pelo menos a análise de eventual recurso especial no STJ, pois aquele tribunal poderia resolver questões relativas à tipicidade, ilicitude ou culpabilidade do agente, sendo possível, inclusive, alcançar a dosimetria da pena.

Para o Ministro, o texto constitucional contido no art. 5º, LVII, da CF/88, é autoexplicativo, não há outra forma de encará-lo senão observando a sua literalidade. Gilmar Mendes afirmou ainda, que os recursos especial e extraordinário são sim importantes para a formação da culpa dentro do processo. Por fim, acompanhou o relator para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Como já dito alhures, a ideia aqui não é esgotar o tema, pois se trata de via estreita, além disso, já restou consignado que a abordagem a ser feita é a de trazer à evolução jurisprudencial da temática, com os argumentos a favor e contrários, a evolução legislativa e, por fim, concluir pela corrente que entende apresentar os melhores argumentos.

Desse modo, foram analisados apenas 6 (seis) votos, sendo 3 (três) a favor e 3 (três) contrários.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante tudo o que foi exposto, toda abordagem – seja ela história, principiológica, constitucional, legal, jurisprudencial ou doutrinária –, não deve deixar espaços para dúvidas a respeito do conteúdo do princípio da presunção de inocência, que por sua vez é expresso de forma clara e taxativa no texto constitucional.

A presunção de inocência é princípio de ordem maior no texto constitucional, e foi ali insculpido com um objetivo muito claro: proteger os cidadãos dos arbítrios do Estado.

Embora, segundo muitos, a forma como o princípio se apresenta em nossa legislação seja única, não havendo aplicação semelhante no direito comparado, não se pode olvidar que as circunstâncias e a vivência da nossa cultura são completamente diferentes da grande maioria

dos países em cotejo.

Nossa sociedade possui peculiaridades e história próprias, não se podendo friamente chegar a conclusões pelos ordenamentos jurídicos internacionais sem levar em conta essas experiências.

Entretanto, a presunção de inocência não pode servir de barreira intransponível, apta a obstar discussões a respeito da criação de mecanismos legais e constitucionais que pretendem resolver a problemática da ineficácia do sistema criminal brasileiro.

Conforme visto, a ideia de executar a pena, com o conseqüente recolhimento à prisão, tão somente após o trânsito em julgado final, ou seja, quando não houver mais recursos, sejam eles ordinário, especial ou extraordinário, beneficia apenas uma parcela da sociedade, por mais que se negue, os dados são incontestáveis.

Aqueles que possuem recursos financeiros para custear bancas de advogados que estejam dispostas a levar o processo às suas últimas vias, certamente serão os principais beneficiários, postergam o cumprimento da sentença penal condenatória e seguem suas vidas sem a responsabilização devida por anos.

É inegável que o Poder Legislativo deve apresentar solução ao problema, o Judiciário, em que pese o contexto envolvendo o julgamento da ADC 43, apenas garantiu proteção à presunção de inocência.

As propostas de solução/mudança que tramitam no Congresso parecem trilhar um caminho correto, isso porque têm procurado solução prática que seja capaz de coexistir com o posicionamento do STF, ainda que o Legislativo não se encontre vinculado a tais posicionamentos.

Mudar a sistemática recursal, propondo uma grande reforma processual penal seria proposta das mais interessantes. Não se pode perder de vista que o atual Código de Processo Penal é datado de 3 de outubro de 1941, onde o contexto social era completamente diferente.

Tramita no Congresso Nacional, a PEC 199/2019 que inclusive já foi aprovada na CCJ da Câmara. Seu texto original previa uma reformulação total dos recursos excepcionais, no entanto, o texto não foi mantido, conforme parecer do relator, os recursos extraordinário e especial são mantidos, todavia, com expressa redação de que o trânsito em julgado ocorre após a confirmação em segunda instância.

A inclusão por parte do constituinte derivado, de previsão sobre o momento em que ocorre o trânsito em julgado, não constitui ofensa alguma à presunção de inocência. Permanecer-se-á garantido o acesso amplo e irrestrito a todas as espécies recursais constitucionalmente previstas, inclusive os excepcionais.

Conclui-se que, o princípio da presunção de inocência não comporta relativização, seu sentido no texto constitucional é claro e unívoco, todavia, tais conclusões não impedem que a Constituição seja alterada, para fixar expressamente que o trânsito em julgado poderá ocorrer após o esgotamento das vias ordinárias.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. Del Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RHC 193114 AgR- Agr. Relatoria Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 15/5/2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 784191/SP. Relatoria Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 19/12/2022

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 72061/RJ. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Veloso. Julgamento: 26/04/1995.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 84078/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Composição plenária anterior. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/ostf/plenario/visualizar.asp?id=969> > Acesso em 28/01/2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 5.10.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Alexandre de Moraes. Julgamento: 07/11/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Edson Fachin. Julgamento: 07/11/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44, 54. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio -voto Min., Roberto Barroso. Julgamento: 07/11/2019.

COELHO. Marcos Vinícius Furtado – Alcance e significado do princípio constitucional da presunção de inocência. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-22/constituicao-alcance-significado-principio-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 1/2/2023.

7-MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 23

HORA. Rodrigo Santos. A principiologia como base fundamental. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/21335/a-principiologia-como-base-fundamental>>. Acesso em: 1/2/2023.

KNOPFHOLZ. Alexandre. A necessária – e já tardia – constitucionalização do processo penal brasileiro. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2017/08/09.pdf>> Acesso em: 1/2/2023.

LIMA, Renato Brasileiro de; Manual de processo penal: volume único - 6. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

MELO, Raimundo Simão de. O princípio do devido processo legal no processo do trabalho. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-25/reflexoes-trabalhistas-principio-devido-processo-legal-processo-trabalho>>. Acesso em: 1/2/2023.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional / Marcelo Novelino. – 13 ed. Ver., ampl. e atual– Salvador: Ed. jusPodivm, 2018. p. 289

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 84

NOVO, Benigno Núñez. O princípio do contraditório e da ampla defesa. Disponível em: < <https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/729222020/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampla-defesa> >. Acesso em: 1/2/2023.

SCHREIBER, Mariana. Prisão após condenação em 2ª instância é permitida nos EUA e em países da Europa. Disponível em:< <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154> >. Acesso em 27/01/2023.

RONCAGLIA, Daniel. É proibida a execução penal antes do fim do processo. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf> > Acesso em 26/01/2023.





## Parceria público-privada no sistema prisional

---

William Ricardo Petter

*Discente do curso Direito Público e Gestão Financeira*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.4

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de um estudo sobre Parceria público-privada no sistema prisional. Por meio de uma revisão de literatura com pesquisa bibliográfica em que se busca informações em livros, revistas, publicações e demais materiais sobre o assunto. Entre os objetivos está a busca de maiores informações sobre o tema. O Brasil vive um empasse com relação a reinserção do ex-detento à sociedade, tal situação agrava-se diante dos elevados valores para investimento nesse sistema, perante a isso uma alternativa para melhorar essa situação é a parceria público privada dentro das instituições prisionais.

**Palavras-chave:** público-privada. sistema prisional. reinserção.

## ABSTRACT

This is a work on Public-Private Partnership in the prison system. Through a literature review with bibliographic research in which information is sought in books, magazines, publications and other materials on the subject. Among the objectives is the search for more information on the subject. Brazil is experiencing an impasse with regard to the reintegration of the ex-prisoner into society, this situation is aggravated by the high values for investment in this system, in view of this, an alternative to improve this situation is the public-private partnership within prison institutions.

**Keywords:** public-private. prison system. reinsertion.

## INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro é conhecido nacionalmente e internacionalmente pelo caos em que os presos vivem, por se tratar de um espaço degradante de humilhação, insalubre, e de violação dos direitos humanos, provocando até mesmo o adoecimento dos sujeitos que ali se encontram cumprindo pena.

A principal finalidade da pena é fazer com que o recluso reflita sobre seu erro e busque repará-lo, modificando sua maneira de pensar. No entanto, o que se observa é que a pena assume um caráter essencialmente punitivo, não conseguindo apresentar a função reformadora (ou restauradora) do indivíduo. Ao contrário, muitas vezes a pena acaba por corromper o infrator, o qual antes possuía antecedentes primários, e agora passa a se especializar naquele mundo de criminalidade.

A participação do setor privado no sistema prisional é uma prática recorrente em outros países, no entanto, no Brasil é algo novo e muito discutido. No Direito Administrativo, mostra-se que a parceria público-privada no sistema prisional é possível.

## DESENVOLVIMENTO

O sistema penitenciário brasileiro possui como objetivo a punição do delito e a educação do detento, visando a ressocialização do detento à sociedade, no entanto a superlotação, falta de

higiene, má remuneração dos agentes penitenciários, péssima estrutura dos presídios acabam ocasionando em dificuldades da aplicação dos princípios e garantias direcionadas aos detentos.

O caos do sistema prisional brasileiro, atrelado a falta de trabalho, estudo e oportunidades que os auxiliem a restaurar a sua dignidade, durante sua permanência na unidade prisional, o que acaba por implicar nos elevados índices de reincidência tornando-se mais um problema que volta à sociedade.

Cabe ao estado a função de proteção dos bens jurídicos penais da sociedade, perante a aplicação de sanções penais aos infratores, bem como de maneira preventiva através da intimidação dos demais indivíduos da sociedade diante do risco de também sofrerem a sanção.

É inegável que o alto número de condenados, às vezes maior que o dobro da capacidade do presídio, se traduz como o pior problema existente no sistema penitenciário – em especial o brasileiro –, eis que acarreta ainda outros problemas a ele intimamente ligados, tais como a falta de higiene, a alimentação precária e a violência física e sexual. Todos esses problemas, além da frágil estrutura física dos espaços carcerários e da disseminação das drogas e dos aparelhos celulares, são realidades facilmente perceptíveis nos presídios das grandes cidades brasileiras, sem mencionar a caótica situação das Delegacias de Polícia. A difusão da tuberculose e do vírus da Síndrome da Imunodeficiência Humana Adquirida (AIDS) também é constante nas penitenciárias, não havendo sérios trabalhos de controle ou prevenção de tais doenças entre os presos. As condições de vida e de higiene costumam ser extremamente precárias, com alimentação e fornecimento de água para o consumo de péssima qualidade, falta de espaço, ar e de luz, além de sujeiras nas celas. (MACHADO, 2013, p. 7).

Atualmente, infelizmente se aposta massivamente na eficiência das penas privativas de liberdade, porém não se faz nada para melhorar o sistema prisional, onde os funcionários são mal remunerados, os direitos dos detentos desrespeitados, sendo essa a maior causa de rebeliões e descontentamento, tornando assim impossível cogitar o caráter ressocializador da pena.

No Brasil, existem diferentes setores sociais nos quais podem apontar violações sistemáticas de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais, a começar por políticas públicas insuficientes: saneamento básico, saúde pública, consumo de crack. Atualmente, talvez seja o sistema carcerário brasileiro o que produz o maior grau de violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superar tal quadro (CAMPOS, 2016, p. 264-265).

O desrespeito para com os direitos dos detentos são fatos que acabam evidenciando as mais diversas formas de violência, demonstrando assim as deficiências da pena privativa de liberdade, através dos conflitos os detentos demonstram à sociedade as condições desumanas em que vivem dentro das unidades prisionais, o que serve apenas para agravar o problema.

É extremamente fácil notar que o princípio da dignidade humana e da garantia da individualização da pena, as quais propõem um tratamento digno e execução diferenciada, constitui algo distante da realidade, embora esteja previsto na Lei de Execução Penal (LEP).

O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado, liste tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão. (BITENCOURT, 2017, p.132).

Além das péssimas condições do sistema prisional, ainda tem-se a insuficiência da receita do Estado para amenizar a situação, como a construção de novas penitenciárias e as me-

lhorias nas já existentes, devido a isso diversas alternativas vem sendo propostas entre elas a parceria público-privada.

Programas de parceria público-privada baseado em uma gestão mista vem sendo proposto no Brasil, que envolve de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta a construção, manutenção e funcionamento do estabelecimento prisional, se tratando dos presídios utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois nessa ocorrerá repasse financeiro do Estado, porém sem cobrança de tarifa dos usuários.

A parceria público privada se trata de uma modalidade de concessão, a qual pode ser patrocinada ou administrada, a patrocinada em resumo a pessoa jurídica de direito privado é remunerada através de tarifas pagas pelos usuários, já na administrativa existe a previsão de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, constituindo como forma básica de remuneração, cabe salientar que para a administração e manutenção das unidades prisionais, se qualifica como uma parceria público-privada na modalidade administrativa.

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro (JUSTEN, 2005, p.549).

Perante a péssima administração e a crise econômica das unidade prisionais, é possível delegar à iniciativa privada, com a finalidade de que possa-se prestar um serviço de eficiência, assegurando os direitos e princípios inerentes aos detentos, afastando assim a responsabilidade direta do Poder Público, entretanto, mantendo a esse a titularidade do serviço.

A parceria público-privada consiste em um contrato do Governo com um consórcio de empresa, através do qual esse consórcio irá desenhar o projeto arquitetônico, financiará o empreendimento, construir, manter a infraestrutura e atingir uma série de indicadores de desempenho.

Com a implementação da parceria público-privada no sistema prisional, a empresa privada receberá mais do Estado quanto maior for o número de detentos que trabalham, ou seja, para elas é extremamente importante que as unidades prisionais estejam cheias, tendo em vista que o lucro auferido será maior, o que acaba por favorecer a política de encarceramento em massa.

A simples concessão de serviço público não pode ser tida como parceria público-privada. O Ministério do Planejamento aponta que a diferença básica entre parceria público-privada e concessão comum é a remuneração do parceiro privado. Nas concessões comuns, a remuneração do concessionário advém exclusivamente das tarifas cobradas dos usuários; nas parcerias público-privadas há pagamento de contraprestação pela administração pública, com ou sem cobrança de tarifa dos usuários (BRASIL, 2015).

O colapso no sistema prisional não possui como única causa a falta de interesse, infraestrutura precária e déficit de vagas, mas sim fica claro que a corrupção também tem grande peso nessa crise que vem perdurando a décadas em todo o território nacional.

É essencial uma reforma urgente, a aplicação correta da verba pública em parceria com o setor privado, a fim de desenvolver presídios que reeduem realmente o detento de maneira correta, o que acarretará na redução do número de reincidências, esvaziando aos poucos até que acabe com o problema da superlotação.

A parceria público-privada (PPP), propõem um sistema diferente da exploração do sistema de cogestão, no modelo clássico de delegação administrativa cede apenas à iniciativa privada a gestão da unidade prisional, ou a exploração de alguma necessidade do estabelecimento, na PPP a iniciativa privada participa desde o projeto arquitetônico até a gestão completa da unidade prisional, onde a atividade estatal limita-se a pagar o ente privado e fiscalizar a execução do contrato.

Não se pode compreender as políticas policiais e penitenciárias nas sociedades avançadas sem recolocá-las no quadro de transformação mais amplo do Estado, transformação que é, ela mesma, ligada às mutações do emprego e à oscilação da relação de forças entre as classes e os grupos que lutam pelo seu controle. E nessa luta é o grande patronato e as frações “modernizadoras” da burguesia e da nobreza de Estado que aliadas sobre a bandeira do neoliberalismo tomaram a frente e iniciaram uma vasta campanha de sabotagem da potência pública. Desregulação social, ascensão do salariado precário e retomada do Estado punitivo seguem juntos. (WACQUANT, Lôic. 2003. p.147).

O sistema prisional brasileiro caminha a lentos passos no sentido de aderir o ingresso da iniciativa privada contudo, algo deve ser feito em matéria de execuções penais, cuja finalidade seja de resguardar a integridade e respeito à dignidade do detento.

A iniciativa privada no Brasil, há algum tempo já participa da gestão prisional, a gestão compartilhada é aplicada em larga escala no país, onde a administração pública terceiriza serviços do cotidiano prisional, como serviços de lavanderia, uniformes, alimentação, entre outros.

A gestão compartilhada/terceirização atualmente é explorado por diversos estados da federação, porém a novidade é o ente privado assumir por completo a administração prisional, através das PPP, que aprimoram e consolidam o sistema de gestão do serviço público por uma empresa privada.

As parcerias público-privada são uma forma de organização híbrida que testa as fronteiras de categorias estabelecidas na economia, no direito, na política, etc. O tempo parceria público-privada subsume um espectro amplo de contratos entre o Estado e agentes privados, remetendo para uma divisão do trabalho entre público e privado em que este assume a realização de tarefas públicas (GOMES.2007. p.9).

A parceria público-privada é sem dúvidas uma alternativa interessante que busca a melhoria do sistema prisional tanto para as empresas e para o Estado, quanto para a sociedade e para os próprios detentos, o que ocorre pelo fato dessa parceria viabilizar os investimentos necessários no sistema prisional brasileiro, a um custo bem reduzido para o Estado.

O custo da parceria para o setor privado envolve os custos com construção e operação de riscos, manutenção, de construção e da operação na gestão de riscos, já como retribuição esse setor ganha o direito de exploração até o final do contrato, para o Estado essa parceria é compensadora, tendo em vista que o Estado não possui verba suficiente para investir em tudo o que é de sua responsabilidade.

A execução dessas concessões se dá pelas empresas privadas, cabendo assim ao poder público remunerar essas ações, onde a forma de remuneração é que será variada, ou seja, ocorrerá da forma patrocinada ou administrativa.

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro. (MARÇAL, 2005, p.549).

Entre os modelos existentes e possíveis, o Brasil utiliza apenas a parceria público-privada no que diz respeito as atividades correcionais, ou seja, apenas os serviços internos são realizados pela empresa contratada.

É necessária a reformulação do sistema carcerário no Brasil, pois a maioria das unidades prisionais apresentam mais perguntas e problemas do que de fato soluções e nesse sentido as PPP's seriam uma maneira de recuperar essa realidade nacional, que é na realidade a falta de verba para investimento por parte do Estado e através do auxílio das iniciativas privadas, poder finalmente alcançar um padrão mais digno para os detentos.

A implantação das parcerias público/privadas no sistema prisional brasileiro é uma maneira de combater os principais problemas que acometem os detentos, como a superlotação. Por estes e diversos outros fatores, as penas não conseguem atingir sua finalidade que é a reeducação, pois seres humanos que são postos a viverem em condições desumanas não se reeducariam e sim aumentaria o ódio e repudio dentro de si, por serem expostos a circunstâncias tão repugnantes.

Diante da crise penitenciária que o Brasil vive atualmente, é possível que o Estado delegue para a iniciativa privada, mediante parceria público-privada na sua modalidade administrativa, o dever de manutenção e administração das unidades prisionais. Assim, o Estado ficaria livre de gastos dispendiosos desse serviço público de sua titularidade, e ainda assim manteria os controles políticos sobre ele.

No entanto, sabe-se que a situação atual das unidades prisionais brasileiras não possibilita a concretização desses direitos, devido à crise econômica e da superlotação das unidades prisionais. Sendo assim, o modelo de PPP's surge como uma alternativa viável para a implantação das melhorias necessárias em busca das garantias desses direitos constitucionais, oferecendo melhores condições de higiene, educação, oportunidade de trabalho, sem superlotação e com maior possibilidade de reinserção na sociedade posteriormente.

Com relação às vantagens do modelo, temos que a empresa privada, na maior parte das vezes, dispõe de maior habilidade para administrar, pois está liberada da morosa e complicada burocracia do setor público, sendo capaz de resolver problemas com menos custo e mais rápido. Para que esse ponto de fato se efetive, é necessário que os agentes públicos acompanhem de perto a execução do contrato e garantam que seja devidamente cumprido.

A concessão de serviços públicos pode ser utilizada pelo Estado como uma maneira de melhor atender ao princípio da eficiência, visto que as atividades exercidas por entidades privadas geralmente possuem melhor desempenho e menor custo.

As parcerias público-privadas surgem como uma tentativa de Estado e iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condições de com elas arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistente) para cobrir todos os seus custos e a legítima margem de lucro do negócio. (ARAGÃO, 2005, p.2).

Dessa forma, os contratos referentes a Parcerias Público-Privadas no âmbito prisional devem observar esses limites de atuação, sendo que em todas as hipóteses os cargos de direção, chefia e coordenação não podem ser delegados.

A Constituição brasileira impõe que, ao Estado cabe a função de tutelar e preservar a vida do condenado à prisão. Todavia, diante de tantas adversidades entre a legislação e a real situação do sistema prisional, surgem discussões acerca da privatização de presídios, com o intuito de restabelecer a ordem e a verdadeira função das prisões.

O Estado buscou novas formas de relacionamento com o setor privado, devido à má utilização dos recursos públicos, a ineficiência dos modelos de gestão carcerária, a fragilidade e desorganização das instituições estatais responsáveis pela política prisional e o crescimento acentuado do número de presos, o que faz com que todos esses problemas se tornem sistêmicos, alcançando dimensões cada vez mais amplas. Nesse contexto, as Parcerias Público-Privadas (PPPs) surgem como uma solução imediata, com a iniciativa privada ficando responsável pelos serviços públicos, recebendo do governo remuneração pela concessão e estando sob a supervisão estatal. Esse modelo foi instituído no âmbito federal pela lei nº 11.079/2004 como modalidade de contratos administrativos.

Na parceria público-privada, o Estado concede uma parte dos serviços que é de sua atribuição para uma empresa privada ou um consórcio entre empresas.

Sob o ponto de vista da administração gerencial a PPP mostra-se uma boa aplicação, todavia através de uma análise mais crítica questiona-se se a aplicação das PPP poderá ocorrer em todos os setores e se de fato haverá uma mudança significativa, principalmente no setor objeto deste trabalho; as penitenciárias.

Todavia, a aplicação da PPP no sistema prisional enfrenta alguns obstáculos, uma vez que, como foi elucidado acima, quando trabalha-se com o encarceramento de pessoas estamos lidando com uma vasta gama de legislações do próprio país em que se aplica, bem como convenções internacionais, principalmente, no que tange aos direitos humanos.

Com o instituto e a devida aplicação das Parcerias Público-Privadas, esta acaba se tornando um dos meios pelo qual o Poder Público consiga angariar recursos com o propósito de prestar serviços públicos, onde observa-se que sem as parcerias, ficaria, de certa forma, inacessível a prestação dos serviços públicos oferecidos pelo Estado, pois, nas PPPs, o parceiro privado é que financia todas as obras, onde esse parceiro só receberá o montante investido em parte ou em sua totalidade, com a disponibilização da obra ou serviço para que o Estado possa, assim, oferecer aos cidadãos. Dessa forma, o Estado irá remunerar o Parceiro Privado de forma graduada, não podendo fazer de imediato, ou porque não dispõe de recursos financeiros.

Algumas das facilidades que o fim da burocracia do setor público traz é a oportunidade de comprar bens sem se submeter às licitações e a possibilidade de demitir imediatamente agentes em caso de corrupção e maus tratos, o que não ocorre com os servidores públicos, que são submetidos a processo administrativo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É de suma importância que sejam construídas novas unidades prisionais, a fim de desafogar o sistema superlotado e solucionar diversos outros problemas, como a falta de higiene, assistência médica e alimentação, reduzindo assim a transmissão de doenças, muitas vezes incuráveis.

As PPP sugerem uma nova maneira de entender o serviço público, com a participação atuante e direta da iniciativa privada. Especificamente no sistema prisional, que é o que interessa para este estudo, a busca pelo lucro, por parte da empresa parceira, e a fiscalização do Estado tendem a refletir maior eficiência no serviço prestado. Os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência devem reger os contratos das parcerias público-privadas, sob pena de incorrer em improbidade administrativa os contratantes.

De mais a mais, as PPPs são uma alternativa para tentar solucionar a questão da superlotação das unidades prisionais em todo o país e tentar ressocializar o apenado, para que, ao voltar para a sociedade, consiga se reintegrar de forma salutar, conseguindo emprego e moradia dignas, bem com labutar pelo sustento de sua família sem precisar de envolver novamente com a atividade ilícita.

Por sua vez, o princípio da dignidade humana deve ser respeitado pela PPPs. Tal princípio é o balizador do Estado Democrático de Direito e deve ser observado, inclusive, no cumprimento de pena. Não se esqueça da decisão do STJ que concedeu aos apenados presos no RJ o cômputo em dobro da pena cumprida em situações degradantes.

A descentralização dos serviços públicos é uma tendência de gestão que fatalmente propõe melhorar o sistema prisional em relação ao cumprimento da LEP e o respeito à dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPPs no Direito Positivo Brasileiro. Revista dos Tribunais, vol. 839/2005, p. 11-46, 2015.

BITENCOURT. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Perguntas frequentes. Brasília,DF: Ministério do Planejamento, 2015.

CAMPOS, C. A. A. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. Comisión Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. San José, Costa, 22 nov. 1969. Disponível em: < [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_ americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 10 Março 2022.

GOMES, Conceição (coord). Parceria Público-Privada e Justiça: uma análise comparada de diferentes experiências, Lisboa: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO VG. Análise sobre a crise do sistema penitenciário e os reflexos do fracasso da pena de prisão. Disponível em: [http://www.derechocambiosocial.com/revista033/a\\_crise\\_do\\_sistema\\_penitenciario.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista033/a_crise_do_sistema_penitenciario.pdf). Acesso em 19 fev. 2022.

MARÇAL, Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. WACQUANT, Lóic. Prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999.





## **Estratégias de policiamento e a dimensão espacial no controle do crime**

Maurício Roberto Monier Alves Filho

*Bacharel em direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Pós-graduando em Cidadania, Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão em parceria com a Secretaria Nacional de Segurança Pública – UFMA/SENASP. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão – TRE-MA.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.5

## RESUMO

Este trabalho analisa os padrões de distribuição espacial do crime no Brasil e no mundo e suas relações com as estratégias de policiamento baseado em locais. A concentração do crime no espaço é um fenômeno encontrado em diversas realidades. A noção de que poucos locais respondem pela maioria dos delitos tem reservado às polícias uma série de informações úteis para as suas atividades de rotina. Nos últimos anos, várias estratégias de policiamento voltadas para a análise espacial do crime resultaram em uma diminuição dos níveis de criminalidade registrados. Apesar dos resultados promissores, ainda existem muitas questões em discussão sobre o tema, especialmente sobre os impactos dessas ações na legitimidade institucional das polícias diante da população. Em relação ao Brasil, ainda é tímida a discussão sobre a atuação das polícias nesse contexto. No entanto, é possível vislumbrar, com as necessárias adequações a nossa realidade, a implementação desse modelo de atividade no âmbito das polícias brasileiras.

**Palavras-chave:** análise espacial do crime. policiamento baseado em locais. concentração criminal.

## ABSTRACT

This paper analyzes the patterns of spatial distribution of crime in Brazil, in the world and the relations with policing strategies place based. The concentration of crime in space is a phenomenon found in different realities. The idea that few sites response for most crimes brings to the police a lot of information useful for their routine activities. In recent years, various policing strategies facing to the spatial analysis of crime have resulted in a decrease in crime rates. Although the promising results, there are still many questions under discussion about this topic, especially on the impacts of these actions on the institutional legitimacy of the police to the population. In relation to Brazil is still timid the discussion about the police action in this context. However, it is possible to glimpse, with the necessary adaptations to our reality, the implementation of this model of activity within the scope of the Brazilian police.

**Keywords:** spatial analysis of crime. place-based policing. criminal concentration.

## INTRODUÇÃO

A distribuição espacial do delito tem sido uma ferramenta muito útil para a alocação de recursos dos departamentos de polícia. Com base na concentração dos eventos criminais ilustrados em mapas ou em sistemas informatizados, muitos órgãos de segurança utilizam esses dados em suas atividades. Nos últimos anos, tem surgido uma tendência na orientação das atividades policiais para áreas que concentram altas taxas de atividade criminosa. Os resultados documentados até o momento sugerem que as polícias podem ser mais eficazes se direcionarem suas ações para pequenas áreas com elevados índices criminais, os chamados hot spots (pontos quentes).

Este trabalho faz um levantamento das evidências empíricas já produzidas a respeito da concentração espacial do crime, bem como da atuação dos órgãos de segurança nesses locais de elevados níveis de criminalidade. Na seção 2, serão analisadas as principais informações

sobre esse processo de concentração no Brasil e no mundo. A formação de pontos quentes implica diagnósticos mais precisos sobre a dinâmica itinerante do crime, o que facilita o trabalho de intervenção das polícias em áreas mais críticas, por exemplo.

Na seção seguinte, serão analisadas as evidências documentadas na literatura sobre as estratégias de policiamento baseado em locais. Diversos países já estão implementando modelos nesse sentido. Os dados apontam para uma forte redução do crime com a execução de políticas voltadas para as áreas de maior concentração delitiva. Não obstante, ainda há muitas questões em aberto sobre o tema, principalmente em relação à legitimidade das polícias aos olhos da população.

Finalmente, a última seção volta-se para a realidade brasileira. A questão principal diz respeito à possibilidade da importação de modelos de políticas públicas de segurança. Com o sucesso dessas medidas no exterior, é inevitável cogitar a aplicação desses padrões no país. Aspectos de ordem estrutural tornam o Brasil um país peculiar nesse sentido, sobretudo em relação à existência de duas organizações policiais. O fato de já iniciar essa discussão, no entanto, sugere que o universo acadêmico está atento aos principais movimentos internacionais de controle do crime. Essa, sem dúvida, é uma boa notícia.

A metodologia usada neste trabalho consiste em uma revisão bibliográfica da literatura produzida quanto ao tema, especialmente nas análises quantitativas realizadas tanto nacional quanto internacionalmente.

## HOT SPOTS E DIMENSÃO ESPACIAL DO CRIME: O CONTEXTO EMPÍRICO

As relações entre cartografia e criminalidade datam das primeiras décadas do século XIX e constituem uma das mais tradicionais linhas de pesquisa nas ciências sociais (BEATO, 1998; HARRIES, 2000). Desde os trabalhos pioneiros de Guerry, em 1833, e Quetelet, em 1842, algumas escolas de criminologia passaram a se dedicar à distribuição espacial do crime, com destaque para a Escola de Chicago no início do século XX (TANGERINO, 2007). Nos últimos anos, no Brasil e no exterior, tem crescido o interesse acadêmico pela dinâmica espacial do delito, seja na elaboração de mapas criminais, seja na avaliação de estratégias de intervenção policial em áreas críticas. Embora a diversidade de técnicas, metodologias e teorias faça parte dessa perspectiva de análise, há um fato curioso que envolve boa parte dos trabalhos produzidos nessa área: a constatação de que o crime é um fenômeno altamente concentrado no espaço<sup>1</sup>.

Nos Estados Unidos, desde o fim dos anos 1980, estudos mostram padrões de distribuição criminal muito característicos nesse sentido (WEISBURD *et al.*, 2010). Um dos mais conhecidos foi publicado por Lawrence W. Sherman, Patrick R. Gartin e Michael E. Buerger em 1989. A partir da identificação de chamadas telefônicas para a polícia na cidade de Minneapolis, no estado de Minnesota, eles constataram que, durante um ano, apenas 3,5% dos endereços respondiam por 50% das chamadas. Esses locais foram chamados pelos autores de *hot spots*, ou seja, pontos quentes de criminalidade. Tais pontos podem ser definidos como “[...] pequenas

*1 Quando se fala em “crime”, é importante levar em consideração os diversos tipos e metodologias de aferição. Cada tipo de delito tem as suas especificidades e seus padrões de incidência. Em áreas comerciais de grande circulação de pessoas, é bem possível que haja maior incidência de crimes contra o patrimônio, por exemplo (Cohen; Felson, 1979). Comunidades periféricas mais tradicionais, onde os mecanismos de controle social são mais rarefeitos, certamente terão mais casos de crimes contra a vida, em especial de homicídio (Beato, 1998). Este paper simplesmente faz um levantamento das evidências empíricas relacionadas à dinâmica espacial de diversos tipos de delitos e seus padrões de concentração, o que nos permite falar em “crime” no singular.*

*unidades geográficas com altas taxas de atividade delitiva*” (WEISBURD; TELEP, 2014a, tradução nossa)<sup>2</sup>. Em geral, equivalem a unidades geográficas de análise de nível micro, o que pode abranger desde edifícios e endereços específicos até segmentos de rua (WEISBURD; TELEP, 2014a).

Outros trabalhos se seguiram com resultados igualmente surpreendentes. Eck, Guersh e Taylor (2000), ao analisarem a criminalidade no Bronx e em Baltimore, identificaram que cerca de 10% das áreas eram responsáveis por 32% da atividade criminosa local (WEISBURD *et al.*, 2010). Weisburd, Bushway, Lum e Yang (2004) coordenaram um estudo longitudinal em Seattle durante 14 anos. Os resultados mostraram que apenas 4,5% dos segmentos de rua eram responsáveis por mais de 50% dos casos registrados. Além da elevada concentração espacial, os autores apontam para a relativa estabilidade desses *hot spots* ao longo do período analisado. Weisburd, Morris e Groff (2009), também em Seattle, observaram que metade dos incidentes criminais envolvendo jovens ocorreu em menos de 1% dos segmentos de rua.

Mais recentemente, Weisburd (2015) *apud* Weisburd *et al.* (2016) sugeriu a existência de uma “lei de concentração do crime”, incorporando dimensões espaciais e temporais em seu trabalho. Partindo do modelo estrutural de leis da física que se traduz na ideia de que “[...] *um fenômeno particular sempre ocorre se certas condições estiverem presentes*” (WEISBURD *et al.*, 2016, p. 22, tradução nossa), o autor levanta informações para fundamentar sua análise. Oito cidades foram avaliadas: Sacramento, na Califórnia; Seattle, em Washington; Nova York; Tel Aviv-Yafo, em Israel; Cincinnati, no estado americano de Ohio; Brooklyn Park, em Minnesota; e Redlands e Ventura, ambas no estado da Califórnia. Dessas cidades, as cinco primeiras são consideradas grandes, com elevada densidade populacional, e as três últimas são pequenas, menos desenvolvidas e populosas. Weisburd utilizou como unidade de análise os segmentos de rua<sup>3</sup>, os dados de registros criminais e duas proporções específicas do nível de delinquência, as porcentagens de 25% e 50% do total de crimes (WEISBURD *et al.*, 2016).

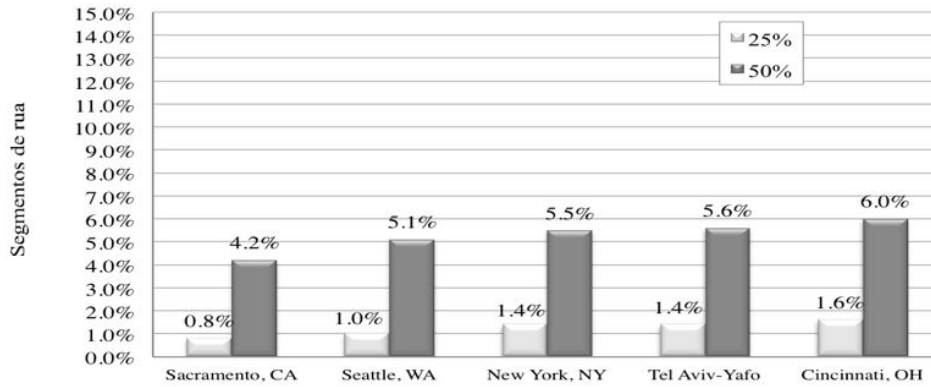
Os dados encontrados mostram padrões de distribuição parecidos em todas as cidades, apesar das diferenças entre elas no que diz respeito à composição demográfica e estrutural. Em relação às cidades maiores, a concentração criminal ocorreu dentro de uma faixa de porcentagem bastante contida (ver gráfico 1). Cinquenta por cento dos crimes ocorreram entre 4,2% (Sacramento, Califórnia) e 6% (Cincinnati) dos segmentos de rua. Vinte e cinco por cento dos crimes concentram-se entre 0,8% e 1,6% dos segmentos. Isso sugere que há uma lei de concentração do crime atuando nesses locais a partir de padrões elevados de agrupamento (WEISBURD *et al.*, 2016).

As cidades pequenas obedeceram a modelos parecidos, com índices ainda mais altos (ver gráfico 2). Entre 2,1% (Brooklyn Park, Minnesota; Redlands) e 3,5% (Ventura) dos segmentos de rua foram responsáveis por 50% dos registros criminais. A porcentagem de segmentos de rua responsáveis por 25% dos crimes está entre 0,4% em Brooklyn Park e Redlands e 0,7% em Ventura. Esses dados mostram que os níveis de concentração criminal obedecem a padrões consistentes de distribuição nos espaços mais diversos possíveis, o que confere à hipótese da “lei de concentração do crime” um potencial significativo sob ponto de vista empírico.

---

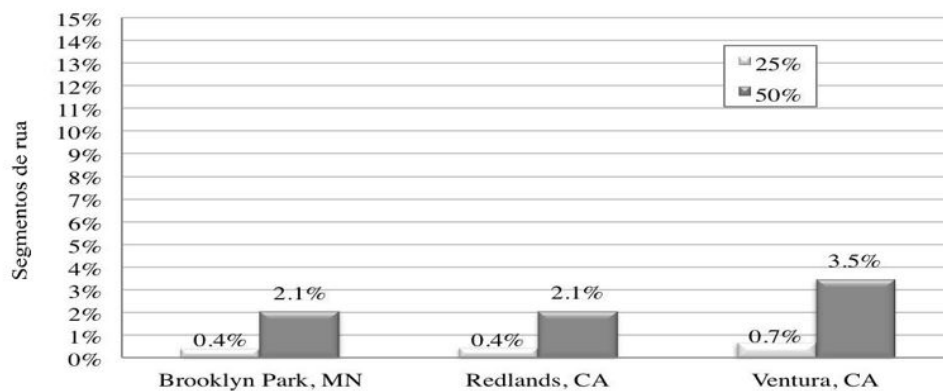
<sup>2</sup> Os segmentos de rua correspondem, nas palavras de Weisburd e Telep (2014a, p. 7, tradução nossa) “aos dois lados de uma rua, de um canto para o outro.”

**Gráfico 1 – A lei de concentração criminal em cidades grandes**



Fonte: Weisburd (2015) apud Weisburd et al. (2016).

**Gráfico 2 – A lei de concentração criminal em cidades pequenas**



Fonte: Weisburd (2015) apud Weisburd et al. (2016).

Em muitos países evidências parecidas têm sido encontradas por pesquisadores. Andresen e Brantingham (2007) descobriram padrões de concentração muito bem delineados em Vancouver, Canadá. Savoie (2008) também analisou *hot spots* de crime, especialmente contra o patrimônio, em cidades canadenses como Edmonton, Halifax e Thunder Bay. No estado indiano de Uttar Pradesh, Kumar *et al.* (2012) encontraram pontos quentes de criminalidade e *zonas seguras*, observando a formação de clusters de assassinatos, sequestros e estupros. Balogun *et al.* (2014), estudando a dinâmica criminal na cidade de Benin, na Nigéria, mapearam as áreas de maior concentração delitiva entre roubos, estupros e homicídios. Jaitman e Ajzenman (2016) observaram padrões de concentração do crime similares entre cidades da América Latina, como Belo Horizonte, Bogotá e Montividéu. Os autores, inclusive, fazem referência à “lei de concentração do crime” com base nos resultados encontrados.

No Brasil já existem trabalhos nesse sentido. Em São Paulo, a prefeitura municipal publicou estudo chamado “Olhar São Paulo” (2008) que analisou a dinâmica espacial de alguns crimes registrados, como homicídios e roubos. Na Figura 1, temos a distribuição dos homicídios no município no ano 2000. As áreas em vermelho indicam a elevada incidência de mortes nas regiões observadas.

**Figura 1 – Dinâmica espacial dos homicídios no município de São Paulo no ano 2000**



**Fonte: “Olhar São Paulo” (2008)**

Segundo o estudo, os homicídios não são onipresentes no espaço. Existem áreas que concentram níveis elevados de registros, “como em regiões do Rio Pequeno, Jaguaré e Vila Leopoldina (na zona Oeste); da Brasilândia, Cachoeirinha, [...] (na zona Norte)” (Olhar São Paulo, 2008, p.24). Por outro lado, há locais que, durante seis anos, não registraram sequer um homicídio, como Alto de Pinheiros, Butantã, Morumbi, entre outros (Olhar São Paulo, 2008, p. 24).

Beato (2012) apresenta trabalhos que analisaram os padrões espaciais nas cidades de Belo Horizonte (MG) e Vitória (ES). De acordo com os resultados obtidos, somente oito dos 2.500 setores censitários da capital mineira concentraram 10% dos crimes violentos, dos quais 40% ocorreram em menos de 10% desses setores. A figura 2 representa um estudo feito na capital mineira em 2000, no qual podemos ver a concentração espacial dos crimes de homicídio. Os padrões mostrados permitem a visualização de hot spots e, conseqüentemente, das áreas mais violentas (em vermelho) com relação a esse crime (BEATO; FIGUEIREDO; TEIXEIRA, 2008a).

Na região metropolitana de Vitória (ES), no estudo “*Atlas da Violência na Região Metropolitana da Grande Vitória – CRISP*”, em relação aos homicídios ocorridos, por exemplo, identificaram-se três áreas de favelas como *hot spots* responsáveis por 50% das mortes registradas. Cruzando os dados aos índices de vulnerabilidade social, observou-se que duas delas eram áreas socialmente mais vulneráveis (BEATO, 2012).





GA *et al.*, 2012). Experiências institucionais de sucesso têm sido sistematicamente analisadas e replicadas por diversas agências policiais no mundo com resultados promissores. A próxima seção faz um levantamento das evidências documentadas até agora sobre o tema, bem como os desafios e implicações para trabalhos futuros.

## **POLICIAMENTO BASEADO EM LOCAIS: EVIDÊNCIAS, DÚVIDAS E (ALGUMAS) RESPOSTAS**

Os estudos relacionados à distribuição espacial do crime permitem que sejam feitas novas incursões teóricas a respeito do fenômeno do crime, do criminoso e da resposta institucional no controle da violência. A literatura já aponta para algumas dessas questões, sobretudo as de natureza metodológica. Beato (1998) destaca que a identificação de locais onde a atividade criminosa é mais elevada, por meio da elaboração de mapas, desloca a análise sobre os indivíduos que cometem os crimes para os delitos em si, levando-se em consideração mais os processos decisórios na escolha de locais e alvos mais vulneráveis para prática criminosa do que simplesmente circunstâncias subjetivas que levam alguém a praticá-los.

Sob ponto de vista institucional, essa nova perspectiva de análise trabalha com as organizações de segurança pública, especialmente as polícias, a partir de duas linhas de atuação: uma baseada na concentração dos eventos criminais no espaço e no tempo e outra decorrente dessa, ou seja, voltada para a atuação localizada e descentralizada das polícias nas áreas de maior incidência criminosa. Nesse sentido, com base nas análises de distribuição do crime pelo espaço, é possível traçar estratégias pontuais de controle. Se há fortes evidências de formação de *hot spots* do crime (*clusterização*), também existem evidências relacionadas à eficácia da atuação policial sobre esses lugares (BRAGA, 2008). Há quem diga, inclusive, que essas ações focadas em problemas e áreas específicos são princípios basilares para as políticas de redução da criminalidade e da desordem no século XXI (NRC, 2004, p. 251).

Atualmente, com fundamento em inúmeros estudos já realizados, sabe-se que a iniciativa policial voltada para os pontos quentes tem grandes chances de reduzir a violência registrada nessas áreas. O trabalho sistemático de revisão conduzido por Braga e outros (2012), ao analisar vinte e cinco testes de patrulhamento e estratégias policiais de intervenção em *hot spots*, concluiu que vinte obtiveram resultados notáveis de controle do crime e da violência. Trata-se, portanto, de uma evidência que deve ser levada em consideração. Esses resultados mostram a robustez empírica que o chamado *policimento baseado em locais* oferece enquanto política pública de segurança.

Experiências de sucesso merecem destaque nesse contexto. Não apenas pelos resultados que apresentam, mas também pela relevância acadêmica que possuem. O caso do *Programa de Análise do Mercado de Drogas* nos Estados Unidos é um exemplo. No ano de 1989, o Instituto Nacional de Justiça elaborou o *Drug Market Analysis Program* (DMAP) – Programa de Análise do Mercado de Drogas – cuja abrangência compreendia as cidades de Jersey City, Kansas City, San Diego, Hartford e Pittsburgh. O programa estava baseado em três grandes pilares: a) proceder à identificação do mercado de drogas ilícitas; b) introduzir um sistema de mapeamento criminal informatizado; e c) desenvolver uma inovadora estratégia para aplicação das informações obtidas pela polícia (WEISBURD; GREEN, 1995).



Os esforços no desenvolvimento do sistema de mapeamento criminal possibilitaram a identificação de 56 *hot spots* (cobrindo 192 segmentos de rua em Jersey City) de pontos de drogas. Outro aspecto interessante na atuação policial foi a participação dos cidadãos na consciência da necessidade do controle do crime e da manutenção das atividades policiais direcionadas para os pontos quentes de criminalidade.

Fazendo uma comparação entre o período anterior à intervenção policial e o posterior, os resultados obtidos foram *estatisticamente* significantes. Houve redução considerável das chamadas de emergência relacionadas às atividades criminosas nas áreas de *hot spots* (WEISBURD; GREEN, 1995). A implementação do programa procurou dividir inicialmente os 56 pontos quentes em dois grupos de 28 pontos: um de controle e outro experimental. O grupo experimental foi o escolhido para a realização das novas atividades de gestão policial. Assim, seria possível comparar a eficácia do programa em relação ao grupo de controle, que continuou com os métodos tradicionalmente empregados até aquele momento.

Os resultados apontaram para uma notável redução da atividade criminosa nas áreas compreendidas no grupo experimental. Foram avaliadas chamadas de emergência em sete meses antes da intervenção e após a intervenção. Com a elaboração de gráficos representando a quantidade de chamadas em ambos os períodos, os resultados mostraram algumas dinâmicas interessantes. No grupo experimental houve um pequeno aumento de chamadas em relação à categoria de *desordem* (transtornos, distúrbios, pessoas suspeitas e moral pública – jogos de azar, prostituição e outros), no entanto, nada estatisticamente significativo. No que diz respeito à moral pública e a pessoas suspeitas, o programa teve um impacto bastante forte nas chamadas de emergência realizadas (WEISBURD; TELEP, 2014a).

Na realidade, o Programa de Análise do Mercado de Drogas desenvolveu-se em três grandes etapas: a) a primeira, na identificação e análise do problema estudado para a elaboração de estratégias pontuais; b) a segunda, na aplicação coordenada dessas estratégias na repressão qualificada em *hot spots* de pontos de drogas; e a terceira, na manutenção dos resultados positivos experimentados através da monitoração contínua dos locais *problemáticos*. O experimento realizado apresenta duas conclusões importantes. A polícia pode ser mais efetiva na atuação localizada sobre a criminalidade, com o uso de abordagens mais específicas focadas na solução de problemas (SHERMAN; WEISBURD, 1995). Além disso, o estudo não verificou o efeito de *deslocamento do crime*, que é uma das principais críticas feitas às estratégias localizadas de atuação policial, embora muitos estudos tenham provado que essa crítica não tem pertinência (SHERMAN; WEISBURD, 1995).

Sherman e Weisburd (1995), analisando a experiência do policiamento de *hot spots* em Minneapolis, por meio da confecção de mapas de criminalidade, detectaram cerca de 110 pontos quentes na cidade. Durante um período de dez meses, o efetivo policial nessas áreas foi dobrado, sem que fossem passadas instruções mais uniformes aos policiais. As iniciativas compreendiam desde ações mais proativas na resolução de conflitos até a localização estratégica de viaturas em segmentos de rua com elevadas taxas de incidência criminal. Os resultados encontrados mostraram que, ao longo de período analisado, houve uma redução significativa nos crimes de menor potencial ofensivo, entre 7 e 15% se comparados aos grupos de controle. Em relação a crimes mais graves, as estatísticas não foram tão significativas assim, beirando uma redução entre 2 e aproximadamente 6% (WEISBURD; TELEP, 2014a).

Em Lowell, Massachusetts, Braga e Bond (2008) observaram que uma abordagem policial orientada para a solução de problemas específicos em pontos quentes resultou em uma diminuição de 20% nas chamadas para a polícia relacionadas a eventos criminais e de desordem pública. Os autores encontraram evidências significativas sobre o papel da prevenção situacional do crime nesse contexto. Ações como intensificar a vigilância sobre terrenos e proceder à demolição de prédios abandonados, por exemplo, foram muito importantes para a prevenção do crime. A mudança no ambiente físico como forma de reduzir as oportunidades criminais tem se revelado uma estratégia crucial para a atuação das polícias em *hot spots* de crime (WEISBURD; TELEP, 2014a).

Apesar dos promissores resultados quanto à eficácia do policiamento baseado em locais, existem algumas questões relevantes em discussão. Como se percebe, ainda não há uma base empírica consistente que permita elencar as melhores ações empregadas no policiamento de pontos quentes. Sherman e Weisburd (1995), por exemplo, constataram que o simples incremento de efetivo e aumento do período de patrulhamento foram medidas suficientes para reduzir as chamadas para a polícia relacionadas a problemas de crime e desordem. O *Programa de Análise do Mercado de Drogas* em Kansas City partiu de uma abordagem muito mais sofisticada voltada para o policiamento orientado para problemas (WEISBURD; TELEP, 2014a). Koper (1995), em uma abordagem mais específica ainda, recomenda que a vigilância em pontos quentes deva durar cerca de quinze minutos cada para potencializar os resultados de diminuição nas taxas criminais (WEISBURD; TELEP, 2014a). Em estudo recente na cidade de Filadélfia, Groff *et al.* (2014) testaram três táticas de policiamento na redução da criminalidade em pontos quentes: o policiamento a pé, o policiamento orientado para problemas e o policiamento focado em criminosos. Os autores registraram que o foco nos criminosos aplicado nos *hot spots* escolhidos apresentaram uma redução de 42% nos crimes violentos. Esse é um índice estatisticamente notável. O interessante é que essa abordagem parte da ideia de concentração criminal não só no espaço, mas também nas pessoas, no sentido de que poucos indivíduos são responsáveis por uma grande quantidade de crimes (CLARKE; ECK, 2005). Tanto o policiamento a pé quanto o orientado para problemas não tiveram o mesmo desempenho, apresentando resultados pouco relevantes.

O policiamento baseado em locais vem apresentando respostas significativas na redução do crime. No entanto, é importante destacar que nem mesmo toda essa promissora *carreira* no que diz respeito às ações policiais no controle da violência pode ser considerada uma panaceia para *policymakers*. Vásquez e Páez (2016), em estudo recente sobre a avaliação do policiamento de *hot spots* nas cidades de Bogotá e Medellín, na Colômbia, fazem algumas ressalvas. Os autores analisaram experiências implementadas desde 2009. Segundo eles, em razão das poucas avaliações científicas sobre os programas colombianos, não se pode dizer categoricamente que esse tipo de estratégia tenha funcionado, embora algumas variações criminais indiquem que sim. Especialistas apontam para questões em aberto a respeito do tema e já vêm fazendo considerações muito pertinentes sobre os desafios nessa área.

Weisburd e Telep (2014b), em artigo intitulado "*Policiamento de hot spots: o que nós sabemos e o que precisamos saber*", fazem questionamentos importantes para a discussão. Argumentam que, a despeito da eficácia desse tipo de intervenção policial, pouco se sabe sobre os seus efeitos na legitimidade da atuação policial diante da comunidade. A opinião pública, nesse contexto, também é peça fundamental para a efetividade do policiamento. Muitos estudiosos

afirmam que estratégias mais incisivas como essa podem piorar a visão que as pessoas têm da própria polícia (WEISBURD; TELEP, 2014a). Segundo Beato e Silva (2013, p. 121) “*A instituição policial, especialmente quando lida com investigação e controle do crime, está entre aquelas que mais dependem da cooperação dos indivíduos*”. Isso mostra claramente a relevância da legitimidade dos órgãos policiais nesse contexto.

Outro ponto importante levantado pelos autores refere-se ao aspecto temporal das intervenções em *hot spots*. Segundo eles, os estudos relacionados ao tema avaliam o relativo êxito dessa estratégia apenas em experiências de curto prazo. Registram que nem mesmo o trabalho de revisão feito por Anthony Braga e outros, publicado em 2008, avaliou experiências que pas-sassem de um ano de intervenção em pontos quentes. Isso mostra que pouco se sabe sobre a eficácia do policiamento baseado locais em períodos longos. Mesmo no curto prazo, como visto, não é possível determinar qual é a tática mais eficaz na redução do crime e da violência.

O fato é que - e já aproveitando a própria conclusão do trabalho dos autores - a literatura sobre o tema registra o êxito do policiamento baseado em locais na diminuição da criminalidade. As evidências empíricas são muitas e, por isso mesmo, a tendência de direcionamento da atividade policial para os próximos anos segue nesse rumo. No entanto, quanto mais se estuda a respeito, como em qualquer área do conhecimento, mais dúvidas aparecem. No caso do policiamento de *hot spots*, muitas delas carecem de evidências mais sólidas. Didaticamente, pode-se afirmar que o impacto dessa atividade na legitimidade da polícia diante da população, a falta de dados sobre o seu emprego em longo prazo e a escolha dos modelos mais adequados para contextos específicos são os principais desafios a serem respondidos ao longo de trabalhos futuros.

## **A DIMENSÃO ESPACIAL DO CRIME E A SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: E POR AQUI, O QUE PODE SER FEITO?**

O Brasil é um dos países mais violentos do planeta. Responde por cerca de 10% de todos os homicídios praticados no mundo. O 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública revela que em 2014 as cidades brasileiras registraram mais de 58 mil homicídios. Para dimensionar o tamanho do problema, comparações internacionais são necessárias. Segundo o Mapa da Violência de 2013, os 12 maiores conflitos armados entre os anos de 2004 e 2007 vitimaram 169.574 pessoas ao redor do mundo. Só no Brasil, foi computado, entre 2008 e 2011, um total de 206.005 vítimas de homicídios. Esse número é quase o mesmo do total de mortes diretas nos 62 conflitos armados entre 2004 e 2007: 208.349 mortes. O país apresenta números macabros. É como se estivesse em guerra.

Entre 1996 e 2010, a taxa de homicídios no país variou entre 25 e 28 mortes por cem mil habitantes. No entanto, entre 2003 e 2006 houve uma queda considerável no número de mortes, sobretudo pelo papel desempenhado pelo estado de São Paulo, que apresentou uma redução constante de suas taxas em mais de 60%. O período posterior, contudo, mostra um recrudescimento contínuo das taxas. Internacionalmente, o Brasil ocupa uma posição negativa. Em termos relativos, a taxa de homicídios no país é muito alta. Cerca 40% dos países apresentam números inferiores a 3 homicídios por cem mil habitantes. Outros 17% possuem taxas superiores a 20 homicídios por cem mil habitantes. Alguns alcançam números acima de 50, como El Salvador (UNODC *apud* SAPORI, 2012).

Por outro lado, o que mais impressiona nesse contexto não são apenas os números assombrosos da violência. A paralisia institucional diante desse quadro é igualmente alarmante. Ano após ano o número de homicídios atinge picos inimagináveis, e os governos federal, estaduais e municipais, com raras exceções, parecem anestesiados pela criminalidade. A população convive com o medo e a indignação frente à realidade cada vez mais cruel da banalização das mortes no país. Segundo o Ibope, em 2013, a segurança aparece em segundo lugar no ranking dos maiores problemas do Brasil, perdendo apenas para a saúde pública (IBOPE, 2013).

Nesse contexto, as agências policiais brasileiras surgem como atores institucionais aparentemente incapazes de reverter esse quadro. Dados do Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas da FGV Direito – SP mostram que elas contam apenas com a confiança de 1/3 da população brasileira (LIMA, 2015). Além disso, números dão conta de altas taxas de letalidade da ação policial. As polícias do Brasil são as que mais matam no mundo. Nesse turbilhão confuso que é o enfrentamento ao crime no país, os nossos policiais também são os que mais morrem, conforme dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública para o ano de 2014.

As evidências levantadas ao longo dos anos sobre o policiamento de *hot spots* introduzem na discussão sobre segurança pública uma redefinição do papel das polícias nesse universo. A possibilidade de copiar modelos e experiências internacionais de sucesso é rapidamente lembrada. Isso porque é bastante comum que gestores públicos busquem iniciativas exitosas implementadas em outros lugares para embasar o planejamento, execução e avaliação de políticas públicas. No campo da segurança, um exemplo foi a adoção de programas de gerenciamento similares aos empegados pela polícia de Nova York no projeto de *policiamento de resultados* em Belo Horizonte (BEATO *et al.*, 2008b; VIEIRA; PROTÁSIO, 2011). Nesse contexto, surge para o Brasil o que alguns podem chamar de janela de oportunidades (KINGDON, 1984) para o policiamento baseado em locais. Entretanto, algumas questões merecem atenção.

Primeiramente, o histórico de testes demonstrado no emprego de modelos de policiamento de pontos quentes, especialmente aqueles em que há uma divisão entre grupos de controle e experimental de *hot spots* de crime, indica que é possível implementar essas práticas no Brasil. Isso pode se desenvolver tanto a nível de política institucional, com a incorporação de preceitos e metas de redução da criminalidade, como a nível micro, a exemplo de um Batalhão da Polícia Militar que queira introduzir essas práticas para o desempenho do policiamento ostensivo em sua circunscrição. Em resumo, pode-se falar que o policiamento baseado em locais, até mesmo pelas metodologias utilizadas na sua execução, é possível de ser testado no país.

Por outro lado, é importante dimensionar a questão do sistema policial no Brasil. Em âmbito estadual, como se sabe, existem duas polícias responsáveis pela atividade de prevenção e repressão do crime: as polícias militares e civis. As PM's atuam basicamente no policiamento ostensivo, fazendo rondas em determinadas áreas e abordando suspeitos ou criminosos a fim de evitar o cometimento de delitos. As polícias civis, por sua vez, exercem o papel de investigação, isto é, após o acontecimento do crime, na atividade de apuração de seus elementos e circunstâncias e de sua autoria. Evidentemente que essa estrutura, sem adentrar ao mérito de sua construção, traz implicações relevantes para o tema. As experiências internacionais levam em conta modelos policiais especialmente norte-americanos, que adotam o ciclo completo de atividade policial (uma só polícia é responsável pela prevenção e repressão do crime), portanto, diferentes do sistema brasileiro.

Esse desenho institucional entre polícias civis e militares no Brasil formou duas agências policiais distintas e com seus próprios códigos internos e práticas estruturais diversas. Quando se fala em policiamento de *hot spots*, é claro que isso deve ser levado em consideração. Comparando com a realidade brasileira, as atividades desempenhadas pela polícia nos casos levantados estão mais voltadas para as atribuições das polícias militares do que civis. Essa é outra perspectiva que merece destaque em qualquer tentativa de introdução do modelo de policiamento de pontos quentes no país.

Outro ponto a ser levantando nesse contexto diz respeito ao papel das guardas civis metropolitanas na segurança pública. Como se sabe, o desempenho das atividades relacionadas à segurança no Brasil é atribuição dos governos estaduais, especialmente das polícias civis e militares. O papel das guardas municipais restringe-se, constitucionalmente, à proteção dos bens, serviços e instalações dos municípios. No entanto, cada vez mais as atividades realizadas pelas guardas municipais têm ampliado o rol de suas atribuições para também cuidarem da prevenção do crime em âmbito local. Se fizermos uma ligação com o ambiente de atividades em que se insere o policiamento de *hot spots*, podemos perceber que ações de caráter descentralizado e local têm obtido sucesso no controle do crime e da violência. Trabalhar com a *municipalização* da segurança pública no país, além de adequar melhor essa estratégia de policiamento à realidade brasileira, ajuda a democratizar o sistema e compartilhar a responsabilidade pela segurança entre os estados e os municípios brasileiros.

A despeito do caráter *universal* da dinâmica espacial do crime, com elevados níveis de concentração registrados em diversos países e cidades, merecem destaque também alguns problemas relacionados à *importação de modelos e teorias*. Em outros termos, nem sempre o que funciona bem *lá* poderia ter o mesmo sucesso *aqui*. Questões como a erosão da legitimidade policial nesse tipo de intervenção são relevantes. Como visto, a confiança da população brasileira nas agências de segurança pública é muito baixa, e esse é um elemento central dentro dessa perspectiva de análise. Não há evidências suficientes que possam comprovar a melhora da *imagem* das polícias com base na intervenção em pontos quentes (WEISBURD; TELEP, 2014b).

Diante dos dados registrados e de todo o contexto brasileiro na segurança pública, percebe-se que o policiamento baseado em locais pode ser uma iniciativa bastante interessante para a discussão do papel das polícias no país, sobretudo em relação às experiências de sucesso mundo afora muito recomendadas para outras realidades. É claro que as peculiaridades institucionais devem ser levadas em consideração, ocupando posição de destaque em toda e qualquer ação voltada para essa estratégia de policiamento. Não podemos também deixar de reconhecer que ainda há muitas questões a serem respondidas no conjunto de evidências levantadas sobre o tema. Isso mostra que, embora o policiamento de *hot spots* tenha demonstrado um bom desempenho na redução e controle da criminalidade, é importante analisar com cautela qualquer forma de replicação desse modelo em outras realidades. De qualquer maneira, parece adequado dizer que há, sim, uma *janela de oportunidades* para novas formas de pensar a atuação das agências policiais no controle do crime e da violência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distribuição espacial do delito é um fenômeno muito interessante na criminologia. Obe-

decendo aos padrões estáveis de concentração, verifica-se que uma grande quantidade de crimes ocorre em alguns poucos locais. As evidências são muitas e não se restringem somente a um bairro, região ou país. Como observado, em diversos estados norte-americanos e brasileiros, dados registrados guardam fortes semelhanças quanto a isso. As estratégias policiais de intervenção localizada, baseadas em processos consistentes de gestão de qualidade de dados, permitem concluir que a dinâmica espacial do crime deve estar em destaque nos projetos e programas de segurança pública.

O fenômeno da concentração espacial do crime está documentado em diversos países cujas realidades quanto à segurança pública são igualmente diversas, a exemplo do Brasil e dos Estados Unidos. A noção de que poucos espaços respondem por uma parcela significativa de delitos tem servido de orientação para as ações policiais no sentido de prevenir e reprimir eventos criminosos. Os resultados do emprego de diversas estratégias de policiamento orientado para hot spots, como demonstrado, são promissores e bastante eficazes no controle do crime. De fato, as evidências são robustas e merecem destaque quando o assunto é prevenção criminal.

Apesar disso, o policiamento baseado em locais não é uma panaceia para a questão criminal. Em segurança pública, tudo é mais complexo do que parece. Não obstante o sucesso obtido em outras experiências, muitas questões ainda devem ser discutidas. A legitimidade das instituições policiais, por exemplo, é um vetor crucial nesse sentido. Outro aspecto relevante é a análise dos resultados em longo prazo. A maioria das experiências analisadas não se estendeu por um prazo razoavelmente longo. Os dados levantados sugerem que é preciso desenvolver testes por um prazo mais extenso para saber, de fato, qual a real eficácia dessas medidas nesse contexto.

No Brasil a configuração das estruturas policiais é uma condicionante a qual teremos de levar em consideração no sentido de replicação do modelo analisado. O problema da legitimidade policial no âmbito dessas ações também possui relevância. As polícias brasileiras, de acordo com pesquisas recentes, não têm uma boa imagem aos olhos da população. É evidente que as particularidades da arquitetura institucional do país devem balizar qualquer tentativa de implementação do modelo de policiamento baseado em locais. Com tudo isso, entretanto, é possível empregar boa parte desses padrões de ação policial no Brasil. Iniciar essa discussão já é, sem dúvida, um grande passo nesse contexto.

## REFERÊNCIAS

ANDRESEN, M. A.; BRANTINGHAM, P. J. Hot Spots of crime in Vancouver and Their Relationship with Population Characteristics. Ottawa, ON: Department of Justice Canada, 2007.

BALOGUN, T. F.; OKEKE, H; CHUKWUKERE, C. I. Crime Mapping in Nigeria Using GIS In. Journal of Geographic Information System, 2014, 6, 453-466 Published Online October 2014 in SciRes. <http://www.scirp.org/journal/jgis> <http://dx.doi.org/10.4236/jgis.2014.65039>

BEATO, C. C. F; SILVA, G;S. Confiança na Polícia em Minas Gerais: o efeito da percepção de eficiência e do contato individual. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 19, nº 1, junho, 2013, p. 118-153

\_\_\_\_\_. Crime e Cidades. 1ªEd., Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012, 292 p.

\_\_\_\_\_. ASSUNÇÃO, R. Sistemas de informação georreferenciados em segurança. In Compreendendo e avaliando: Projetos de Segurança Pública. Claudio Beato, organizador –Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008a, p. 12-61.

\_\_\_\_\_. FIGUEIREDO, B. A. S.; TAVARES, R. Crime e Estratégias de Policiamento em Espaços Urbanos. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 51, n. 3, 2008b, p. 687- 717.

\_\_\_\_\_. Determinantes da Criminalidade em Minas Gerais. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.13, n.37,1998, p. 74-89.

BRAGA, A. A; PAPACHRISTOS, A; HUREAU, D. Hot spots policing effects on crime. Campbell Systematic Reviews, 2012, p. 5-96.

CHAGAS, C. A. N. Geografia, Segurança Pública e a Cartografia dos Homicídios na Região Metropolitana de Belém. Boletim Amazônico de Geografia, Belém, n. 1, v. 01, p. 186-204, jan./jun. 2014.

COHEN, L; FELSON, M. Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Approach. American Sociological Review, vol. 44, n. 4, 1979, p. 588-608.

CLARKE, R. V.; ECK, J. Become a Problem-Solving Crime Analyst. London: Jill Dando Institute of Crime Science, 1ª ed., 2005, 120 p.

ECK, J. E.; GERSH, J. S.; TAYLOR, C. Finding crime hot spots through repeat address mapping. In Analyzing crime patterns: Frontiers of practice, V. Goldsmith, P. G. McGuire, J. H. Mollenkopf & T. A. Ross (eds.) Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 2000, p. 49-64.

HARRIES, K. D. Mapping Crime: principle and practice. Crime Mapping Research Center. National Institute of Justice, 2000, 206 p.

JAITMAN, Laura; AJZENMAN, N. Crime concentration and hot spot dynamics in Latin America / Laura Jaitman and Nicolás Ajzenman. p. cm. — (IDB Working Paper Series ; 699) Includes bibliographic references. 1. Crime analysis-Latin America. 2. Criminal statistics- Latin America. I. Ajzenman, Nicolás. II. Inter-American Development Bank. Institutional Capacity of State Division. III. Title. IV. Series. IDB-WP-699

KINGDON, John W. Agendas, alternatives, and public policies. New York: HarperCollins, 1984, 204 p.

KOPER, C. S. 1995. "Just Enough Police Presence: Reducing Crime and Disorderly Behavior by Optimizing Patrol Time in Crime Hot Spots". Justice Quarterly 12: 649–72.

KUMAR, J.; MISHRA, S.; NEERAJ, T. Identification of Hotspots and Safe Zones of Crime in Uttar Pradesh, India: Geo-spatial Analysis Approach. IJRSA Vol.2 No.1 2012 PP.15-19 www.ijrsa.org © World Academic Publishing

LOBO, M. A. A.; GUIMARÃES, L. H. R. Distribuição Espacial da Criminalidade no Centro Histórico da cidade de Belém (Pará/ Brasil). REVISTA ELECTRÓNICA DE GEOGRAFÍA Y CIENCIAS SOCIALES Universidad de Barcelona. ISSN: 11389788. Depósito Legal: B. 21.74198 Vol. XVII, núm. 456, 10 de noviembre de 2013

LIMA, R. S. Segurança Pública: o desafio da informação. 1ª Análise SEADE, n. 27, junho de 2015, 4-30.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. Fairness and effectiveness in policing: The evidence. Committee

to Review Research on Police Policy and Practices. W. Skogan & K. Frydl (eds.). Committee on Law and Justice, Division of Behavioral and Social Sciences and Education. Washington, DC: National Academies Press, 2004, 413p.

OLHAR São Paulo – Violência e Criminalidade. São Paulo: SEMPLA, 2008. São Paulo (cidade). Secretaria Municipal de Planejamento – Sempla. Departamento de Estatística e Produção de Informação – Dipro.

SAPORI, L.F. Avanço no socioeconômico, retrocesso na segurança pública: paradoxo brasileiro? In. Desigualdade & Diversidade – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, nº 11, ago/dez, 2012, pp. 133-158

SAVOIE, Josée. Neighbourhood Characteristics and the Distribution of Crime: Edmonton, Halifax and Thunder Bay, Crime and Justice Research Paper Series. Statistics Canada Catalogue no. 85-561-M. No. 010, 2008.

SHERMAN, L.; GARTIN, P.; BUERGER, M. Hot Spots of Predatory Crime: Routine Activities and the Criminology of Place. *Criminology*, 27(1), 1989, p. 27-56.

TANGERINO, D. P. C. Crime e cidade: Violência Urbana e Escola de Chicago. Ed. Lumen Juris, 2007, 174p.

VASQUÉZ, J.C.R; PÁEZ, K. Balance de estrategias de seguridad para zonas críticas em Bogotá y Medellín Assessing the practice of hot spots policing in Bogotá and Medellín.

URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad No. 19 - Quito, diciembre 2016 - pp.53-69 - © FLACSO Sede Ecuador ISSN: 1390-4299

\_\_\_\_\_. WEISBURD, D. General Deterrent Effects of Police Patrol in Crime Hot Spots : A Randomized Study. *Justice Quarterly*, 12(4), 1995, p. 625-648.

\_\_\_\_\_. THINKING about crime prevention. In *Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising*, L. Sherman, Denise Gottfredson, Doris MacKenzie, John Eck, Peter Reuter e Shawn Bushway Washington, National Institute of Justice, 1997, p. 1-31.

VIEIRA, R.; PROTÁSIO, G.; Gestão para resultados na segurança pública em Minas Gerais: uma análise sobre o uso de indicadores na gestão da Polícia Militar e no Sistema de Defesa Social. *Revista Brasileira de Segurança Pública* | São Paulo Ano 5 Edição 8 Fev/Mar, 2011, p. 206-220.

WEISBURD, D.; GREEN, L. Policing Drug Hot Spots: The Jersey City DMA Experiment. *Justice Quarterly*, 12(4), 1995, p. 711-735.

\_\_\_\_\_. "Place-based Policing: Ideas in American Policing". Washington, DC: Police Foundation., 2008

\_\_\_\_\_. BUSHWAY, S.; LUM, C.; YANG, S. M. Trajectories of crime at places: A longitudinal study of street segments in the city of Seattle. *Criminology*, 42(2), 2004, p. 283– 321.

\_\_\_\_\_. MORRIS, N. A.; GROFF, E. R. Hot spots of juvenile crime: A longitudinal study of arrest incidents at street segments in Seattle, Washington. *Journal of Quantitative Criminology*, 25(4), 2009, p. 443–467.

\_\_\_\_\_. TELEP, C.W.; BRAGA, A. A. The Importance of Place in Policing: Empirical Evidences and



Policy Recommendations. Stockholm: The Swedish Crime Prevention Council, 2010, 68p.

\_\_\_\_\_. Policía y micro-geografía del crimen : evaluaciones científicas acerca de la eficacia de vigilar puntos calientes y lugares / p. cm. — (IDB Technical Note ; 630), 2014a

\_\_\_\_\_. Hot Spots Policing: What We Know and What We Need to Know. Journal of Contemporary Criminal Justice 2014 30: 200 originally published online 12 March 2014b

\_\_\_\_\_. Place Matters: criminology for the twenty-first century. Cambridge University Press, 2016, 200p.

Capítulo

**06**



## **A implantação da audiência de custódia**

---

Jeferson Otavio Fossati Santos  
Neida Leal Floriano

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.6

## RESUMO

O presente estudo, por intermédio de pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, utilizando o método hipotético-dedutivo, busca informações com as explicações, frente à implantação do instituto audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. A audiência de Custódia que tem como respaldo a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, bem como em normas e tratados internacionais (como o Pacto de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), e visa assegurar a integridade física, desafogar o sistema carcerário, bem como evitar possíveis violações aos direitos humanos dos presos, além de garantir o controle judicial das prisões e dar ênfase na adoção das medidas alternativas ao encarceramento provisório. Atualmente, sua implantação se dá em algumas comarcas, não sendo ainda aplicada em todo o território nacional e tem como formatação conforme disposto na Resolução nº 213, a obrigatoriedade de apresentação do preso em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente. Sendo o objetivo principal a possibilidade de o magistrado averiguar uma possível ilegalidade na prisão, a ocorrência de tortura física e/ou psicológica ou a necessidade de aplicação de outras medidas cautelares diversas. A audiência de custódia é formada, além do preso (por óbvio), estarão presentes um defensor (nomeado pelo juiz, público ou indicado pelo flagrado), um promotor de justiça e um juiz. Desta forma, caracteriza-se por ser um momento de contato entre o flagrado e a autoridade judicial antes do recebimento da denúncia, que principia o processo penal de conhecimento. Com intuito de analisar questões processuais da prisão, assim como, questões relativas às garantias dos direitos humanos do preso.

**Palavras-chave:** audiência de custódia. Conselho Nacional de Justiça. implantação da audiência.

## ABSTRACT

The present study, through a bibliographical research, of a qualitative approach, using the hypothetical-deductive method, seeks information with the explanations, in front of the implantation of the custodial hearing institute in the Brazilian legal system. The Custody hearing, which is supported by Resolution nº 213 of the National Council of Justice, as well as international norms and treaties (such as the Pact of San Jose of Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights), and aims at ensuring Physical integrity, unburdening the prison system, as well as preventing possible violations of prisoners' human rights, as well as ensuring judicial control of prisons and emphasizing the adoption of alternative measures to provisional incarceration. Currently, its implementation takes place in some districts, and is not yet applied throughout the national territory and has as formatting as provided in Resolution nº 213, the obligation to submit the prisoner within 24 hours of the flagrant communication, to the competent judicial authority. The main objective being the possibility of the magistrate investigating a possible illegality in prison, the occurrence of physical and / or psychological torture or the necessity of applying other precautionary measures. The custody hearing is formed, in addition to the inmate (of obvious), will be present a defender (appointed by the judge, public or indicated by the caught), a prosecutor and a judge. In this way, it is characterized as a moment of contact between the catch and the judicial authority before receiving the complaint, which begins the criminal process of knowledge. In order to analyze procedural issues of imprisonment, as well as issues related to the human rights guarantees of the prisoner.

**Keywords:** custody hearing. National Council of Justice. audience implementation.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade apresentar o instituto da Audiência de Custódia e sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro através de acordo com a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, bem como todos aspectos que levou a sua criação, levando com parâmetros diversos institutos presentes no Código de Processo Penal aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que a preveem. Esse importante, mas não menos polêmico, instituto tem como sua base de criação a controversa alteração de nosso quase octogenário Código de Processo Penal, apresentada no ano de 2011 no Senado Federal, sob a justificativa de uma harmonização do Brasil aos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, que prevê a necessidade de apresentação de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial, porquanto o Brasil ser um dos poucos países da América Latina –quicá, o único – a não abranger tal direito em sua legislação. Desse modo, se dava aí a introdução da *audiência de custódia* em nosso ordenamento jurídico. No entanto, esse projeto sofreu uma estagnação em virtude das diversas manifestações contrárias por parte de instituições públicas e representativas de segmentos da sociedade civil.

Diante desse impasse das Casas Legislativas, Senado Federal e Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário começa a emitir suas primeiras considerações acerca desse assunto, ora entendendo pela autoaplicabilidade dos tratados e convenções – ratificadas pelo Brasil – que se referem à audiência de custódia, ora entendendo pela desnecessidade, frente aos direitos e garantias já elencados em nossa Carta Magna. Entre os anos de 2014 e 2015 as manifestações defensivas que tinham por objetivo o relaxamento da prisão preventiva daqueles que haviam sido presos em flagrante se alicerçou na não realização da audiência, tanto que de forma isolada e independente o Estado do Maranhão lançou um projeto-piloto para orientar a implantação desse instituto naquele Estado.

Desta feita, essa atitude lançou a ideia de que deveria ser implantado a audiência em âmbito nacional, independentemente do ato legislativo que a regularizaria. Diante dessa realidade, o Conselho Nacional de Justiça deu início, em fevereiro de 2015, com a parceria do Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo a um projeto-piloto com o intuito de implantação da audiência de custódia em caráter experimental naquele Estado. Desta forma, em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 213, elencando uma regulamentação minuciosa sobre a audiência de custódia e as consequências extraídas do depoimento do flagrado. E nesse viés que o presente estudo tem por objetivo analisar a aplicabilidade deste instituto, seus fundamentos legais, bem como analisar os aspectos positivos e negativos de sua realização e a diferenciação entre a busca pelo desafogamento carcerário, a busca pela garantia dos direitos humanos dos presos e a adoção de medidas alternativas ao encarceramento provisório.

## **SOBRE A IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE À PROTEÇÃO DAS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS**

A audiência de custódia é baseada na Convenção Internacional de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que traz que toda pessoa presa ou detida deve ser condu-

zida à autoridade competente, sem demora, e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou posta em liberdade. Assim como, sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo<sup>1</sup>. A audiência de custódia em um de seus principais objetivos busca a garantia de que os presos em flagrante não sofram algum tipo de violação de seus direitos humanos em relação a maus tratos e tortura, além do mais, assegura o direito de acesso à justiça por parte do flagrado, contemplando a garantia à ampla defesa, direito este, consolidado na Constituição Federal<sup>2</sup>.

A audiência de custódia, conforme leciona Caio Paiva “surge justamente neste contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais”.<sup>3</sup>

Segundo Renato Brasileiro de Lima, a audiência de custódia tem como objetivo:

não apenas [a] averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus-tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.<sup>4</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que apresentação do flagrado ao juiz:

é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, advertindo que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente.<sup>5</sup>

Diante do exposto, a audiência de custódia é um procedimento indispensável para se analisar o processo penal através de um viés constitucional, porquanto preso ao ser levado ao magistrado será ouvido, momento em que o juiz analisará a concessão ou não das medidas previstas no artigo 310 do Código de Processo Penal,<sup>6</sup> ou seja, valerosos princípios processuais estarão sendo levados em conta, quais sejam: presunção de inocência, ampla defesa e contraditório.

Ademais, com o aumento do encarceramento provisório, bem como de casos relacionados à tortura, a audiência de custódia torna-se uma medida necessária para o processo penal brasileiro, garantindo direitos fundamentais àqueles que se encontram privados de liberdade provisoriamente.

Sendo o Brasil signatário do Pacto de San Jose da Costa Rica e com o dever de garantir **os direitos humanos** daqueles presos em flagrante, torna-se a audiência de custódia o meio ne-

<sup>1</sup> Artigo 7º, item 5: *Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)*.

<sup>2</sup> Brasil. Artigo 5º, LV: *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>3</sup> PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 29.

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 927.

<sup>5</sup> CORTE IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, §78*. In: PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 35.

<sup>6</sup> Art. 310. *Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.*

cessário para o cumprimento do artigo 7º, do referido Pacto.

Esse esforço do Brasil de através da realização da audiência de custódia tem o intuito de evitar possíveis violações de direitos humanos foi reconhecido pela Organização Não-Governamental *Human Rights Watch*, que diz:

Violações crônicas de direitos humanos assolam o Brasil, incluindo execuções extrajudiciais pela polícia, a superlotação das prisões, tortura e maus-tratos a pessoas detidas. Alguns esforços recentes para reformar o sistema de Justiça criminal procuraram solucionar alguns desses problemas, mas outras iniciativas poderiam agravá-los. Em 2015, o Poder Judiciário trabalhou em conjunto com os governos estaduais para garantir que as pessoas detidas sejam conduzidas sem demora à presença de um juiz, conforme exigido pela legislação internacional.<sup>7</sup>

Neste passo, se faz fundamental a audiência para haver uma triagem das pessoas que serão mantidas presas em estabelecimentos prisionais, pois através da audiência o juiz analisará a pena prevista para o crime, o perfil do segregado e outras circunstâncias da prisão e assim evitar diversas violações.

No primeiro ano de funcionamento a audiência de custódia registrou 4,6 mil denúncias de tortura e maus-tratos de pessoas presas no país<sup>8</sup>, conforme o relato dos presos grande parte destes maus-tratos ocorrem entre a prisão e a apresentação ao juiz.

Nesse sentido, as audiências representam um forte passo para prevenção da violação dos direitos humanos daqueles que são presos em flagrante.

## DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO À RESULTADOS PRELIMINARES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

De acordo com dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) apenas no primeiro semestre de 2015 foram registradas 565 mortes violentas no sistema carcerário nacional e a principal causa é o superlotamento das casas prisionais.

Afirma o presidente da Comissão de Direitos Humanos da seccional maranhense da Ordem dos Advogados do Brasil, Luiz Antônio Pedrosa “com a superlotação exagerada, cresce a tensão entre os membros de facções criminosas e entre os presos e os agentes prisionais”.<sup>9</sup>

Nesse sentido, acerca da audiência de custódia e o desafogamento carcerário discorre Fauzi Hassan Choukr:

Não foi por uma conversão normativa do CPP à CADH e à CR que o tema entrou em debate público. Muito menos por uma conversão espiritual, aquela do/para um determinado sistema, modelo e tampouco cultura de projeção da pessoa humana no processo penal. Foi, sim, pela abertura, na pauta política, de um espaço necessário para fazer algo que a reforma de 2011 no âmbito das cautelares pessoais penais não conseguiu: diminuir a população carcerária de presos sem condenação definitiva.<sup>10</sup>

A realização da audiência de custódia traz ao nosso ordenamento uma grande benesse

<sup>7</sup> *Audiência de custódia é esforço contra violação de direitos humanos, diz ONG. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308817>>*

<sup>8</sup> *Audiência de Custódia. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>*

<sup>9</sup> *Audiência de Custódia. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>*

<sup>10</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica*, ed. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 107.

que é reverter o pensamento que se tem no Brasil de que com a prisão se resolve o problema de segurança no país. Assim esse instituto visa também desafogar o sistema carcerário ou prisões ilegais, estas que em diversos casos fazem com que as pessoas fiquem presas provisoriamente por anos, contrariando totalmente a razoável duração do processo.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça<sup>11</sup> são alarmantes, porquanto o Brasil possui aproximadamente 600 mil presos, sendo o 4º país no mundo que mais encarcera e o que mais impressiona é o fato de que 41% destes presos estão em situação de prisão provisória, ou seja, não receberam condenação definitiva, sendo que em média a prisão preventiva no país dura cerca de 6 meses, o que torna, além de diversas violações, um gasto astronômico para o Estado, que em média gasta 36 mil reais por apenado anualmente, resultando num gasto de aproximadamente 21,6 bilhões de reais aos cofres públicos todos os anos.

Esse desafogamento está claro através do Supremo Tribunal Federal que ratificou a importância da audiência de custódia para garantir a dignidade da pessoa humana, nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, de 20 de agosto de 2015.

Da qual relatou o Ministro Celso de Mello:

Entendo que essa é uma medida absolutamente necessária, que claramente se compreende no âmbito da defesa de direitos básicos da pessoa, especialmente o direito à preservação da sua natural incoercibilidade, pois permite que o TJ promova um controle jurisdicional imediato sobre prisões em flagrante.” “Essa implementação é essencial e necessária ao resguardo da liberdade individual, à preservação do estado natural de incoercibilidade das pessoas em geral e mostra-se fiel ao mandamento constante da nossa Constituição, e das declarações internacionais, que é o da proteção judicial efetiva.<sup>12</sup>

Já o Ministro Luiz Fux, diz:

Tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, que tem interferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro.” “A apresentação do preso ao juiz nesse prazo de 24 horas está intimamente ligada à ideia de uma garantia fundamental de liberdade, que é o habeas corpus, e já constava da própria Magna Carta.<sup>13</sup>

O Supremo Tribunal Federal também julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em 9 de setembro de 2015, determinando a realização da audiência de custódia como solução para crise prisional do Brasil.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relata:

Com a adoção da audiência de custódia em todos os tribunais, deixaremos de prender anualmente cerca de 120 mil pessoas, representando uma enorme economia para o erário, da ordem de R\$ 4,3 bilhões por ano, que poderão ser destinados à saúde pública, à educação ou a outras ações em prol da sociedade.<sup>14</sup>

Assim como o Ministro Marco Aurélio, que diz:

A providência [implantação das audiências de custódia] conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar. O custo médio mensal individual é de aproximadamente R\$ 3 mil.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Cerca de 6 mil presos em flagrante são liberados por audiência de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80436-cerca-de-6-mil-presos-em-flagrante-sao-liberados-por-audiencias-de-custodia>

<sup>12</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília, CNJ, 2016, p. 21.

<sup>13</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília, CNJ, 2016, p. 21.

<sup>14</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília, CNJ, 2016, p. 21.

<sup>15</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília, CNJ, 2016, p. 21.

O Ministro Celso Mello traz um dado relevante no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347:

As audiências de apresentação têm revelado que quase 50% das pessoas presas em flagrante são colocadas em liberdade em no máximo 24 horas. A implementação dessa medida representa um gesto de respeito ao estado de liberdade das pessoas e sobretudo um gesto de reverência à lei fundamental da República.<sup>16</sup>

Isso demonstra o quanto a audiência de custódia, além da questão dos direitos humanos, traz uma discussão à tona da possibilidade de diminuir a massa carcerária no sistema caótico que é o sistema prisional brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 213, de 2015 busca diminuir dois fenômenos no país: o aumento da população carcerária e o crescimento absurdo de processos que chegam à justiça.

Para o presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, desembargador José Aquino Flores de Camargo, a adesão do Estado ao projeto trará grande contribuição para a humanização do cárcere “com a iniciativa, será possível minimizar as prisões desnecessárias, evitar abusos e maus-tratos e conferir um efetivo controle judicial sobre o sistema prisional... Trata-se de um importante avanço civilizatório”.<sup>17</sup>

Em uma linha de pensamento um tanto quanto contrária, Vanderlei Deolindo menciona que o projeto audiência de custódia tem como fundamento a defesa da cidadania das pessoas envolvidas ou acusadas de um crime e não simplesmente na tentativa de diminuir a população carcerária. Vejamos:

Afora o exagero na atribuição de culpa ao rigor dos juízes brasileiros, não se pode deixar de considerar a importância do CNJ e do projeto desencadeado, pois existem muitos Poderes Judiciários pelo nosso Brasil, em cada um dos Estados, e nas vezes em que ocorre o dito desapego das matrizes garantistas, indica-se uma falta de cultura que precisa ser enfrentada, construída e disseminada nacionalmente no passar dos tempos. São múltiplos os casos de prisões provisórias por crimes afiançáveis que, mesmo em caso de condenação, originarão penas diversas da privativa de liberdade. Diversos os casos em que vários presos provisórios serão absolvidos. Muito mais são os casos nos quais as medidas cautelares alternativas previstas no CPP podem ser aplicadas, em substituição ao encarceramento imediato, privilegiando-se o princípio da inocência. E, nesse particular, o CNJ passou a gerir dados nacionais que justificam a instituição de projeto dessa natureza.<sup>18</sup>

Um das grandes tendências desse instituto é combater os males que sofrem esses cerca de 40% de presos provisórios que temos em nosso sistema carcerário, pessoas que sofrem maus-tratos e acabam por adentrar nas entranhas do crime organizado, além de diminuir consideravelmente a população carcerária.

## **DAS BENESSES AOS MAGISTRADOS À EFETIVIDADE E O FUNCIONAMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

De que forma é realizada a audiência de custódia e a maneira como é realizada na prática? Estes são alguns dos grandes questionamentos até este momento sobre sua implementa-

<sup>16</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA*. Brasília, CNJ, 2016, p. 21.

<sup>17</sup> *Audiência de Custódia*. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>

<sup>18</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica*, ed. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 210.



ção. Tanto juízes, como promotores, em sua maioria, são contras a sua realização.

Há diversos aspectos a serem analisados, como a discussão acerca do procedimento a ser adotado, se seria um contato somente entre o juiz e o segregado, ou haveria a presença do Ministério Público e da Defesa, sobre esse tema, explica Mauro Fonseca Andrade:

Não há como negar que a simplificação no entendimento do que representaria ou comportaria aquela apresentação se presta a dois objetivos muito claros: Primeiro, reduzir os custos e a estrutura da apresentação judicial do sujeito privado em sua liberdade: não haveria a necessidade de participação do Ministério Público e da defesa, o que importaria na desnecessidade de o ato se realizar em uma sala de audiência, podendo ocorrer informalmente no próprio gabinete do juiz. Segundo, reduzir formalidades: em não havendo a presença do Ministério Público e da defesa, maiores formalidades não seriam exigidas por parte do juiz, o que tornaria o ambiente menos sujeito a tensões entre ele e os sujeitos interessados ali presentes, em especial, no que diz respeito às perguntas que o magistrado poderia fazer ao conduzido. Ou seja, Ministério Público e da defesa seriam vistos como um problema pelo juiz que não concordar com a presença de ambos.

Independentemente das *facilidades* que o contato único entre o juiz e o sujeito conduzido possa proporcionar ao Poder Judiciário, entendemos que o rol de garantias contido em nossa legislação – constitucional e infraconstitucional – impõe que aquela apresentação se converta em um ato mais complexo, o que justificaria a denominação de *audiência de custódia*, bem como, a intervenção do Ministério Público e da defesa.<sup>19</sup>

Sobre essa questão o promotor de justiça Mauro Fonseca Andrade, traduz:

De início, é sempre bom lembrar que o ato em questão é um direito da pessoa privada de sua liberdade, em lugar de ser um ato destinado a alcançar os interesses do juiz. Isso significa dizer que a audiência de custódia deve estar voltada à preservação dos interesses daquela pessoa, quais sejam, análise da legalidade da sua prisão, verificação da existência de tortura ou maus-tratos e averiguação da (des)necessidade de manutenção da sua prisão. Em última análise, a audiência de custódia se constitui em um dos primeiros atos de defesa disponibilizados ao sujeito preso ou detido.<sup>20</sup>

Nesse sentido a própria Resolução 213, do CNJ, deu fim a controvérsias, criando a necessidade de presença de ambos.<sup>21</sup>

Outra circunstância importante da audiência é o papel do juiz que de acordo com a Resolução nº 213, do CNJ, deverá analisar a (i)legalidade das prisões, a verificação de possíveis maus-tratos durante o período de segregamento, bem com a (des)necessidade de manutenção da prisão, podendo decretar a prisão preventiva, o relaxamento da prisão ou conceder liberdade provisória, mediante alguns vínculos ou não.

Para a análise desses elementos o juiz conta com o auto de prisão em flagrante, onde constará os procedimentos adotados, em sede policial, durante sua lavratura, assim como os depoimentos colhidos dos próprios policiais e eventuais vítimas e testemunhas. E, principalmente, com o próprio conduzido, física ou virtualmente, eis que há a possibilidade da audiência de custódia ser realizada através de videoconferência em casos especiais, momento em que o preso terá o direito de permanecer em silêncio durante esse ato. Através desses dados o juiz homologará o auto de prisão em flagrante ou não.

O que não se pode esquecer é de que a audiência de custódia é um contato entre o flagrado e a autoridade judicial, por mais que de uma forma limitada, pois não cabível um apro-

<sup>19</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 125.

<sup>20</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 125.

<sup>21</sup>Artigo 4º. *A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.*

fundamento na questão da prática do crime cometido, e é nesse ato que a pessoa pode exercer seu direito de defesa, se entender necessário.

Com relação ao interrogatório, Carlos Weis diz que se destinará “ao estabelecimento da verdade real sobre os fatos que resultaram a prisão”.<sup>22</sup>

Sobre esse tema, Pablo Rodrigo Alflen discorre:

O que importa ficar claro nesse aspecto, portanto, é que o ingresso no exame do mérito da conduta – em tese, praticada pela pessoa apresentada – está completamente alijado dos fins da audiência de custódia, quando voltado para fins meramente condenatórios. Entretanto, quando realizado com o fim de proporcionar algum benefício de ordem processual – em especial, a concessão de alguma medida cautelar diversa da prisão ou mesmo a não homologação da prisão em flagrante – sua necessidade aparecerá ao natural naquele ato de apresentação, seja por provocação judicial, do defensor ou mesmo apresentada espontaneamente por parte da pessoa apresentada.<sup>23</sup>

Com isso, se nota que o mérito da conduta flagrada não se discute, o objetivo da audiência baseado nos tratados internacionais de direitos humanos, é a averiguação de possível violação dos direitos do conduzido.

Em relação a essa discussão Mauro Fonseca Andrade descreve:

[...] em relação à invocação do silêncio por parte do sujeito apresentado ao juiz, tal tema está vinculado à ausência de risco de formação do convencimento judicial já na fase de investigação, o que permitiria, em tese, ao magistrado manter sua imparcialidade para futura atuação na fase posterior ao oferecimento da acusação. Entretanto, esse argumento cai por terra no momento em que o sujeito apresentado decida responder às perguntas feitas pelo juiz, e que estarão direcionadas à satisfação daqueles objetivos da audiência de custódia, fazendo com que ocorra o questionamento sobre aspectos atinentes à configuração de uma infração penal (o que importa em avaliação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), da prova da materialidade e da existência de indícios de autoria.

Em realidade, o que determina a inadequação da atuação judicial na audiência de custódia aos postulados do sistema acusatório é o papel a ser exercido pelo juiz naquele ato. Mais precisamente o sistema acusatório não comporta a figura de um juiz investigador, ainda que essa investigação, como já afirmado por um setor da doutrina, tenha uma “eficácia restrita e limitada”.<sup>24</sup>

No caso de perguntas indevidas, com relação ao mérito do delito, haverá a produção de prova ilícita, o que comprometerá a validade da prisão cautelar eventualmente decretada, devendo atentar para o fato de que se a própria defesa realizar perguntas relacionadas ao mérito do crime, não poderá esta, arguir nulidade a que ela própria deu causa.

Em caso de confissão espontânea do conduzido, seu depoimento é válido, não podendo o juiz ignorar o fato, pois a audiência é o momento em que o preso tem para apresentar seus argumentos que entender pertinentes para sua soltura.

No entanto, com relação a possíveis maus-tratos, o juiz pode até mesmo no silêncio do apresentado, ao notar que há a possibilidade de ele ter sofrido algum tipo de violência por parte dos agentes de segurança, determinar para que o mesmo exiba partes de seu corpo com o intuito de notar algum tipo de agressão, o que deverá ser obedecido pelo preso, pois nesta de-

<sup>22</sup> WEIS, Carlos. *Estudo sobre a Obrigatoriedade de Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz: Comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de Código de Processo Penal*. Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 16.

<sup>23</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 131.

<sup>24</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 136.

terminação não há nada autoincriminatório. Ou poderá o juiz requerer que seja realizado exame pericial complementar, caso o primeiro exame não tenha apontado algum tipo de lesões verificadas em audiência.

Esse instituto deve ter todo um cuidado especial ao ser realizado, como brilhantemente leciona Vanderlei Deolindo:

A realização das audiências de custódia nos dias atuais exige uma série de cautelas, a fim de serem evitadas nulidades processuais. Isso porque ocorreram várias alterações no procedimento criminal brasileiro no passar de décadas desde a edição do pacto – o legislador interno fixou o ato do interrogatório para após a colheita da prova –, havendo entendimentos segundo os quais é direito do réu somente ser interrogado ao final do processo. Portanto, a sua oitiva logo após a prisão poderia, em tese, afrontar um direito de defesa, a ponto de macular a instrução processual. Não se pode perder de vista, no entanto, que o ato objetiva, também, e fundamentalmente, oportunizar ao preso, além dos esclarecimentos quanto ao fato – facultado o direito ao silêncio –, o que fica a seu critério segundo a orientação da defesa técnica, informar acerca de eventuais abusos (torturas, agressões físicas ou morais que exijam providências contra o poder persecutório estatal ou contra terceiros autores desses abusos) praticados quando de sua prisão.<sup>25</sup>

Desta feita, o contato entre o juiz e o flagrado é essencial para averiguação das garantias dos direitos humanos e possíveis ilegalidades das prisões, tendo para tanto, uma necessidade de melhores condições estruturais para a realização da audiência de custódia.

## **Da estrutura física, pessoal e do procedimento da audiência de custódia**

Um dos principais problemas para a implantação da audiência de custódia é a falta de estrutura física e, principalmente, de pessoal, porquanto o sistema judiciário, e quando se fala em “sistema judiciário” entenda polícia judiciária, Poder Judiciário e Ministério Público, necessita de uma demanda de pessoal muito maior para atender a estrutura necessária para um bom funcionamento da audiência de custódia.

A primeira instituição envolvida na sistemática da audiência é a polícia judiciária, que passa a ter uma mudança em sua função, que não seria predominantemente cartorial (depoimentos, notificações de praxe e expedição de comunicações), mas também, de condução do cidadão ao Poder Judiciário para a realização da audiência.

No entanto, nota-se que não seria uma novidade esta condução, pois, desde a década de 90, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que em suas disposições prevêem que em determinadas situações a autoridade policial deve encaminhar o adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público para que seja realizada a *audiência de apresentação*.

Não sendo este um obstáculo capaz de impedir a realização da audiência de custódia, ou seja, não haverá uma necessidade de gastos extras pela polícia, pois a estrutura usada para condução do adolescente também pode ser usada em prol da audiência de custódia, principalmente em cidades menores, onde o número de presos em flagrantes é bem menor.

Já nas cidades maiores, como capitais e regiões metropolitanas, pode-se sentir uma necessidade de aumento da estrutura de pessoal, já que há a indispensabilidade de no mínimo dois policiais para fazer a escolta, bem como a inevitabilidade de mais viaturas, tornando-se uma questão a ser discutida

<sup>25</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica*, ed. Porto Alegre: FMP, 2016. p. 206.

Com relação ao Poder Judiciário o impacto sentido inicialmente será o estrutural devido a necessidade de local destinado à colocação dos presos que aguardam a apresentação ao juiz Mauro Fonseca Andrade exemplifica:

Em termos práticos, imaginemos duas Delegacias de Polícia de uma capital de Estado levando, separadamente, seus autos de prisão em flagrante e os respectivos sujeitos conduzidos para a realização da audiência de custódia. Se, em cada auto de prisão em flagrante, houver mais de um sujeito preso – algo, aliás, rotineiro –, não poderão eles ficarem nos corredores dos foros esperando sua vez de serem ouvidos pelo juiz. Com isso, a lógica operacional já existente para a oitiva de acusados presos preventivamente – portanto, sujeitos já denunciados – deverá ser a mesma disponibilizada aos sujeitos presos em flagrante. A diferença é que, para efeitos da audiência de custódia, essa estrutura deverá estar presente aos sábados, domingos, feriados, noites e madrugadas, o que importará na contratação de servidores, por parte do Poder Judiciário, já que o serviço de vigilância das carceragens existentes em vários foros criminais não é da responsabilidade da polícia judiciária.<sup>26</sup>

Outro impacto que se nota é a impossibilidade de o magistrado que atua na audiência de custódia ser o mesmo a atuar no futuro processo de conhecimento. Nesse ponto nas comarcas em que só houver um juiz atuando, não poderá ser ele a presidir a audiência de custódia e o futuro processo de conhecimento. Portanto, haverá a necessidade de dois juízes diferentes, o que se conclui das instruções das Cortes internacionais de direitos humanos, das quais o Brasil é signatário.

Com relação a esse impedimento o Conselho Nacional de Justiça lançou uma Nota Técnica nº 10, reconhecendo a dificuldade de se manter na audiência de custódia essa garantia:

8. O Projeto, preocupando-se com a consolidação de um modelo acusatório, institui a figura do ‘juiz das garantias’, que será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, sob duas preocupações básicas, segundo a exposição de motivos, a saber: a de otimizar a atuação jurisdicional criminal e a de manter o distanciamento do juiz incumbido de julgar o processo. Contudo, a consolidação dessa ideia, sob o aspecto operacional, mostra-se incompatível com a atual estrutura das justiças estadual e 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 da maioria dos judiciários estaduais quanto ao aumento do quadro de juizes 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 Tribunais.<sup>27</sup>

O que denota que alguns contornos serão dados para o não reconhecimento do impedimento do juiz que houver presidido a audiência de custódia atue no processo de conhecimento. Entretanto o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que o juiz que atua na fase investigatória não pode atuar no processo em respeito ao *princípio do juiz que investiga não julga*, assentado pelas Cortes internacionais de direitos humanos. O Conselho Nacional de Justiça ao aderir à implantação da audiência de custódia desconheceu de algumas regras aplicadas ao instituto. Desta feita o impacto sentido pelo Poder Judiciário será duramente sentido com a ne-

<sup>26</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 148.

<sup>27</sup> Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=225> Acesso em 19/10/2016.

cessidade de mais juízes e aumento dos custos ao judiciário.

Em relação ao Ministério Público, este sentirá um impacto menor, haja vista já ter uma estrutura parecida tendo em vista a apresentação de adolescentes em situação de flagrância. O problema que pode acontecer é de que a audiência de custódia pode se realizar em diversos horários, inclusive noites e madrugadas, todos os dias da semana, sem que o membro do Ministério Público deixe de realizar suas atividades normais no expediente forense.

Por fim, a defesa técnica é a que terá problemas menores para a realização do ato, pois o mais difícil é se encontrar advogados que acompanham os autos de prisão em flagrante, ao menos que sejam advogados já constituídos pelos presos, problema esse que poderá se estender à audiência de custódia. Embora, a Defensoria Pública alegue a falta de estrutura para atuação em autos de prisão em flagrante e em horários de plantão, muito embora o Código de Processo Penal em seu artigo 306, § 1º, dá ideia de que a Defensoria Pública não necessita estar presente no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, e sim, somente em um segundo momento, haja vista a ausência de defensor constituído na lavratura do auto, vejamos:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

O que se nota, diante das realidades expostas, é de que nenhuma das instituições possuem estrutura, a curto prazo, para a realização da audiência de custódia, diante das exigências nessa fase da persecução penal.

## **Da intervenção no interrogatório por parte da defesa e do ministério público**

A primeira controvérsia que se tinha era quanto à participação dessas duas instituições na audiência de custódia, porquanto com base nos tratados e convenções de que tratam desse instituto, ele é um ato meramente do juiz, o que na prática foi superado com a própria Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, que em seu artigo 8º, § 1º, versa:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

(...)

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Sobre esse tema Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen brilhantemente lecionam:

Ainda que louvemos tal *posição progressista* do CNJ e da doutrina, entendemos que a possibilidade de questionamentos, por parte do Ministério Público e da defesa, é mais que salutar, e merece uma tomada de posição firme, ante a indefinição legislativa quanto ao procedimento definitivo a ser estabelecido para a audiência de custódia. Em nossa opinião, a possibilidade de perguntas e requerimentos seria decorrência não só da própria evolução apresentada por nosso CPP, mas também, da incidência do princípio do contraditório, que guarda matriz constitucional.<sup>28</sup>

Desta forma, a participação da defesa e do Ministério Público é um ato imprescindível, por mais que não se possa entender que o juiz se basearia meramente nas provas obtidas pela polícia judiciária (o próprio auto de prisão em flagrante) ou pelo depoimento do conduzido para se chegar à conclusão de que deverá ser o sujeito posto em liberdade provisória ou não, ou se aplicará algumas medidas cautelares. Os questionamentos *parciais* do Ministério Público e da defesa são fundamentais para a elucidação dos fatos da prisão, ou seja, fatos relativos aos procedimentos da ação policial e não da conduta do tipo penal que resultou na prisão em flagrante.

E tendo o juiz a possibilidade de indeferir perguntas que entender impertinentes ao objeto da audiência de custódia ou perceber que pode estar havendo uma intimidação por parte do Ministério Público ou até mesmo da defesa – neste caso quando houver concurso de agentes – para com o conduzido, pode o magistrado se utilizar do procedimento adotado na audiência de instrução com base no Código de Processo Penal.<sup>29</sup>

De fato, demonstra-se a necessidade de evitar uma atividade probatória na audiência de custódia com os questionamentos realizados pelo juiz, Ministério Público e pela defesa. Essa proibição se norteia de dois argumentos: a inexistência de contraditório na fase de investigação e o retrocesso causado pela antecipação do interrogatório – o que na fase processual é o último ato da audiência de instrução – artigo 400, *caput*, do Código de Processo Penal.<sup>30</sup>

O Defensor Público Federal Caio Paiva, rebate o tema dizendo:

[...]surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público.<sup>31</sup>

E justifica sua tese com os seguintes argumentos:

Curioso observar que durante a tramitação do PLS 554, inovou-se na ideia do projeto original, que se destinava unicamente à tratar da apresentação da pessoa presa ao juiz, e se inseriu, mediante acréscimo do parágrafo 5º ao artigo 304 do CPP, que “o preso tem direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante o seu interrogatório policial, podendo lhe ser nomeado defensor dativo pelo delegado de polícia que presidir o ato”. Semelhante propósito, embora veiculando a matéria como direito do advogado, e não como garantia da pessoa presa, restou inserido recentemente no Estatuto da OAB pela Lei 13.245/2016: “Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração” (art. 7º, XXI), seguindo com a alínea a, que permite ao advogado “apresentar razões e quesitos”.<sup>32</sup>

28 ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 154.

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

30 Art. 400. *Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.*

31 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>

32 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>



A questão probatória da audiência de custódia ainda é bem discutível, mas o que no geral se aduz da legislação e da doutrina é que o interrogatório da audiência é subjetivo, ou seja, relacionado à pessoa apresentada e não aos méritos do delito penal.

Assim descreve a Resolução 213, do Conselho Nacional de Justiça, em seus incisos V e VIII:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

## **Da realização da audiência em estabelecimento prisional**

É importante ressaltar esse tema por uma discussão prévia, ou seja, o ingresso no presídio por parte do flagrado antes da realização da audiência de custódia vai no sentido contrário do que estabelece o Conselho Nacional de Justiça. Tanto que a Resolução nº 1087/2015, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem sendo muito criticada, pois em seu artigo 3º, as audiências são realizadas no Presídio Central de Porto Alegre e na Penitenciária Feminina Madre Peletier, havendo a possibilidade de o preso ficar aguardando a realização do ato por mais de 24 horas.

O Conselho Nacional de Justiça deixa claro na Resolução 213, de 2015, em seu artigo 2º:

Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

O que de fato vem acontecendo na prática é a realização da audiência em horários de expediente forense, ou seja, horários muitas vezes determinados pelos juízes, e isso vem causando um ponto de tensão entre o poder judiciário e a polícia judiciária, porquanto em muitas comarcas (na grande maioria) o Poder Judiciário deve ter um sistema de plantão 24 horas, fazendo com que se torna inviável a apresentação da pessoa em situação de flagrância por parte da polícia perante o juiz o mais breve possível. Não deixando de ressaltar que a polícia não possui estrutura – alimentação, higiene, espaço – para manter pessoas em suas delegacias por um determinado tempo.

Com isso, em muitos casos, levaria os juízes a se recusarem a receber os flagrados em determinados horários, em ato controverso, pois quem define o momento da apresentação é a autoridade policial.

Esse impasse ocasiona duas possibilidades: ou a autoridade policial permanece com a pessoa sob sua custódia ou encaminha a mesma para uma casa prisional, até que se realize a audiência de custódia.

Nesse sentido, discorrem Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen:

Se essa é a realidade enfrentada pela polícia judiciária, provavelmente, quem ficará com a custódia provisória do sujeito preso, ao menos até a realização de sua nova apresentação judicial, sejam os agentes penitenciários, o que importa dizer que, fatalmente, aquele será encaminhado a um estabelecimento prisional, embora exista expressa vedação por parte do CNJ. Simplificando o debate nesse ponto, ou o CNJ toma medidas enérgicas para evitar que os juízes não recebam os sujeitos presos ou detidos em horários que lhe parecem inconvenientes, ou ele terá que demonstrar que errou na previsão por ele criada, realizando uma reforma na resolução já em vigor, para nela autorizar o ingresso do sujeito privado em sua liberdade em uma casa prisional, até que ele possa, no horário a ser determinado pelo juiz, ser-lhe apresentado para a realização de um ato que deveria haver ocorrido horas atrás.<sup>33</sup>

No que diz respeito à realização da audiência de custódia no estabelecimento prisional, se nota que há uma clara inversão de contexto, haja vista se tratar a audiência de *apresentação ao juiz* do sujeito em situação de flagrância e o que se observa é que o juiz está sendo apresentado ao preso que por ele espera.

Além disso, há estabelecimentos que são administrados pela polícia militar estadual, o que pode ocasionar um certo desconforto ou intimidação por parte do conduzido à audiência para que esclareça/relate eventuais agressões e/ou ameaças sofridas no curso de sua prisão. Ademais, a audiência de custódia deixa de ser pública, pois se torna inviável que operadores do direito ou estudantes possam assisti-las, tendo em vista as peculiaridades para se adentrar às casas prisionais.

Estes são alguns dos motivos pelos quais se discute o ingresso do sujeito detido em um estabelecimento prisional antes da apresentação ao juiz, o que de fato deverá ser melhor analisado pelo Conselho Nacional de Justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão de direitos humanos é um tema da qual atualmente muito se defende e com a evolução dos tempos essas garantias estão cada vez mais latentes em nosso ordenamento jurídico. E o Brasil, por ser signatário das convenções e tratados relacionados a esse assunto implementa a audiência de custódia, não deixando de ressaltar que tardiamente, porquanto o Brasil ratificou a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, em 1992.

Esse projeto, ainda em fase inicial, vem corroborar a defesa dos direitos humanos, pois um dos principais objetivos desta audiência é a averiguação de supostas violações desses direitos. Por mais que o processo penal brasileiro tenha sofrido consideráveis mudanças, como diversas garantias que emanam da Constituição e outras normais legais para as pessoas presas em flagrante, com o interrogatório do acusado passando a ser o último ato da instrução, a distância entre réu e juiz aumentou. Anteriormente, ocorria depois do recebimento da denúncia, e em muitos casos, diante da defesa pessoal da pessoa o juiz concedia liberdade provisória, sob determinadas condições.

Assim, a audiência de custódia surge como uma “aproximação” do preso em flagrante com o juiz, caso em que ele poderá denunciar supostos abusos por parte da autoridade policial e até mesmo se defender. Ressaltando que também terá o direito de permanecer silente. Cabendo ao juiz analisar essas circunstâncias e todas as demais referentes a (i)legalidade da prisão em

33 ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016. p. 169.



flagrante.

Desta feita, a audiência de custódia tem seu propósito bem encaminhado, pois toda pessoa tem direito à integridade física e moral. A grande discussão é que com o passar do tempo deverá ser solucionada é a questão estrutural para sua realização em todo o âmbito nacional, fato este que ainda não se concretizou.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia da boa intenção à boa técnica, ed. Porto Alegre: FMP, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016.

Audiência de custódia é esforço contra violação de direitos humanos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=308817> Acessado em: 23/09/2016.

Audiência de Custódia. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf> acessado em: 24/09/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília, CNJ, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.

BRASIL. Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Cerca de 6 mil presos em flagrante são liberados por audiência de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80436-cerca-de-6-mil-presos-em-flagrante-sao-liberados-por-audiencias-de-custodia> Acessado em 28/09/2016.

Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica nº 10. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=225> Acesso em 19/10/2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 3. ed. rev. atual. amp. Salvador: Jus Podium, 2015.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA. Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria> Acessado em: 19/10/2016.

WEIS, Carlos. Estudo sobre a Obrigatoriedade de Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz: Comparativo entre as previsões dos tratados de direitos humanos e do projeto de Código de Processo Penal. Defensoria Pública do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011.



# A função social da propriedade: Função social da propriedade e as limitações ao direito de propriedade

Davison Luís Reis Cunha

*Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão.*

DOI: 10.47573/aya.5379.2.165.7

## INTRODUÇÃO

A importância da propriedade para o homem é inegável. Enquanto no reino animal a maioria das espécies preocupa-se tão somente com a detenção do indispensável à sua sobrevivência, o ser humano tem uma estranha vocação para a apreensão individual de bens supérfluos. Mais importante ainda tem sido a propriedade dos meios de produção, por motivos econômicos, financeiros e políticos.

Contudo, historicamente a utilização desses bens nem sempre obedecem às regras que regem o respeito ao proveito que possam ter para os demais indivíduos da coletividade, servindo em toda sua extensão somente para o proprietário. Mas essa situação vem se alteando desde o último século, uma vez que a propriedade deixou de ser vista como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Relativizou-se. Nesse novo contexto, ganha relevante papel a discussão sobre a função social de tal direito as suas limitações.

Diante disso, na presente pesquisa, busca-se realizar um estudo sobre o direito de propriedade a função social da mesma, analisando as limitações acerca do exercício desse direito. Assim, trabalhar-se-á em um primeiro momento sobre o histórico do direito à propriedade, seguindo para o seu conceito e principais características, partindo-se, por fim, para a conceituação do que seja função social e função social da propriedade, bem como as suas principais limitações.

## HISTÓRICO DA PROPRIEDADE

Por um olhar histórico, percebe-se que nas sociedades ocidentais, a estrutura econômica baseava-se no direito de propriedade (FACHIN *apud* NONES, 2009, p. 109), porém tal direito não é visto por alguns doutrinadores como verdadeiramente absoluto, pois sempre teve algumas limitações, desde a Lei das XII tábuas, a qual já comportava limitações de direito de vizinhança, por exemplo. (NONES, 2009, p. 109).

Na Roma Antiga, a concepção de propriedade foi trazida ao atual Código Civil brasileiro, prova disso é o caput do artigo 1228, que assim dispõe: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Porém, havia também na Roma Clássica a concepção da propriedade como função social, uma vez que segundo Pilati *apud* Nones (2005):

Havia uma classe de bens que era de propriedade de todo o povo, e dos quais ninguém podia dispor individualmente, apenas coletivamente; qualquer cidadão podia sair em sua defesa, acionando o magistrado, que inclusive, aceitava o preito do postulante mais habilitado a fazer prosperar a demanda de interesse coletivo.

Na Idade Média, por influência do cristianismo, a propriedade não era vista como absoluta e exclusiva, mas como “vantagem que conferia a seu titular obrigações morais”. (NONES, 2009, p. 110). Durante o feudalismo, a quantidade de terras referia-se à medida da riqueza, devido a isto, o referido período foi marcado por várias e intensas disputas territoriais, (NONES, 2009, p.110).

A partir do século XVI, essas terras feudais passaram a ser adquiridas pelos burgueses, de duas formas distintas, sendo a primeira como “*domaine direct*”, ou seja, adquirir a terra me-

diante pagamento ou alugá-la permanentemente, fazendo com que a mesma deixasse de pertencer ao feudalismo, e como “*domaine utile*”, na qual, além de adquirir a terra, adquiria também o título de nobreza de senhor feudal. (NONES, 2009).

Contudo, com o fortalecimento da burguesia, as terras passaram a ser sinônimos de poder político, pois o uso das terras se fazia por concessões, onde o Rei atribuía os imóveis a duques, condes, assemelhando-se a uma forma de enfiteuse (NONES, 2009). Entretanto, porém “depois de descoberta a América Latina, a distribuição de terras foi feita de modo a privilegiar os amigos do Rei” (MARQUESI *apud* NONES, 2009, p. 110).

A Revolução Francesa, ocorrida na Idade Moderna, apresentou grande transformação no tocante ao direito de propriedade, é o que pode ser demonstrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789, a qual declara em seu artigo 17: **“Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização”** (grifo nosso).

Nesse contexto que em meados de 1850, Portugal detinha a propriedade das terras brasileiras. Durante esse período, veio a conceder o uso dessas terras a terceiros, o que ficou conhecido como Capitânicas Hereditárias e sesmarias, com o intuito povoamento e estimulação da dominação territorial, que mais seria denominado de má distribuição de terras (MAYOR, 2011).

Como afirma Maria Soutto Mayor (2011) “A propriedade da terra não é um direito natural neste país. Ao contrário de um imaginário que se reproduz, o processo histórico mostra que o direito à posse da terra é tão jovem quanto à formação da República brasileira.”

Com o decorrer dos anos, Portugal passou a explorar os recursos naturais existentes no território brasileiro, continuando a manter-se proprietário legítimo das pequenas e grandes áreas de terra, aprimorando a sua colonização a partir do surgimento de interesses comerciais. Abriu, porém, a possibilidade de exploração da terra por determinadas pessoas, como camponeses e nobres portugueses, os quais mais tarde vieram a tornarem-se a elite colonial brasileira (MAYOR, 2011).

Por outro lado, teve-se a elaboração de leis como a Lei de Terras, que permitia a posse de territórios apenas por quem detinha capital e impedia que trabalhadores ex-escravos viessem a se tornar donos de terras, fazendo com que, desta forma, apenas a elite possuísse toda a riqueza (MAYOR, 2011).

Infelizmente, essa má distribuição de terras não pode ser corrigida, havendo resquícios para os dias atuais, situação que pode ser observada nos casos de conflitos agrários envolvendo movimentos como o dos sem-terra, que lutam para obterem o seu direito à propriedade.

## **CONCEITO DE PROPRIEDADE E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS DO DIREITO À PROPRIEDADE**

Com o passar do tempo, e as mudanças da sociedade no que tange ao âmbito social e principalmente à organização política, a propriedade também teve sua história alterada.

O professor Silvio Venosa (2007, p. 141), esclarece que “a história da propriedade é

decorrência direta da organização política”, uma vez que, houve momentos históricos em que a propriedade chegou a existir somente para coisas móveis, como no período das sociedades primitivas, onde o solo pertencia a toda a comunidade. Para os dias atuais, “a propriedade representa a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, manifesta-se, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens” (RODRIGUES, 2009. p. 76).

Nestes termos, a propriedade segundo Silvio Rodrigues (2009.p.76) é “um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe, para o seu exercício, de prestação de quem quer que seja”, cabendo ao proprietário, segundo o artigo 524 do Código Civil, o direito de usar, e dispor de seus bens, podendo reivindicar de qualquer pessoa que injustamente os possua. Por sua vez, Clóvis Beviláqua *apud* Caio Mário (2006, p. 91), define a propriedade como “o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral”.

Ainda, Washington de Barros define propriedade como “o poder absoluto, mas que não é absoluto visto sofrer restrições criadas pelas leis e pelos regulamentos administrativos” (MONTEIRO, 2000, p. 83). Esse caráter absoluto do direito à propriedade, ao qual se refere Washington, trata-se de a oponibilidade desse direito ser *erga omnes* e pelo seu caráter de plenitude, isto é, existir sem necessitar de outro direito real.

Finalizando, Lafayette *apud* Silvio Rodrigues (2003, p. 77) classifica a propriedade como “o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentes e acessórios”.

Dentre as características do direito à propriedade, pode se elencar o seu caráter absoluto, exclusivo, irrevogável ou perpétuo. “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.” (Artigo 1.231 do CC). O primeiro caráter caracteriza-se, como dito anteriormente, pela disponibilidade da coisa por seu proprietário. “O proprietário pode dispor da coisa como entender, sujeito apenas a determinadas limitações, impostas no interesse público ou pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos” (MONTEIRO, 2000, p. 84).

Já o item exclusivo, se refere à não possibilidade de uma mesma coisa pertencer de forma exclusiva e simultânea a mais de uma pessoa (MONTEIRO, 2000. P. 84). Porém, essa exclusividade admite modificações, uma vez que pode ser constituída em favor de terceiros e admitir o desmembramento da propriedade. É o caso, por exemplo, de condomínio, que se choca com a noção de exclusividade, mas que tal contradição é eliminada, quando entendido o direito de propriedade como um só, mas que pode ser subdividido, no caso de comunhão (RODRIGUES, 2003, p. 80).

A irrevogabilidade se dá no sentido de que “subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva” (MONTEIRO, 2000, p. 84). Ou seja, a posse só é extinta pela vontade do dono, mediante alienação ou por disposição de lei-perecimento da coisa, desapropriação ou usucapião (RODRIGUES, 2003). Lembrando que o caráter da perpetuidade é compreendido como a possibilidade da transmissão da posse pós morte (MONTEIRO, 2000). Decorre ainda da propriedade, o direito de sequela, o qual legitima o proprietário à ação reivindicatória (VENOSA, 2007, p. 153).

Ainda, há quem fale sobre a elasticidade do direito à propriedade, caracterizando-se “por ser o mais extenso quando desvinculado de direitos reais limitados, como o usufruto, uso e ha-

bitação, bem como penhor, hipoteca e anticrese.” (VENOSA, 2007, p. 155). Tais direitos servem para restringir o âmbito do direito de propriedade, uma vez que se desaparecem a propriedade volta a ser plena (VENOSA, 2007).

Enumerados os atributos do direito à propriedade, cabe a análise de sua demonstração face ao Código Civil.

De acordo com o artigo 1.228 do referido diploma legal: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O direito de usar “consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância” (SÁ PEREIRA *apud* PEREIRA, 2006, p. 93). O direito de gozar do bem significa “extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis” (VENOSA, 2007, p. 153). Já o de dispor, segundo Venosa (2007, p. 153)

Envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo (...). Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui

Como se vê, o proprietário de um bem pode usá-lo a seu favor, pode extrair dele benefícios ou ainda alterar a sua substância, alienando ou agravando o bem.

Ademais, ressalta-se que o art. 1228 do Código Civil, preceitua que o proprietário tem o direito de reaver o bem de quem injustamente o possua ou detenha, isto é, o sujeito pode se valer de institutos jurídicos para requerer para si a propriedade de um bem por meio da usucapião, situação possível quando a função social do mesmo não esteja sendo devidamente cumprida pelo dono atual, ou afastar aqueles que as possuam injustamente.

Diante disso, passasse ao estudo da função social e a sua importância perante o direito de propriedade.

## CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal, ao dispor sobre direitos e garantias fundamentais, traz no rol do art.5, o direito de propriedade, expondo no inciso XXIII que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Apesar de não conceituar função social da propriedade no artigo 5º, a Carta Magna traz em outros dispositivos a concepção do que seja tal instituto, a título de exemplo o artigo 182, §2º que dispõe: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Ainda, o artigo 186 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - Aproveitamento racional e adequado;

II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Com o se vê, há requisitos a serem cumpridos pelo proprietário de um bem para que se possua efetivamente se ter o cumprimento da função social.

Vale ressaltar, que não apenas a Constituição Federal consagra a importância da função social, também a legislação infraconstitucional, qual seja, o Código Civil, no parágrafo primeiro do artigo 1228 dispõe expressamente o que venha a ser função social da propriedade:

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

A função social, assim, serve como finalidade, princípio orientador da propriedade, e ao mesmo tempo representa a principal limitação a esse direito (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 111). Tal fato pode ser observado nas jurisprudências, que se valem da análise do cumprimento da função social para decidir determinada demanda, tamanha a sua importância o ordenamento jurídico. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANUTENÇÃO DE POSSE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO REALIZADA. INDEFERIMENTO DA LIMINAR PRETENDIDA PELOS AUTORES E DEFERIMENTO DA LIMINAR PLEITEADA PELO RÉU EM SUA CONTESTAÇÃO. POSSE DE FORÇA VELHA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA E COGNIÇÃO EXAURIENTE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E ACESSO À MORADIA. ARTS. 1º, III, 5º, XXIII E 6º CRFB. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. A hipótese é de uma ação de manutenção de posse, em que foi indeferida a liminar requerida pelos autores e deferida a liminar pleiteada pelo réu em sua contestação, dado o caráter dúplice das ações possessórias. Consoante os fatos narrados, verifica-se que a alegada agressão à posse teria ocorrido há mais de ano e dia, caracterizando a ação como de força velha, sendo forçoso reconhecer a impossibilidade de concessão da liminar postulada pelo réu. Ante a documentação acostada e a prova produzida em sede de audiência de justificação e ainda, diante dos limites subjetivos em que formulada a lide, revelam-se verossímeis os argumentos expostos neste recurso, no que toca ao tempo de ocupação do imóvel, recomendando-se, ante a relevância do direito controvertido, o provisorio acautelamento da situação dos agravantes. **Neste caso, há que se ter em conta o princípio constitucional da função social da propriedade, segundo o qual, o direito de deve considerar o bem geral de toda a sociedade e não apenas o atendimento das necessidades do proprietário, de modo a instrumentalizar a prevalência dos direitos fundamentais do acesso à moradia e da dignidade da pessoa humana sobre o direito puramente patrimonial.** Assim, em sede de cognição sumária, do exame do conjunto fático-probatório até então produzido, vislumbro a existência de prova efetivamente hábil à formação de um juízo de verossimilhança quanto aos fatos constitutivos do direito dos autores/gravantes, de modo que o provimento do recurso é medido que se impõe. Provimento do recurso para, reformando a decisão agravada, indeferir a liminar pleiteada na contestação e deferir a liminar pleiteada pelos autores/gravantes, a fim de que sejam mantidos na posse do imóvel objeto da lide, até o julgamento do mérito da ação. RECURSO PROVIDO. (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que a função social além de ser um princípio norteador do direito à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, também é uma limitação ao exercício desse direito, uma vez que a sua não observância enseja, em última análise, não só a restrição, mas própria perda da propriedade.

Vale trazer à baila, ainda os dizeres do professor Orlando Gomes, onde afirma que tal função social deve ser observada tanto para bens móveis como imóveis:

Pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se destinam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis. (GOMES, 2004, p.129).

Surge dessa forma, a moderna concepção do direito de propriedade, com sua função social bem determinada, geradora de empregos e trabalho, capaz de produzir novas riquezas e contribuir para o bem geral da nação. É a propriedade dos novos tempos, que vai eliminando a propriedade estéril e improdutiva. (MONTEIRO, 1994).

## **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LIMITAÇÕES PRINCIPAIS A ESSE DIREITO**

O direito de propriedade não se reveste mais do caráter absoluto e intangível de que outrora estava impregnado. Sofre numerosas limitações determinadas pelos interesses público e privado, e também pelos princípios da justiça e do bem comum. É, inclusive, muito difícil a completa enumeração de todas as restrições. (MONTEIRO, 1994).

A função social e o conceito de propriedade teriam entre eles um caráter inafastável de acompanhamento, devendo a propriedade sempre atender aos interesses sociais, ao que busca o bem comum, a uma destinação positiva, enfim. (GOMES, 2004, p. 129). Por exercer função social, a propriedade tem no ordenamento jurídico limitações quanto a atuação do proprietário. Limitações estas decorrentes “do equacionamento do individual e do social” (VENOSA, 2007.p. 155).

Contudo, o Código Civil não somente previu essa função social, como também sua função socioambiental, havendo uma preocupação tanto com o ambiente natural – fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas – quanto com o ambiente cultural – patrimônio artístico e cultural- (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 112).

Numa leitura aprofundada do 1.228, se irá observar que esse artigo tão somente especifica o que já constara no artigo 225 da Constituição Federal, artigo este que protege o meio ambiente como bem difuso e que visa à sadia qualidade de vida dos presentes e futuras gerações. Este é o conceito de bem ambiental, que garante a proteção de direitos transgeracionais e intergeracionais. Cabe tanto aos presentes quanto às futuras gerações o respeito com o meio ambiente, preocupação esta que deve pertencer tanto a entes públicos quanto privados, uma vez que o bem ambiental é de todos, é um bem difuso. Vem-se afirmando, portanto, que empresas que cumprem sua função social são as que estão preocupadas com as questões ambientais. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p 112).

Como exemplo da função socioambiental da propriedade sendo aplicada, o Superior Tribunal de Justiça grassado entendimento de que o novo proprietário de um imóvel é obrigado a realizar a sua recuperação ambiental, mesmo não sendo ele o provocador dos danos. Inclusi-



ve, essa recuperação ambiental muitas vezes tem sido considerada *propterrem* – segue a coisa onde quer que ela esteja. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 113).

[...] é forçoso compreender que tanto o atendimento da função social quanto o da função socioambiental da propriedade devem ser uma preocupação de todos os aplicadores e estudiosos do Direito que almejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inc. I, da Constituição Federal (princípio da solidariedade social). Para que esse objetivo seja alcançado, os interesses egoísticos devem ser reduzidos, em prol do interesse de todos. A palavra eu cede espaço para a palavra nós, o que representa muito bem o princípio da socialidade, um dos baluartes da atual codificação privada, como expunha Miguel Reale. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p.114).

O parágrafo segundo do mesmo artigo 1228 do Código Civil reza: “são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”. É a vedação do exercício irregular do direito de propriedade, do abuso de propriedade, do ato emulativo civil (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 115). Então, tem-se outra limitação ao direito de propriedade, visto que impede que este se dê de forma abusiva.

O parágrafo acima mencionado, contudo, refere-se tão somente aos casos em que o abuso não traz vantagens ou utilidades para o proprietário. Porém, é preciso entender que também se estará configurando ato emulativo se o prejuízo alheio trazer vantagens para este proprietário, ainda que esta vantagem seja tão somente uma satisfação pessoal (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p.115).

É de se observar que há uma aparente contradição entre o artigo 1228, §, 2º e o art. 187 do Código Civil. Rege este último: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Então, enquanto o 1228, § 2º menciona a intenção de prejudicar alguém, aludindo, assim, ao dolo, o artigo 187 não fala em dolo e nem mesmo em culpa. O artigo 1228 conduz a uma responsabilidade subjetiva, através da interpretação literal de sua redação, e a doutrina majoritária defende que o artigo 187 leva à responsabilidade objetiva quando for hipótese de abuso de direito.

Diante deste conflito, grandes doutrinadores, como Rodrigo Reis Mazzei (2006, p. 356), consideram que a melhor saída é uma reforma legislativa que revogue o § 2º do artigo 1228, visto que o 187 é suficiente para regular as hipóteses de abuso de direito em qualquer relação ou figura privada. Enquanto essa reforma não vem, sugerem eles a utilização de interpretação restritiva ao 1228, § 2º, afastando dele a ideia de intenção, ou até mesmo de culpa para se aferir abuso de direito por quem exerce os poderes inerentes à propriedade.

Continuando o assunto restrições ao exercício de propriedade, o artigo 1228, § 3º do Código Civil traz: “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”. É a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, desapropriação por interesse social, e ainda o ato de requisição em caso de perigo público iminente (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 116).

Estas desapropriações são reconhecidas como cláusulas pétreas, sendo mencionadas na Constituição Federal, no artigo 5º. Essa restrição faz parte do que Washington de Barros Monteiro (1994) chama de restrição constitucional. O mesmo autor ainda menciona vários outros

tipos de restrição, como a administrativa, penal, militar e civil. A possibilidade de requisição está no inciso XXV deste artigo, que diz que a autoridade competente poderá fazer uso de propriedade particular em caso de iminente perigo público, tendo o proprietário direito a indenização ulterior se resultar dano.

Consta no artigo 1229 do Código Civil:

“A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

Assim sendo, o proprietário deverá suportar ingerências externas ao domínio, hipótese de passagens de água e de cabos que interessam ao bem comum. Uma dessas ingerências está no artigo 1230 do mesmo diploma legal, ao afirmar que a propriedade do solo não abrange minas, jazidas, demais recursos minerais, potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens que são tratados em leis especiais.

Essa é mais uma restrição à propriedade, tendo como objetivo atender sua finalidade social e os interesses da coletividade, uma vez que o artigo 176 da Constituição Federal determina que as jazidas, demais recursos mineiros e potenciais de energia hidráulica são propriedade distinta da do solo, e pertencem à União (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p.118).

Vale salientar ainda o que rege o artigo 1232: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”. Ou seja, em regra o proprietário tem direito aos acessórios da coisa, caso dos frutos e dos produtos. É a regra do acessório seguir o principal, a gravitação jurídica. Contudo, há exceções, nas quais as próprias partes ou a lei afaste essa gravitação. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 119).

As restrições administrativas são as mais numerosas. Tem-se, por exemplo, o Decreto-lei nº 25, de 30-11-1937 – que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional - prescrevendo que as coisas tombadas não podem ser em caso algum destruídas, demolidas ou mutiladas, nem ainda, sem autorização prévia da autoridade competente, reparadas, pintadas ou restauradas. Outro exemplo desse tipo de restrição é o Decreto nº 7.917, de 30-08-1945, que impede a construção de linhas de transmissão telegráficas ou telefônicas, postes, mastreações, edificações, instalações, ou quaisquer obstáculos excedentes a determinada altura em áreas próximas de aeronaves. (MONTEIRO, 1994).

Tem-se também limitações de natureza militar – como a Lei nº 5.130, de 1-10-1966 que dispõe sobre zonas indispensáveis à defesa do país -, limitações destinadas à proteção da lavoura, do comércio e da indústria – por exemplo, o Decreto-Lei nº 3.380, de 1-7-1941, que proibiu o plantio de novos cafeeiros e instituiu a quota de equilíbrio -, limitações decorrentes das leis eleitorais – o Código Eleitoral dispõe que a propriedade privada deve ser cedida obrigatória e gratuitamente nos dias de eleição para funcionamento das mesas receptoras, sob pena de infração eleitoral -, restrições da lei penal – como efeito da condenação, o sentenciado perderá em favor da União bens ou valores que constituam proveito auferido com a prática do fato criminoso, conforme artigo 91 da Lei nº 7.209 – e, por fim, restrições da lei civil – como as relações decorrentes do direito de vizinhança-. (MONTEIRO, 1994).

A propriedade presume-se plena e exclusiva, contudo, trata-se de presunção relativa, por admitir prova em contrário (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 119). Ou seja, mais uma limitação.

Lembrando que “todo bem que sofra restrição deve ser indenizado” (VENOSA, 2007, p. 156) e que a limitação à propriedade também pode ser decorrente de ato voluntário. Tais como “cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade em doações e testamentos” (VENOSA, 2007, p. 156).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A referida pesquisa bibliográfica buscou aprofundar os estudos sobre o direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro na perspectiva de sua função social.

Ao longo do trabalho notou-se que, historicamente, uma evolução quanto a finalidade do direito de propriedade. Isso porque inicialmente, ser dono de um bem era sinônimo de riqueza, além de a propriedade ser usada como troca de favores e em acordos políticos. Prova disso, é que no Brasil, o Rei se utilizou do direito de propriedade com o intuito de povoar o país, porém valeu-se das Capitanias Hereditárias e Sesmarias para tanto, ocasião uma divisão injusta de terras que pode ser vista até os dias atuais.

No sobredito prisma, por muito tempo o direito de propriedade era absoluto, contudo, ante as mudanças sociais, ele foi relativizado e passou a sofrer limitações. A própria Constituição Federal traz como limitação o cumprimento da função social do bem, pois a sua inobservância pode acarretar a perda da propriedade.

Conclui-se, portanto, que a visão clássica e tradicional do direito de propriedade alicerçada no vetusto código civil de 2016 cuja a propriedade era vista sob uma perspectiva individual e egoísta, não mais encontra amparo no atual Código Civil de 2002, cuja nova ótica, filtrada à luz de uma teoria moderna do Direito Civil Constitucional, defende que a propriedade não é mais vista como um direito puramente individual, mas sim um direito que deve ser exercido dentro de um contexto social, com limitações que encontram assento tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional.

Assim, uma vez descumpridos determinados pressupostos legais e constitucionais de uso a contento do direito de propriedade, o proprietário estará sujeito a diversas restrições que, em último caso pode reverberar na própria supressão total (perda) do direito de propriedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)]. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em nov. 2012

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. INSTITUI O CÓDIGO CIVIL. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em NOV 2012

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em nov. 2012

FILHO, Robério Nunes dos Anjos. A função social da propriedade na Constituição Federal de 1988. 1998. Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a\\_funcao\\_social.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a_funcao_social.pdf)>. Acesso em: 28/10/2012.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. rev., atual. E aum. De acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAYOR, Mariana Soutto. Pequeno histórico da propriedade da terra no Brasil. Disponível em: <<http://partidateatral.wordpress.com/2011/08/23/pequeno-historico-da-propriedade-da-terra-no-brasil/>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Abuso de direito: contradição entre o 2º do art. 1228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução crítica ao Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das coisas. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito das Coisas. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NONES, Nelson. Direito de propriedade e função social: evolução histórico-jurídica. Disponível em: <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito das Coisas, volume 5. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Breve história da propriedade- I. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1706>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil 4: Direito das coisas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI XXXXX-72.2018.8.19.0000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/713194438>. Acesso em nov. 2020

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.



**Princípio da legalidade estrita:  
aplicação na administração pública**

**Principle of strict legality: application  
in public administration**

---

Israel Tibes Wense de Almeida de Gomes

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.8

## RESUMO

O presente estudo científico discorreu sobre a aplicação do princípio da legalidade estrita no âmbito da Administração Pública, de modo a demonstrar qual a origem do valor que norteia a axiologia da legalidade dentre da ciência jurídica antes que fosse discutido sobre as vertentes hermenêuticas delineadas pela aplicação da estrita legalidade dentro da Administração Pública, sob a regra de que o servidor público só deve fazer ou deixar de fazer, cuja metodologia a ser aplicada será a descritiva analítica, tendo como base a revisão bibliográfica dos autores Filho; Araújo; Santos (2015), (TÁCITO, 2014); (MELLO, 1981), sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o supedâneo hermenêutico desse artigo científico. O tema foi justificado pela necessidade de a Administração Pública delinear o padrão normativo da legalidade estrita aos seus subordinados administrativos para se adaptarem ao cotidiano ditado pelo complexo normativo que rege boa parte dos atos administrativos que vinculam seus agentes, seja esses diretos ou indiretos.

**Palavras-chave:** legalidade estrita. administração pública. atos administrativos. eficácia. legitimidade.

## ABSTRACT

This scientific study discussed the application of the principle of strict legality in the scope of Public Administration, in order to demonstrate the origin of the value that guides the axiology of legality within legal science before it was discussed about the hermeneutic aspects outlined by the application of the strict legality within the Public Administration, under the rule that the public servant should only do or not do, whose methodology to be applied will be the analytical descriptive, based on the bibliographical review of the authors Filho; Araujo; Santos (2015), (TÁCITO, 2014); (MELLO, 1981), with the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil being the hermeneutical foundation of this scientific article. The theme was justified by the need for the Public Administration to outline the normative standard of strict legality for its administrative subordinates to adapt to the daily life dictated by the normative complex that governs a good part of the administrative acts that bind its agents, whether direct or indirect.

**Keywords:** strict legality. public administration. administrative acts. efficiency. legitimacy.

## INTRODUÇÃO

Esse tema irá tratar acerca do que vem a ser a aplicabilidade do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública direta e indireta, no que tange a subordinação dos servidores públicos aos atos administrativos vinculados que deverão, para ter existência, validade, legitimidade e eficácia, respeitarem a norma principiológica carregada de legalidade do início até a conclusão dos procedimentos desencadeados pela Administração Pública.

O trabalho de pesquisa desse artigo científico irá conceituar e analisar o instituto axiológico ditado pela legalidade estrita a que estão vinculados os agentes, servidores definitivos ou transitório pertencente a atividade administrativa dos entes, órgãos públicos para que seja cumprida o princípio matriz da Administração Pública, sem os quais não se pode cogitar em atos

de natureza pública administrativa onde os efeitos deverão ser analisados para verificar a legitimidade do ato administrativo.

Esse tema de pesquisa irá analisar e conceituar as características doutrinárias e hermenêuticas relativas à aplicação do princípio da legalidade estrita bem como aos seus efeitos para que os agentes públicos cumpram com a finalidade precípua da Administração Pública, ofertando, dessa forma, uma prestação de serviços públicos satisfatório a sociedade.

## DESENVOLVIMENTO

A revisão bibliográfica se inicia pelo ilustre constitucionalista Mello, (1981), onde se deu início ao tão consagrado princípio da legalidade e suas exegeses, revelado pela definição clássica de legalidade consoante os ditames constitucionais de fazer somente o que a Lei não proíbe e fazer somente o que a Lei autoriza.

Tácito (1996), deu um delineamento mais gradativo entre dever ser abstraído as concepções dadas pelo princípio da legalidade a depender de para quem é direcionado o princípio, ao particular ou ao agente público, após então, conferindo-se as definições inerente a cada caso.

Lino (2014), deu maior grau de importância ao que foi denominado princípio da legalidade pura de garantia plena e imediata, o de fazer o deixar de fazer ato somente em virtude de Lei que a determine.

Filho, Araújo e Santos (2014), foi possível transpor o princípio da legalidade estrita para ramos da ciência jurídica administrativa, tributária, de modo que a discussão acerca do princípio da legalidade não se restrinja somente ao Direito Constitucional e suas diretrizes.

O princípio da legalidade deve ter o seu desmembramento teórico que há entre as vertentes do princípio da legalidade em seu sentido geral, que é aquele que determina que a pessoa só será obrigada a fazer o que a Lei não proíbe, já a legalidade estrita ao qual se vincula o agente público, ou seja, o que está subordinado a Administração Pública devendo o agente fazer somente o que a Lei determina:

[...] no plano conceitual, a noção estrita do princípio da legalidade adquire, no tempo, novas conotações, enriquecendo e ampliando o sentido original dos direitos individuais do homem e do cidadão. A lei, como regra de conduta entre pessoas privadas, tem raízes na ordem jurídica romana. Contudo, no plano do direito público, a autoridade real determinava, em termos absolutos, a conduta coletiva. (TÁCITO, 1996).

A atividade pública é norteadada pelo princípio da denominada legalidade estrita ou cerrada, devendo o agente público ou a esse equiparado observar a previsão legislativa que se engloba pelas faculdades principiológicas da legalidade estrita, ora, essa está acima da Lei Positivada e se sobrepõe a ela, devendo todo e qualquer ato administrativo passar pelo filtro da legalidade estrita para terem os seus efeitos legitimados:

Desponta no título que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, no dispositivo em que a Lei Maior consagra a garantia, no art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, regra que determina comeditamento, pois se requer do administrador público algo diverso do que se cobra do cidadão: que faça, em regra, o permitido ou cumpra o obrigatório, ainda que lícitas determinadas atividades sem previsão legislativa expressa, por força da incidência direta e imediata de princípios e direitos fundamentais, com a possível invocação do art. 5º, § 2º, da CF. (LINO, 2014).

Apesar de o princípio da legalidade estrita não ser disponibilizado por uma Lei taxativa de natureza singularíssima, de forma que não reste óbices ao modo como se deve agir em cada ato administrativo, há garantias constitucionais nesse sentido, mesmo que de maneira genérica, sendo o princípio de aplicação imediata:

Restou expressamente agasalhado, entre outros princípios de igual estirpe (impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e eficácia), nos arts. 37 e 74 da CF, que cuidam de estabelecer, de modo não taxativo, os guias máximos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (LINO, 2014).

Agora já no aspecto da aplicação do princípio da legalidade estrita, de modo que os seus efeitos de existência, eficácia, legitimidade sejam perfectibilizados no bojo dos atos e procedimentos realizados pela atividade pública, cumprindo com a finalidade legislativa ao qual reza os preceitos constitucionais que emanam deveres a serem observados e cumpridos por todo e qualquer pessoa que esteja incumbida em exercitar a atividade pública:

Conclui-se assim que quando há um conflito entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência, deve-se buscar a ponderação entre ambos, o balanceamento de aplicação ao caso concreto entre os dois princípios. Assim, em cada caso, mitiga-se um princípio dando maior aplicação ao outro e vice versa. (LINO, 2014).

A finalidade do princípio tem por escopo a excelência de prestação e fornecimento de serviço, uma vez que é a partir do princípio da legalidade ser possível vislumbrar todos os demais valores supralegais irradiados sob os atos e procedimentos deflagrados pelo Poder Público em seu mister, tais como licitações, concessões, autorizações, poder de polícia, tributação, preção entre outros, nada escapará do filtro da legalidade estrita:

[...] a aplicação dos princípios deve ter como objetivo final, ou seja, uma visão finalística, de atender à sociedade da melhor maneira possível, atendo aos critérios apontados, entregando a sociedade o melhor serviço público, atendendo assim ao conjunto dos ditames legais e constitucionais da boa administração pública. (LINO, 2014).

Talvez o exemplo mais utilizados pelos doutrinadores legalistas seja, de fato, o preceito contido na norma constitucional abaixo mencionada, haja vista ser a partir da regra supra que os demais posicionamentos hermenêuticos foram construídos, sendo considerada regra matriz da legalidade jurídica até esse momento, em que pese os deveres impostos pelas Legislações, onde a legalidade deve ser tida como elemento norteador de toda e qualquer atividade exercida seja em caráter definitiva ou provisória, vale-se dizer que não só o sujeito deverá ser submisso a legalidade estrita mas como também toda a razão de ser da finalidade ao qual se destina o ato:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: **I** - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; **II** - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; **III** - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; **IV** - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira [...]. (CONSTITUIÇÃO, 1998).

A legalidade não deve ser e nem tem a possibilidade de ser suprimida dos demais subprincípios criados pela administração pública, está ligada de forma direta ao conceito de res-



responsabilidade fiscal detida pelo Estado tributante, onde se não fosse os sem números de filtros exercidos pelo princípio da legalidade, frise-se que a legalidade ao qual se refere aqui, é a estrita, aquele que impõe o fazer ou o deixar de fazer somente e somente se for autorizado por Lei autorizativa e única e tão somente para esse fim, sob pena de desfazimento do ato administrativo e responsabilização daqueles que o deram causa:

Assim, a gestão pública veio para melhorar a res publica, lhe dar maior eficiência e agilidade, com técnicas inovadoras, quebrando o antigo conceito de que a administração pública é burocrata e contraproducente. Nesse passo, a governança, utilizada como técnica de boa gestão, aplicada juntamente com seus princípios da Transparência, Integridade e Responsabilidade (incluído a prestação de contas), se mostrou indispensável para a administração pública, tanto que, se pode ver que governança foi consagrada na administração pública [...]. (LINO, 2014).

Imagina-se o princípio da legalidade cerrada como sendo o único modo de não haver desvio de finalidade ou de competência da *'mens legis'*, ou seja, da intenção do legislador no momento da criação da norma, da finalidade que teve a Lei naquele momento, a legalidade estrita deve ser compreendida como a própria razão de ser da ciência jurídica, sem ela não seria possível os freios e contrapesos determinados pelo Constituinte derivado e decorrente, ficando as atividades exercidas pelo Poder Público à deriva do desiderato egoístico de quem o exerce, colocando a credibilidade, transparência, legitimidade do Estado sob os arrepios das garantias e deveres constitucionais:

Faz-se necessário destacar que os princípios, sejam princípios constitucionais ou princípios gerais de direito, sempre permearam a ciência jurídica, servindo como base para orientar o intérprete da norma. O Direito Administrativo, assim como as demais ciências jurídicas, também é regido por vários princípios, que refletem o momento político e social em que vive a sociedade, e que merecem ampla reflexão. O administrador público só deve fazer aquilo que está previsto em lei. Mas isso não torna a atividade administrativa engessada, fazendo com que essa atividade seja mais lenta e improdutiva? Por outro lado, se o agente público não estivesse restrito à legalidade, ele trabalharia visando o interesse público? (FILHO; ARAÚJO; SANTOS, 2015, p. 4).

Como não é de se duvidar, na seara jurídica, da máxima que verbera em que para toda regra há uma exceção, ao princípio da legalidade estrita não se faz furtar do irreverente brocardo, por mais que tal princípio seja o norteador dos atos exercidos pelos agentes e entes para fim de aplicabilidade do princípio matriz, todavia, entendeu o TCU (Tribunal de Contas da União), pela plenitude da eficiência e do interesse público, é que foi relativizado a observância da legalidade, ou seja, desde de que venha vislumbrar a finalidade a que se tem pretendido pelo próprio princípio da legalidade estrita é que se suavizou a sua aplicação, ora, até mesmo em sua mitigação é de se notar a prevalência de sua razão de ser.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo científico tentou demonstrar os desdobramentos exegéticos acerca do instituto do princípio da legalidade estrita no âmbito da aplicabilidade inerente aos atos administrativos, aos quais estão vinculados a atividade administrativa, uma vez que os efeitos de existência, eficácia, legitimidade e validade dos atos estarão diretamente ligados a esse princípio matriz sendo, portanto, imprescindível à própria finalidade administrativa.

Logo, entende-se que o princípio da legalidade estrita ou cerrada deve ser encarada como o fundamento precípua da Administração Pública enquanto representante da vontade po-

pular e objetivo finalístico a ser atingido por todo o ordenamento jurídico de natureza pública.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988

FILHO, João Neres; Araújo, Rodrigo Costa de; SANTOS, Vilmar Alves dos. Princípios da Administração Pública Legalidade – Princípio Básico do Gestor Público. Faculdade Laboro/ Faculdade Estácio/ Pós-Graduação em Gestão Pública. Brasília, 2015. Disponível em: Princípios da Administração Pública: legalidade: princípio básico do gestor público - CORE. Acesso em: 13 jan. 2023.

LINO, Estevão José. Princípios Constitucionais da Administração Pública: Como o Princípio da Legalidade Afeta o Agir Eficiente do Gestor Público?. CURITIBA, 2014.

Disponível em: Monografia\_Estevao\_Final\_13\_11\_2014\_revisado\_pos\_Banca (utfpr.edu.br). Acesso em: 23 janeiro de 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato Administrativo e Direitos dos Administrados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

TÁCITO, Caio. O Princípio De Legalidade: Ponto E Contraponto. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 206: 1-8, out./dez. 1996. Disponível em: admin. +1+-+O+principio+de+legalidade.pdf. Acesso em: 23 de janeiro de 2023.



# Voto impresso: aspectos constitucionais à luz do princípio da vedação ao retrocesso político

Vinícius de Almeida Sales

*Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade CERS. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.9

## RESUMO

O presente estudo destina-se a realizar uma análise crítica das tentativas de se instituir o voto impresso em nosso sistema eleitoral, bem como das decisões da Suprema Corte brasileira sobre o tema. Para cumprir o objetivo proposto, partir-se-á de uma análise do princípio da vedação ao retrocesso, examinando sua aplicação aos direitos políticos já sedimentados em nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, se debaterá acerca da incidência de outros princípios à controversia, como eventual mácula ao sigilo do voto, ao voto livre ou ao voto igualitário, bem como à ponderação acerca de eventual possibilidade de reforçar a autenticidade do pleito sem que se incorra nas violações então mencionadas.

**Palavras-chave:** voto impresso. direitos políticos. vedação ao retrocesso. ADI nº 4.543; ADI nº 5.889.

## ABSTRACT

The present study is intended to carry out a critical analysis of the attempts to establish the printed vote in our electoral system, as well as the decisions of the Brazilian Supreme Court on the subject. In order to fulfil the proposed objective, it will start from an analysis of the principle of the fence to the backlash, examining its application to the political rights already sedimented in our legal order. On the other hand, there will be debate on the incidence of other principles to the controversy, such as possible negligence to the secrecy of the vote, to the free vote or to the egalitarian vote, as well as the consideration of possible possibility of strengthening the authenticity of the plea without incurring the violations mentioned above.

**Keywords:** vote printed. political rights. fence to the backlash. ADI No 4.543; ADI No 5.889.

## INTRODUÇÃO

Depois de trilhar uma história marcada por tristes episódios onde eram comuns violações ao voto livre, sigiloso e igualitário, com escassos e ineficientes métodos de fiscalização e auditoria, o sistema de votação brasileiro, capitaneado pela Justiça Eleitoral, em 1996, com a implantação do sistema eletrônico de votação, teve seu grande salto na história, acompanhando as recentes modificações sociais propostas pela carta cidadã de 1988, conferindo maior lisura aos pleitos e confiabilidade ao sufrágio.

Apesar do aperfeiçoamento dos sistemas ao longo dos anos, com diversas atualizações tanto em termos de *hardware*, quanto *software*, nunca esteve tão em voga a discussão acerca da (in)falibilidade do sistema de votação eletrônico. Discussão esta que culminou em diversas proposições legislativas, entre elas o art. 59-A da Lei nº 9.504/97, incluído pela Lei nº 13.615/2015, o qual tentou instituir novamente a figura do voto impresso em nosso sistema de votação.

Tal dispositivo, tido como inconstitucional pelo STF quando do julgamento da ADI nº 5.889/DF, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Gilmar Mendes, apresenta máculas insanáveis de cunho constitucional, por ofensa a cláusulas pétreas como o sigilo do voto, ou princípios como o da vedação ao retrocesso político, em que pese a possível incidência de uma maior pro-

teção à autenticidade do pleito.

Deste modo, o desafio que paira sobre os poderes envolvidos em todo o processo democrático é o aperfeiçoamento do sistema eleitoral, sem que se incorra em ofensa a direitos constitucionais garantidos, de modo a garantir a confiança que se espera do processo eleitoral, buscando sempre dar legitimidade ao pleito democrático.

## Da vedação ao retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso nos traz a ideia de que uma vez concretizado o direito, este não poderia ser diminuído ou esvaziado, concretizando o que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*. Segundo os ensinamentos de Pedro Lenza, *nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados* (LENZA, 2019, p. 1341). Assim, a vedação ao retrocesso garante que, uma vez alcançados ou conquistados direitos fundamentais, estes passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

O conceito da vedação do retrocesso como princípio constitucional implícito é fruto de sua associação a outros princípios constitucionais como a segurança jurídica, a proteção da confiança e elementos de hermenêutica constitucional como a supremacia da constituição. Desta forma, a supressão de direitos então conquistados pelos cidadãos representaria um vácuo legislativo, visto que em verdade se estaria modificando regras vigentes em um determinado ordenamento jurídico que além de transmitir direitos positivados, funcionariam como mecanismos de interpretação constitucional na ordem vigente. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2009):

“Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino americano”. (SARLET, 2009, p. 121).

Por corolário, ao se reconhecer a vedação ao retrocesso em relação a direitos fundamentais, sociais ou até políticos, tem-se a necessidade de declarar a inconstitucionalidade de normas que almejam atingir o núcleo destes direitos, esvaziando-os. Logo, cabe ao Judiciário ao utilizar-se de tal princípio, declarar a invalidade da revogação das normas que concedem ou ampliam direitos desta ordem, sem que essa revogação signifique uma substituição ou equivalência do direito suprimido.

Nesse sentido, é muito comum que o Judiciário utilize do princípio da vedação do retrocesso em processos de controle de constitucionalidade, buscando a preservação do núcleo essencial do direito atingido, ou seja, caso se reconheça a inconstitucionalidade por conta da violação, reconhece-se, também, que quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito já incorporado, este se esvazia e é violado, tratando-se, portanto, de uma ação inconstitucional.

## Direitos humanos de natureza política

Os Direitos Políticos são direitos públicos subjetivos fundamentais conferidos aos cidadãos para participarem da vida política do Estado, decorrentes do princípio democrático. São

normalmente tratados como prerrogativas e deveres inerentes à cidadania, englobando o direito de participar da organização e funcionamento do Estado, tanto de forma ativa quanto passiva, seja direta ou indiretamente.

Não obstante seja correta a conclusão pelo caráter de direitos fundamentais aos direitos políticos, estes vão além: correspondem a uma concretização da soberania popular (todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente) e dos fundamentos da República Federativa do Brasil, seja a cidadania, seja o pluralismo político, ambos positivados no art. 1º de nossa Constituição Federal.

Uma vez que correspondem ao próprio exercício da soberania popular, o constituinte originário optou por incluir alguns dos núcleos essenciais dos direitos políticos como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da Constituição Federal), ou seja, não permite qualquer proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, mantendo-os em um patamar diferenciado de proteção junto a outros direitos e garantias individuais.

Em um panorama internacional, mais especificamente no que se propõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos sobre o tema, não se admite concretização futura dos direitos políticos. Já na esfera do ordenamento jurídico interno, nem sempre houve a aplicação imediata que há hodiernamente. A história de realização dos direitos políticos no Brasil sempre caminhou por trajetos que afastaram os cidadãos das decisões fundamentais, concentradas nos detentores do poder, eleitos para uma representatividade que não era praticada.

Somente com a Constituição democrática de 1988 que os direitos políticos alcançaram um patamar de maior elevação, sendo definidos como fundamentais, remetendo-lhes aos fundamentos da República Federativa. Do mesmo modo, os alçou a uma categoria de normas definidoras de direitos que possuem aplicabilidade imediata.

Isso não significa, todavia, que tenham todas as normas de direitos fundamentais a mesma eficácia jurídica, decorrência da multifuncionalidade e heterogeneidade de posições jurídicas que encerram (SARLET, 2009, p. 313). Na prática, alguns direitos políticos necessitam de atuação legislativa positiva para sua concretização, devido à sua baixa densidade normativa e maior grau de abstração. Deste modo, é imperioso que se inove no ordenamento jurídico para a máxima efetivação desses direitos.

Como exemplos, vemos que para dar a efetividade necessária à norma constitucional veiculadora de direito político, o legislador ordinário precisou editar a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, a chamada Lei das Inelegibilidades, posteriormente modificada pela LC n. 81/94 e pela LC n. 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.

Em razão desta necessidade de inovação legislativa para a máxima efetivação de parte dos direitos políticos, bem como da incerteza acerca de quais direitos merecem a proteção em patamar superior para o atendimento de seu ideal: a soberania popular, é que surge o debate em torno da aplicação ou não do princípio da vedação ao retrocesso em relação a estes direitos.

## **Aplicabilidade do efeito *cliquet* aos direitos políticos**

A vedação ao retrocesso como princípio, é invocada não apenas como limite à atuação do legislador ordinário, mas também como limite jurídico à atuação dos poderes públicos encar-

regados da concretização dos direitos fundamentais de caráter prestacional (NOVELINO, 2016, p. 464). Deste modo, o princípio teria por desígnio limitar não só as medidas legislativas que viessem a inovar no mundo jurídico de forma a restringir direitos já incorporados, como também dirigir as políticas públicas adotadas para dar efetividade a estes direitos.

O legislador ordinário, quando da edição de normas garantidoras de tais direitos, o faz levando em conta o momento social em que vive. Todavia, deve-se ter uma proteção contra eventual mudança de paradigmas comportamentais e sociais das próximas legislaturas, como corolário de efetivação do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, a qual diz: “As *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (BRASIL, 1988, p. 496). Em verdade, busca-se uma solução constitucionalmente adequada por intermédio da aplicação em nosso ordenamento jurídico do Princípio da Proibição do Retrocesso, especificamente em matéria de direitos políticos (MARTINS, 2021).

Desenvolvido na experiência doutrinária e jurisprudencial, o denominado Efeito Cliquet (*effet cliquet*) em sua origem aplicava-se em matérias de direitos de liberdade ou direitos sociais. Tais prestações legais não poderiam ser revogadas sem alternativas ou compensações, gerando para o estado além do dever de concretização do direito, um dever de não eliminar ou revogar a lei. Assim, recairiam em declaração de inconstitucionalidade as leis que limitem desproporcionalmente direitos fundamentais ou revogam sem mecanismos de compensação a legislação anterior que preveja direitos em um nível considerado adequado à sociedade.

A origem desse princípio na Europa, mais especificamente tratadas pelos Tribunais Constitucionais alemão e italiano, remonta não necessariamente à vedação ao retrocesso em si, mas encontram guarida no Princípio da Proteção da Confiança e na Segurança Jurídica, os quais embasavam decisões que inviabilizavam o retorno da legislação à um *status quo* anterior, de menor proteção aos direitos já adquiridos.

Já na experiência francesa, o princípio foi chamado de e aplicado a impossibilidade de retrocesso ao se tratar de direitos de liberdade ou direitos sociais (direitos de 1ª e 2ª dimensão). Em Portugal encontramos a matriz de maior influência na jurisprudência pátria, com aplicações do princípio também em matéria de direitos sociais, porém com intervenções práticas nas políticas públicas, revelando um intenso ativismo judicial para evitar ataques diretos ao direito à saúde, constitucionalmente garantido.

Influenciados pelas decisões europeias, tivemos alguns casos na jurisprudência pátria, onde se estabeleceram algumas balizas para utilização do princípio. No julgamento do ARE 737.811 AgR/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal propôs que para a utilização do princípio, sua abrangência deveria estar restrita aos direitos já sedimentados na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo, bem como sobre os quais já houvesse consenso profundo formado ao longo do tempo, não devendo sua aplicação ser estendida às regulamentações posteriores. Vejamos:

A aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a fatos anteriores não fere o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. (BRASIL, 2021).

Relativamente à aplicação da vedação ao retrocesso aos direitos de natureza política,

o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o assunto no julgamento da ADI n. 4.543, que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 12.034/09 – Voto Impresso; bem como no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, em que se reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10 – Lei da Ficha Limpa.

No caso da Lei do Voto Impresso, tema central deste trabalho, a Procuradoria-Geral da República apresentou ADIN em face do art. 5º da Lei n. 12.034/09, que assim dizia:

Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras: (Vide ADIN 4543)

§ 1o. A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, os referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2o. Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3o. O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ 4o. Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.

§ 5o. É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica (BRASIL, 2009).

Na oportunidade, a PGR utilizou o argumento de que este artigo comprometia o sigilo e a inviolabilidade do voto, pelo o que o Plenário do STF deferiu a medida cautelar para suspender liminarmente a eficácia do dispositivo impugnado com fundamento no princípio da proibição do retrocesso, reafirmando-se que o sigilo do voto constitui conquista destinada a garantir a inviolabilidade da vontade do eleitor e a intangibilidade do seu direito como expressão do fundamento democrático. Assim, o segredo do voto se mostra como direito político conquistado e de impossível retroação, cuja supressão afrontaria à Constituição.

Fortalecendo este entendimento, a Relatora Ministra Cármen Lúcia apontou que a proibição do retrocesso é aplicável aos direitos políticos uma vez que tais direitos se mostram como conquistas históricas irrenunciáveis, que são a própria expressão da cidadania. Assim, tal qual acontece com os direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados – como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que comprovadamente assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade – retrocedam para dar lugar à modelo superado (voto impresso) exatamente pela vulnerabilidade que traz ao processo eleitoral (MARTINS, 2021).

Em outra oportunidade, ao se debruçar sobre eventuais inconstitucionalidades na Lei Complementar n. 135/10 – Lei da Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu balizas para sua aplicação, conforme já mencionado acima. Na análise, o Ministro Luiz Fux, em clara alusão à doutrina portuguesa, afastou a aplicação do princípio da presunção da inocência, bem como a aplicação do próprio princípio da vedação ao retrocesso em face de uma eventual má-



cula ao direito de sufrágio passivo (direito de ser votado), uma vez que não se entendeu inconstitucional a ampliação das hipóteses de inelegibilidade às causas ocorridas antes da entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa.

É de se imaginar que, diante da perspectiva de restrição, pela Lei Complementar nº 135/10, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal, seja eventualmente invocado o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – in casu, o direito político de índole passiva (direito de ser votado). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Na ocasião, o Ministro Relator estabeleceu que para a ocorrência de eventual retrocesso passível de inconstitucionalidade, antes mister se faz que a interpretação da norma constitucional tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado no que ele chamou de consciência jurídica geral, bem como a “sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”. Assim, não haveria como sustentar que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal, ou seja, no âmbito eleitoral como direito político, tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua aplicação na consciência jurídica geral. Ou seja, não há na esfera eleitoral um senso coletivo de aplicabilidade da presunção de inocência de forma a evidenciar um retrocesso.

Portanto, concluiu-se que o princípio da vedação do retrocesso, apesar de comumente ser associado apenas aos direitos sociais, deve ser aplicado também na esfera dos direitos políticos, sob pena de apresentar-se demasiadamente restritivo e, em última instância prejudicial ao cidadão. Assim leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.121) que defende que o princípio da vedação do retrocesso não esteja adstrito apenas aos direitos sociais:

Que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas “cláusulas pétreas” da Constituição) igualmente merece destaque (SARLET, 2009, p. 121).

Apesar de veicularem direitos de natureza garantida por cláusulas pétreas, inclusive, a vedação ao retrocesso deve alcançar também os direitos políticos, uma vez que não há hierarquia entre direitos e garantias fundamentais, estando estes à disposição da aplicabilidade imediata tais quais os direitos sociais.

Verifica-se, portanto, a existência de posicionamentos claros do STF confirmando o entendimento majoritário entre os doutrinadores e não permitindo a criação de quaisquer barreiras interpretativas à aplicação do princípio da vedação do retrocesso aos direitos individuais, de nacionalidade e políticos (CARVALHO, 2020).

## **A inconstitucionalidade do voto impresso**

A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de qualquer tema posto voga, deve ser feita ao arrepio de seduções ideológicas que possam de alguma forma macular uma esmerada verificação dos pressupostos que tornam uma norma válida ou nula. Não se pode, por exemplo, pôr em xeque preceitos constitucionais apenas para agradar alguns setores da sociedade, do governo ou de maiorias circunstâncias.

O operador do direito ao atuar como interprete das matérias que lhes são postas, bem

como ao verificar se tais situações frente ao texto constitucional se mantêm irrefutáveis diante de todos os princípios, direitos, garantias e procedimentos previstos na constituição, deve se despir das amarras que o prendem a sentimentos individualistas e efêmeros.

Desse modo, por mais que nos dias atuais o voto impresso surja como tema amargo a grande parte da sociedade, o estudo analítico sobre a inconstitucionalidade do tema deve ser realizado dentro dos parâmetros propostos pelo texto constitucional brasileiro que o cercam, aventar inconstitucionalidade indicando violação a princípios genéricos, procedimentos ou questões orçamentárias não aparenta ser o caminho a ser trilhado.

O voto impresso foi utilizado na maior parte do processo constitucional da história do Brasil, seja na fase de Império, seja na fase Republicana. Durante esta forma de votação ficou marcada a ocorrência de diversas fraudes, seja na votação, seja na apuração dos votos. Do mesmo modo, restringia-se a liberdade de voto do eleitor, ao passo que se exigia o comprovante de votação, no que ficou conhecido como “voto de cabresto”.

O avançar para a votação eletrônica, através das urnas informatizadas que aqui se utiliza desde 1996, representou uma verdadeira reviravolta na democracia brasileira, dando fim aos desmandos perpetrados pelos grupos políticos em face dos eleitores, caminhando para a concretização do fundamento republicano de que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Significou uma ascensão para uma votação livre de fraudes, representando com fidedignidade a vontade do eleitor, ou seja, da soberania popular, exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Diversas foram as tentativas legislativas de trazer à baila o sistema de impressão de voto ora questionado, a mais recente foi a PEC nº 135/2019 que acabou sendo rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados em 10 de agosto de 2021 (BRASIL, 2021).

Os diplomas infraconstitucionais que trataram do tema, acabaram por ter sua constitucionalidade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Nesta última, tratou-se de eventual violação ao art. 14, caput, da Constituição Federal, por parte do art. 59-A da Lei nº 9.504/1997, incluído pela Lei nº 13.165/2015, o qual determinava que, na “votação eletrônica”, o “registro de cada voto” deverá ser impresso e “depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado”, o que ofenderia diretamente o núcleo essencial do direito ao sigilo do voto do eleitor.

Faz-se aqui uma análise mais aprofundada da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF, na qual se questionou a conformidade com a Constituição Federal de 1988 do art. 5º da Lei nº 12.034/2009, já transcrito.

Verifica-se, *de per se*, que o artigo supramencionado tentou trazer uma forma de voto híbrido (parte eletrônico, parte impresso), com um número de identificação nominal por voto, seguido de assinatura digital na urna, com a consequente confirmação visual do voto e posterior depósito em um compartimento lacrado, com recontagem dos votos em parcela das urnas em todo o território nacional.

O objetivo que norteia as legislações revogadas, as declaradas inconstitucionais e as atuais demandas por sua renovação se mostram pouco sustentáveis, eis que após as análises de relatórios dos técnicos da Justiça Eleitoral restou evidente que a impressão do registro do voto não se revela instrumento hábil a incrementar a integridade das apurações eleitorais, não se prestando a auditoria do pleito, mas ao contrário, se mostra instrumento apto a dar credibilidade a fraude, que pode ocorrer quando da impressão de votos inexistentes ou cancelamento de impressão de votos válidos (MARINS, 2021).

Tal desnecessidade se acentua uma vez que a votação eletrônica já possui as inúmeras formas de auditoria já mencionadas, sendo método de votação reconhecido por sua segurança internacionalmente, inclusive, não necessitando, pois, de outros métodos de aferição de confiabilidade que possam trazer um retrocesso aos direitos já conquistados.

A impressão de um comprovante do voto, com a aposição de um número único de identificação associado à sua própria assinatura digital de registro, para em teoria facilitar posterior auditoria dos resultados apurados em uma dada urna eletrônica representaria, na prática, um enorme retrocesso. Primeiramente porque o fato de associar um número de controle a um voto permitiria a posterior conferência deste voto, abrindo a possibilidade real de identificar o eleitor, o que colide frontalmente com a cláusula pétrea do voto sigiloso.

Por outro lado, o fato de o voto só poder ser computado após sua impressão e confirmação pelo eleitor, macula o direito ao voto igualitário entre os eleitores, eis que expurga de tal conferência aos eleitores com deficiência visual e analfabetos, visto que estes não poderiam verificar a correção dos dados impressos, tendo estes que buscar auxílio de terceiros para concretizar o processo de votação com plena segurança, violando, também, o sigilo de seus votos.

Esta situação retrocede em direitos a um período longínquo, uma vez que até em períodos pretéritos a entrada em funcionamento da urna eletrônica, estes eleitores (deficientes visuais e analfabetos) poderiam ter o exercício do voto assegurado, senão em sua plenitude, perto disto, devido a instrumentos mecânicos como cartões perfurados com o número ou nome do candidato em cédula oficial, devidamente preenchidos, bem como cédulas especiais em braile, o que não é possível de ocorrer na hipótese de se estabelecer a necessidade de confirmação do voto impresso, vez que o acesso do eleitor ao comprovante é estritamente visual.

Jairo Nicolau (2012, p. 135-136) reconhece, inclusive, que um dos avanços da urna eletrônica consiste nessa confirmação visual do voto através da imagem do candidato:

“Dois dispositivos da urna eletrônica facilitaram, particularmente, o voto dos eleitores de baixa escolaridade: o uso de um teclado cujos números têm a mesma disposição dos teclados telefônicos e a apresentação da fotografia do candidato na tela após a digitação do seu número. Esse aspecto é importante de ser considerado já que o Brasil nunca utilizou uma cédula que contivesse fotografias e imagens que facilitam a escolha do eleitor”. (NICOLAU, 2012, p. 135-136)

Assim, uma vez que os eleitores analfabetos podem, na votação eletrônica, validar seu voto pela conferência visual da imagem do candidato, como também os eleitores deficientes visuais dispõem de fones de ouvido associados a software que dita o voto, nada poderiam usufruir no módulo externo de impressão do voto, visto que sem contato manual com este não poderiam participar desta suposta verificação de validade.

Ainda, em uma análise prática das inconveniências geradas pela referida norma, o voto

impresso poderia criar a possibilidade de eleitores maliciosos afirmarem que os dados constantes no comprovante impresso não corresponderiam ao efetivamente digitado na urna. Se assim procedesse, criam um impasse insolúvel, visto que dentre as opções de correção a única possível seria a conferência do voto por terceiros, maculando o sigilo do voto do próprio eleitor. Neste cenário, haveria um prato cheio para que políticos mal intencionados tumultuassem o pleito, criando situações análogas com viés de questionar a validade da votação de forma desnecessária.

A adoção destas medidas faria sentido se não houvesse outras formas de auditar as urnas eletrônicas, porém, conforme já demonstrado exaustivamente, estes mecanismos são inúmeros, não havendo justificativas plausíveis para tanto, especialmente diante da inexistência de quaisquer elementos que possam concluir pela ocorrência de fraude no sistema eletrônico de votação brasileiro, ao longo de sua entrada em vigor.

Assim, a entrada o artigo 5º da Lei nº 12.034/2009 não significou uma supressão ao direito ao sufrágio como um todo, bem como um esgotamento do direito ao voto sigiloso, de forma que se inviabilizasse seu exercício na prática, porém se mostra como uma mácula ao núcleo essencial destes direitos, tanto pelo viés do sigilo, como pelo viés do voto igualitário, o que seria mais do que suficiente para demonstrar o caráter de inconstitucionalidade de tal preceito normativo.

Contudo, a inconstitucionalidade vai além, vez que desconsiderando as conquistas históricas perpetradas, retorna a um *status quo* de fragilidade no pleito democrático, representando verdadeira ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso. Assim, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, ainda que da seara dos direitos políticos, sob pena de recair em claro retrocesso, ofendendo direitos previstos constitucionalmente. Portanto, o que se tenta evitar é a ofensa à própria efetividade da norma, que foi alcançada com sua regulamentação. Logo, se o legislador infraconstitucional alcançou a viabilidade do exercício de um direito caracterizado em uma norma programática que seja, não poderá este simplesmente por uma manobra legislativa contornar a efetividade do direito alcançado, retornando a situação ao estado de omissão legislativa anterior.

A regra, contudo, teve sua constitucionalidade contestada pela ADI nº 4.543 proposta pela Procuradoria-Geral da República alegando, em apertada síntese, que a impressão do voto com um número único de identificação implicaria na possibilidade de desrespeito ao sigilo do voto.

## **Análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF e nº 5.889/DF**

Relatora do processo, a ministra Carmem Lúcia ao confirmar o pleito ministerial, foi contrária às teses arguidas pela AGU, bem como pelos demais defensores da norma impugnada, tal qual o fez o *amicus curiae*, deferindo liminar utilizando-se de uma série de argumentos, tais como a defesa do sigilo do voto, cláusula pétrea da Constituição, e do risco real de ofensa ao seu núcleo essencial, enfraquecendo ou suprimindo este princípio com a adoção de um mecanismo identificado numericamente de impressão do voto.

A Ministra também reafirmou o valor igualitário do voto, reconhecendo que os cidadãos que por deficiência ou analfabetismo teriam sua vontade prejudicada pelo sistema introduzido

pela Lei nº 12.034/2009, vez que não o poderiam confirmar. Por fim, dedica um capítulo de seu voto para tratar da vedação do retrocesso político. Resume a Ministra:

“Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto como garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral”. (BRASIL, 2011, p. 15):

Ainda, retratou com maestria a mácula aos princípios da eficiência e da economicidade ao elencar os aumentos no tempo de votação e no custo unitário estimado de cada voto, fato que por si só não eivaria a norma de inconstitucionalidade, desde que trouxesse um avanço em termos de conquistas de direitos fundamentais, mas o seu contrário traz à tona apenas um sistema que já nasce eivado de vícios do passado, onde sofríamos com inúmeras fraudes e longas apurações.

Percebe-se do voto da eminente Ministra, que o cerne da questão não é apenas de cunho orçamentário ou até mesmo sobre velocidade com que o pleito se realiza e como os eleitores reagem diante da forma como vão exercer o seu direito ao voto. O voto impresso, nos termos como foi proposto, é inconstitucional porque viola principalmente o sigilo e a liberdade do voto, eis aí as pedras de toque constitucionais que levam à nulidade das legislações que versam sobre o tema dessa forma.

Nesse sentido, a relatora asseverou que o cidadão tem pleno direito a ver mantido o sistema de votação hodierno, mantendo a segurança e cumprindo o programa constitucional de proteção à inviolabilidade do voto.

Aduziu também que o dispositivo que trata que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica, representa uma mácula ao brocardo “um eleitor corresponde a um voto”. Isto, pois, o sistema que vigora atualmente permite assegurar que somente se abra a urna após a identificação do eleitor que votará, não sendo possível sua substituição, nem permitindo mais de um voto por pessoa. A partir do momento que se retira do presidente da seção o poder de comando da abertura da urna após a identificação do eleitor, através da retirada da conexão entre a identificação e a urna, abrir-se-ia precedentes para ausência deste controle. Logo, retirando-se o controle acerca da substituição do eleitor, ou permitindo que um eleitor vote mais de uma vez, estar-se-ia contrariando a garantia constitucional da unidade eleitor e voto (ART. 14 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988).

A Ministra reconhece a existência de um direito fundamental implícito a um processo eleitoral honesto e, por conseguinte, a um modelo de voto mais seguro e isento. Logo, retornar aos métodos já expurgados, como a obrigatoriedade da impressão dos votos digitados nas urnas eletrônicas, traria, em última instância, fragilidades no sistema eleitoral brasileiro e prejuízos aos cidadãos.

Entretanto, é salutar ressaltar, que por mais que se trate de tema amargo à Justiça Eleitoral, os argumentos contrários e a favor do voto impresso devem ser enfrentados da maneira mais transparente possível, não se pode simplesmente deixar de lado o debate e sair em defesa do sistema eletrônico de votação brasileiro apenas por ele se mostra eficaz e não se ter notícias de fraudes comprovadas no seu histórico.

Não se pode olvidar que das entranhas do Congresso Nacional emana a vontade do

povo, ainda que de forma indireta. Assim, sempre que proposto o enfrentamento do tema deve ser revisitado, a sociedade muda e o direito não é estático, além disso, a forma como o eleitor vai exercer seu direito ao voto não pode se demonstrar mais importante que o sigilo e a liberdade de exercê-lo.

O ministro Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889/DF, de sua relatoria assevera:

“O Congresso Nacional tem reiteradamente demonstrado o desejo de adotar o registro em papel do voto eletrônico. A Lei 10.408/02 acabou revogada pela Lei 10.740/03. A Lei 12.034/09 foi declarada inconstitucional. A Lei 13.165/15, portanto, é a terceira. Ainda tramitam no Congresso Nacional propostas de emenda constitucional para adotar a impressão do registro eletrônico do voto. Portanto, a impressão do registro do voto não é um retrocesso; não é fonte de desconfiança no processo eleitoral e decorre de uma escolha dos representantes eleitos”. (BRASIL, 2020).

Portanto, reitera-se que, caso em dado momento, o sistema eletrônico de votação deixe de representar avanço para o exercício do direito ao voto livre e sigiloso, em virtude de avanços tecnológicos, não haverá problema algum a uma revisitação ao tema voto impresso, desde que ele não represente ofensa a direitos legitimamente conquistados, tais como o voto livre, igualitário e sigiloso. O retrocesso em si não está na forma como o voto é exercido, essa não é a questão, mas sim na violação a direitos e garantias fundamentais oriundos do processo de evolução política da sociedade brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no presente trabalho, é plenamente possível aplicar-se o princípio da vedação ao retrocesso aos direitos políticos, evitando assim modificação substancial no núcleo de tais direitos conquistados, por parte de um parlamento eleito temporariamente. Todavia, verifica-se que em se tratando da possibilidade de uma impressão híbrida, com impressão confirmatória do voto, a inconstitucionalidade que até então se tem é resolvida não por ofensa a tal princípio, uma vez que o direito ao voto não é esvaziado, mas por argumentos outros como uma tendência a se ferir o sigilo do voto, protegido como cláusula pétrea.

Eventuais tentativas de se conferir um maior grau à autenticidade do pleito eleitoral, pode e deve ser formulada, contudo desde suas raízes deve se ter em mente a preservação de tais direitos políticos, buscando formas de não se incorrer em inconstitucionalidade, uma vez que na ponderação entre maior segurança do pleito e direitos tão significantes como ao voto livre, sigiloso e igualitário, estes últimos devem ser concretizados em maior grau.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 14 de novembro de 2022.

\_\_\_\_\_. Proposta de Emenda à Constituição nº 135/2019. Acrescenta o § 12 ao art. 14, da Constituição Federal, dispondo que, na votação e apuração de eleições, plebiscitos e referendos, seja obrigatória a expedição de cédulas físicas, conferíveis pelo eleitor, a serem depositadas em urnas indevassáveis, para fins de auditoria. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://>

[www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2220292](http://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2220292). Acesso em: 14 de novembro de 2022

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Brasília, 29 de setembro de 2009; 188º da Independência e 121ª da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm)> Acesso em: out. 2022.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543. Constitucional. Eleitoral. Art. 5º da Lei n. 12.034/09: impressão de voto. Plausibilidade jurídica dos fundamentos postos na ação. Sigilo do voto: direito fundamental do cidadão. Vulneração possível da urna com o sistema de impressão do voto: inconsistências provocadas no sistema e nas garantias dos cidadãos. Inconstitucionalidade da norma. Cautelar deferida. Procurador-Geral da República. Órgão Julgador: Pleno. Relatora: Cármen Lúcia. Data do julgamento: 19/10/2011.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (Art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. Atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida pregressa: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29/DF. Partido Popular Socialista. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 16/02/2012.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.889/DF. Constitucional e eleitoral. Legitimidade do congresso nacional para adoção de sistemas e procedimentos de escrutínio eleitoral com observância das garantias de sigilidade e liberdade do voto (cf, arts. 14 e 60, § 4º, II). Modelo híbrido de votação previsto pelo art. 59-a da lei 9.504/1997. Potencialidade de risco na identificação do eleitor configuradora de ameaça à sua livre escolha. Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Órgão Julgador: Pleno. Relator: Gilmar Mendes. Data do julgamento: 04 a 14/09/2020.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 737.811 AgR/SP. Rel. Min. Luiz Fux. 20/05/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25121151/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-737811-sp-stf/inteiro-teor-123362373>>. Acesso em nov. 2022.

CARVALHO, VOLGANE OLIVEIRA. 2020. Vedação do retrocesso e direitos políticos: Análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.543. Disponível em: < [https://www.researchgate.net/publication/342788222\\_VEDACAO\\_DO\\_RETROCESSO\\_E\\_DIREITOS\\_POLITICOS\\_ANALISE\\_DA\\_ACAO\\_DIRETA\\_DE\\_INCONSTITUCIONALIDADE\\_N\\_4543\\_INTERDICTION\\_OF\\_RETROCESSION\\_AND\\_POLITICAL\\_RIGHTS\\_ANALYSIS\\_OF\\_DIRECT\\_ACTION\\_FOR\\_UNCONSTITUTIONALITY\\_N\\_](https://www.researchgate.net/publication/342788222_VEDACAO_DO_RETROCESSO_E_DIREITOS_POLITICOS_ANALISE_DA_ACAO_DIRETA_DE_INCONSTITUCIONALIDADE_N_4543_INTERDICTION_OF_RETROCESSION_AND_POLITICAL_RIGHTS_ANALYSIS_OF_DIRECT_ACTION_FOR_UNCONSTITUTIONALITY_N_)> Acesso em: out. 2022.

LENZA, Pedro. 2019. Direito Constitucional Esquematizado. 23ª ed. Editora Saraiva. São Paulo –SP.

MARINS, PRYSCILA NUNES RIBEIRO. Voto impresso: segurança ou retrocesso. Disponível em: < [https://apps.tre-rj.jus.br/site//gecoi\\_arquivos/202105181052\\_arq\\_168505.pdf](https://apps.tre-rj.jus.br/site//gecoi_arquivos/202105181052_arq_168505.pdf)> Acesso em: out. 2022.

MARTINS, TIAGO MISAEL DE JESUS. Proibição do retrocesso político e Lei da Ficha Limpa. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=faad1b29c35021db#:~:text=O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Proibi%C3%A7%C3%A3o%20do,direitos%20fundamentais%20de%20natureza%20pol%C3%ADtica>>. Acesso em: dez. 2022.

NICOLAU, Jairo. Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista TST, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012.



Capítulo

# 10



## **Audiências de conciliação nos casos de superendividamento**

---

Raissa Costa Silveira

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.10

## RESUMO

O presente trabalho versa sobre as audiências de conciliação para a solução de situações em que o consumidor está em situação de superendividamento. É um tema importante de ser estudado e desenvolvido, especialmente após as modificações introduzidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) pela Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. A Lei consumerista passou a dedicar um capítulo com instruções a serem seguidas para a realização da conciliação nos casos em que fique caracterizado superendividamento. Com base nesse contexto apresentado, o objetivo deste trabalho é realizar uma análise sobre as audiências de conciliação nos casos de superendividamento, tema atual que busca impedir que as condições dignas de existência do consumidor sejam violadas. Para o alcance do objetivo proposto, foi adotada a revisão da doutrina e da jurisprudência, que contribui para a fundamentação teórica do estudo. Concluiu-se que, nas audiências de conciliação, as partes envolvidas devem ter o completo conhecimento quanto aos valores passíveis de negociação assim como de todas as circunstâncias e consequências dos atos, pois a principal finalidade é garantir à parte superendividada a oportunidade de pagar seu débito de forma humana e digna, levando em consideração o mínimo existencial e protegendo consumidores de boa-fé.

**Palavras-chave:** audiência. conciliação. consumidor. superendividamento.

## INTRODUÇÃO

Para manter o equilíbrio nas relações de consumo e o desenvolvimento econômico do país, a Constituição Federal (CF/88) inseriu a defesa do consumidor como um direito fundamental, bem como um princípio da ordem econômica. Assim sendo, nota-se que os direitos do consumidor são protegidos pela Carta Magna, sendo essencial à parte vulnerável da relação obter conhecimento quanto aos seus direitos, tais como preconizados, não apenas pela CF/88, mas também pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Com efeito, o CDC (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) representou um grande avanço social no que se refere à proteção e defesa do consumidor brasileiro, atendendo suas necessidades e atuando diretamente nas relações de consumo, refletindo em mudanças na forma de agir dos fornecedores e prestadores de serviços, bem como em demandas judiciais específicas, defendendo a parte vulnerável da relação.

Rizzatto (2016) explica que o CDC representou um grande avanço e benefícios aos consumidores no que se refere ao trato das relações sociais fundamentadas no atendimento das necessidades da parte consumerista.

Todavia, a facilidade que a atualidade proporciona aos consumidores para realizarem suas compras é um dos fatores que tem levado algumas pessoas ao superendividamento.

Nesse contexto, Leal, Calado e Guerra Filho (2021) afirmam que o CDC se refere a uma norma jurídica que é amplamente aplicada nas relações de consumo, sendo este instituto de suma importância para o estabelecimento de regras em favor do consumidor. É por meio do CDC que são impostos deveres e obrigações às partes envolvidas nesta relação e, assim sendo, a situação de superendividamento não poderia ser ignorada pelo ordenamento, o que levou

à criação da Lei nº 14.181<sup>1</sup>, de 1º de julho de 2021, que introduziu mudanças significativas no CDC, bem como ao Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), com o fim de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Dentre as alterações provocadas pela Lei nº 14.181/21, tem-se a inserção no CDC de um capítulo dedicado aos casos de superendividamento, com a finalidade, dentre outras, de regulamentar as audiências de conciliação entre os consumidores que se encontram nesta situação e as empresas credoras.

Com a Lei nº 14.181/21, o legislador teve uma importante intenção de ajudar os consumidores, uma vez que por meio da conciliação será possível beneficiar a pessoa natural que está em um momento de superendividamento e seus proventos não são o bastante para saldar as dívidas e, concomitantemente, garantir a própria subsistência e da sua família. Foi para pessoas que se encontram nessa situação que esta lei foi criada e, por isso, há diversos dispositivos legais para impedir o seu uso de má-fé.

Com base na contextualização apresentada, o tema desta pesquisa versa sobre as audiências de conciliação para a solução de situações em que o consumidor está superendividado. O objetivo geral é realizar uma revisão bibliográfica sobre as inovações promovidas na legislação consumerista sobre as hipóteses de superendividamento e de que modo o novo instituto pode minorar os efeitos da crise vivida pelo consumidor de boa-fé.

## REFERENCIAL TEÓRICO

### Conciliação: conceito e princípios

Para Laurino (2017), a conciliação é uma via de resolução de conflitos em que há a presença de um conciliador, possuidor de autoridade ou indicado pelas partes envolvidas, para seja feita uma tentativa de aproximá-las e buscar métodos que auxiliem as negociações. Por meio da conciliação, busca-se, ainda, solucionar, sugerir e indicar formas adequadas e cabíveis para cada caso concreto, apontando, inclusive, as possíveis falhas, benefícios e desvantagens existente e fazendo sempre valer a composição.

A conciliação, portanto, apresenta uma participação mais ativa no processo de negociação; é aplicada principalmente em situações em que não há ligação anterior entre as partes; o conciliador tem a liberdade de sugerir soluções para o litígio; é um instrumento de autocomposição do conflito, que não é decidido p terceiro; a audiência facilita o acordo entre as partes.

Um dos benefícios evidentes da conciliação é possibilitar a extinção do feito processual, com a formação de coisa julgada formal e material (art. 487, III, “b”, do Código de Processo Civil), sem, contudo, que haja vencedor ou perdedor, retirando das partes envolvidas o sentimento de insatisfação ou incompreensão que poderia ser gerado, por exemplo, com uma sentença proferida pelo juiz, sem a conciliação.

Conforme ensina Arcanjo (2017), feita a conciliação, não há nenhuma espécie de sucumbência, pois, o próprio ato conciliatório já alcança um grau muito alto entre as partes, resultando

*1 Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.*

em grande satisfação. Contudo, neste caso, as custas processuais deverão ser divididas, conforme a vontade das partes que forem acordadas previamente. Com base no exposto, é possível afirmar que a conciliação é um instrumento de extrema importância na resolução de conflitos, pois permite que as partes cheguem a um entendimento e decidam a resolução do caso de forma mais benéfica para todos. É, assim, um dos principais instrumentos para o apaziguamento social.

Impende destacar que a conciliação e a mediação são regidas pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), nos art. 165 a 175, bem como pela Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Após a edição da Lei nº 14.181/21, a matéria também passou a ser disciplinada pelo CDC, especialmente para as hipóteses de consumo.

Importante, contudo, registrar que a conciliação e a mediação, enquanto métodos de autocomposição, não estão adstritos à matéria consumerista, pois também pode ser utilizada (e deve ser assim incentivada) para buscar soluções de litígios familiares, empresariais, condominiais e tantos outros temas que possibilitam o acordo entre as partes. Esse trabalho traz o tema delimitado às relações consumeristas por terem sido as tratadas pelas inovações da Lei nº 14.181/2021.

Sobre a conciliação, cite-se o disposto no Código Processual Civil:

Art. 166 - A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (BRASIL, 2015, sp.).

Vê-se, da leitura do citado dispositivo, que a conciliação é norteadada por um conjunto de normas e princípios que lhe dão validade e credibilidade quanto ao acordo gerado e firmado entre as partes. São princípios expressos da conciliação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade das partes, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

O princípio da independência confere ao conciliador a garantia de ter liberdade para atuar sem nenhuma influência externa, interna ou pressão das partes envolvidas. Desta forma, o conciliador tem autonomia e liberdade para tomar as decisões que julgar necessárias sobre cada caso.

Quanto ao princípio da imparcialidade, no caso de conciliação, é concretizado pela ausência de interesses por parte do conciliador no litígio. A existência desse princípio é praticamente uma consequência do princípio da independência que, inclusive, é ainda uma obrigação moral. Entretanto, é permitido ao conciliador intervir em situações em que forem observados atos temerários das partes, não ferindo, portanto, a imparcialidade que a ele é imposta.

Em relação ao princípio da autonomia da vontade das partes, Ribeiro *et al.* (2022) explicam que este é dedicado às partes envolvidas na conciliação, não ao conciliador. Em situações em que as partes envolvidas no litígio entrarem em um acordo comum, não deverá o conciliador intervir com a aprovação ou não da decisão tomada, cabendo a ele somente fazer a devida formalização e reduzir a termo o acordo, sempre respeitando a licitude e validade do ato.

O princípio da confidencialidade, conforme sinaliza Silva (2022), é aquele pelo qual fica o conciliador obrigado a manter completo e absoluto sigilo em relação a todos os dados e informa-

ções que foram tratados durante as audiências de conciliação. Contudo, caso ele seja autorizado pelas partes, poderá quebrar o sigilo, observados os pressupostos legais. Caso não seja efetivada uma conciliação entre as partes envolvidas e exista processo judicial sobre o litígio, não é permitido, em nenhuma hipótese, que o conciliador seja testemunha na lide, em observância ao referido princípio.

Silva (2022) ainda explica que os princípios da oralidade e da informalidade apontam a não razoabilidade em requerer termo de transcrição integral de conversas e discussões ocorridas durante a audiência ao investigar a conciliação. O autor observa que, em que pese a necessária redução do acordo a termo, a fim de possibilitar o registro e a homologação, os outros atos ocorridos nas audiências devem ocorrer de forma oral e sem formalidades, a fim de facilitar a prática.

Por fim, Silva (2022) cita o princípio da decisão informada, em consonância ao disposto no CPC/2015, pelo qual surge para o conciliador o dever de fornecer às partes, de maneira clara, objetiva e sem deixar dúvidas, todas as informações sobre os direitos de cada um para que, assim, tenham conhecimento quanto às possíveis consequências do acordo, bem como as obrigações que são produzidas e outras consequências oriundas da conciliação.

## **O fenômeno do superendividamento**

Como sabido, nas sociedades de consumo é comum as pessoas comprarem à prestação, no boleto, cartão de crédito, cheque pré-datado, pela facilidade proporcionada pelo fácil acesso ao crédito, democratizado e fundamentado na ideia de pagamento por meio de prestações mensais. Este fato, por sua vez, pode levar o consumidor ao endividamento, que, quando se torna crônico, configura o superendividamento.

Antes da edição da Lei nº 14.181/2021, não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, uma legislação dedicada exclusivamente à matéria do superendividamento. Contudo, não obstante a ausência de norma legal, a doutrina já conceituava o superendividamento como sendo a completa impossibilidade por parte do consumidor de boa-fé em honrar suas dívidas em consequência do consumo. Sobre o tema, Silva (2020) aponta:

Existem várias possibilidades de denominação do superendividamento e diversos modos que permitem a sua conceituação. O aspecto comum entre os conceitos é a impossibilidade do devedor de pagar todas as suas dívidas, presentes e futuras, com sua renda e seu patrimônio. Portanto, superendividamento do consumidor é caracterizada como a impossibilidade do devedor pessoa física, leiga e de boa-fé de adimplir todas as dívidas vencidas e aquelas não vencidas com a sua atual renda mensal e seu patrimônio dentro de um prazo razoável, excluídas as dívidas com o fisco, advindas de delitos e de alimentos (SILVA, 2020, p. 11).

Ainda para Silva (2020), seria preciso analisar o conceito de superendividamento e sua forma de tratamento para que não cause prejuízos ao equilíbrio econômico entre as partes, pois, caso fosse erroneamente legislado, poderia promover maior incentivo à negligência do consumidor, com uso indevido e desnecessário do crédito.

Segundo Wodtke (2015), antes da definição legal do superendividamento, havia juristas que faziam uso do direito comparado com o objetivo de desenvolver pressupostos para caracterizar a matéria e os potenciais beneficiários. Assim preceituava:

A caracterização do superendividamento, em geral, depende de definição expressa em lei que por enquanto não existe no direito brasileiro. Portanto, juristas nacionais utilizam o direito comparado a fim de elaborar os pressupostos para a caracterização do superendividamento e os potenciais beneficiários de uma lei vindoura. O consumo pressupõe a exclusão do profissional liberal, produtor, fabricante e pessoas jurídicas em geral, adotando-se um conceito mais restrito que o Código de Defesa do Consumidor na medida em que não tutela à pessoa jurídica. Tal restrição existe em virtude da previsão legal de norma sobre a recuperação judicial e a falência de empresas (WODTKE, 2015, p. 3).

Segundo Wodtke (2015), é preciso uma análise para constatar a situação de superendividamento do consumidor, levando em consideração cada caso de modo individual, incluindo fatores como patrimônio imóvel, o conjunto das dívidas e as necessidades básicas do devedor e de sua família para não afetar a dignidade. Embora o devedor se apresente como hipossuficiente, idôneo e que não agiu de má-fé, não é indicado que ele seja tratado como vítima da situação.

Pelo exposto acima, o autor salienta que em casos de superendividamento do consumidor a análise da boa-fé é condição fundamental para conceder a ajuda. Boa-fé, nesse contexto, deve ser entendida como um estado de comportamento correto e leal, consoante disposto no art. 4º, inciso III, do CDC<sup>2</sup>.

## O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana

A leitura das inovações trazidas pela Lei nº 14.181/21 evidencia que a intenção do legislador foi garantir o mínimo existencial ao consumidor superendividado, desde que este não tenha agido de má-fé e atenda às demais exigências legais.

Conforme Cardoso e Cunha (2016), o mínimo existencial é um princípio que recebe garantia constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 defende a dignidade da pessoa humana e, por isso, a todo ser humano deve ser dada a garantia de moradia, saúde, alimentação e lazer. Para os autores:

Um mínimo existencial é a condição para a existência digna de qualquer indivíduo, ligada a prestações de recursos materiais essenciais às condições mínimas de sobrevivência. A proteção daquelas condições mínimas de vida é necessária à garantia da liberdade, pois sem um mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do indivíduo e desaparecem as condições iniciais de liberdade (CARDOSO e CUNHA, 2016, p. 10).

De acordo com Neves e Pacheco (2017), é necessário que o mínimo existencial alcance as condições mínimas materiais de maneira a fazer com que o cidadão tenha uma vida digna e recursos para a própria sobrevivência. Somado a isso, é preciso uma abrangência a um mínimo sociocultural que permita ao cidadão a inserção social, inclusive como forma de lazer.

Acerca da dignidade da pessoa humana, Weber (2013) afirma ser um elemento que integra um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, necessário e essencial para o entendimento e aplicação das normas jurídicas brasileiras. Isto porque não se deve tratar nenhum ser humano como objeto, devendo ele ser respeitado em todas as relações sociais.

Ribeiro *et al.* (2022) explicam que todas as condições asseguradas pelo mínimo existencial e garantidas pela Carta Magna constituem a dignidade da pessoa humana que, sem ren-

*2 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;*

da, nenhum indivíduo é capaz de obter. É preciso crédito para gozar de moradia, saúde, lazer, alimentação, importantes elementos quantitativos para formar o mínimo existencial de qualquer cidadão. Além do exposto, tratados internacionais, como, por exemplo, o Pacto de San José de Costa Rica, também preveem a todo cidadão o direito ao mínimo existencial para a manutenção da sua vida e da sua família.

Essa garantia deve ser dada mesmo àqueles que estão em situação de superendividamento. Desta forma, levando em consideração que as pessoas superendividadas têm deveres de difícil quitação com os credores, cabe ao Estado contribuir para o cumprimento dessas obrigações. Eis a razão de o legislador incluir, no Código de Defesa do Consumidor, a expressa possibilidade de conciliação para superendividamento.

## **Importância da aplicação da conciliação nos casos de superendividamento**

Para a resolução de conflitos, inclusive de cunho financeiro, Wissel (2019) afirma que a conciliação é um instituto que tem se mostrado eficaz, tendo sido tratado pelo CPC/2015. Cuida-se de uma forma de resolução de conflitos, que pode ser aplicada judicialmente e extrajudicialmente.

Sobre a eficácia da conciliação, de um modo geral, seja qual for a situação, Farinelli e Cambi (2011) apontam:

A eficácia da conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes. Pode acontecer antes ou depois da instauração do processo. É importante alternativa de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito. Mas também proporciona efetivo acesso à justiça, já que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa, buscando a maior harmonia e a mútua satisfação. (FARINELLI e CAMBI, 2011, p. 288).

Aragão Filho (2022) afirma que a conciliação é eficaz no contexto do superendividamento pelo fato de não ser uma ação que lida de forma direta com o problema, mas, sim, foca no deslinde do caso analisados, por meio do levantamento de uma possível resolução do conflito, chegando a um comum acordo entre as partes.

Além do exposto, Aragão Filho (2022) também sinaliza que a conciliação para a resolução de conflito existente entre credores e consumidores superendividados mostra-se como uma alternativa com alto potencial para se chegar a um comum acordo, mostrando a sua eficácia nesse contexto. Desta forma, a conciliação, por ter o foco voltado para resolver a questão conflituosa, contribui para que ocorra um acordo formal para a quitação da dívida por parte do consumidor e sua posterior reinserção no mercado de consumo. A partir disso, pode-se falar que a conciliação atingiu sua eficiência máxima.

Ribeiro *et al.* (2022) salientam que, junto ao caso concreto, quando firmada a conciliação em casos de superendividamento, outras questões também acabam sendo resolvidas, tais como a inadimplência, reinserção do consumidor no mercado e a possibilidade de oferta de crédito.

Sobre a inadimplência, Ribeiro *et al.* (2022) sinalizam ser um problema resolvido pelo fato de o credor adquirir a segurança que um acordo extrajudicial formal lhe passa quanto à garantia dos pagamentos planejados. Com isso, ocorre também de o consumidor poder aproveitar novamente do adimplemento.

Já em relação a reinserção do consumidor no mercado, Ribeiro *et al.* (2022) apontam que com o acordo feito na conciliação, a parte consumerista terá novamente aptidão para receber ofertas de crédito e, com isso, voltar a movimentar a economia brasileira. Isto ocorre porque, sanada a situação de dificuldade financeira, ele poderá comprar novamente, contribuindo para que a economia gire.

No que diz respeito à possibilidade de oferta de crédito, tem-se que o consumidor adimplente será motivado e possibilitado a procurar no mercado de consumo novas ofertas de crédito e voltar a planejar aquilo que precisa e deseja para si e sua família.

Dentre os benefícios proporcionados pela conciliação, é notória a eficiência do instituto através da mútua colaboração, advinda de uma composição amigável e extrajudicial entre as partes. Com isso, inclusive, ajuda-se também a diminuir a quantidade das demandas judiciais. Nesse aspecto, essa diminuição do número de processos representa também a redução dos custos pecuniários para resolver as demandas, evidenciando que os conflitos podem ser solucionados em comum acordo.

Conforme observado, no que se refere ao consumidor em situação de superendividamento, a Lei nº 14.181/2021 demonstra um significativo avanço no texto do CDC, por estabelecer a conciliação extrajudicial nessas hipóteses, permitindo ao consumidor uma rápida e eficaz resolução proporcionada pela conciliação.

## **Os consumidores em condição de superendividamento e a possibilidade de conciliação**

É de se destacar que o simples fato de uma pessoa possuir dívidas, ainda que de valores expressivos, não quer dizer que ela esteja em situação de superendividamento. Por isso, quando um consumidor solicita uma audiência de conciliação para fazer um acordo devido ao seu suposto superendividamento, ele precisará atender a determinados requisitos.

Nesse sentido, em análise doutrinária e comparada da matéria, antes da edição da Lei em estudo, Marques (2006) já ensinava:

O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com Fisco, oriunda de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio (MARQUES, 2006, p. 256).

O conceito de superendividamento foi explicitado no art. 54-A, §1º, do CDC, como sendo a “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. O parágrafo seguinte, por sua vez, acrescentou que as dívidas do superendividamento englobam “quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada”.

Por outro lado, por expressa vedação legal, a proteção legislativa não pode ser aplicada ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor (art. 54-A, §3º, do CDC).



Nos termos da nova legislação, somente a pessoa natural é abrangida pela proteção legal (art. 104-A, “caput”, do CDC). Assim sendo, as pessoas jurídicas são claramente excluídas da possibilidade de conciliação no superendividamento. Somado ao exposto, a pessoa natural requerente precisa apresentar, no ato da conciliação, um plano de pagamento das suas obrigações financeiras que deseja negociar e que está inadimplente. Conforme previsão trazida pela Lei nº 14.181/21, é obrigatório que esse plano não tenha um prazo superior a cinco anos para quitação.

Quanto à boa-fé, é de se observar que esta é naturalmente exigida em todas as relações jurídicas e, não diferentemente, nas relações de consumo, especialmente daqueles que buscam a autocomposição dos litígios que surgem no decorrer da relação.

Conforme se depreende da Lei nº 14.181/21, são caracterizadas má-fé as dívidas contraídas dolosamente pelo consumidor sem que haja a intenção de pagá-las, bem como as dívidas provenientes de contratos de crédito com garantia real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural (art. 104-A, § 1º, do CDC). Tais dívidas não devem, portanto, ser abarcadas na negociação. No mesmo sentido, dispõe o parágrafo terceiro do art. 54-A do CDC que a proteção e o tratamento do superendividamento não se aplica ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

A ideia da utilização da conciliação para resolução de situações de superendividamento é vista pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como uma forma de o devedor solicitar a renegociação em bloco das dívidas decorrentes da relação de consumo, com a participação de todos os credores na elaboração do plano de pagamento. Tal medida deve ser buscada perante o Tribunal de Justiça do Estado em que domiciliado o consumidor ou, ainda, pode ser realizada pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como Procon, Defensorias Públicas e Ministérios Públicos.

Como demonstração do reconhecimento da importância da tentativa de conciliação, o art. 104-A, § 2º, do CDC, passou a prever severas consequências para o credor que, injustificadamente, não se faz presente à assentada conciliatória. Nesse sentido, dispõe o referido dispositivo legal:

O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação de que trata o caput deste artigo acarretará a suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora, bem como a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor, devendo o pagamento a esse credor ser estipulado para ocorrer apenas após o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória. (BRASIL LEI 14.181, 2021)

Obtendo-se êxito na conciliação, a sentença judicial que homologar o acordo terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada. Além disso, facilitando o cumprimento do termo, descreverá o plano de pagamento da dívida minuciosamente, com os requisitos mínimos listados no art. 104-A, §4º, do CDC.

Por fim, nos termos do art. 104-A, §5º, do CDC, caso não se logre êxito na conciliação, em relação a quaisquer credores, o juiz instaurará processo por superendividamento, a pedido do consumidor, para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes.

tes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve o objetivo de realizar uma revisão bibliográfica sobre as audiências de conciliação nos casos de superendividamento, que buscam evitar que as condições dignas de existência do consumidor sejam afetadas. Foi possível constatar que a edição da Lei nº 14.181/21 deve ser vista como significativo avanço na matéria. Por meio da conciliação, o consumidor superendividado poderá negociar suas dívidas com seus credores, de forma conjunta, conforme suas condições financeiras, sem afetar suas necessidades mínimas nem as de sua família, garantindo-se o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Constatou-se ainda que a referida Lei introduziu inovações importantes ao CDC, por ampliar os direitos básicos da parte vulnerável da relação consumerista, que, por motivos diversos, não consiga mais honrar com suas dívidas. Desta forma, com a Lei nº 14.181/21, o consumidor superendividado passa a ter um tratamento mais digno, com a garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, permitindo a ele, a oportunidade de pagar as dívidas contraídas por meio de créditos no mercado e ter uma reinserção social.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO FILHO, Antônio Carlos Rodrigues. O procedimento judicial de conciliação e repactuação de dívidas instituído pela Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021. 2022. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58155/o-procedimento-judicial-de-conciliao-e-repactuaao-de-dvidas-instituto-pela-lei-n-14-181-de-1-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- ARCANJO, Ana Carolina Máximo. Mediação e conciliação como meio de desafogar o poder judiciário. 2017. 44f. Monografia (Curso de Direito) - Faculdade de Sabará, Sabará.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm)> Acesso em: 20 jun. 2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- CARDOSO, Itala Lopes; CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit., Brasília, v. 5, n. 4, p. 9-26, out. /dez, 2016.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. Da Aplicação Subsidiária e Supletiva do Novo CPC ao Processo do Trabalho (art. 15) – Exemplos de Institutos, Estruturas, Conceitos, Esquemas Lógicos, Técnicas e Procedimentos Incidentes sobre o Processo do Trabalho decorrentes da Aplicação Subsidiária e Supletiva de Procedimentos do Novo CPC. Revista LTr, v. 79, n 8, agosto, 2016.

CHAVEIRO, Simone Fernandes dos Santos; BORGES, Eduardo Batista. O papel das políticas públicas na defesa do consumidor. *Revista de Economia, Anápolis-GO*, vol. 12, nº 01, p.17-34 jan./jun. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: São Paulo: LTR, 2019.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). *Revista de Processo, São Paulo*, v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. O artigo 15 do novo Código de Processo Civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. 2016. Disponível em: <<https://www.esaoabsp.edu.br/Artigo.aspx?Art=143>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; CALADO, Vinicius de Negreiros; GUERRA FILHO, Joaquim Pessoa. *A defesa do consumidor na contemporaneidade*. Recife: FASA, 2021.

LIMA, Clarissa Costa; MARQUES, Cláudia Lima. Nota sobre os atos normativos dos tribunais estaduais que possuem programas de atendimentos aos consumidores superendividados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 98, n. 24. p. 269-285, mar/abr. 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. *Rev. direito GV, São Paulo*, v. 13, n. 3, p. 749-768, dez. 2017.

PÉREZ-NEBRA, Amalia Raquel; COUTO, Cleno. *Programa Superendividados*:

“Uma Luz no Fim do Túnel para quem está Perdido”. *Psicologia: Ciência e Profissão* 2020 v. 40, e194281, 1-16.

RIBEIRO, Jaqueline Lima; *et al.* Princípio da autonomia da vontade: uma análise do comparecimento nas audiências de resoluções consensuais de conflito. *Revista Científica da Faculdade de Educação e Meio Ambiente, Ariquemes*, v.13, ed. esp., 2022.

RIZZATTO, Luiz Antonio Nunes. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Daniel Magalhães de Albuquerque. O princípio da confidencialidade na mediação: uma abordagem entre Brasil e Portugal. 2022. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58118/o-principio-da-confidencialidade-na-mediao-uma-abordagem-entre-brasil-e-portugal>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SILVA, Maria José Oliveira. O superendividamento tutelado no âmbito do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Revista Novatio*, v. 1, n. 1, p. 98-109, 2020.

SILVA, Rosana Oliveira; *et al.* Uma discussão necessária sobre a vulnerabilidade do consumidor: avanços, lacunas e novas perspectivas. *Cad. EBAPE.BR*, v. 19, n. 1, p. 83-95, Jan-Mar. 2021.

WEBER, Thadeu. A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls. *Kriterion, Belo Horizonte*, v. 54, n. 127, p. 197-210, Jun, 2013.

WISSEL, Bernardo Luiz. Superendividamento e conciliação: estudo de caso sobre o tratamento judicial concedido ao superendividado na 3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis/SC. 2019. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. O superendividamento do consumidor: as possíveis previsões legais para seu tratamento. 2015. 25f. Monografia (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.



# Das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado

---

Maxwell Rodrigues Freire

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.165.11

## RESUMO

A submissão do conteúdo das decisões judiciais à supremacia da Constituição. Inicialmente, investigou-se o tema das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado através da análise do instituto da coisa julgada à luz da Constituição, do valor constitucional da segurança jurídica, da sentença transitada em julgado baseada em lei declarada inconstitucional pelo STF, e, por fim, as propostas aventadas pela doutrina para a solução do problema.

**Palavras-chave:** supremacia da constituição. sentença inconstitucional. coisa julgada material.

## ABSTRACT

The submission of the content of the judiciaries decisions to the supremacy of the Constitution. Initially an approach about the intuition of the judged matter on the present brazilian juridical ordainment. Subsequently the unconstitutional judged sentences were investigated through the analysis of the intuition of the judged matter based on the Constitution, on the juridical security and on the suggested solutions by the doctrine. Finally some processual instruments able to deconstitute the judged matter on the brazilian ordainment.

**Keywords:** constitution supremacy. sentence. material judged matter.

## INTRODUÇÃO

A consagração do fenômeno do constitucionalismo desencadeou sobre os vários ramos da ciência jurídica, entre os quais se inclui o direito processual civil, uma nova perspectiva axiológica. Com a Constituição alçada ao ápice da pirâmide normativa, aqueles vários ramos do direito não mais puderam ser vistos isoladamente, de forma estanque, como outrora.

O tema *Das Sentenças Inconstitucionais Transitadas em Julgado*, objeto do presente estudo, está sendo constantemente alvo de intensos debates desenvolvidos na doutrina e na jurisprudência, eis que diz respeito à colisão de valores fundamentais, a saber, o da segurança jurídica, de que a *res iudicata* é instrumento, e aqueles demais valores constitucionais porventura violados através de um pronunciamento judicial.

A discordância que determinadas decisões judiciais guardam com os valores e preceitos estabelecidos pela *Lex Suprema* desafiam a doutrina e a jurisprudência, legitimando e impulsionando estes últimos a rever postulados de há muito tidos como intangíveis, e por tal razão, inquestionáveis.

Nesse passo, o dogma da coisa julgada contribuiu maciçamente para o aparecimento de situações concretas inconciliáveis com a ordem jurídico-constitucional brasileira. O pretense caráter absoluto (que foge à natureza das coisas) atribuído a *res iudicata* acentua a órbita dos problemas.

Por outro lado, os estudos engendrados pela doutrina parecem de algum modo refletir sobre as decisões dos tribunais pátrios que, de vez ou outra, aplicam as suas descobertas nos

casos que lhe são postos à solução. Outrossim, o Código de Processo Civil contemplou expressamente a possibilidade de desconstituição de sentença acobertada pelo manto da coisa julgada que se afigure afrontosa a Carta Magna (CPC/2015, art. 525, § 12). Tudo isso a confirmar o tema como sendo da ordem do dia.

## **DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS TRANSITADAS EM JULGADO**

### **Sentença transitada em julgado baseada em lei declarada inconstitucional pelo STF**

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil se verifica de dois modos diversos, primeiramente pela possibilidade de todo e qualquer órgão jurisdicional verificar a (in) constitucionalidade de lei ou ato normativo em determinado caso concreto e, em segundo lugar, o exercício exclusivamente pela Suprema Corte, tendo por objeto lei ou ato normativo em tese. São eles, respectivamente, o controle difuso e o controle abstrato de constitucionalidade.

O controle difuso, cujo exercício é realizado por qualquer órgão jurisdicional, pode ser suscitado por qualquer interessado desde que haja processo em andamento. Essa espécie de controle de constitucionalidade não tem por objetivo a retirada de lei ou ato normativo do ordenamento jurídico, mas tão somente a não aplicação de lei ou ato normativo declarado inconstitucional sobre determinada relação jurídica.

Veja-se Moraes (2005, p. 635), *verbis*:

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Igualmente, Ferrari (2004, p. 186), *verbis*:

[...] as principais características da via de defesa ou exceção, limitada a eficácia da sentença ao caso concreto no processo no qual foi colocado o problema da inconstitucionalidade, parece-nos fluir claramente desta colocação que a decisão, dada neste sentido, opera retroativamente em relação ao caso que lhe deu motivo, só em relação a este, destruindo os efeitos produzidos pela lei inconstitucional nos limites da litis principal, que proporcionou incidentalmente o exame da inconstitucionalidade (grifos do autor).

Desse modo, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle difuso, mesmo exercido pelo Supremo Tribunal Federal, não ensejará a desconstituição da sentença transitada em julgado que tenha utilizado regra declarada inconstitucional. Isso porque, a despeito do controle difuso possuir efeitos retroativos (*ex tunc*), estes não se projetam para fora do processo, possuindo aquela repercussão apenas sobre determinada relação processual. Ou seja, só quanto a esta se alcança a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, fulminando os atos pretéritos ali praticados.

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade é, por sua vez, de exclusividade do Supremo Tribunal Federal, podendo ser deflagrado somente por pessoas pré-determinadas pela Constituição da República (CF, art. 103). Diversamente do que ocorre no controle

difuso, a declaração de (in) constitucionalidade de lei ou ato normativo é o objeto principal do processo. É este último verdadeiro processo objetivo na medida em que é destinado à defesa da ordem Constitucional, tendo por objeto lei ou ato normativo em tese.

No sistema Constitucional brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado equivale à sua nulidade. O princípio da nulidade de lei inconstitucional desfruta de hierarquia Constitucional. Nega-se, portanto, à lei inconstitucional o reconhecimento para produção de efeitos jurídicos.

Veja-se Mendes (1999, p. 263):

[...] consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição.

A decisão definitiva de mérito, proferida pela Corte Constitucional brasileira, em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou ação declaratória de constitucionalidade (ADCON), produz eficácia retroativa (*ex tunc*) oponível contra todos (*erga omnes*), bem como possui efeito vinculante, relativamente a todos os órgãos do Poder Judiciário – inclusive, quanto ao próprio STF - e à administração pública direta e indireta de todos os entes federativos, conforme estabelecido no art. 102, § 2º da CF.

Desse modo, declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em controle concentrado, todos os atos anteriormente praticados sob a sua égide serão anulados (*rectius*: nulos) em virtude da eficácia retroativa daquele *decisum*.

Nesse contexto, sentença transitada em julgado com base em lei declarada inconstitucional em controle concentrado, deve sucumbir-se a supremacia da Constituição, tenha-se ou não a questão constitucional sido alvo de anterior controle incidental de constitucionalidade contrário ao declarado em via abstrata pelo STF<sup>1</sup>, de modo a preservar a unidade constitucional.

É a posição de Machado (2005, p. 115), quando expõe:

Assim, a coisa julgada que tenha revestido sentença baseada em lei declarada inconstitucional, não terá validade jurídica diante dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que a supremacia constitucional deverá prevalecer sobre a segurança jurídica. Mesmo porque – ressalta-se – a Constituição da República de 1988 não fez qualquer ressalva em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo guardião da Carta Magna. De modo que, para preservar a autoridade deste e, outrossim, a unidade jurídica constitucional, até mesmo a coisa julgada deverá ceder. Caso contrário, admitir-se-ão tratamentos diferenciados para pessoas enquadradas nas mesmas situações jurídicas.

Em que pese a atribuição de eficácia *ex tunc* às decisões definitivas em controle concentrado de constitucionalidade, optou o legislador ordinário, tendo em vista a segurança jurídica ou o excepcional interesse social, por restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou determinar a atuação dos efeitos sentenciais a partir do seu trânsito em julgado ou de outro

*1 Trata-se em verdade de exceção ao que vem sendo defendido no presente trabalho monográfico sobre a possibilidade de desconstituição de sentença inconstitucional acobertada pela res iudicata. Tem-se dito no longo desta monografia que tão somente a questão constitucional cujo órgão jurisdicional não tenha se pronunciado durante a relação processual poderá ser posta a reexame. Contudo, tal regra não se coaduna com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, especialmente quando se tenha atribuído àquela declaração efeitos retroativos, o que acarretará a invalidação de todos os atos pretéritos praticados sob a égide da lei inconstitucional.*



momento que venha a ser fixado, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, que regula o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, nada obstará que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deixando de aplicar a regra geral, para atribuir àquela declaração efeitos prospectivos (*ex nunc*), tendo em vista a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Ao proclamar efeitos *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade, todos os atos praticados anteriormente a declaração restarão incólumes, inclusive a sentença transitada em julgado que tenha se utilizado da lei declarada inconstitucional.

É em verdade, dispositivo bastante salutar, e a despeito de estabelecer efeitos dirigidos ao futuro, não desnatura a regra geral da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Poderá ocorrer, v.g., que uma lei só venha a ser declarada inconstitucional muitos anos após (quicê décadas) à sua entrada em vigor no ordenamento jurídico, tendo a mesma sido objeto de aplicação em inúmeras relações jurídicas que já se encontram consolidadas no tempo e, principalmente, no âmago das partes que reputam a decisão, baseada na lei posteriormente declarada inconstitucional, como a correta a solucionar determinado caso concreto.

Ademais, o vício de inconstitucionalidade não advém necessariamente da gênese da lei ou do ato normativo. Poderá ocorrer que, em momento posterior à sua formação, e até mesmo após sua entrada em vigor, venha a espécie normativa a contrariar a ordem constitucional, em virtude da dinâmica a que é submetido o direito, decorrência inexorável da permanente evolução social.

Em casos como tais, é inegável a repercussão desastrosa que a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade poderá causar, invalidando até mesmo atos regulados quando a lei ainda estava em perfeita sintonia com a Lei Maior, ou seja, quando ainda era constitucional.

Poderá, portanto, valer-se a Corte Constitucional de efeitos pro futuro, não reconhecendo a nulidade com eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, em decorrência de diversos fatores, como v.g., a falta de repercussão prática dos efeitos retroativos, ou a possibilidade de tais efeitos causarem gravames inquestionavelmente superiores do que a manutenção da validade de atos pretéritos baseados em lei declarada inconstitucional, ou a impedir o enriquecimento ilícito. Enfim, quando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade o exigirem.

## **As propostas de sistematização apontadas pela doutrina para as sentenças inconstitucionais transitadas em julgado**

O professor José Carlos Barbosa Moreira, em artigo científico intitulado “Considerações Sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material”, publicado na Revista Dialética de Direito Processual n. 22, ao estudar o fenômeno aqui objeto de análise, apontou a existência de dois caminhos para sustentar a tese cá versada: um consistente em negar a existência da coisa julgada material, e outro pautado na sua desconstituição, não obstante a imutabilidade atribuída às sentenças definitivas.

Assim é que expôs Moreira (2005, p. 92):

Abrem-se dois caminhos a quem queira sustentar que, nas hipóteses de que se cuida, não há cogitar de obstáculo resultante da coisa julgada à reapreciação da matéria em juízo. Consiste um deles em *negar a própria existência da coisa julgada material*: esta, aí, não chegaria a formar-se, a despeito da preclusão total das vias utilizáveis para novo exame no mesmo processo. Outro caminho consiste em reconhecer a existência da coisa julgada material, mas entender que é possível *negar imutabilidade à sentença* em razão do vício grave que a inquina; em outras palavras, entender que a *coisa julgada é suscetível de ser desconsiderada*. Fora dessas duas, não vislumbramos maneira de configurar dogmaticamente o fenômeno. Para que se possa pôr de lado o empecilho, decorrente da *res iudicata*, à rediscussão e reapreciação da matéria em processo subsequente, ou se parte da premissa de que na espécie não há coisa julgada, ou se afirmar que a *coisa julgada, embora exista, comporta desconsideração*. Se não nos enganamos, *tertium nom datur* (grifos no original).

A proposta de sistematização pela qual a coisa julgada material não chegaria sequer a se formar nas sentenças cujos conteúdos se afigurassem ofensivos a Constituição teve adesão do ilustre processualista paulista Cândido Rangel Dinamarco. Sobre a matéria, afirmou aquele autor (DINAMARCO, 2003, p. 27), o seguinte: “[...] *sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela res iudicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*” (grifos no original).

Entende Dinamarco que, naqueles casos de sentenças inconstitucionais, os efeitos que porventura delas resultassem seriam juridicamente impossíveis, e tal impossibilidade jurídica, impeditiva à atuação dos efeitos sentenciais, seria capaz de obstar a formação da coisa julgada material. Nesse diapasão seria equivocada a expressão “sentença inconstitucional transitada em julgado”, vez que, para aquele autor, a sentença ofensiva à Constituição jamais seria capaz de transitar em julgado.

Dinamarco (2003, p. 27), expôs que:

Uma sentença contendo enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes. Por mais que o juiz ou a mais elevada Corte do país determine o recesso de uma unidade federativa, isso não acontecerá e esse efeito não se produzirá, porque as forças da nação e do Estado estão autorizadas a impedi-lo, até pela força se necessário. Por mais que uma sentença condenasse alguém a despojar-se em vida de partes de seu corpo, essa sentença não comportaria execução alguma e legítima seria a resistência que o condenado viesse a opor a ela. E, não havendo efeitos a serem imunizados pela coisa julgada material, essa autoridade cai no vazio e não tem como efetivar-se.

Não se pode deixar de notar que, para o aludido processualista, a coisa julgada material tem o condão de imunizar não só o comando emergente da sentença de mérito, como também, os efeitos que lhe são próprios (declaratório, constitutivo e condenatório). Sendo assim, para ser coerente com seu pensamento, bem como à teoria de Liebman acerca da coisa julgada, a qual Dinamarco revela adesão, tem-se de concordar que, sendo juridicamente impossíveis os efeitos substanciais da sentença, impossível tornar-se-á, igualmente, a formação da *res iudicata*.

Em que pese a persuasiva construção dogmática elaborada por Dinamarco, é necessário, como o fez Barbosa Moreira, compreender que a adesão a essa proposta obrigará aos que dela perfilham a admitir determinadas conseqüências, dentre elas, a impossibilidade de utilização da via processual da ação rescisória para a impugnação de sentenças cujo conteúdo afronte a Constituição.

Veja-se Moreira (2005, p. 93), *verbis*:

Assim: quem sustente a inexistência da coisa julgada, terá coerentemente de rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença. O art. 485, *caput*, do estatuto processual limita esse cabimento, em termos inequívocos, aos casos de “sentença de mérito, *transitada em julgado*”; e, no entendimento praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência, a expressão significa aí “sentença revestida da *autoridade da coisa julgada material*”. Destarte, paradoxalmente, a superlativa gravidade do vício (inclusive a ofensa à Constituição) não satisfará – ao contrário de vícios menos graves – o requisito básico da admissibilidade da rescisória: semelhante via estará fechada a quem queira impugnar a sentença, após a preclusão das vias recursais.

Como se sabe, a ação rescisória possui natureza jurídica de ação autônoma de impugnação, dirigida contra sentença de mérito transitada em julgado, e fundamentada na alegação de existência de pelo menos um dos vícios elencados no art. 966 do CPC.

Assim, somente contra sentença cujo órgão judicial tenha se pronunciado sobre o mérito e, desde que tenha se operado o seu trânsito em julgado, poderá ser oposta ação rescisória; nos casos de sentença terminativa, faltarão uma das condições da ação a viabilizar sua propositura na medida em que se poderá renovar a demanda anteriormente proposta. Inexistirá, portanto, interesse processual a tal desiderato.

Desse modo, os que perfilham a proposta de sistematização na qual a coisa julgada material não chegaria a se formar em virtude da impossibilidade de produção de efeitos jurídicos da sentença inconstitucional, mesmo depois de esgotadas todas as vias recursais possíveis, devem admitir a impossibilidade de utilizar-se da via da ação rescisória para desconstituição de sentenças nos casos de que aqui se cuida.

Vale registrar, que o próprio Dinamarco, autor daquela proposta de sistematização, vislumbra semelhanças entre as sentenças terminativas e as inconstitucionais, em virtude de ambas não ensejarem a formação da coisa julgada material, mas tão somente a ocorrência da coisa julgada formal.

Nesse ponto, Dinamarco (2003, p. 26):

Ora, incidindo a *auctoritas rei judicatae* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material. É isso que se dá nas sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (ou seja, sem pronunciar-se sobre a pretensão trazida pelo demandante), nada dispõe sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum – e tal é a razão por que, segundo entendimento comum e absolutamente pacífico, tais sentenças podem ficar acobertas da coisa julgada *formal*, mas do material, jamais. Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é isso que se dá também com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito *juridicamente impossível*, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional (grifos no original).

Com efeito, a ocorrência do trânsito em julgado se dará sempre e tão somente quando a sentença julgar o mérito da questão posta em litígio e quando contra esta última não mais se puder opor recurso algum. Não é necessário, para ter ciência da ocorrência da coisa julgada material, a verificação do conteúdo da sentença de mérito, a ponto de se afirmar que, se constitucional, transitou em julgado, e se inconstitucional, não houve o trânsito em julgado.

Nesse contexto, a adesão à aludida proposta de sistematização ao fenômeno das sentenças inconstitucionais, encerrará, quando menos, um contrassenso desarrazoado, vez que, quando a sentença definitiva de mérito contiver qualquer dos vícios elencados nos incisos do art.

966 do CPC, a ação rescisória far-se-á cabível (desde que, é claro, somado aos outros requisitos que lhe são próprios); já quando tratar-se de sentença cujo vício seja o da inconstitucionalidade (vício inequivocamente mais grave do que os elencados no art. 966, do CPC e seus incisos), impossível será o manejo da ação rescisória.

Ademais, essas ideias esbarram em sólida construção jurisprudencial e doutrinária sobre o cabimento da ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do CPC. Ficou assente que na hipótese legal aludida o ajuizamento da ação rescisória se faz pertinente não só nos casos de violação à lei infraconstitucional, como também à Constituição.

Veja-se Didier (2006, p. 277), *verbis*:

É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que lei, tal como empregada no dispositivo, constitui expressão ampla, abrangendo tanto a lei estrangeira como a nacional, tanto a material como a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional (grifos no original).

Outro ponto digno de registro é que a aludida proposta de sistematização utiliza como fundamento a impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença. Assim, para essa proposta, a sentença inconstitucional não é capaz de produzir efeitos jurídicos e, como consequência, de ser coberta pelo manto da coisa julgada material. Desse modo, a inconstitucionalidade da sentença teria a implicação de tolher a eficácia do *decisum*.

Sucedem que o vício de inconstitucionalidade não está contido no plano da eficácia dos atos jurídicos, como permite concluir a proposta engendrada por Dinamarco. Diversamente, o vício de inconstitucionalidade está situado no plano da invalidade dos atos jurídicos. A sentença inconstitucional é nula, e somente após a declaração do vício pelo órgão competente é que não mais se produzirão os efeitos da sentença acometida por aquele vício.

É o mesmo que ocorre no controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. Antes de realizado aquele controle perante o STF, a lei apontada de estar acometida pelo vício da inconstitucionalidade continua a ter plena eficácia. Somente após ser julgada procedente a ADIN é que a mesma será retirada do ordenamento, não mais produzindo efeitos jurídicos.

De outro lado, proposta de sistematização diversa empregada pela doutrina é a que consiste na possibilidade de desconstituição de sentença inconstitucional, mesmo que a esta tenha se atribuído à imutabilidade inerente à coisa julgada material. Ao contrário da proposta anterior, essa última não nega existência da *res iudicata*, antes disso a confirma.

Nesse contexto, nada obsta que a sentença inconstitucional transite em julgado, bastando que se expirem todas as possibilidades recursais porventura cabíveis contra a sentença de mérito. Eis as palavras de Câmara (2005, p. 136), *verbis*:

[...] A sentença, mesmo a inconstitucional, é alcançada pela autoridade de coisa julgada. Preclusa a faculdade de interpor recurso contra tal sentença, terá a mesma alcançado a *res iudicata*. E, sendo de mérito a sentença, alcançadas serão a coisa julgada formal e a material.

A questão posta à consideração dos juristas, ao meu sentir, não é a de saber se a sentença inconstitucional transita ou não em julgado, mas a de saber se uma vez transitada ela em julgado poderá seu conteúdo ser revisto em processo posterior. Eis aí, pois, o dilema: relativizar ou não a coisa julgada?

Contra essa proposta, frise-se, também houve críticas veementes, entabuladas por vo-

zes autorizadas da seara do Direito Processual Civil, em especial a do professor Moreira, utilizando-se como argumento o disposto nos artigos 471 e 474, do CPC/1973 (art. 505 e 508 do CPC/2015).

Eis, portanto, as palavras de Moreira (2005, p. 93-94), *verbis*:

De outra parte, quem prefira trilhar o outro caminho, aceitando que a coisa julgada existe, mas pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições igualmente categóricas do Código de Processo Civil, a saber as dos arts. 471 e 474. Estabelece o primeiro: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação do estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”. Reza o segundo: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Dos dois incisos que, no art. 471, abrem exceções, nenhum aqui se aplica. Quanto ao inciso I, não se está cogitando (*rectius*: não se está *necessariamente* cogitando) de relações jurídicas continuativas; e, a tratar-se de alguma relação desse gênero, nem por isso o problema se porá em termos diferentes, visto que a proposta de “relativização” não distingue entre as hipóteses indicadas no texto legal e outras quaisquer. Ademais, não se apontam “casos prescritos em lei” (inciso II) em que se autorize, com a largueza preconizada, a revisão de decisões. Assim – sempre de lege lata -, o art. 471 e seus incisos exigem daquela proposta credenciais que ela não parece capaz de exibir.

Vamos ao art. 474. Nele se consagra a eficácia preclusiva da coisa julgada material, utilizando-se a técnica (um tanto grosseira) da ficção jurídica. Diz o texto que se “reputarão” deduzidas e repelidas as alegações e defesas *ex utraque* parte, ainda quando fossem capazes, se deduzidas, de levar o processo a desfecho diverso [...].

Nesse contexto, esta proposta de sistematização do fenômeno das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado esbarraria em óbices de ordem legal, notadamente os contidos nas regras processuais encontráveis nos arts. 505 e 508 do CPC/2015. Contudo, *data venia*, o próprio ordenamento jurídico é capaz de refutar tais críticas.

O estatuto processual civil brasileiro, em seu artigo 505, veda a possibilidade de qualquer magistrado decidir novamente questões já submetidas e decididas pelo judiciário, relativamente à mesma lide. Ressalvas a essa vedação há apenas nos casos de relação jurídica continuativa, quando sobrevier modificação no seu estado de fato ou de direito e nos casos em que a lei prescrever.

Com efeito, nada impede que o legislador ordinário possa criar leis que viabilizem a desconstituição de sentenças cujos conteúdos sejam incompatíveis com a Carta Magna, mesmo que a estas se tenham atribuído à imutabilidade e indiscutibilidade das decisões transitadas em julgado, sem que com isso se possa falar em algum impedimento legal, vez que estaria perfeitamente de acordo com a ressalva contida no art. 505, inciso II, do CPC.

Ora, outra coisa não fez o legislador, ao prescrever no art. 525, § 12, do CPC/2015, se não a possibilidade de o executado versar, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou quando fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido por aquela Corte como incompatíveis com a Constituição.

Da mesma forma, não caracteriza obstáculo à desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado o chamado efeito preclusivo da coisa julgada material. Como se sabe, o artigo 508 do CPC/2015 utilizou a teoria da ficção jurídica, a qual tem por fim, tornar irrele-

vantes todas as alegações e defesas que as partes pudessem opor após o trânsito em julgado, visando à procedência ou improcedência da pretensão.

Com efeito, a aplicação da teoria da ficção jurídica nos casos das sentenças inconstitucionais transitadas em julgado, ao menos naqueles casos em que a matéria Constitucional tenha ficado em aberto após o término do processo, impediria o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário de suas próprias decisões, controle este que lhe é inerente.

Não se deve, por outro lado, aceitar que a inconstitucionalidade da sentença seja arguida incessantemente, a ponto de se terem infinitas arguições desta natureza sobre a mesma questão constitucional, relativamente à mesma lide.

Nesse diapasão é que Theodoro Júnior e Faria (2005, p. 120) distinguem a questão constitucional nunca dantes examinada pelo órgão jurisdicional da que lhe tenha sido submetida ao crivo, *verbis*:

Urge, pois, distinguir a questão constitucional nunca examinada da que já foi objeto de decisão judicial pelo órgão competente. Naturalmente, se a arguição já foi repelida uma vez, por tribunal competente, e a sentença a seu respeito transitou em julgado, somente por meio de ação rescisória poderá ser reavaliada. É que Poder Judiciário já terá feito, de forma definitiva, o controle de constitucionalidade que lhe competia.

A tese do ataque à coisa julgada por embargos à execução ou por *querela nullitatis* prende-se, portanto, às hipóteses de ofensa à Constituição estranhas às questões anteriormente enfrentadas e solucionadas em juízo. Naturalmente, não teria cabimento imaginar que, depois de o STF declarar constitucional ou inconstitucional uma lei, pudesse a mesma arguição ser renovada perante o juiz da execução, em primeiro grau de jurisdição. O tema, de fato, estaria sepultado pela *res iudicata*. Inexistia, naquela altura, questão aberta sobre a inconstitucionalidade, visto que direta e expressamente rejeitada por julgamento, definitivo e indiscutível, do Poder Judiciário.

Com efeito, o que se pretende com o reexame de sentença transitada em julgado sob o fundamento de sua inconstitucionalidade é justamente o pronunciamento do Poder Judiciário sobre a questão. Acaso, já tenha o órgão jurisdicional emitido expressamente seu parecer, decidindo a *quaestio iuris* e lhe pondo ponto final, não mais se revelará útil a formação de nova relação processual para ser submetida ao judiciário a mesma questão anteriormente decidida.

Diversamente ocorrerá quando a questão constitucional não for apreciada e decidida pelo órgão jurisdicional. Nesta hipótese, não se poderá negar à parte interessada a postulação aos órgãos judiciais objetivando a desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário proferir a derradeira decisão sobre as várias situações que lhe são levadas a solução. Desse modo, o controle da função que lhe é típica (jurisdicional) será exercido por ele próprio, razão pela qual não se pode criar obstáculo ao Judiciário a efetuar o controle de suas próprias decisões, em especial, quando estas se afigurarem inconstitucionais.

Nesse contexto, já tendo o órgão jurisdicional competente efetivado o controle constitucional sobre determinado caso concreto, não poderá arguir-se novamente a mesma matéria que já fora objeto de decisão anterior, vez que sobre esta o Judiciário já emitira seu parecer solucionando a *quaestio*.

Theodoro Júnior e Faria (2005, p. 121), explicitaram que:

A tese que há bastante tempo vem sendo defendida por nós, não é, de forma alguma, a que advoga uma abertura ilimitada para sempre manter ao alcance da parte a rediscussão da questão constitucional. O que, desde o início, defendemos é a gravidade extrema da ofensa à Constituição a qual, por sua própria natureza, não se compatibiliza com prazos decadenciais para necessária e inevitável reparação. O que, em verdade, pensamos é que a nulidade de um decisório por motivo de ordem constitucional não pode deixar de ser apreciada, apenas sobre o pretexto de ter se esgotado o prazo legal para propositura da ação rescisória. [...].

Destarte, o mais grave dos vícios jurídicos não está sujeito ao efeito preclusivo da coisa julgada material quando a questão constitucional não tiver sido resolvida durante o decorrer da relação processual, ficando, portanto, passível de análise a qualquer tempo pelo Poder Judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto sobre o tema das *sentenças inconstitucionais transitadas em julgado*, conclui-se que:

- a) A coisa julgada não possui natureza absoluta, eis que coexistem ao lado do princípio da segurança jurídica, outros igualmente relevantes que podem justificar a preponderância de outro valor constitucionalmente assegurado em detrimento da segurança jurídica;
- b) a alegação de injustiça da sentença não é fundamento bastante para ensejar a desconstituição da *res iudicata*, sob pena de se eternizarem os litígios em busca de um ideal de justiça que, no mais das vezes, apresenta-se mutável aos contendores;
- c) somente a questão constitucional que não tenha sido objeto de apreciação expressa pelo órgão jurisdicional competente poderá dar ensejo à desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado em processo subsequente;

Cabe, entretanto, à doutrina a criação de critérios objetivos e claros a fim de facilitar o trato da matéria, bem como a evitar equívocos que a casuística possa ensejar, para que possa, posteriormente, haver a necessária modificação no plano legislativo. Desse modo, o tema das *sentenças inconstitucionais transitadas em julgado* precisa ser discutido e posto à avaliação de toda a comunidade jurídica, eis que versa sobre a colisão de valores fundamentais, a saber, a segurança jurídica, de que a *res iudicata* é instrumento, e aqueles demais valores constitucionais porventura violados através de um pronunciamento judicial.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodium, 2004.

BERALDO, Leonardo de Faria. A flexibilização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

BRASIL, Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador do texto: Yussef

Said Cahali. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2002.

\_\_\_\_\_. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DELGADO, José Augusto. Os efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodivm, v. 3, 2006.

\_\_\_\_\_. Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Repro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 109, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Repro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n. 130, 2005.

MACHADO, Daniel Carneiro. A coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. 3ª Série. São Paulo, Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 22, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, ano 100, v. 375, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Relativização da coisa julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodium,



2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). Coisa julgada inconstitucional. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 194.276-RS. Recorrente: Tecma Engenharia Ltda. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 29 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09.jul/2010.

\_\_\_\_\_. Ação Rescisória nº 870-PE. Autor: Edmilson Ramos Araújo e outros. Réu: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 13 de março de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09 jul. /2010.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 12.586-SP. Recorrente: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recorrido: Ponto Um Planejamento e Publicidade Ltda. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 04 de novembro de 1991. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09 jul. /2010.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 554.402-RS. Recorrente: Herberto Walter Goedel - Espólio. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE e Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 01 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09 jul. /2010.

\_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 720.953-SC. Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF. Recorrido: Ângela Tenfen e outros. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, 22 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 09 jul. /2010.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 171.235-0-MA. Recorrente: Estado do Maranhão. Recorrido: Sabina Machado de Carvalho e outros. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 23 de agosto de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 09 jul. /2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

# Organizadora

## Jéssyka Maria Nunes Galvão

Mestra e doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Advogada e professora, na Faculdade Santa Helena, Recife-PE.

# Índice Remissivo

## A

*administração* 25, 52, 53, 54, 55, 101, 102, 104, 105  
*administrativos* 102, 105  
*análise* 10, 17, 19, 20, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 41, 45, 55, 56, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 69, 70, 72, 81, 94, 95, 108, 112, 113, 114, 115, 122, 126, 128, 131  
*audiência* 19, 20, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 112, 122, 123, 125, 128, 129

## C

*comunicação* 75  
*conciliação* 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 132  
*constitucional* 5, 134, 136, 137, 139, 140, 142, 143, 144, 145  
*constituição* 31, 44, 109, 114, 134  
*consumidor* 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132  
*crime* 15, 16, 33, 36, 43, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72  
*criminal* 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 70  
*criminosos* 35, 37  
*custódia* 7, 9, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89

## D

*democrático* 109, 112, 116, 119  
*detentos* 51, 52, 53, 54  
*direito* 5, 7, 9, 11, 12, 13, 15, 21, 24, 25, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 40, 43, 45, 76, 77, 79, 81, 82, 83, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 147, 48  
*direitos humanos* 75, 76, 77, 78, 80, 82, 83, 84, 88, 89,

## E

*eleitoral* 98, 108, 109, 111, 112, 113, 117, 118, 119  
*empresas* 53, 55  
*espacial* 6, 9, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 69, 70  
*estratégias* 58, 59, 63, 64, 65, 67, 70

*estrita* 7, 9, 101, 102, 103, 104, 105  
*evolução* 6, 29, 30, 31, 33, 45  
*execução* 22, 25, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41,  
42, 43, 44, 45, 48

## G

*gestão* 52, 53, 55, 56, 63, 65, 70, 72

## H

*homicídios* 61, 62, 63, 67, 68

## I

*ilegalidade* 75  
*impactos* 58  
*implantação* 7, 9, 74, 75, 76, 79, 83, 84  
*inconstitucional* 42, 43, 108, 109, 113, 117, 118, 134, 135,  
136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145  
*inconstitucionalidade* 17, 18, 20, 45, 109, 111, 112, 113,  
114, 116, 117, 118, 119  
*inocência* 6, 9, 29, 30, 32, 33, 36, 38, 39, 42, 43, 44, 45,  
46, 77, 47

## J

*judicial* 75, 76, 79, 80, 81, 82, 85, 87, 88, 89  
*juiz* 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 75, 77,  
78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 148  
*juízo* 15, 17, 18, 19  
*jurídica* 11, 12, 16, 19, 32, 52, 86, 98, 100, 102, 103, 104,  
105  
*jurídico* 11, 12, 15, 19  
*jurisprudencial* 6, 29, 33, 37, 38, 45  
*justiça* 21, 25, 34, 75, 77, 80, 81

## L

*legalidade* 18, 33, 56, 77, 81, 88, 101, 102, 103, 104, 105,

106

*legislativa* 20, 45, 86, 97, 103, 104

*legislativas* 108, 111, 114, 119

*legitimidade* 58, 59, 66, 67, 69, 70, 102, 103, 104, 105

*lei* 15, 21, 24, 25, 26, 28

*liberdade* 77, 79, 80, 81, 85, 86, 88

*limitações* 7, 90, 91, 93, 96, 98, 99

## N

*negociação* 122, 123, 129

*neoconstitucionalismo* 11, 19

## O

*ódio* 54

*órgãos públicos* 102

## P

*pacote anticrime* 10, 11, 12

*pena* 18, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46

*penal* 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

*policiais* 58, 59, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70

*policimento* 6, 9, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70

*políticos* 5, 14, 33, 44, 54, 91, 99, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 119

*presos* 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 85, 88, 89

*presunção* 6, 9, 29, 30, 32, 33, 36, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47

*preventiva* 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22

*prisão* 6, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 30, 36, 38, 40, 41, 46, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 148

*processo* 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28

*processo penal* 6, 9, 75, 77, 78, 88, 89

*propriedade* 7, 9, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100

*pública* 5, 14, 20, 30, 40, 51, 52, 53, 64, 65, 66, 67, 68,

69, 70, 72, 79, 88, 92, 97, 101, 102, 103, 104, 105,  
106

*público-privada* 49, 50, 52, 53, 54, 55

## R

*reinserção* 50, 54

*remuneração* 51, 52, 53, 55

*repercussão* 24, 27, 28

*responsabilidade* 5, 52, 53

*retrocesso* 7, 9, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115,  
116, 117, 118, 119, 120

## S

*segurança* 58, 59, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 134,  
136, 137, 143

*sentença* 15, 25, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41,  
44, 46, 123, 129, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140,  
141, 142, 143

*seres humanos* 54

*serviço público* 52, 53, 54, 56

*sistema* 5

*sistema de votação* 108, 117

*sistema prisional* 32, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56

*social* 7, 9, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100

*sociedade* 76, 79

*STF* 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 134, 135,  
136, 140, 141, 142

*STJ* 35, 38, 45

*superendividamento* 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128,  
129, 130, 131, 132

*supremacia* 11, 12, 31, 109, 134, 136

## V

*vedação* 7, 9, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 116,  
117, 118

*voto* 39, 41, 42, 43, 44, 108, 110, 112, 113, 114, 115, 116,  
117, 118, 119, 47



**AYA EDITORA**  
**2023**