

**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 18

2020

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua 13 de Maio, 1259 – 3o andar – Bela Vista

01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3017-7781

esmp_revista@mpsp.mp.br

EXPEDIENTE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editora Responsável

Mylene Comploier, Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Assessora da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Editora Adjunta

Ticiane Lorena Natale, Mestra e Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Servidora Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Coordenador Editorial

José Roberto Fumach Junior, Mestre pela Université Panthéon-Assas, Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Conselho Editorial

Alexandre Rocha Almeida de Moraes, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus (SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos Da Ponte**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da

Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNI-SANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodriguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

Pareceristas

Adrielle Betina Inácio Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestra pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo (PUC-SP); **Aline Antunes Gomes**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ - RS), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí - SC); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Ana Paula Marques Andrade**, Universidade do Estado de Mato Grosso (UNE- MAT), Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); **Angelita Woltmann**, Universidade Franciscana (UFN-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Américo Bedê Freire Júnior**, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória; **Ana Maria de Carvalho**, Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO), Mestre pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Armando Albuquerque de Oliveira**, Centro Universitário João Pessoa (UNI- PÊ-PB), Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); **Arthur Antonio Tavares Moreira Barbosa**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Bruno Baldinoti**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Carlos Alberto Pereira Leitão Junior**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Cláudio José Langroiva Pereira**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Clayton Gomes de Medeiros**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Daniel Albuquerque de Abreu**, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF); Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Daniela Regina Pellin**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Daniele Galvão de Sousa Santos**, Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Denise Tatiane Girardon dos Santos**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ-RS) e Faculdades Integradas Machados de Assis (FEMA-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Dulcely Silva Franco**, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann**, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO),

Doutora pela Universidade Gama Filho; **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Doutor pela Universidade de Lisboa; **Fabiana Leonardi Campanella**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Felipe Barcarollo**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Felipe Chiarello de Souza Pinto**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Durinhos (FID-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP); **Flávio Cardoso Pereira**, Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutor pela Universidad de Salamanca (Espanha); **Flávio Eduardo Turessi**, Ministério Público de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Francieli Korquevicz Morbini**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Frederico Eduardo Zenedin Glitz**, UniCuritiba (PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Giácómo Tenório Farias**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS); **Gianfranco Silva Caruso**, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-SP), Mestre pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL-SP); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNI-VEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Jaceguara Dantas da Silva Passos**, Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MP-MS), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **Karine Grassi**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Eduardo Dias Cardoso**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz**

Gustavo Gonçalves Ribeiro, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ES-DHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais; **Lyza Anzanello de Azevedo**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestra pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Maria Áurea Cecato**, Universidade Federal da Paraíba, Doutora pela Université de Paris II Panthéon-Assas; **Mariângela Tomé Lopes**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Marina Demaria Venâncio**, Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (Itália), Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mônica Aguiar Silva**, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutora pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); **Natanael Dantas Soares**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA - AM); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional - IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Orides Mezzaroba**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Paulo Ricardo Schier**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Rafael Salatini Almeida**, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Reinaldo Denis Viana Barbosa**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Renato de Sousa Marques Craveiro**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Renee do Ó Souza**, Ministério Público do Mato Grosso (MP-MS), Mestre pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); **Reynaldo Mapelli Júnior**, Ministério Público de São Paulo (MPSP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Ricardo Andrade Saadi**, Polícia Federal (PF-DF), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Roberta Pappen da Silva**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestra pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo; **Rodrigo Alessandro Sartoti**, Sociedade Educacional de Santa Catarina (UniSociesc-SC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Samyra Haydêe Dal Farra Napolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília

(UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI-SP), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Silas Silva Santos**, Unoeste (SP), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tania Alves Martins**, Universidade de Itaúna (MG), Mestre pela Universidade de Itaúna; **Tatiane Gonçalves Mendes Faria**, Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG), Mestre pela Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foletto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Volnei Rosalen**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Diretor

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Assessores

José Roberto Fumach Junior
Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro
Mylene Comploier
Zenon Lotufo Tertius

Coordenação Editorial

José Roberto Fumach Junior

Editoras

Editora Responsável – Mylene Comploier
Editora Adjunta – Ticiane Lorena Natale

Revisão Ortográfica

Renato de Souza Marques Craveiro
Ticiane Lorena Natale

Diagramação

Ticiane Lorena Natale

Arte

Mariana de Paula Fioux Silva
Ticiane Lorena Natale

SUMÁRIO *TABLE OF CONTENTS*

APRESENTAÇÃO

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa e Mylene Comploier19

ARTIGOS

A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI Nº 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”)

LEGITIMACY FOR THE COLLABORATION AGREEMENT CELEBRATION AWARDED UNDER LAW No. 13,964/19 (“ANTICRIME PACKAGE”)

Ana Claudia Lorenzetti Mendes, Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro.....22

O PACOTE ANTICRIME E O ART. 3º-A, DO CPP, A POSIÇÃO DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO, O MOVIMENTO DE REFORMA (AINDA QUE PARCIAL) E A CONTRARREFORMA

THE ANTICRIME PACKAGE AND THE 3RD-A ARTICLE OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: THE JUDGE’S POSITION IN THE ACUSATORY SYSTEM, THE REFORM MOVEMENT AND THE COUNTER-REFORM

Eduardo Francisco de Siqueira, Bruno Augusto Vigo Milanez.....42

EL PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DENTRO DEL PROCESO PENAL

O PAPEL DO TRIBUNAL SUPREMO E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS DENTRO DO PROCESSO PENAL

THE ROLE OF THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTIONAL COURT IN PROTECTING FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS WITHIN THE CRIMINAL PROCESS

Jaime Vegas Torres.....58

DESIGUALDADE DE GÊNERO E A VULNERABILIDADE DAS MULHERES COM DEFICIÊNCIA

GENDER INEQUALITY AND THE VULNERABILITY OF WOMEN WITH DISABILITIES

Luíza Souto Nogueira.....73

O DIREITO AO CONHECIMENTO DOS DIREITOS: PROMOÇÃO DA CIDADANIA E AUMENTO DA QUALIDADE DA DEMOCRACIA

THE RIGHT TO KNOW THE RIGHTS: CITIZENSHIP PROMOTION AND DEMOCRACY QUALITY IMPROVEMENT

Yuri Fisberg, Cláudia Regina de Azevedo.....90

O ESCOPO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE REACH OF THE COOPERATION PRINCIPLE IN THE CIVIL PROCEDURE CODE

Larissa de Freitas Couto Barreiros, Túlio Macedo Rosa e Silva, Adelson Silva dos Santos.....107

DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO: NOVOS APORTES PARA O DEBATE BRASILEIRO

RIGHT TO PRIVACY X RIGHT TO INFORMATION: NEW CONTRIBUTIONS TO THE BRAZILIAN DEBATE

Igor Costa, Rodrigo Dalledone.....131

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE INTERCURRENT PRESCRIPTION IN THE IMPLEMENTATION PROCESS: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN CIVIL PROCEDURAL CODE OF 1973 AND THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE OF 2015

Wellington Henrique Rocha de Lima, Edson Santana Bezerra Júnior e Madake Leal dos Santos.....146

LINHA EDITORIAL

EDITORIAL LINE

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

- I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.
- II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.
- III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.
- IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências penais para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas se encontram especificadas nas Diretrizes para os Autores.



APRESENTAÇÃO

Apesar dos grandes e inesperados desafios trazidos por 2020, a Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo conseguiu manter a constância na apresentação de uma publicação plural e comprometida com o saber.

Neste segundo semestre de 2020, buscamos trazer novos temas (como o Pacote Anticrime) e outros que já não são tão novos (como os fundamentos do nosso regime político), mas que exigem nossa atenção permanente para que o Estado Democrático de Direito se fortaleça.

Assim, a RJESMPSP é aberta com a polêmica sobre a “A legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada diante da Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime)” de Ana Claudia Lorenzetti Mendes e Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro. Já na pesquisa “O pacote anticrime e o art. 3º-A, do CPP, a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma”, Eduardo Francisco de Siqueira e Bruno Augusto Vigo Milanez apresentam as disputas em torno da nova lei numa perspectiva que contribui para a pluralidade de ideias, ainda que não reflita a nossa posição.

Apresentando alternativas para o reforço da democracia, o artigo “O direito ao conhecimento dos direitos: promoção da cidadania e aumento da qualidade da democracia” de Yuri Fisberg e de Cláudia de Azevedo aborda a centralidade da educação nessa tarefa.

Esta edição também está repleta de artigos sobre a proteção dos direitos fundamentais, assunto que deve permanecer e ganhar ainda mais relevância em meio a tantas transformações. Jaime Vegas Torres apresenta e problematiza os instrumentos das altas cortes espanholas nesta seara com “*El papel del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos y libertades fundamentales dentro del proceso penal*”, inclusive frente ao desafio do acúmulo de processos tão comum à realidade da Justiça brasileira; e a pesquisa “Direito à privacidade x Direito à informação: novos aportes para o debate brasileiro” de Igor Costa e Rodrigo Dalledone aborda a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais num mundo cada vez mais mediado pelo digital.

O artigo de Luíza Souto Nogueira, “Desigualdade de gênero e a vulnerabilidade das mulheres com deficiência” investiga interseccionalmente as desigualdades, colaborando com nossos estudos em interesses difusos e coletivos.

O processo civil também está contemplado nesta edição com a pesquisa “O escopo do princípio da cooperação no Código de Processo Civil” de Larissa de Freitas Couto Barreiros, Túlio Macedo Rosa e Silva e Adelson Silva dos Santos; e “A prescrição intercorrente no processo de execução: análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o Novo Código de

Processo Civil de 2015” de Wellington Henrique Rocha de Lima, Edson Santana Bezerra Júnior, Madake Leal dos Santos.

Por fim, reiteramos que continuamos com nossos esforços e expectativas de avançarmos na qualificação que a revista já possui junto à CAPES e aos fatores de impacto pertinentes aos periódicos científicos. Nesse sentido, sabemos que mais do que o atendimento a critérios formais, a qualidade da publicação se reflete na contribuição que ela pode aportar a novas pesquisas e debates relevantes no país. E prosseguimos nas tratativas de adoção do *Digital Object Identifier* (DOI) nos artigos, na atualização de nossa plataforma editorial, no incremento no diálogo com nossos autores e pareceristas e, ainda, na colaboração com outras publicações de todo o país.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Diretor da Escola Superior do Ministério Público

Mylene Comploier

Editora Responsável

**A LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE
COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DA LEI Nº 13.964/19 (“PACOTE
ANTICRIME”)**

***LEGITIMACY FOR THE COLLABORATION AGREEMENT CELEBRATION AWARDED
UNDER LAW No. 13,964/19 (“ANTICRIME PACKAGE”)***

ANA CLAUDIA LORENZETTI MENDES

Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) em 2007. Pós-graduanda em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela Projuris Estudos Jurídicos, a ser finalizada em 2020. Analista Jurídico do MPSP desde outubro de 2012, lotada na Promotoria de Justiça de Santa Cruz do Rio Pardo

GUSTAVO HENRIQUE DE ANDRADE CORDEIRO

Mestre e doutorando em Direito. Promotor de Justiça no Ministério Público do estado de São Paulo desde 2014. Professor do UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília desde 2018

RESUMO

Este artigo pretende avaliar a legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada, diante das novas disposições trazidas pela Lei nº 13.964/19. É certo que, à luz das disposições até então existentes na Lei de Crime Organizado, havia discussão sobre a legitimidade, digladiando-se as correntes tendentes a facultá-lo apenas ao órgão ministerial, como titular da ação penal, e, de outro lado, correntes também corroborando tal possibilidade à autoridade policial, pelo fato de esta avença não interferir na titularidade da ação penal. Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5508 pelo Supremo Tribunal Federal em meados de 2018, colocou-se uma pá de cal sobre o assunto, por considerar constitucional a possibilidade de o delegado de polícia realizar acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial. Ocorre que, com o advento da Lei nº 13.964/19, a discussão se reacende. Empregar-se-á o método dedutivo, com realização de pesquisa bibliográfica para conclusão acerca do tema.

Palavras-chave: Colaboração Premiada; Negociação; Ministério Público; Autoridade Policial.

ABSTRACT

This article intends to assess the legitimacy for the conclusion of the awarded collaboration agreement, in view of the new provisions brought by Law No. 13,964/19. It is true that, in the light of the provisions previously existing in the Organized Crime Law, there was a discussion about legitimacy, dislodging the currents tending to provide it only the Public Ministry, as the holder of the criminal action, whereas, on the other hand, currents also corroborating the possibility of it by the police authority, as this agreement does not interfere in the ownership of the criminal action. With the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) No. 5508 by the Federal Supreme Court in mid 2018, a shovel of lime was put on the subject, as it considered constitutional the possibility for police delegate to enter into winning collaboration agreements during the police investigation phase. It so happens that, with the advent of Law N. 13964/19, the discussion is rekindled. The deductive method will be used, with bibliographic research to conclude about the theme.

Keywords: Awarded Collaboration; Negotiation; Public Ministry; Police Authority.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Corrupção, crime organizado e colaboração premiada: origens e normas. 3. Importância e natureza jurídica da colaboração premiada. 4. Legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante do crescimento da criminalidade organizada e de seu aperfeiçoamento em relação à estrutura, à logística, à forma de comunicação e aos instrumentos necessários à prática delitativa, tornou-se cada vez mais complicado para o Estado combater este tipo de criminalidade, sendo imposta pela ordem jurídica internacional a elaboração de diplomas de repressão a esta forma pujante de infração à lei penal, que possui peculiaridades diversas da criminalidade comum.

Neste contexto, foram elaboradas sucessivas leis a fim de reger o enfrentamento à corrupção e à criminalidade organizada. Inicialmente, a colaboração premiada foi prevista nestas leis como meio de obtenção de prova, passando à natureza jurídica de negócio jurídico processual diante da alteração jurisprudencial, posteriormente positivada no ordenamento jurídico com a alteração efetuada pela Lei nº 13.964/19 nas disposições da Lei nº 12.850/13, que traz o regramento acerca das organizações criminosas.

Existem acalorados debates acerca deste instituto, porém efetua-se um recorte para analisar a titularidade da negociação do acordo de colaboração premiada: poderia a autoridade policial realizar a avença ou apenas o Ministério Público? Antes do advento da Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, havia entendimento do Supremo Tribunal Federal, esposado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5508, considerando constitucional a possibilidade de o delegado de polícia realizar de forma exclusiva referido pacto na fase do inquérito policial. Aparentemente, o tema havia se resolvido. Porém, com o advento do “Pacote Anticrime”, que deu nova roupagem ao instituto, reacendeu-se a polêmica.

2 CORRUPÇÃO, CRIME ORGANIZADO E COLABORAÇÃO PREMIADA: ORIGENS E NORMAS

Antes de adentrar o tema central, necessário realizar-se uma digressão temporal a fim de se analisar a razão remota da necessidade de se positivar o instituto da colaboração premiada.

Efetuando-se um recorte histórico, pode-se verificar que a corrupção no país remonta à época do Brasil como colônia de Portugal, sendo que no final do século XVI, período em que Portugal se encontrava empenhado em povoar tanto o Brasil quanto as demais colônias, houve um aumento exponencial nas penas de degredo, época em que pequenos delitos eram motivo para exílio, podendo ser esta uma das razões determinantes para a criação da mentalidade que

favorecia a corrupção no país. Acresce-se, ainda, ao fato de que, quando D. João desembarcou no país em 1808, no Rio de Janeiro, recebeu de presente de um traficante de escravos o terreno da Quinta da Boa Vista, sendo assegurado ao “despretensioso” doador o status de “amigo do Rei”. Diante destas análises, verifica-se que a troca de favores já era comum desde os mais remotos tempos, caracterizando-se o célebre “toma lá, dá cá” (FRIEDE, 2019, p. 13)

Observa-se que o Brasil possui herança de um estado “altamente centralizado, burocratizado e clientelista”, o que funciona como “um autêntico indutor da corrupção”, saltando aos olhos a notícia de que o uso de dinheiro público pelo rei e seus ministros, “para fins particulares, não era entendido como corrupção pela maioria da população”, característica que restou enraizada no Estado brasileiro. Somando-se a isso, há informação de que, durante o Regime Militar, os índices de corrupção foram os menores do país, e que em referida época houve iniciativas isoladas com o escopo de combater a corrupção. Porém, certo é que, mais do que uma alteração das escusas relações entre o poder público e privado, é necessário que se realize uma transformação na própria concepção estrutural de Estado (FRIEDE, 2019, p. 14-16).

Partindo-se da ideia de que é necessária a alteração estrutural, é interessante destacar o nexos entre a superação do obstáculo do crescimento econômico e o combate à corrupção:

Curioso observar que países que, de alguma forma, almejavam se desenvolver social e economicamente, bem como ampliar sua influência e respeito internacional, engajaram-se com vigor na luta contra a corrupção, reconhecendo ser este o principal obstáculo ao crescimento econômico. Ainda que as autoridades acusadas de tal conduta geralmente se defendam afirmando serem perseguidos políticos (o que até pode ser verdadeiro, em parte), é também interessante notar que este é o discurso ‘padrão’ frequentemente decorado e repetido por aqueles que se veem envolvidos em escândalos dessa natureza (FRIEDE, 2019, p. 17).

A corrupção, enraizada que está em nosso país, geralmente ocorre em meio ao crime organizado, que não só, mas também, efetua manobras espúrias com o fim de dar aparência lícita ao dinheiro desviado ilicitamente.

A INTERPOL traz pontual definição sobre a abrangência da corrupção:

Você, a economia, empresas e nações inteiras podem ser todos afetados pela corrupção.

A corrupção é universal.

Ela afeta todas as regiões do mundo e todos os níveis da sociedade, mas o impacto é maior nos países em desenvolvimento.

Os efeitos da corrupção são de longo alcance: ela pode minar a estabilidade política, social e econômica, e em última análise, ameaçar a segurança e a proteção da sociedade como um todo.

A corrupção cria um terreno fértil para atividades do crime organizado, até mesmo para o terrorismo, pois os criminosos são auxiliados em suas atividades ilegais pela cumplicidade de funcionários públicos corruptos.

A globalização econômica tornou a corrupção um crime sem fronteiras. O competitivo mundo dos negócios internacionais pode deixar as empresas expostas a subornos e práticas financeiras fraudulentas.

As transações corruptas podem cruzar várias jurisdições, tornando a investigação policial subsequente demorada e complexa¹ (INTERPOL, 2020, tradução nossa).

Ao longo dos tempos, notou-se um crescente aumento da criminalidade organizada, e diante de todo o aparato e meios modernos de atuação, o Estado não raras vezes se viu impossibilitado de combater este mal, que assola a sociedade como um todo. Neste sentido:

Como é conhecido, em consequência da fraqueza do Estado em combater de modo eficiente a criminalidade que se desenvolveu em âmbito nacional, essa cresceu, se desenvolveu de modo significativo, não só na multiplicidade de prática de delitos que ofendem gravemente bens jurídicos não só das pessoas, bem como do próprio Estado, como também houve a proliferação de pessoas delinquentes, que acabaram se juntando, formando grupos, se constituindo, dessa maneira, em autênticas organizações criminosas que estão se fortalecendo no correr dos tempos, enquanto que os Órgãos de combate à criminalidade estão se definhando, enfraquecendo, perdendo o minguido poder que tiveram ao longo dos tempos (MOSSIN, H.; MOSSIN, J., 2016, p. 29).

Neste contexto, foram editadas diversas leis, a fim de coibir a criminalidade organizada, dada sua atuação com peculiaridades próprias, que a distinguem da criminalidade comum.

¹ *You, the economy, companies and entire nations can all be affected by corruption. Corruption is universal.*

It affects all regions of the world and all levels of society, but the impact is greatest in developing countries.

The effects of corruption are far-reaching: it can undermine political, social and economic stability, and ultimately threaten the safety and security of society as a whole.

Corruption creates a fertile ground for organized criminal activities, even terrorism, as criminals are aided in their illegal activities by the complicity of corrupt public officials.

Economic globalization has made corruption a borderless crime. The competitive world of international business can leave companies exposed to bribes and fraudulent financial practices.

Corrupt transactions can cross multiple jurisdictions, making the ensuing police investigation both time-consuming and complex.

Pode-se citar, de início, a lei de crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) e a lei que previa o uso de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9034/95).

No âmbito internacional, vale citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, conhecida como "Convenção de Mérida" e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como "Convenção de Palermo", que também tratam da colaboração premiada e foram importantes bases para diversas legislações domésticas.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 12.964/12, acerca do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas e, por fim, a Lei nº 12.850/13, a qual previu em seu artigo 3º, inciso I, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Por sua vez, com a Lei nº 13.964/19, para além de um meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada foi também considerado um negócio jurídico processual.

Vale ressaltar que, além de estar prevista nas normas específicas acerca de crime organizado, a colaboração premiada também foi positivada na legislação referente a lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), nos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90), na lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei nº 9.807/99), nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), na lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11), na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), na extorsão mediante sequestro do Código Penal (artigo 159, §4º), e nos delitos referentes ao tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06).

Verifica-se, pois, que foram necessárias edições de normas no plano internacional, que refletiram no plano nacional, para que se pudesse realizar o enfrentamento à corrupção e ao crime organizado, em diversas esferas, protegendo inúmeros bens jurídicos, advindo daí a importância do instituto da colaboração premiada como aliado do Estado no combate às práticas ilícitas.

3 IMPORTÂNCIA E NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Embora existam muitas críticas acerca do instituto pelo fato de que o Estado atua ao lado de um criminoso e pelo fato de que este apenas celebraria o pacto por muitas vezes se encontrar em estado de vulnerabilidade, geralmente quando cerceada a liberdade, o certo é que com esta alternativa, verdadeiro meio de obtenção de prova, que recentemente adquiriu

roupagem de negócio jurídico processual, tem se conseguido obter inúmeras provas referentes a investigações em curso ou em relação a fatos a serem investigados a partir das informações trazidas – como por exemplo, nas conhecidas Operações “Lava Jato” e “Patmos”, esta última em relação à JBS, além de numerosas condenações pelas infrações penais praticadas, mas principalmente, devolução de patrimônio adquirido ilicitamente em prejuízo da sociedade, resultados que certamente não seriam alcançados pela liturgia processual comum, utilizando-se dos meios convencionais, muitas vezes burocráticos e morosos a efetivar uma resposta penal à sociedade.

Vale destacar o precioso recorte histórico efetuado pelo Ministro Celso de Mello acerca da colaboração premiada na ADI nº 5508 (STF, 2018, p. 9):

*A **colaboração premiada**, embora em voga no direito processual penal italiano, **notadamente** a partir de meados da década de 1970, **em contexto de combate ao terrorismo** (que, em momento subsequente, **no início** da década de 1990, veio a ser utilizada **na operação** “Mãos Limpas”, **objetivando a repressão** a práticas de corrupção governamental), **surgiu, entre nós**, no direito reíno, **fundada nas Ordenações do Reino** (1603), **instituída, primariamente, com o objetivo** de agraciar aqueles **que delatassem** os autores e partícipes do crime de falsificação de moeda (Título 116) **e, sobretudo, do crime gravíssimo** de “lesa-majestade” (Título 6), **que constituía o mais sério delito previsto no temível Livro V** do Código Filipino, o “*liber terribilis*”, **tal a prodigalidade** com que esse estatuto legal **cominava** a pena de morte!!! Na Conjuração Mineira (1789), Joaquim Silvério dos Reis **valeu-se** desse meio **e delatou** os inconfidentes de Vila Rica, *hoje Ouro Preto*, **havendo sido beneficiado** pela legislação portuguesa **consubstanciada, quanto a esse ponto**, nas (*então*) vigentes Ordenações Filipinas! (STF, 2018, p. 9, grifo do autor)*

Sobre a importância da criação do instituto diante da fragilidade estatal no combate à criminalidade:

Em circunstâncias deste matiz, procurando combater essa fragilidade, a própria incompetência do Estado em reprimir as práticas delitivas, buscou-se uma alternativa, por sinal pouco recomendada, uma vez que obriga o aplicador do direito a conferir recompensa ao criminoso que denuncia seu comparsa, quer diminuindo sua pena na eventualidade de ser condenado, quer, de maneira extrema, conferindo-lhe o perdão judicial, que se constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, inc. IX, CP). O que se conclui é que o Estado se aliou ao delinquente para ambos lutarem em oposição à criminalidade (MOSSIN, H.; MOSSIN, J., 2016, p. 29).

Observa-se que se trata de uma recompensa ao criminoso, sendo, segundo o próprio nome diz, um importante prêmio dado em contraprestação à sua colaboração ao processo.

Acerca do uso deste meio de prova, rebatendo a crítica ao instituto, destacam Arthur Pinto de Lemos Junior e Beatriz Lopes de Oliveira:

A colaboração premiada tem sido utilizada invariavelmente para dismantelar casos importantes, complexos e de repercussão. Evidente que sua aplicação abrange toda a gama de delitos compreendidos no genérico conceito de criminalidade organizada.

[...]

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu sua constitucionalidade, embora haja ainda alguma – pouca – polêmica na doutrina. Não há espaço para debate sobre ética ou moral à vista da aplicação da colaboração premiada, pois a prática criminosa grave ofendeu primeiro tais nobres princípios.

O instituto da colaboração premiada integra nosso ordenamento jurídico por meio de várias Leis coerentes com a Constituição Federal. Ademais, ela sempre existiu por meio do chamamento do corréu ao processo, ou simplesmente por meio da imputação ao corréu no interrogatório judicial. Assim, pode e deve ser aplicada, especialmente no âmbito da criminalidade organizada (LEMOS JUNIOR; OLIVEIRA, 2014, p. 43).

Em relação ao instituto, discorre Vladimir Aras, pontuando se tratar de norma mais favorável ao colaborador, havendo diversos sinônimos, tais como “réu colaborador”, “colaboração criminal premiada”, “recrutamento operacional” e “delação premiada”, asseverando que este último termo deve ser evitado, pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, visto que não se limita à mera *delatio*. Ainda, o autor explica sua finalidade:

A colaboração premiada é instrumento de persecução penal destinado a facilitar a obtenção de provas do concurso de pessoas em fato criminoso, próprio ou alheio, e da materialidade dos delitos, servindo também para localização do proveito ou do produto de crime ou para a preservação da integridade física de vítimas de certos delitos, ou ainda para a prevenção de infrações penais (ARAS, 2013, p. 530).

Renato Brasileiro de Lima também diferencia colaboração premiada da delação premiada, entendendo não serem expressões sinônimas, pois a colaboração é mais abrangente. Ocorre a colaboração quando o imputado assume a culpa e fornece elementos sem incriminar terceiros ao passo que a delação ocorre quando, além de assumir culpa, o autor delata terceiros (LIMA, 2020, p. 793).

Importante ponderação efetua Vladimir Aras sobre o instituto, efetuando destaque para o arrependimento na seara penal e a importância dos acordos criminais, podendo livrar um autor de acusação ou obter redução de pena, poupando vítimas do confronto com autores, a fim de

reduzir a vitimização secundária, defendendo interesses civis dos ofendidos sem prejuízo da responsabilização penal, aduzindo, ainda, que:

O estímulo penal ao arrependimento não é uma novidade. A lei penal sempre previu a utilização de instrumentos baseados em sentimentos do réu para minorar as consequências penais, como a confissão, a desistência voluntária, o arrependimento eficaz, o arrependimento posterior, a reparação do dano, etc. A negociação processual (*plea bargain*) é uma ferramenta fundamental para a justiça criminal dos países de common Law e vem sendo adotada em várias nações que seguem o modelo criminal da civil Law. Os acordos criminais são utilizados com frequência para a responsabilização de integrantes de patamares médio e inferior de organizações criminosas em troca de confissões verazes e de depoimentos verídicos contra os líderes de esquemas ilícitos. O caso Cesare Battisti é um bom exemplo da legitimidade da delação premiada. Condenado na Itália com base em declarações de *pentiti*, entre outras provas, Battisti alegou perante cortes da França e do Brasil a invalidade da colaboração em seu desfavor. No entanto, as cortes francesas, o STF e o TEDH afirmaram que a ação penal italiana respeitou o devido processo legal. Também na Itália, a delação foi utilizada com sucesso no *Pool Antimafia*, com auxílio do *pentito* Tommaso Buscetta, que se tornou colaborador do *Pubblico Ministero* e do FBI (ARAS, 2013, p. 530).

Para o Supremo Tribunal Federal, além de meio de obtenção de prova, natureza jurídica já trazida pela Lei nº 12.850/13 em seu artigo 3º, inciso I, é inegável o caráter de negócio jurídico processual personalíssimo da colaboração premiada, conforme assentado no *Habeas Corpus* nº 127.483/PR (STF, 2015, p. 39) e replicado na Questão de Ordem na Petição nº 7074 (STF, 2017, p. 17).

A amparar a natureza jurídica de negócio jurídico processual da colaboração premiada também é valiosa doutrina:

De um lado, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º), exteriorizam a sua vontade como parte relacionada ao direito de persecução, em favor da sociedade. *Sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial inexistente acordo de colaboração*. Sobre a capacidade negocial do delegado de polícia, cuidar-se-ia de (in)capacidade relativa específica, já que é imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar do suporte fático negocial (DIDIER JUNIOR; BOMFIM, 2016, p. 31).

O Enunciado nº 43, editado em conjunto pela Procuradoria-Geral de Justiça e pela Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, assentou a natureza jurídica de negócio jurídico entre as partes, alinhando-se ao preconizado pela Lei nº 13.964/19, ao dispor que “os benefícios da Lei nº 12.850/13 não podem ser concedidos de ofício pelo juiz da instrução e julgamento fora da hipótese de negócio jurídico entre as partes” (MPSP, 2020, p. 6).

Diante da já citada fragilidade do Estado em combater as práticas delitivas, vale ressaltar que a colaboração premiada é importante instrumento utilizado para obtenção de provas que muitas vezes não seriam localizadas com o rotineiro trabalho dos órgãos de persecução penal, dado o grau de evolução da estrutura e do funcionamento desta complexa criminalidade. De mero meio de obtenção de prova, a jurisprudência, com assentamento legal posterior, entendeu também pelo caráter de negócio jurídico processual, o que trouxe inúmeras consequências ao instituto.

4 LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei de Organizações Criminosas traz detalhes acerca da negociação a ser realizada e das partes que a integrarão.

À semelhança do que ocorre em outros institutos de justiça negociada, na colaboração premiada também é imprescindível a presença do defensor, consoante se observa nos artigos que tratam do instituto.

Verifica-se a necessidade da presença de defensor, em especial, nas disposições existentes nos artigos 3º-C, §1º, da Lei nº 12.850/13, ao assegurar que “nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público” e também no artigo 4º, §6º, da referida lei, ao mencionar que a formalização do acordo “ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”, e que o juiz não participará das negociações, em homenagem ao sistema acusatório (BRASIL, 2013).

Prevalece que a espontaneidade não é condição para o acordo, e sim a voluntariedade, ou seja, que seja um ato não forçado, livre de constrangimento, podendo ter sido aconselhado, desde que inexista coação (LIMA, 2020, p. 805).

Acerca da homologação do acordo, destaca o Ministro Celso de Mello na ADI nº 5508:

Impõe-se observar, na espécie, **que o magistrado**, ao examinar o acordo de colaboração premiada, **deve necessariamente** fazê-lo, **como determina** a legislação, **sob a tríplice perspectiva de sua voluntariedade, regularidade e legalidade** (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 7º), **sendo certo** que, **ao proceder à homologação** de referido pacto negocial, **essencialmente fundado no consenso** das partes envolvidas, **exerce típica atividade de caráter**

jurisdicional, pois imprime a mencionado ajuste a própria autoridade de que se acha investido (STF, 2018, p. 14, grifo do autor).

A discussão acerca da legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada – a ser realizada pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia – chegou à Suprema Corte brasileira, através da ADI nº 5508, julgada em 20 de junho de 2018, oportunidade em que, após intensas ponderações acerca do instituto, foi considerada constitucional a possibilidade de a autoridade policial, no curso do procedimento investigatório, celebrar acordo de colaboração premiada (STF, 2018, p. 31).

Importante destacar que o Ministro Celso de Mello (STF, 2018, p. 9, 20 e 22), ao reconhecer a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, na esteira da Convenção de Palermo e da Convenção de Mérida, entendeu indisputável que sempre competirá à autoridade policial presidir o inquérito policial, sendo inquestionável que o órgão ministerial, em nítida cooperação com os organismos policiais, poderá requisitar diligências e acompanhar atividades probatórias. Daí porque inegável a necessidade de que ambas as instituições – Ministério Público e Polícia Judiciária – possuam um convívio harmonioso, solidário e cooperativo, e não de conflito institucional, “objetivando colimar os fins que as motivam enquanto órgãos da persecução penal e que se destinam a possibilitar a apuração e a repressão a fatos delituosos”.

Nesta linha de pensamento, continua Celso de Mello, asseverando que a corrupção impregnou-se “no tecido e na intimidade de algumas agremiações partidárias e de instituições estatais, contaminando o aparelho do Estado”, caracterizando-se como conduta endêmica e “sinal de degradação da própria dignidade da atividade política, reduzida por esses agentes criminosos ao plano subalterno da delinquência institucional”, enfraquecendo instituições e corrompendo valores da democracia, sendo legítimo reconhecer, neste “contexto moralmente deteriorado de criminalidade organizada e de delinquência institucional” a adoção pelos órgãos de persecução penal, de medidas de repressão contra tais perniciosas práticas, significando que o Ministério Público e a Polícia Judiciária, como destinatários das revelações de práticas criminosas, não podem eximir-se de apurar tais ilícitos (STF, 2018, p. 24-25).

Conclui o eminente Ministro que as cláusulas insertas nos §§2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13 revestem-se de constitucionalidade por espelharem tratamento normativo conferido pela Lei Maior aos organismos policiais, ressalvando que a manifestação contrária do Ministério Público não obriga nem vincula o juiz, cabendo a ele verificar se presentes ou ausentes os requisitos legais necessários à homologação do acordo. Também ressalta que, diante

do âmbito de atuação, a autoridade policial apenas poderia negociar, celebrar e formalizar acordo com potenciais agentes colaboradores antes de instaurada a ação penal, ou seja, apenas na etapa de índole investigativa (STF, 2018, p. 33-34 e 37).

Com a decisão, colocou-se uma pá de cal sobre o assunto, pois o órgão máximo do Poder Judiciário havia se pronunciado sobre o tema.

De outro lado, com a edição da Lei nº 13.964/19, a colaboração premiada, para além de um meio de obtenção de prova, passou a ser considerada pela lei como um negócio jurídico processual, que pressupõe utilidade e interesse públicos, nos termos do artigo 3º-A da Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013), o que faz reacender a questão.

Pela validade da norma estampada no artigo 4º, §6º da Lei nº 12.850/13 e consequente possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada pela autoridade policial é a posição do delegado de polícia Márcio Adriano Anselmo, precursor da Operação "Lava Jato":

O parágrafo 6º do artigo 4º dispõe sobre as autoridades legitimadas a propor o acordo de colaboração premiada, sendo o Delegado de Polícia, no curso do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, ou diretamente por este. Assim, participam das negociações o Delegado de Polícia, enquanto autoridade policial, o Ministério Público e o acusado e seu defensor. Como não poderia ser compreendida de maneira diversa, a lei assegura ao delegado de polícia, enquanto presidente do inquérito policial, a legitimidade para proposição do acordo de colaboração na fase de investigação (ANSELMO, 2020, p. 82).

Nefi Cordeiro traz reflexiva saída acerca desta previsão em relação à autoridade policial:

Na negociação, previu a Lei da Criminalidade Organizada a representação estatal por meio do Ministério Público ou do Delegado de Polícia (art. 4º, §§ 2º, 6º e 9º, assim como no art. 6º). Muito se criticou a negociação pelo Delegado de Polícia, que não é parte nem possui a titularidade do direito de ação.

Não obstante, é de observar que a Lei da Criminalidade Organizada apenas manteve o critério de favor de pena, a ser aplicado exclusivamente pelo juiz, de modo que o simples requerimento (ainda que promovido em razão de negociação) pelo delegado não o torna indevidamente parte do processo penal. Apenas reconhece a lei que não precisa o juiz da concordância ministerial para aplicar minorante em dosimetria da pena.

[...] o favor de pena independe da negociação, podendo ser concedido de ofício pelo magistrado, responsável pela aplicação da lei e especialmente pela dosimetria da pena do culpado [...]. Se pode o favor de pena ser aplicado sem intervenção das partes, mal nenhum haveria ser o requerimento do favor baseado em negociação feita diretamente com a autoridade policial (CORDEIRO, 2020, p. 55).

De outro lado, existem correntes entendendo pela impossibilidade de celebração do acordo exclusivamente pela autoridade policial.

Na esteira da impossibilidade de o delegado de polícia celebrar o acordo de colaboração premiada também era a posição de Vladimir Aras quando da redação original da Lei nº 12.850/13, pelo fato de as autoridades policiais não integrarem a relação jurídica processual e não serem partes de eventual ação penal (ARAS, 2015).

Desta forma também é o pensamento de Eduardo Araújo da Silva (2014, p. 59-61, *apud* MASSON; MARÇAL, 2018, p. 190), para quem a lei é inconstitucional ao conferir ao delegado de polícia atividade que não lhe pertence, qual seja, a busca da imposição penal em juízo, devendo a autoridade policial representar para que o órgão ministerial realize o acordo. Alerta para o fato de que corre-se o risco de o Ministério Público manifestar-se de forma contrária ao acordo entabulado pela autoridade policial e o juiz homologar, havendo vinculação do delegado de polícia à disponibilidade da ação penal à revelia do titular desta, gerando cerceamento das funções acusatórias em juízo.

Nesta toada também refletem Masson e Marçal (2018, p. 191), não aceitando que o juiz homologue um ajuste com referidas características, e Eugênio Pacelli, ao aduzir que, além de ser prerrogativa constitucional do Ministério Público a valoração jurídico-penal dos fatos, o acordo, dada a natureza processual, deve ser realizado por uma parte processual, razão pela qual é:

[...] absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar qualquer modalidade de persecução penal, e, menos ainda, para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração (PACELLI, 2020, p. 1046-1047).

Renato Brasileiro de Lima também se debruça sobre o tema, alertando que se deve ter atenção ao disposto nos §§2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, devendo o juiz se recusar a homologar um acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial, ou antes de fazê-lo, ouvir o órgão ministerial, pois, caso concorde com os termos do ajuste, esta chancela poderá validar o acordo, porquanto:

Por mais que a autoridade policial possa *sugerir* ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples *manifestação do Ministério Público*. Por mais que a Lei nº 12.850/13 faça referência à manifestação do Ministério Público nas hipóteses em que o acordo de colaboração premiada for ‘firmado pelo Delegado de

Polícia', esta simples manifestação não tem o condão de validar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial. Isso porque a Lei nº 12.850/13 não define bem o que seria essa *manifestação*, que, amanhã, poderia ser interpretada como um *simples parecer ministerial*, dando ensejo, assim, à celebração de um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial ainda que o órgão ministerial discordasse dos termos pactuados (LIMA, 2020, p. 824).

Em linhas gerais, Renato Brasileiro de Lima critica os termos da lei ao prever que o delegado de polícia teria legitimidade ativa para firmar acordo com uma "*simples manifestação*" do Ministério Público. Ressalta que, por mais que a autoridade policial tenha interesse em obter informações relevantes sobre o funcionamento da organização criminosa através deste mecanismo que é a colaboração premiada, não se pode conceber a realização de um acordo sem a interveniência do titular da ação penal pública, diante do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, mormente porque ao outorgar a titularidade da ação penal ao órgão ministerial, também lhe conferiu, de forma exclusiva, o juízo de viabilidade da persecução penal. E ainda, diante da possibilidade do prêmio a ser concedido repercutir diretamente na pretensão punitiva estatal, não entende possível que a avença seja celebrada "sem a necessária e cogente intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples *manifestação*" (LIMA, 2020, p. 824-825).

Acerca da celebração durante a fase investigatória, insiste na impossibilidade de celebração pelo delegado de polícia, pontuando:

De mais a mais, ainda que o acordo de colaboração premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual resta evidenciada a partir do momento em que a própria Lei nº 12.850/013 impõe a necessidade de homologação judicial (art. 4º, §7º). Por consequência, se a autoridade policial é desprovida de capacidade postulatória e legitimação ativa, não se pode admitir que um acordo por ela celebrado com o acusado venha a impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, sob pena de se admitir que um dispositivo inserido na legislação ordinária possa se sobrepor ao disposto no art. 129, I, da Constituição Federal (LIMA, 2020, p. 825).

De outro lado, também pondera o autor que, caso seja admitida a legitimidade exclusiva do Ministério Público, deverá haver algum tipo de controle acerca da atuação ministerial, para se evitar que a discordância sobre a proposta sugerida pela autoridade policial permaneça imune, sugerindo a devolução pelo artigo 28 do Código de Processo Penal, em nítida aplicação subsidiária do princípio da devolução, como já ocorre com a suspensão condicional do processo e com a transação penal. Ressalta, ainda, que a legislação nada prevê acerca de

eventual proposta de colaboração premiada pelo assistente de acusação, devendo o silêncio eloquente ser interpretado como vedação (LIMA, 2020, p. 825).

Nota-se que, diante da alteração legislativa, com a consequente inclusão de natureza jurídica de negócio processual personalíssimo, bem como da consagração do sistema acusatório pela Lei nº 13.964/13, é crescente a doutrina pela impossibilidade de celebração de forma exclusiva pelo delegado de polícia.

Neste sentido, cita-se, ainda, Douglas Fischer, procurador da república que integrou a Operação “Lava Jato” e participou de avenças desta natureza, para quem a autoridade policial também não poderia celebrá-las, de forma exclusiva, por ser um negócio jurídico, e a polícia não pode assumir um compromisso jurídico-processual com colaborador, não havendo segurança à defesa para celebrar um acordo com a autoridade policial (FISCHER, 2020).

Na linha de pensamento pela vedação de a autoridade policial celebrar o acordo com o imputado, sem a participação do Ministério Público, também despontam Arthur Pinto de Lemos Júnior e Rafael Queiroz Piola. Vale destacar as considerações destes membros do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Arthur Pinto de Lemos Júnior ressalta que, com alteração legislativa que inovou trazendo a natureza jurídica de negócio jurídico processual ao acordo de colaboração premiada, houve fixação de regime jurídico diferenciado para este instituto. Pelo fato de, para além de um meio de obtenção de prova e estratégia de defesa, agora também ser considerado um negócio jurídico processual, apenas as partes processuais poderiam celebrá-lo e o delegado de polícia não é parte processual. Pondera que, tendo em vista que o delegado de polícia é um parceiro do Ministério Público no enfrentamento da criminalidade, o mais adequado seria que a autoridade policial representasse ao órgão ministerial para celebração da avença, e então, de forma conjunta, o Ministério Público, a autoridade policial e o indiciado, acompanhado de seu defensor celebrariam o acordo, ou, ainda, poderiam celebrar a avença apenas o Ministério Público, o indiciado e seu defensor. Referido raciocínio é respaldado no fato de que a autoridade policial não tem como oferecer benefícios ou prêmios ao indiciado, transigindo com aquilo que é privativo do órgão ministerial, diante da regra insculpida no artigo 129, inciso I, da Lei Maior, sendo estes benefícios processuais penais apenas possíveis ao titular da ação penal. Por fim, diante do sistema acusatório, assevera que o magistrado não poderia acolher representação da autoridade policial sem que o Ministério Público tenha acordado com a Polícia (LEMOS JUNIOR, 2020).

Rafael Queiroz Piola traça um pensamento semelhante ao de Lemos Junior, compreendendo que, diante da natureza jurídica de negócio jurídico processual, apenas o Ministério Público poderia celebrar o acordo de colaboração premiada. Justifica este entendimento no fato de que o delegado de polícia, não sendo sujeito processual, poderia ofertar o pacto a um imputado e, posteriormente, o órgão ministerial decidir arquivar ou denunciar, por não estar vinculado àquela avença. Devido a estes desafios, também pondera que o ideal seria que o órgão ministerial e a autoridade policial celebrassem de forma conjunta o acordo, não aceitando a avença celebrada apenas pelo delegado de polícia, por poder gerar prejuízos no caso concreto (PIOLA, 2020).

Adverte-se que, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ter pacificado o assunto na ADI nº 5508, entendendo que o delegado de polícia poderia celebrar o acordo de colaboração premiada, o certo é que, diante do sistema acusatório e da inegável natureza jurídica de negócio jurídico processual, consagrados pela Lei nº 13.964/19, conhecida como “Pacote Anticrime”, seguramente o Supremo Tribunal deverá revisitá-la a questão.

5 CONCLUSÃO

Observa-se a importância do instituto da colaboração premiada, relevante técnica especial de investigação, tido como meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual, diante da fragilidade do Estado em obter determinadas provas, que apenas desta forma poderiam ser trazidas à lume, dado o grau de evolução de estrutura e funcionamento da criminalidade organizada.

Sob a égide da Lei nº 12.850/13, antes do advento do “Pacote Anticrime”, discutia-se a legitimidade da celebração do acordo de colaboração premiada, confrontando-se correntes tanto pela viabilidade da avença através do órgão ministerial, quanto pela autoridade policial, tendo o Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 5508, solucionado a questão ao aduzir que devem as instituições Polícia Judiciária e Ministério Público agir de forma cooperada e harmoniosa, por um bem maior que é o combate à corrupção, que já de há muito se encontra arraigada em nossa sociedade, inclusive nas instituições, mormente porque se está, atualmente, diante de um contexto moralmente deteriorado de criminalidade e de delinquência institucional. Aparentemente, o conflito acerca da legitimidade estava solucionado.

Entretanto, com a edição da Lei nº 13.964/19, adicionando à natureza jurídica da colaboração premiada o caráter de negócio jurídico processual, a discussão se reacendeu. Há

correntes sugerindo que o delegado de polícia poderia celebrá-la de forma exclusiva, ao passo que outras sinalizam pela possibilidade de a autoridade policial celebrá-la apenas de forma conjunta com o órgão ministerial, ou com a chancela deste. De outro lado, acerca da legitimação do órgão ministerial em celebrá-la de forma exclusiva com o imputado e seu defensor, não há discussão por se tratar do legitimado a propor a ação penal pública.

A discussão se faz pertinente pelo fato de que, antes da Lei nº 13.964/19, a avença era tida pela lei como meio de obtenção de prova. Porém, com a positivação do entendimento jurisprudencial da Corte Suprema de que se trata de negócio jurídico processual, sendo ato personalíssimo a ser celebrado entre as partes processuais, além do fato de que o “Pacote Anticrime” consagrou o sistema acusatório, com nítida divisão de funções entre os atores processuais, há respeitável inclinação na doutrina afirmando que apenas os sujeitos processuais poderiam celebrá-la, e que eventual pactuação pela autoridade policial de forma singular, sem a presença do órgão ministerial, não o vincularia, o que poderia gerar prejuízo à defesa. Esta corrente entende que o órgão ministerial poderia celebrá-la de forma singular com o imputado e seu defensor, ou todos em conjunto com a autoridade policial, que não poderia, por sua vez, celebrá-la de forma singular com o imputado e seu defensor, o que sugere possa ter ocorrido uma superação de entendimento já esposado na ADI nº 5508, podendo ensejar reanálise pelo Supremo Tribunal Federal.

A reanálise pela Corte Suprema parece ser inevitável, tendo em vista que com a consagração do sistema acusatório e diante da nítida natureza de negócio jurídico processual, a corrente que entende pela impossibilidade de a autoridade policial celebrar de forma singular a avença está mais coerente com o novo texto legal, pois, por não ser sujeito processual, eventual acordo celebrado pelo delegado de polícia poderia ser antagônico aos interesses do titular da ação penal, que é parte processual, podendo inclusive ocasionar prejuízo à defesa. Diante deste cenário, para um enfrentamento efetivo à criminalidade, ideal que o órgão ministerial celebre o acordo de colaboração premiada de forma singular, com o acusado e seu defensor, ou que a autoridade policial represente ao Ministério Público para celebração e, de forma conjunta, celebrem o ajuste, como parceiros de combate à criminalidade que são, pautando-se pela nova ordem jurídica trazida pelo “Pacote Anticrime”.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *COLABORAÇÃO PREMIADA - O NOVO PARADIGMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO - Doutrina e Prática (A Visão do Delegado de Polícia)*. 1. ed. Rio de Janeiro: M. Mallet Editora, 2020.

ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de; MENDONÇA, Andrey Borges de et al (Coord.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 503-582.

ARAS, Vladimir. Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo. *Blog do Vlad*, 12 maio 2015. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo/>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. *Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.). Acesso em: 21 set. 2020.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 62, out./dez. 2016, p. 23-59. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1260352/Fredie_Didier_Jr_%26_Daniela_Bomfim.pdf. Acesso em 18 set. 2020.

FISCHER, Douglas. *Webinar Leis Penais Especiais: Leis das Organizações Criminosas*. São Paulo: MPSP, 17 jul. 2020, transmissão interna pelo *Microsoft Teams*.

FRIEDE, Reis. As raízes da corrupção brasileira. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 45, p. 12-24, mar./jun. 2019.

INTERPOL. *Corruption*. 2020. Disponível em: <https://www.interpol.int/Crimes/Corruption>. Acesso em: 16 set. 2020.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime organizado e a lei nº 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de; PIOLA, Rafael Queiroz. 3ª Mesa: Colaboração Premiada – Criminalidade Organizada e Juiz das Garantias. In: MPSP. *Simpósio sobre a Lei 13964/2019: Pacote Anticrime e sua Repercussão na Persecução Penal – 2*. São Paulo: MPSP, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Enunciados PGJ-CGMP – Lei nº 13.964/19*. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/corregedoria_geral/Publicacoes/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19.pdf. Acesso em: 19 de setembro de 2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O. G.. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL*. Voto do Ministro Celso de Mello. 20 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5.508DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ*. 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Íntegra do voto do ministro Celso de Mello em ADI sobre legitimidade de autoridade policial para celebrar acordo de colaboração*. 04 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428733>. Acesso em: 17 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Questão de Ordem na Petição 7.074 DISTRITO FEDERAL*. 29 de junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>. Acesso em: 18 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada*. 20 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>. Acesso em: 16 set. 2020.

Submissão do artigo: 05/10/2020

Aprovação do artigo: 23/11/2020

**O PACOTE ANTICRIME E O ART. 3º-A DO CPP: A POSIÇÃO DO JUIZ NO
SISTEMA ACUSATÓRIO, O MOVIMENTO DE REFORMA (AINDA QUE
PARCIAL) E A CONTRARREFORMA**

*THE ANTICRIME PACKAGE AND THE 3RD-A ARTICLE OF THE CRIMINAL PRO-
CEDURE CODE: THE JUDGE'S POSITION IN THE ACUSATORY SYSTEM, THE
REFORM MOVEMENT AND THE COUNTER-REFORM*

EDUARDO FRANCISCO DE SIQUEIRA

Pesquisador e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Internacional –
UNINTER. Membro do Núcleo de Pesquisa Direito Penal e Economia – PPGD
UNINTER

BRUNO AUGUSTO VIGO MILANEZ

Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC/UFPR). Mestre e Doutor em
Direito Processual Penal (UFPR). Professor do curso de graduação em Direito
Processual Penal da UNIBRA-SIL (licenciado). Advogado Criminalista, sócio do
Milanez & Berberi Advogados Associados

RESUMO

O denominado “*pacote anticrime*” promoveu diversas alterações no âmbito do sistema de justiça criminal, modificando regras de direito penal, processual penal e de execução penal. Em que pesem as incontáveis críticas ao *pacote* – a começar pelo fato de estar inserida em um contexto de reforma parcial do CPP – há aspectos positivos nas reformas, a exemplo da nova regra do art. 3º-A do CPP, que explicita a adoção do sistema acusatório de processo penal, vedando a iniciativa probatória *ex officio* por parte do juiz criminal, seja no curso da investigação preliminar, seja durante o processo. A mentalidade inquisitorial que impera no Brasil, porém, obsta que modificações em prol da democratização processual penal sejam aplicadas, como se verifica da decisão monocrática do Min. Luiz Fux, que liminarmente – e sem fundamento específico – suspendeu a eficácia do art. 3º-A do CPP.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema Acusatório. Pacote Anticrime. Gestão da prova.

ABSTRACT

The called “anti-crime package” promoted several changes in the scope of the criminal justice system, modifying rules of criminal law, criminal procedure and criminal enforcement. In spite of the countless criticisms of the package - starting with the fact that it is inserted in a context of partial reform of the CPP - there are positive aspects in the reforms, like the new rule of art. 3rd-A of the CPP, which explains the adoption of the accusatory system of criminal proceedings, prohibiting the *ex officio* evidential initiative by the criminal judge, either during the preliminary investigation or during the process. The inquisitorial mentality that prevails in Brazil, however, prevents changes in favor of criminal procedural democratization from being applied, as can be seen from the Minister Luiz Fux’s monocratic decision, which preliminarily - and without specific basis - suspended the effectiveness of art. 3rd-A of the CPP.

Keywords: Criminal Proceedings. Accusatory System. Anti-Crime package. Evidence management.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Sistemas processuais e sua relação com a prova e a verdade. 3. As vedações estabelecidas pelo art. 3º-A do CPP. 4. O movimento de contrarreforma e breves contrapontos aos argumentos contrarreformistas. 5. A decisão liminar do Min. Luiz Fux: Por que o art. 3º-A do CPP está com a eficácia suspensa? 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se diz que o melhor termômetro para medir o grau de civilidade de um povo é a forma pela qual são salvaguardados direitos e garantias individuais no processo penal (PI-SAPIA, 1985, p. 26; COUTINHO, 2008, p. 12; BETTIOL, 1974, p. 195; GOLDSCHIMDT, 2002, p. 71). Esse argumento é suficiente para que se busque um modelo processual acusatório, consentâneo com a CR/88 e seus ideais democráticos.

Em que pesem os incontáveis desacertos da Lei 13.964/19 (o denominado *pacote anticrime*), algumas das medidas aprovadas democratizam o processo penal, mesmo que inseridas no âmbito de reformas parciais, de todo criticáveis (CHOUKR, 2000, p. 101-115).

Entre os aspectos positivos do *pacote legislativo* está o art. 3º-A do CPP, segundo o qual “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

A regra não é desconhecida. O art. 4º do PLS 156/09 possui redação similar. Em sua Exposição de Motivos, compreende-se a importância do dispositivo:

[...] a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos [...]. A vedação de atividade instrutória do juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução de suas funções jurisdicionais. [...] A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. [...] A formação do juízo acusatório, a busca de elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto da persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional.

Essa passagem permite algumas ponderações.

Em primeiro lugar, é necessário conferir um conteúdo material ao princípio dispositivo. Nada adianta afirmar a lógica acusatória sem que se definam os seus contornos concretos. Afinal, a história demonstra que práticas autoritárias podem ser legitimadas em nome da democracia, inclusive aquela processual penal.

Em segundo lugar, a opção pelo sistema acusatório implica afastar o juiz da iniciativa probatória, incumbindo a gestão da prova, exclusivamente, à acusação e defesa. Se o processo penal deve servir como mecanismo de reconstrução dos fatos pretéritos para a formação do convencimento judicial, é evidente que o destinatário do conhecimento produzido no processo

é o juiz e os protagonistas da sua produção são as partes. Atribuir ao juiz a gestão da prova implica em indevida sobreposição de funções (COUTINHO, 2009, p. 103-115).

Em terceiro lugar, o modelo acusatório maximiza a imparcialidade, fortalecendo a equidistância do juiz em relação às partes (LOPES JUNIOR, 2016, p. 57-61).

Em quarto lugar, com o art. 3º-A do CPP, ainda que mantida a estrutura do CPP/41, abriu-se a possibilidade de filtragem de regras antitéticas ao modelo acusatório, como os arts. 156 e 385 do CPP, que legitimam, respectivamente, a iniciativa probatória de ofício do juiz, na investigação preliminar e na fase processual, bem como a condenação, ainda que o órgão do MP postule a absolvição.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS E SUA RELAÇÃO COM A PROVA E A VERDADE

A expressão “sistema acusatório” é um referente histórico, um significante, que impõe a definição de seu significado e de seus contornos concretos. No campo dogmático inexistente consenso a respeito do seu conteúdo, havendo inclusive quem questione se a dicotomia “*sistema inquisitório x sistema acusatório*” ainda se faz oportuna e necessária na modernidade (WINTER, 2017, p. 57-93).

A despeito das ponderações mais céticas, prevalece a posição que reconhece não apenas a utilidade da dicotomia, mas a imperiosa necessidade de que o modelo processual penal brasileiro sofra uma modificação radical e paradigmática, no sentido da adoção do princípio dispositivo e, conseqüentemente, da real implementação do sistema acusatório (COUTINHO, 2018, p. 63-78).

Ao se reconhecer a importância do estudo dos sistemas inquisitório e acusatório no âmbito do direito processual penal, uma forma de aproximação ao conteúdo destes significantes deve perpassar dois aspectos, quais sejam, a relação entre processo penal e verdade e a função do juiz no processo penal.

Sobre o primeiro aspecto, convém recordar que o processo penal é um mecanismo de produção de conhecimento – a respeito de um fato histórico, em tese, delituoso – com vistas ao accertamento positivo ou negativo do caso penal. Os fatos imputados na acusação jamais aportam, do ponto de vista ontológico, diretamente no processo, sendo necessário que se produzam elementos indiretos a fim de que se conheçam estes fatos e se faça possível o julgamento (MILANEZ, 2016, p. 139-140).

Estes elementos indiretos a respeito do fato são denominados provas¹. Sendo as provas os elementos determinantes para o acerto do mérito do caso penal, pode-se dizer, então, que o juiz é, por excelência, o destinatário da prova.

Neste contexto, cabe indagar se o acerto do caso penal através das provas produzidas conduz a (alguma) verdade. Trata-se, no campo da epistemologia processual penal, de uma das indagações de maior profundidade teórica e que, portanto, não possui resposta simples.

Nada impede, porém, que sejam traçadas certas linhas mestras a respeito da matéria, de modo a se delimitar, tanto quanto possível, a linha dogmática e ideológica a partir da qual se pode pensar em um sistema processual penal de matriz acusatória.

O primeiro aporte acerca do tema se refere ao fato de que o significante *verdade* não provém, originariamente, do campo jurídico, mas sim daquele filosófico. Logo, é necessário buscar na filosofia os referentes necessários para se definir de qual verdade se está a falar. E quando se transita pela filosofia, seja ela geral ou jurídica, verifica-se que o próprio conceito de verdade não é unívoco e depende, sobremaneira, do paradigma filosófico em que se está imerso².

No âmbito dos modelos paradigmáticos, é possível identificar três modelos principais de concepção da verdade, sendo o primeiro ontológico (paradigma do ser), o segundo puramente racional (paradigma da consciência ou mentalista) e o terceiro intersubjetivo (paradigma da linguagem). E como parece evidente, pensar a verdade a partir de um paradigma ou outro altera substancialmente a forma como se pensa e se projeta a verdade³.

Sem adentrar profundamente nos paradigmas filosóficos, (o escopo do trabalho é mais modesto) a identificação de múltiplos conceitos de verdade talvez seria suficiente para, em um modelo acusatório de processo penal, deixar esta noção em segundo plano para se reconhecer que a sentença penal, enquanto mecanismo de reconstrução dos fatos imputados para fins de acerto do caso penal, atinge, quando muito, uma aproximação ao que aconteceu no passado⁴.

Mas, a prática e a dogmática do processo penal ainda não conseguiram se desvencilhar da noção de verdade, havendo quem defenda a busca, através do processo penal, da verdade

¹ Sobre os conceitos dogmáticos e funções das provas, cf. Cordero (1963); Taruffo (2005).

² Sobre os diversos paradigmas filosóficos e sua relação com a verdade, cf. Ludwig (2006).

³ Uma breve incursão nos paradigmas filosóficos e nas respectivas formas de concepção da verdade em Milanez (2016, p. 132-139).

⁴ Uma possível via seria reconhecer que a sentença exprime uma certeza, na linha proposta em Carnelutti (2008, p. 606-609).

real (GOMES, 2010), da verdade formal e mesmo quem entenda que ambos os conceitos se harmonizam, em fases distintas, no processo penal (JANSEN, 2008).

Ainda que no campo semântico se busque diferenciar os adjetivos (real e formal) que qualificam o substantivo (verdade), certo é que existem, em todas essas concepções de verdade aplicadas ao processo penal, ao menos dois denominadores comuns e umbilicalmente interligados, quais sejam, a crença ilusória na possibilidade da totalidade e o ranço inquisitorial (ÁVILA, 2006, p. 43-44).

Mais do que isso, quando se acredita que o processo penal é um *locus* privilegiado de obtenção da verdade (qualquer que seja, pois o excesso epistemológico está no substantivo e não nos adjetivos), passa-se então a investir o juiz de poderes que não lhe são próprios, mormente aqueles relativos à iniciativa probatória de ofício.

Com efeito, a regra do art. 156 do CPP, prevê que o juiz criminal, ao exercer o seu poder jurisdicional, detém iniciativa probatória de ofício, tanto na fase de investigação preliminar como durante a instrução processual, para dirimir dúvida acerca de ponto relevante.

Sustenta-se que esta regra guarda direta relação com a incessante busca pela verdade processual penal, com a conseqüente retirada do juiz da posição de expectador, possibilitando que o magistrado atue em verdadeira substituição das funções de acusação e defesa (COUTINHO, 1998, p. 163-198; DIAS, 1974, p. 247; FOUCAUT, 1988, p. 36).

No limite, a possibilidade de que o juiz detenha a iniciativa probatória de ofício possibilita, como efetivamente se deu no sistema inquisitório puro do medievo, a absoluta desnecessidade e exclusão do órgão de acusação, cabendo ao juiz as prerrogativas de acusar e julgar, transformando-se o réu em mero objeto de verificação.

A partir desta linha de raciocínio, significativa parcela da doutrina pugna, há muito, o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra do art. 156, do CPP, por incompatível com o cerne do sistema acusatório e democrático preconizado pela CR/88. E esta verdadeira cruzada doutrinária em face da inquisitorialidade do CPP encontrou, no *pacote anticrime*, um aceno positivo.

Com efeito, a regra do art. 3º-A do CPP, não apenas afirmou que o sistema processual penal brasileiro deve ser acusatório, como ainda lhe delimitou os contornos essenciais, na medida em que vedou a atuação *ex officio* do juiz na fase de investigação preliminar e, ao mesmo tempo, proibiu a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

3 AS VEDAÇÕES ESTABELECIDAS PELO ART. 3º-A DO CPP

A regra do art. 3º-A do CPP possui duas dimensões distintas e complementares.

A primeira parte do dispositivo veda toda e qualquer atuação de ofício por parte do magistrado na fase de investigação preliminar. Desta forma, o magistrado que exerce o controle de legalidade das investigações não poderá, sem requerimento expresso da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público, determinar de ofício a realização de atos investigativos, nem mesmo a decretação de medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisões ou cautelares diversas), reais (sequestro ou arresto) ou probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica etc).

Seguindo-se esta interceptação, alguns dispositivos legais teriam sido revogados tacitamente, pois incompatíveis com a teleologia da primeira parte do art. 3º-A do CPP, como é o caso do art. 156, I e do art. 127, primeira parte, ambos do CPP. Outros dispositivos, apesar de não revogados, tiveram sua interpretação facilitada, como é o caso do art. 310, II do CPP, que agora não comporta qualquer interpretação no sentido de que o juiz poderia, de ofício, converter o flagrante em prisão preventiva.

A segunda parte do art. 3º-A do CPP veda a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Em que pese o inequívoco avanço democrático promovido pelo *pacote anticrime*, ao menos nesta parte, talvez seja na segunda parte do art. 3º-A do CPP que residam os maiores pontos de crítica.

Como se percebe, a regra não contém uma vedação absoluta à iniciativa probatória de ofício do juiz durante o processo de conhecimento. Consoante se afirmou em outro ensaio sobre o tema:

Em outras palavras, a partir da vigência da Lei 13.964/2019, somente se admite, no processo de conhecimento, iniciativa probatória *pro reo* pelo juiz presidente da instrução processual. Essa é a melhor interpretação que se pode conferir ao art. 156, II do CPP (é facultado ao juiz, de ofício, “determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante), em cotejo com o novo art. 3º-A do CPP, que o veda ao juiz da fase processual, que se substituíra nas funções do órgão de acusação.

Ainda que essa pareça a melhor interpretação da segunda parte do art. 3º-A do CPP, vale dizer que tal aspecto do dispositivo legal soa um tanto quanto desnecessário, na medida em que a presunção de inocência, em sua dimensão probatória, impõe ao juiz que, nos casos de dúvida razoável, absolva o acusado. Ou seja, nos eventuais casos em que o juiz da fase processual entendesse necessário utilizar-se de poderes instrutórios de ofício, já estaria em dúvida a respeito da hipótese acusatória, dúvida esta que seria suficiente para a absolvição, independentemente da produção oficiosa de provas supostamente favoráveis ao acusado. (MILANEZ, 2020).

De todo modo, quando ponderados os pontos positivos e negativos, é inequívoco que a regra do art. 3º-A do CPP, se bem aplicada, conduziria a profundos avanços em termos de democracia processual penal.

4 O MOVIMENTO DE CONTRARREFORMA E BREVES CONTRAPONOTOS AOS ARGUMENTOS CONTRARREFORMISTAS

Há uma inequívoca dimensão política no processo penal, que avulta quando em jogo leis novas que versam liberdades públicas do cidadão investigado/acusado. No contexto, a experiência da América Latina comprova que, após movimentos de reforma das codificações processuais penais no caminho de modelos acusatórios, surgem movimentos contrarreformistas, tensionando as garantias conquistadas em prol da manutenção de práticas inquisitoriais⁵.

No Brasil, a situação não é diversa. Com efeito, ainda que nunca se tenha experimentado uma reforma integral do CPP, mesmo as reformas parciais com tendências democráticas são alvo de fortes objeções. Tão logo aprovada e publicada a Lei 13.964/19, foram ajuizadas quatro ADI's em face de alguns de seus dispositivos, com foco especial na figura do juiz de garantias. Em todas as ações se questionou, em maior ou menor extensão, o art. 3º-A do CPP:

(a) na ADI 6.298 (AMB e AJUFE), afirmou-se que o dispositivo versa matéria procedimental, havendo alteração da organização e divisão judiciárias, em violação aos arts. 24, XI e 96, I, *d*, e II, *b* e *d*, da CR/88. Os demais argumentos à inconstitucionalidade seguem a mesma estratégia, vinculando o suposto vício do dispositivo à figura do juiz de garantias (v.g. violação do juiz natural, isonomia, regime fiscal e orçamentário etc.);

(b) na ADI 6.299 (PODEMOS e CIDADANIA), sustentou-se que *'o dispositivo apresenta redação obtusa, que pode ser vista no sentido de comprometer o poder de instrução complementar do juízo'*;

(c) na ADI 6.300 (PSL), não se difere, em substância, dos argumentos da ADI 6.298 sobre questões orçamentárias e a criação de novo órgão jurisdicional. Ainda, maneja-se o curioso argumento de inconstitucionalidade ante o *'risco de impunidade'*, por se tratar de *'lei que está na contramão dos anseios da sociedade'*;

(d) na ADI 6.305 (CONAMP), tem-se o único argumento que questiona o conteúdo do art. 3º-A do CPP. Afirma-se que ao vedar *'a substituição da atuação probatória do órgão de acusação'* pelo juiz, viola-se a isonomia, pois *'o sistema acusatório se preocupa com o julgamento imparcial, que não deve ser visto somente no sentido de se impedir o desempenho de função acusatória, mas também o da função defensiva'*.

⁵ Sobre o tema, cf. Binder (2018, p. 11-31).

Muitos dos fundamentos das ADI's questionam, em realidade, a figura do juiz de garantias. Sem intenção de argumentar em favor deste instituto, esse não é o foco do texto, convém dizer, desde logo, que o art. 3º-A do CPP não se relaciona diretamente com ele.

A rigor, com o juiz de garantias se buscou uma repartição funcional de competência por fases da persecução penal, com um magistrado exercendo o controle de legalidade da investigação preliminar e outro presidindo o processo de conhecimento. Com essa providência, maximiza-se a imparcialidade, preservando-se a originalidade cognitiva do juiz do processo de conhecimento, não mais contaminado pelos atos investigativos.

Lado outro, o art. 3º-A do CPP tem finalidade diversa, qual seja, evitar a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação preliminar e obstar que o magistrado atue, na fase processual, em substituição ao órgão de acusação. Estes objetivos podem ser harmonizados em sistemas processuais que contemplem ou não a figura do juiz de garantias, pois a regra não possui relação direta com a repartição de competências e o impedimento para que o magistrado da fase investigativa atue no mesmo processo de conhecimento.

O que o art. 3º-A do CPP faz, em realidade, é apenas explicitar a CR/88, afirmando que *juiz não investiga* – quem o faz é a autoridade policial (art. 144, § 1º, I e § 4º) e o MP (art. 129, VIII) – e *não exerce função de acusador* nas ações penais de iniciativa pública, desempenhada tal função pelo MP (art. 129, I).

A rigor, mesmo que o art. 3º-A do CPP tenha sido equivocadamente incluído no Capítulo do “*Juiz das Garantias*”, sua eficácia independe da repartição de competências. Assim, todos os argumentos deduzidos nas ADI's em prol da inconstitucionalidade do juiz de garantias – sem descurar das graves deficiências dogmáticas que ostentam – não se prestam à impugnação do art. 3º-A do CPP.

Ademais, o dispositivo não cria novo órgão jurisdicional, não inova em matéria de organização judiciária, não estabelece novo procedimento, não implica aumento de gastos com a máquina judicial, não se relaciona ao juiz natural etc.

Com essas considerações, remanesceriam nas ADI's apenas dois fundamentos específicos de contraponto ao art. 3º-A do CPP, no sentido de que o preceito: (a) reduz o poder de instrução complementar do magistrado e; (b) na parte final, viola a isonomia e a imparcialidade, ao prever que o magistrado não pode se substituir nas funções de acusador, mas, em sentido contrário, poderia fazê-lo nas funções de defesa.

No que diz com o primeiro argumento, a lógica ínsita ao modelo acusatório impõe que o juiz não possua qualquer poder de instrução *ex officio*, nem mesmo de caráter complementar

ou subsidiário, por uma razão primária: se o juiz corrigir defeitos investigativos, ordenando a produção de provas de ofício, atuará em substituição aos órgãos de investigação.

Sobre o segundo argumento, a lógica acusatória impõe que o magistrado não atue em auxílio da acusação e/ou da defesa. Assim, o argumento da ADI 6.305 parece correto – e havia sido defendido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, quando da elaboração do art. 4º, do PLS 156/09 – porém não permite a suspensão cautelar do dispositivo, mas interpretação conforme da regra, reconhecendo-se, onde consta a expressão “órgão de acusação”, que o juiz não deve se substituir nas funções probatórias das “partes”⁶.

De todo modo, e como se vê, nenhum dos argumentos das ADI’s seria suficiente para suspender a higidez do art. 3º-A do CPP.

5 A DECISÃO LIMINAR DO MIN. LUIZ FUX: POR QUE O ART. 3º-A DO CPP ESTÁ COM A EFICÁCIA SUSPensa?

Duas decisões liminares foram proferidas nas ADI’s. Nenhuma delas abordou, especificamente, o art. 3º-A do CPP e, mesmo assim, a regra está com a eficácia suspensa.

Na primeira decisão liminar, o Min. Dias Toffoli reconheceu a constitucionalidade da regra, afirmando que a adoção de “um sistema acusatório, no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado” decorre da “conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal”.

Alguns dias após, o Min. Luiz Fux revogou esta decisão e, dentre outras medidas, suspendeu, por prazo indeterminado, o art. 3º-A do CPP. No ponto, a decisão posterior contém grave defeito, por não conter absolutamente nenhum fundamento específico que possibilite a suspensão da eficácia da regra.

No plano da inconstitucionalidade formal, afirma-se equivocadamente que o art. 3º-A do CPP é “norma correlata” ao juiz de garantias, ostentando natureza híbrida, “sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária”, violando os arts. 24 e 96, da CR/88. Adiante, reforça-se que “os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária” e que “a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de

⁶ Essa possibilidade interpretativa encontra guarida na jurisprudência do STF: “Em particulares hipóteses, a fim de compatibilizar normas jurídicas infraconstitucionais de natureza penal aos comandos da Lei Maior, bem como ao próprio sistema em que se inserem, exsurge verdadeira imposição ao julgador no sentido de reconhecer que a lei disse menos do que pretendia (*lex minus scripsit, plus voluit*), a exigir seja emprestada interpretação ampliativa ao texto legal, respeitada a teleologia do texto interpretado.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto (sic) na história judiciária recente, a reestruturação das unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos”.

No plano material, análise da liminar revela inexistir qualquer vício no dispositivo, na medida em que apresenta apenas argumentos a esgrimir a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP: “a inconstitucionalidade material dos dispositivos 3º-B a 3º-F do Código de Processo Penal exsurge especialmente a partir de dois grupos de argumentos: a ausência de dotação orçamentária e estudos de impacto prévios para a implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.”

A decisão liminar do Min. Luiz Fux, propositadamente, analisa conjuntamente os dispositivos sobre o juiz de garantias e o art. 3º-A do CPP para não ter de apresentar nenhum argumento à suspensão deste e, mesmo assim, fazê-lo.

Não se está, por óbvio, a defender os argumentos em prol da suspensão das regras sobre o juiz de garantias. Nesse aspecto, adere-se à posição do Min. Dias Toffoli, que reconheceu, *prima facie*, a constitucionalidade dos arts. 3º-B a 3º-F do CPP. O ponto todo é que, no caso do art. 3º-A do CPP, não se sabe – pois não há motivo explícito na decisão – a razão de estar o dispositivo sem eficácia.

Com efeito, é necessário repisar que a vedação, ao magistrado, (i) da iniciativa instrutória e (ii) de se substituir nas funções do órgão de acusação, é absolutamente compatível com modelos processuais que não adotam o juiz de garantias. Em outros termos, permitir ou vedar que o juiz se substitua nas funções de investigador ou do órgão de acusação é matéria que não guarda relação necessária com o juiz de garantias.

É por esse motivo que a previsão expressa de que o processo penal brasileiro deve adotar estrutura acusatória não afeta em nada a organização judiciária, não havendo qualquer necessidade de reestruturação ou reorganização das atividades judicantes, muito menos gasto extra de recursos ou afetação orçamentária de qualquer natureza.

No mais, qualquer reflexo nos índices de impunidade, oriundo da eficácia do art. 3º-A do CPP revelaria apenas duas graves deficiências: *uma* na investigação preliminar (atribuível exclusivamente às polícias e ao MP) e *outra* na instrução processual (atribuível exclusivamente ao órgão de acusação). E permitir que as coisas sigam como estão, conferindo-se ao magistrado poderes próprios de investigação e instrução processual, contribui apenas para que o juiz criminal possa atuar como auxiliar das polícias e do órgão de acusação, realizando função que, constitucionalmente, não é sua.

Em resumo, a se negar eficácia ao art. 3º-A do CPP, ganha o movimento contrarreformista e o *status quo* inquisitorial. Os fundamentos jurídicos da “vitória” seguem, porém, desconhecidos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *pacote anticrime* promoveu diversas alterações no sistema de justiça criminal. No campo do processo penal, várias das modificações promovidas foram positivas – ainda que inseridas no contexto de reformas parciais – e caminham no sentido da democratização do processo.

Exemplo disso é a regra do art. 3º-A do CPP, que além de prever, explicitamente, que o processo penal brasileiro será acusatório, definiu os contornos do princípio dispositivo, ao vedar qualquer iniciativa de ofício, pelo juiz criminal, na fase de investigação preliminar, vedando ainda ao juiz que se substitua na função probatória do órgão de acusação no curso da fase processual.

Modificações legislativas desse porte, porém, somente mantêm sua eficácia com profunda mudança de mentalidade dos atores de justiça criminal – delegados, promotores, juízes, advogados, afinal, de nada adianta alterar o plano normativo sem uma profunda alteração cultural, algo bastante difícil em um país no qual as práticas democráticas ainda são extremamente recentes.

Mas além da mudança cultural, é necessário um esforço hercúleo para que as alterações legislativas que caminham no sentido da adoção do sistema acusatório sobrevivam ao movimento contrarreformista, ou seja, àquela parcela significativa dos atores do sistema de justiça criminal que comungam a percepção de que o direito penal, o processo penal e a execução penal servem apenas e tão somente para fins expiatórios e retributivos, e não como mecanismos de controle e contenção do poder punitivo estatal.

A decisão liminar do Ministro Luiz Fux representa este movimento contrarreformista, que antes mesmo da entrada em vigência da integralidade do pacote anticrime promoveu a suspensão liminar da eficácia de todos os dispositivos que continham algum avanço em matéria de democracia processual e, no caso específico do art. 3º-A do CPP, isso aconteceu sem absolutamente nenhum fundamento específico que pudesse legitimar a decisão monocrática.

Oxalá as ADI's sejam, o quanto antes, pautadas para julgamento pelo plenário do STF e, quando isso ocorrer, que se restabeleça a eficácia do art. 3º-A do CPP. A democracia e o sistema acusatório agradecerão!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUALAND, Dieter Mayrhofer; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. A obsessão pela verdade e algumas de suas consequências para o processo penal. *In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. A crise no processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.* Porto Alegre: Notadez, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

BINDER, Alberto. El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado e dificultades. *In: CAMPOS, Santiago Pereira; POSTIGO, Leonel González; RÚA, Gonçalo (coord.). Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay.* Montevideo: CEJA – JSCA, 2018, p. 11-31.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. *GENESIS – Revista de direito processual civil*, n. 9, jul./set.. 2008, p. 606-609.

CHOUKR, Fauzi Hassan. As reformas pontuais do Código de Processo Penal. *In: CHOUKR, Fauzi Hassan (coord.). Estudos do processo penal: o mundo à revelia.* Campinas: Agá Juris, 2000, p. 101-115.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prova penale.* Milano: Giuffrè Editore, 1963.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim do IBCCRIM*, n. 188, jul. 2008, p. 11-13.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais penais agonizam? *In*: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de. *Observações sobre os sistemas processuais penais*: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 63-78.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. a. 46, n. 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*. 6. ed. Trad. Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1988.

GOLDSCHIMDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da verdade real. *Jusbrasil*, 2010. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>. Acesso em: 28 set. 2020.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico. *Consultor Jurídico*, 5 jun. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20da%20verdade%20formal,vontade%20ou%20iniciativa%20das%20partes. Acesso em: 28 set. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia da libertação*: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Caso penal e conhecimento: limites à verdade no processo penal. *Revista ESMAT*, a. 8, n. 10, jan./jun. 2016, p. 129-148.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Pacote Anticrime: agora o sistema é acusatório? *Canal Ciências Criminais*, 07 jan. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-agora-o-sistema-e-acusatorio/>. Acesso em: 28 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n. 137.888 - MS. Habeas Corpus. Direito Penal. Contravenção Penal. Vias de fato. Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. Lei Nº 11.340/2006. Artigo 226, § 8º, da Lei Maior. Direitos Humanos da Mulher. Sistema Protetivo Amplo. Interpretação da Lei. Alcance. Infração Penal – Crime e Contravenção. Combate à Violência em todas as suas formas e graus. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Relatora: Min. Rosa Weber, 31 out. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137888RW.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1985.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

WINTER, Lorena Bachmaier. Acusatório *versus* inquisitório: reflexões sobre o processo penal. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 57-93.

Submissão do artigo: 05/10/2020

Aprovação do artigo: 18/12/2020

**EL PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y
LIBERTADES FUNDAMENTALES DENTRO DEL PROCESO PENAL**

*O PAPEL DO TRIBUNAL SUPREMO E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA
PROTEÇÃO DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS DENTRO DO
PROCESSO PENAL*

*THE ROLE OF THE SUPREME COURT AND THE CONSTITUTIONAL COURT IN
PROTECTING FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS WITHIN THE CRIMINAL
PROCESS*

JAIME VEGAS TORRES

Catedrático de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense con Premio Extraordinario. Grupo de investigación emergente en Protección Jurídica del menor de la Universidad Rey Juan Carlos. Académico Correspondiente y Vicepresidente de la Sección de Derecho Procesal de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, desde 2015.

RESUMEN

Este artículo científico tiene por finalidad abordar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en España. La investigación se justifica por las diversas transformaciones legales ocurridas en las últimas décadas en el país. La investigación se ha orientado esencialmente en textos normativos y en la jurisprudencia. Inicialmente, el tratamiento dado por el proceso civil es comparado con aquél dado por el proceso penal, abordando que la constitución española predice que los derechos fundamentales sean protegidos por dos vías: por la jurisdicción ordinaria para el caso de violaciones a esos derechos (a través de procedimientos especiales solamente en el proceso civil); y por el Tribunal Constitucional, con el recurso de amparo constitucional. Posteriormente, el artículo presenta la actuación del Tribunal Supremo con el recurso de casación. La investigación aborda, aún, la importancia de la jurisprudencia y de la doctrina para el refuerzo de la tutela de estos derechos y defiende que es inconstitucional la reforma hecha en el régimen de admisión del recurso de amparo, que requiere que el recurso presente una “especial transcendencia constitucional”.

Palabras clave: Tribunal Supremo; Tribunal Constitucional; derechos fundamentales; tutela jurisdiccional; recurso de amparo.

RESUMO

Este artigo objetiva abordar a tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais na Espanha. A pesquisa se justifica pelas diversas transformações legais ocorridas nas últimas décadas no país. A pesquisa se pautou essencialmente nos textos normativos e na jurisprudência. De início, o tratamento dado pelo processo civil é comparado com aquele dado pelo processo penal, abordando que a Constituição espanhola prevê que os direitos fundamentais sejam protegidos por duas vias: pela jurisdição ordinária para o caso de violações a tais direitos (pelo expediente de procedimentos especiais somente no processo civil); e pelo Tribunal Constitucional, com o recurso de amparo constitucional. Em seguida, o artigo apresenta a atuação do Tribunal Supremo com o recurso de cassação. A pesquisa aborda, ainda, a importância da jurisprudência e da doutrina para reforçar a tutela desses direitos e entende por inconstitucional a reforma feita no regime de admissão do recurso de amparo, que exige que o recurso apresente uma “especial transcendência constitucional”.

Palavras-chave: Tribunal Supremo; Tribunal Constitucional; direitos fundamentais; proteção jurisdiccional; recurso de amparo.

ABSTRACT

This article aims to address the judicial protection of fundamental rights in Spain. The research is justified by the various legal changes that have taken place in recent decades in the country. The research was based essentially on normative texts and jurisprudence. Initially, the treatment given by the civil process is compared with that given by the criminal process, arguing that the Spanish Constitution provides that fundamental rights be protected in two ways: by ordinary jurisdiction in the case of violations of such rights (by the record of proceedings special only in civil proceedings); and by the Constitutional Court, with the writ of constitutional amparo. The article then presents the Supreme Court's action with the cassation appeal. The research also addresses the importance of jurisprudence and doctrine to strengthen the protection of these rights and points to the unconstitutionality of the reform made in the admission system of the writ of amparo, which requires that the appeal has a "special constitutional significance."

Keywords: Supreme Court; Constitutional Court; fundamental rights; judicial protection; writ of amparo.

En la Constitución Española de 1978, los derechos fundamentales que interesan cuando hablamos de la justicia penal forman parte del núcleo de derechos más intensamente protegidos, que son, junto al principio de igualdad del artículo 14, los reconocidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero, artículos 15 a 29.

En estos preceptos encontramos el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes, la abolición de la pena de muerte, el derecho a no declarar sobre la ideología, religión o creencias, el derecho a la libertad personal, con los límites temporales y requisitos de la detención preventiva, el habeas corpus, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la protección frente al uso de la informática y, muy especialmente, los derechos de los artículos 24 y 25 sobre garantías del proceso penal, principio de legalidad penal y finalidad de las penas (ESPAÑA, 1978).

La Constitución quiso establecer una tutela jurisdiccional particularmente intensa de estos derechos fundamentales. Por eso, el artículo 53.2 dispone que

cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. (ESPAÑA, 1978).

Este precepto constitucional contempla, por tanto, dos vías para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, a través de un procedimiento preferente y sumario, y ante el Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo constitucional.

La primera de estas dos vías (el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios) solamente tiene sentido cuando se trata de la tutela de derechos fundamentales frente a lesiones producidas fuera del proceso; se contemplan situaciones en que, ante una lesión de derechos fundamentales cometida por sujetos distintos de los tribunales y fuera de un contexto procesal, quien ha padecido la lesión acude al tribunal formulando una pretensión de tutela del derecho fundamental lesionado. Lo que se deriva del precepto constitucional es que, para este tipo de pretensiones, las leyes procesales han de contemplar cauces procesales que aseguren la preferencia de estos asuntos sobre otros, así como una tramitación más ágil.

A esta exigencia constitucional responden determinadas especialidades previstas en las leyes procesales para procesos que tienen por objeto pretensiones de tutela de derechos fundamentales. Así, para la tutela de estos derechos por los tribunales civiles, la Ley de Enjuiciamiento Civil (ESPAÑA, 2000a) dispone que el proceso siga los trámites del juicio

ordinario, pero ordenando que la tramitación de estos juicios tenga carácter preferente, así como que intervenga en ellos como parte el Ministerio Fiscal (art. 249.1.2°); se prevé también que en los procesos sobre tutela judicial civil de los derechos fundamentales no procesales sea siempre posible el recurso de casación, con independencia de la cuantía de la reclamación y de que el recurso presente o no interés casacional (art. 477.2.1°).

Para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales del orden contencioso-administrativo frente a actuaciones de las Administraciones Públicas lesivas de estos derechos, los artículos 114 a 122 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (ESPAÑA, 1998) regulan un procedimiento especial caracterizado por la preferencia en la tramitación y por un acortamiento de los plazos del recurso contencioso-administrativo.

En la jurisdicción social también existe un procedimiento especial, previsto en los artículos 177 a 184 de la Ley Reguladora de esta jurisdicción para los casos en que se presentan ante los tribunales laborales demandas sobre lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas producidas en el ámbito de las relaciones laborales (ESPAÑA, 1998).

En el orden penal no existe, sin embargo, ningún cauce procesal especial para pretensiones basadas en lesiones de derechos fundamentales producidas fuera de un proceso. ¿Significa esto que en el orden penal no se cumplan las exigencias constitucionales en materia de tutela de los derechos fundamentales, o que la tutela de estos derechos ante los tribunales penales sea de menor intensidad que ante los demás órdenes jurisdiccionales? La respuesta, por supuesto, es negativa.

En el orden penal, el proceso preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución (ESPAÑA, 1978), solamente tendría sentido para las causas penales por delitos que constituyan ataques a los derechos fundamentales. Lo que estaría en juego, en definitiva, sería la tutela por los tribunales penales de los derechos fundamentales de la víctima del delito, lesionados por el delincuente. Desde esta perspectiva hay razones de peso que pueden justificar que no se haya establecido un procedimiento preferente y sumario para esas causas penales. Por una parte, es cuando menos discutible que forme parte del contenido de los derechos fundamentales que se imponga la pena prevista en el código penal a quien cometa un delito que lesione esos derechos. El *ius puniendi* es del Estado, y no de los titulares de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, y esto es así incluso cuando el bien jurídico protegido es o incluye el contenido de un derecho fundamental.

También existen razones prácticas que abonan la inconveniencia de establecer tramitaciones especiales para causas penales por delitos que lesionen derechos fundamentales:

por una parte, si bien se mira, la mayoría de los delitos lesiona algún derecho fundamental de la víctima, lo que supondría que las especialidades tendrían que aplicarse en la generalidad de las causas; por otro lado, las especialidades que pudieran establecerse para agilizar los procesos podrían entrar en conflicto con los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce a los sujetos pasivos del proceso penal, en la medida en que estas especialidades llevaran consigo algún sacrificio de las garantías de la defensa.

En realidad, en las causas penales hay que contemplar los derechos fundamentales de las víctimas, lesionados por el hecho delictivo, pero también los derechos fundamentales que en todos los países civilizados se reconocen a los sujetos pasivos del proceso (investigados, encausados o acusados).

Ahora bien, quien tiene que respetar estos últimos derechos fundamentales son las autoridades que intervienen en la justicia penal: la policía, los fiscales y los jueces. Las lesiones a los derechos fundamentales vinculados a las garantías del proceso penal las cometen estos sujetos y se cometen normalmente en el seno de las actuaciones del proceso penal o preparatorias del proceso. Frente a esta clase de ataques a los derechos fundamentales la tutela jurisdiccional debe producirse dentro del propio proceso penal.

En primer lugar, porque los jueces y tribunales penales deben actuar y velar porque la policía y el resto del personal que depende de ellos actúe respetando las garantías procesales, de manera que no se produzcan actuaciones lesivas de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos del proceso.

Pero también, porque para el caso de que se produzca en el proceso alguna actuación lesiva de derechos fundamentales del investigado o acusado, el tribunal penal debe aplicar los mecanismos procesales legalmente previstos para eliminar la lesión, cuando sea posible, y privar de efectos a la actuación lesiva para que ésta no tenga consecuencias perjudiciales para el titular del derecho fundamental atacado.

Entre los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales dentro del propio proceso en que se produce el ataque a los mismos se incluye, por ejemplo, la prohibición de fundar el juicio de hecho determinante de la condena en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, establecida en el artículo 11.1 de la LOPJ (ESPAÑA, 1985) y también, y muy especialmente, el sistema de recursos, tanto devolutivos como no devolutivos.

Mediante los recursos se puede pedir la revocación de cualquier resolución lesiva de derechos fundamentales al mismo tribunal que la dictó o a un tribunal superior. Los recursos son, por tanto, útiles herramientas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Precisamente esta vía de los recursos es la que convierte a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en una instancia decisiva en materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos del proceso.

La posibilidad de basar el recurso de casación, en todo caso, en infracción de precepto constitucional, fue abierta por el artículo 5.4 de la LOPJ (LO 6/1985, de 1 de julio). Este precepto dispone que “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”. Esta previsión, a partir de la Ley 1/2000 (ESPAÑA, 2000a) se incorpora en el artículo 852 de la LECRIM (ESPAÑA, 1982). Con base en estos preceptos, cualquier lesión de derechos fundamentales cometida en el desarrollo del proceso penal puede ser sometida mediante el recurso de casación a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, permitiendo a esta Sala corregir las vulneraciones y, al mismo tiempo, establecer la doctrina jurisprudencial oportuna acerca de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal.

Hasta el año 2015 la tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de casación penal estaba sujeta a un límite: solamente tenían acceso a casación las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia. Por lo tanto, en las causas por delitos castigados con penas de hasta cinco años de privación de libertad, que se resuelven por el Juzgado de lo Penal con segunda instancia ante la Audiencia Provincial, era ésta y no el Tribunal Supremo, la que decía la última palabra, también en materia de violación de derechos fundamentales.

Esta limitación ha desaparecido con la reforma de regulación de la casación penal realizada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre (ESPAÑA). A partir de esta reforma son recurribles en casación las sentencias dictadas en apelación tanto por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia como por las Audiencias Provinciales. Con ello desaparecen las barreras para el acceso a la casación penal basadas en la gravedad del delito.

Mediante el recurso de casación, por lo tanto, el Tribunal Supremo desempeña un importante papel en la tutela de los derechos fundamentales, pero esto no significa que el Tribunal Supremo diga la última palabra en esta materia. El artículo 53.2 de la Constitución es muy claro: la tutela de los derechos y libertades a que se refiere dicho precepto se puede recabar, sí, de los tribunales ordinarios, pero también del Tribunal Constitucional, mediante el recurso de amparo (ESPAÑA, 1978).

¿Cómo se articula esta concurrencia de los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional en una misma función?

Del artículo 53.2 CE cabe deducir que el objeto del recurso de amparo son pretensiones de tutela jurisdiccional frente a violaciones de los derechos y libertades de los artículos 14 a 29 (ESPAÑA, 1978).

Sujeto activo de estas pretensiones puede ser, con legitimación propia, cualquier persona “con interés legítimo” (162.1.b) (ESPAÑA, 1978), lo que significa que cualquier persona que afirme haber padecido alguna violación de sus derechos y libertades comprendidos en el ámbito del recurso de amparo puede presentar la correspondiente demanda ante el TC.

En cuanto al sujeto pasivo de la pretensión, de la Constitución se deduce que puede serlo cualquiera de los “poderes públicos” (lo que incluye, por supuesto, al judicial), puesto que todos ellos están “vinculados” a los derechos y libertades susceptibles de amparo y todos ellos, en consecuencia, pueden violar, con su actuación, esos derechos y libertades (53.1) (ESPAÑA, 1978).

Finalmente, por lo que se refiere al contenido de la pretensión, parece evidente que si la Constitución quiere que el Tribunal Constitucional se ocupe de casos concretos de violación de derechos y libertades fundamentales es para que el sujeto que haya padecido la violación pueda obtener del Tribunal una tutela efectiva, lo que significa que la Constitución no excluye, a priori, ningún contenido de la pretensión que sea conducente para lograr esa tutela.

En consonancia con las previsiones constitucionales, la LOTC (ESPAÑA, 1979), en su redacción originaria, configuró el recurso de amparo como un instrumento procesal que permitía plantear ante el TC pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos y libertades ante violaciones originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Entre estos actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de un recurso de amparo se encuentran las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. El recurso de amparo puede llegar a afectar a resoluciones judiciales por dos vías:

En primer lugar, cuando el amparo se solicita frente a violaciones de derechos fundamentales originadas por actos de las administraciones públicas y no reparadas por los tribunales ordinarios. En estos casos el objeto del amparo es el acto del gobierno o de la administración (artículo 43 (ESPAÑA, 1979)), pero al haberse enjuiciado ya la presunta violación de derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, la decisión del TC inevitablemente envolverá, bien confirmación del acierto de la previa decisión desestimatoria

del tribunal ordinario, bien una corrección de dicha decisión, en caso de que se estime el amparo.

La segunda vía por la que el recurso de amparo puede afectar a resoluciones judiciales se plantea cuando se pide el amparo frente a violaciones de derechos fundamentales con origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial (art. 44 (ESPAÑA, 1979)). Esta es la vía por la que normalmente se plantean los recursos de amparo por violación de los derechos fundamentales vinculados a las garantías del proceso penal: la violación de estos derechos se produce en el proceso penal, por actos u omisiones del tribunal penal; estas violaciones pueden ser enmendadas dentro del propio proceso a través de los recursos, incluyendo, en último término, el recurso de casación ante la Sala Segunda. Ahora bien, agotados los recursos posibles ante la jurisdicción ordinaria, sin que la lesión constitucional haya sido reparada, cabe solicitar la tutela del derecho fundamental mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El objeto del recurso de amparo será, en este caso, la resolución judicial que de manera directa e inmediata haya lesionado el derecho fundamental y todas las posteriores que hayan desestimado los recursos planteados contra ésta.

En este esquema cabe, por lo tanto, y no es raro en la práctica que suceda, que las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que desestiman recursos de casación basados en infracción de precepto constitucional por vulneración de derechos fundamentales, sean sometidas al Tribunal Constitucional, por medio del recurso de amparo, lo que abre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional anule y deje sin efecto las sentencias del Tribunal Supremo.

La propia Constitución (ESPAÑA, 1978) avala esta posibilidad al disponer su artículo 123.1 que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

Este sistema de tutela de los derechos fundamentales ha funcionado razonablemente bien y ha producido frutos importantes. Voy a referirme rápidamente algunos, que a mi juicio ilustran bien la importancia que ha tenido la labor desarrollada tanto por el TC como por el TS en la tutela de los derechos fundamentales relacionados con las garantías del proceso penal.

Muy importante ha sido, por ejemplo, la incidencia que ha tenido en la justicia penal española la jurisprudencia del TC y del TS sobre la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución (ESPAÑA, 1978). La sentencia del TC 31/1981, de 28 de julio, sentó los pilares de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la presunción de inocencia y, con ello, inició un proceso de transformación de nuestra justicia penal de enorme magnitud. Esta

sentencia no chocaba con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ESPAÑA, 2015). Por el contrario, era plenamente acorde con lo que Alonso Martínez pretendía en 1882. Pero el problema no estaba en esta Ley, sino en la práctica de los tribunales penales que minusvaloraba la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral y no vacilaba en fundamentar las condenas en materiales procedentes de la instrucción. La jurisprudencia del TC sobre la presunción de inocencia, generada en recursos de amparo por violación de dicho derecho fundamental, fue siendo asumida durante los años ochenta por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, a través de éste, por todos los tribunales penales, que fueron aceptando la necesidad de prueba de cargo, practicada en el juicio oral, para fundamentar la condena y la obligada absolución del acusado cuando no existe prueba de tales características, aunque los miembros del tribunal estén subjetivamente convencidos de la culpabilidad del acusado.

También ha tenido mucha importancia, por su poder transformador de la justicia penal española, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un proceso con todas las garantías. El Tribunal Constitucional ha ido llenando de contenido este derecho tan genérico, incluyendo en él cuestiones clave como la imparcialidad del juzgador y las exigencias del principio acusatorio.

En cuanto al juez imparcial es obligada la referencia a la doctrina sobre la incompatibilidad de las funciones de instrucción y enjuiciamiento. Esta doctrina provocó una verdadera revolución de la justicia penal española tras la STC 145 (ESPAÑA, 1988a). Aunque esta sentencia fue dictada en una cuestión de inconstitucionalidad (contra la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes), su doctrina se aplicó en recursos de amparo posteriores, hasta que se aprobó la reforma de la LECRIM (ESPAÑA, 1882) que aseguraba siempre la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre (ESPAÑA, 1988c)).

Respecto al principio acusatorio, la jurisprudencia constitucional ha sido decisiva para la efectiva implantación de sus exigencias en la práctica de los tribunales penales españoles, asentando firmemente la regla de que no es posible la condena de una persona que no ha sido acusada por un sujeto legitimado distinto del tribunal penal.

También cabe mencionar, entre los frutos más importantes de la labor de los Tribunales Constitucional y Supremo en relación con las garantías del proceso penal y los derechos fundamentales que de ellas derivan, la jurisprudencia sobre el secreto de las comunicaciones y la intervención de comunicaciones telefónicas.

En este ámbito, la insuficiente regulación legal del artículo 579 LECRIM (reformado por LO 4/1988 (ESPAÑA, 1988b)) había provocado que España fuese condenada por el TEDH en el caso Prado Bugallo. Pero en el posterior caso Abdulkadir Coban c. España, de 26 de septiembre de 2006, se evitó la condena, pese a que la regulación legal seguía siendo la misma, precisamente porque el TEDH constata que junto al artículo 579 LECrim existía una sólida doctrina jurisprudencial que suplía las deficiencias de la regulación legal y cumplía las exigencias derivadas del CEDH.

A la vista de estos ejemplos, y de otros muchos que se podrían poner, cabe concluir que el balance es claramente positivo. Pero hay que decir que este balance se ve ensombrecido por una reforma que ha debilitado el recurso de amparo constitucional hasta privarlo prácticamente de una eficacia real como herramienta de tutela de los derechos fundamentales en general y de los vinculados a las garantías procesales penales en particular.

Me refiero a la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo (ESPAÑA). Esta reforma se produce en el contexto de una situación de grave sobrecarga de trabajo del TC motivada por un número incesantemente creciente de recursos de amparo interpuestos. Para hacer frente a esta situación, se reforma el régimen de admisión del recurso de amparo, haciendo depender la admisibilidad de que el recurso presente una “especial trascendencia constitucional”, lo que a su vez depende de que la decisión del TC sobre el recurso sea “importante” para “la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Si el propósito de la reforma era desatascar el TC, ciertamente lo ha conseguido: como consecuencia del criterio de admisión más restrictivo, ha disminuido el número de sentencias dictadas en recursos de amparo, que han pasado de más de 300 en 2005 y 2006; a menos de 100 sentencias diez años después; pero ha disminuido también, muy significativamente, el número de recursos de amparo interpuestos (que ha pasado de más de 10.000 en 2008 y 2009, a menos de 7000 en 2016), lo que seguramente tiene que ver con la percepción de que tras la reforma el recurso de amparo es de escasa utilidad.

Ahora bien, estos “resultados” se han logrado pagando un precio que supone prácticamente la desactivación del recurso de amparo como instrumento de tutela de los derechos fundamentales. A partir de 2007, el TC está legalmente autorizado a denegar la tutela frente a reales violaciones de derechos fundamentales, simplemente porque la reparación de la lesión por parte del TC no presenta “especial trascendencia constitucional” (ESPAÑA, 2007).

Con esta reforma, como ha puesto de manifiesto el Prof. De la Oliva, se produce un cambio sustancial de función del recurso de amparo: deja de tener la finalidad de amparar a sujetos jurídicos perjudicados por la violación de derechos fundamentales y pasa a ser una herramienta al servicio exclusivo de la función de declarar el sentido que el TC quiere atribuir a los preceptos constitucionales que reconocen y regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Se ha seguido así en la reforma una posición doctrinal, con importantes defensores entre los constitucionalistas, que defendía que el recurso de amparo debía tener una orientación objetiva y no subjetiva. Esta posición descansaba en el prejuicio de que no es función de los Tribunales Constitucionales ocuparse de los derechos de sujetos concretos, y de las violaciones de dichos derechos en momentos determinados. Según esta concepción, lo que corresponde a un TC es interpretar la norma constitucional, estableciendo su sentido, por lo que una vez cumplido este objetivo no tendría sentido reiterar sentencias para la tutela de derechos fundamentales lesionados, cuando dichas sentencias no añadieran nada a la interpretación del sentido y alcance del derecho fundamental vulnerado.

El problema de esta concepción doctrinal, y por tanto, el de la reforma legal que la traslada a la Ley, es que no responde a la configuración del recurso de amparo en la Constitución.

Guste o no, la Constitución ha querido que el Tribunal Constitucional, además de ocuparse, en exclusiva, de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, se ocupe también de los problemas concretos de Ticios, Cayos y Sempronios; que cuando Ticio, Cayo o Sempronio acudan al Tribunal Constitucional alegando ser víctimas de una actuación de los poderes públicos lesiva de sus derechos y libertades fundamentales y formulando pretensiones de reparación de la lesión padecida, el Tribunal Constitucional examine la actuación presuntamente lesiva, juzgue si efectivamente lo es y se pronuncie sobre las pretensiones que el demandante de amparo haya formulado, accediendo a ellas o rechazándolas.

Pero de esta configuración constitucional queda muy poco en la regulación legal del recurso de amparo posterior a la reforma de 2007. La conclusión es clara: la reforma del amparo de 2007 es inconstitucional. Que no se haya declarado así ni se vaya a declarar es explicable, habida cuenta de que la reforma fue promovida desde dentro del mismo órgano que tendría que declararla contraria a la Constitución. Pero que no se declare inconstitucional no supone que no lo sea.

Hay también en la reforma una cierta claudicación del Tribunal Constitucional ante la fuerte presión ejercida en los años anteriores desde el Tribunal Supremo. Los Magistrados del TS, especialmente los de algunas de sus Salas, no parecían aceptar bien la supremacía del TC en materia de garantías constitucionales del artículo 123.1 (ESPAÑA, 1978). Ello dio lugar a manifestaciones de malestar por parte de Magistrados del Tribunal Supremo ante casos en que el TC, al estimar algún recurso de amparo, anulaba resoluciones del TS. Estas manifestaciones fueron a veces muy aparatosas, y en mi opinión siempre impertinentes, además de completamente injustificadas. Pero es muy probable que pudieran hacer mella en el TC, y tal vez condicionar alguna de sus decisiones. No resulta fácil de explicar, por ejemplo, la decisión del TC en relación con la aplicación por la Sala Primera de los criterios de admisión de la casación civil aprobados por Acuerdo de la Junta General de 12 de diciembre de 2000 (ESPAÑA, 2000b) (STC 150/2004, de 20 de septiembre; STC 164/2004, de 4 de octubre, y ATC 191/2004, de 26 de mayo y ATC 201/2004, de 27 de mayo).

Como consecuencia de la reforma de 2007, en la situación actual, la tutela de los derechos fundamentales vinculados a las garantías del proceso penal ha de procurarse apurando las vías procesales disponibles dentro del propio proceso penal. Se ha de confiar, por tanto, prácticamente de manera exclusiva, en los tribunales penales ordinarios, en cuya cúspide se encuentra la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Es importante que desde 2015 el acceso al recurso de casación penal por infracción de precepto constitucional no se encuentra a priori condicionado por la gravedad del delito que haya sido objeto del proceso, lo que puede ampliar el alcance de la tutela de los derechos fundamentales por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Lamentablemente, sin embargo, el recurso de amparo, desde la reforma de 2007, ha quedado prácticamente desprovisto de eficacia real como medio de tutela de los derechos fundamentales procesales. Con ello se debilita la tutela de estos derechos. Tampoco favorece el prestigio del Tribunal Constitucional. La única razón por la que muchas veces habrá que interponer un recurso de amparo, aunque se sepa de antemano destinado a la inadmisión por falta de “especial trascendencia constitucional”, es la necesidad de agotar los recursos internos para poder presentar demanda ante el TEDH.

A este respecto, hay ya algún trabajo que demuestra que, tras la reforma de 2007, se ha producido un incremento en el número de demandas contra España ante el TEDH y un aumento en el número de sentencias que declaran que España ha vulnerado uno de los derechos del CEDH. Parece ser que, con frecuencia, tales demandas ante Estrasburgo se plantean después de que el TC haya inadmitido un recurso de amparo previo por carecer de “especial

trascendencia constitucional”. No creo que debamos felicitarnos de que esté ocurriendo esto y algo deberíamos hacer para evitarlo.

REFERENCIAS

ESPAÑA. *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia, 1882. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *La Constitución española de 1978*. Madrid: Palacio de las Cortes, 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Madrid: Jefatura del Estado, 1979. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*. Madrid: Jefatura del Estado, 1980. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-25461>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Madrid: Palacio de las Cortes, 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional (Pleno). *Cuestiones de inconstitucionalidad números 1.344/1987 y 1.412/1987, acumuladas. Sentencia número 145/1988, de 12 de julio*. T.C. Suplemento del Tribunal Constitucional, 12 de Julio de 1988a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1988-19564>. Acceso en: 10 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Jefatura del Estado, 1988b. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Jefatura del Estado, 1988c. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1988/BOE-A-1988-29621-consolidado.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Madrid: Jefatura del Estado, 1998. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). *Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 sobre Criterios de recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*. Adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000b. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-12-de-diciembre-de-2000-sobre-Criterios-de-recurribilidad--admission-y-regimen-transitorio-en-relacion-con-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal--regulados-en-la-nueva-Ley-de-enjuiciamiento-civil>. Acceso en: 10 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Jefatura del Estado, 2000a. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Madrid: Jefatura del Estado, 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?lang=es&id=BOE-A-2007-10483>. Acceso en: 09 jun. 2018.

ESPAÑA. *Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*. Madrid: Jefatura del Estado, 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10726-consolidado.pdf>. Acceso en: 09 jun. 2018.

Submissão do artigo: 24/01/2019

Aprovação do artigo: 05/03/2019

DESIGUALDADE DE GÊNERO E A VULNERABILIDADE DAS MULHERES COM DEFICIÊNCIA

GENDER INEQUALITY AND THE VULNERABILITY OF WOMEN WITH DISABILITIES

LUÍZA SOUTO NOGUEIRA

Assistente Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutoranda em Direito Civil pela USP. Mestra em Direito Civil pela PUC-SP (2016). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (2019). Bacharela em Direito Pela PUC/SP (2012).

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é, a partir de revisão bibliográfica somada à análise de dados, identificar em que medida a deficiência acaba por colocar a mulher nessa condição em uma situação de dupla vulnerabilidade (em razão do gênero e da deficiência). Para tanto, foram analisados os conceitos de gênero e desigualdade de gênero, bem como as origens da violência que decorre dessa desigualdade. Posteriormente realizou-se uma breve análise acerca da noção legal de pessoa com deficiência e da situação das mulheres que possuem algum tipo de deficiência. Por fim, através da observação de dados estatísticos acerca do número de pessoas com deficiência e dos tipos de violência mais comumente sofridos por elas, bem como dos gêneros das vítimas, foi possível perceber que a mulher com deficiência se encontra em situação de maior vulnerabilidade em relação a outras mulheres no que tange à violência doméstica e/ou de gênero, com maior probabilidade de vir a ser vítima em algum momento de sua vida.

Palavras-chave: mulher; gênero; desigualdade; vulnerabilidade.

ABSTRACT

The aim of this study is, from a literature review added to data analysis, to identify the extent to which disability ends up placing women in this condition in a situation of double vulnerability (due to gender and disability). To this end, the concepts of gender and gender inequality were analyzed, as well as the origins of the violence that results from this inequality. Subsequently, a brief analysis was made about the legal notion of people with disabilities and the situation of women with disabilities. Finally, through the analysis of statistical data on the number of people with disabilities and the types of violence most commonly suffered by them, as well as the gender of the victims, it was possible to realize that women with disabilities are most vulnerable than other women regarding domestic and/or gender violence, more likely to become a victim at some point in their life.

Keywords: woman; gender; inequality; vulnerability.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Gênero e desigualdade. 3. Vulnerabilidade da mulher com deficiência. 4. Dados sobre violência e mulheres com deficiência. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a desigualdade de gênero e a vulnerabilidade da mulher com deficiência e, como objeto, o estudo dos reflexos da desigualdade de gênero na maior suscetibilidade que a mulher com deficiência possui de vir a ser vítima de violência doméstica e/ou de gênero.

O problema de pesquisa que embasou o presente artigo fundamentou-se nas seguintes questões, a saber: de que forma a desigualdade de gênero reflete nas mulheres com deficiência? É possível dizer que mulheres com deficiência são mais vulneráveis a sofrer violência decorrente da desigualdade de gênero?

A condição jurídica da mulher no âmbito das relações sociais ainda não é de igualdade plena em relação aos homens, o que se deve à presença da ideologia de gênero na sociedade, situação que se agrava quando se observam as mulheres com deficiência, as quais acabam ficando em posição de dupla vulnerabilidade tendo em vista que, além da desigualdade em razão do gênero, se encontram em situação de maior risco em decorrência da deficiência que possuem, seja ela de ordem física, mental ou intelectual.

Justamente por isso, o objetivo do presente trabalho foi realizar um estudo sobre a desigualdade de gênero e como ela repercute nas mulheres com deficiência. Para isso, foram analisados os conceitos de gênero e desigualdade de gênero, bem como os dados que demonstram a maior suscetibilidade dessas mulheres à violência.

Por meio do método hipotético-dedutivo, realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca das temáticas de gênero e das mulheres com deficiência, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões.

E com o uso do método comparativo, por meio da análise de dados, buscou-se identificar qual é a real vulnerabilidade das mulheres com deficiência no que se refere à violência doméstica e/ou de gênero.

2 GÊNERO E DESIGUALDADE

O Decreto 8.727/2016 estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso II, que por identidade de gênero deve-se compreender a “dimensão da identidade de uma pessoa que diz

respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento”.

O grupo HERA (Health, Empowerment, Rights and Accountability) conceitua gênero como o conjunto de relações, atributos, papéis, crenças e atitudes que definem o que é ser um homem ou uma mulher na sociedade, que não são determinados pelo sexo biológico, mas por uma construção histórico-social passível de transformação¹.

E continua explicando que em muitas sociedades as relações de gênero são desiguais, o que reflete nas leis, políticas e práticas sociais, bem como no comportamento da sociedade. Destaca, ainda, que essa desigualdade tende a agravar outras existentes na sociedade, como de classe, raça, orientação sexual, deficiência².

Percebe-se, portanto, que os conceitos de gênero feminino e masculino nada mais são do que construções sociais com base nos comportamentos esperados das pessoas conforme o sexo biológico que nasceram.

Ainda, o conceito de gênero não se confunde com o de sexo, conforme explica Maria Aparecida Gugel:

Sobre gênero, tenha-se em conta que se trata de uma construção social da diferença de sexos. O sexo se relaciona com a realidade biológica e a anatomia masculina e feminina. O gênero se refere à cultura que estabelece posturas e comportamentos para homens e mulheres, destinando-lhes papéis, gestos, linguagem, roupas, profissões que ela deve adotar na vida em sociedade (GUGEL, 2019, p. 428).

E da diferenciação de papéis programados pela sociedade para homens e mulheres emerge a disparidade de tratamento nas mais variadas áreas da sociedade, colocando a mulher, em todas elas, em posição desvantajosa em relação ao homem, cuja função social sempre foi vista como de maior importância, força e poder.

¹ Tradução livre de: “[...] *sets of relationships, attributes, roles, beliefs and attitudes that define what being a woman or a man is within society. [...] Gender attributes and roles are not determined by biological sex. They are historically and socially constructed and can be transformed*” (HERA, 2019, p. 18).

² Tradução livre de: “*In most societies, gender relations are unequal and unbalanced in the extent of power they assign to women and men. Gender biases are reflected in a society’s laws, policies and social practices, and in the self-identities, attitudes and behavior of people. Unequal gender relations tend to deepen other social inequalities and discrimination base non class, race, caste, age, sexual orientation, ethnicity, disability, language or religion, among others*” (HERA, 2019, p. 18).

Nesse sentido explica Silvia Chakian (2019b, p. 49):

De fato, o gênero feminino sempre foi menosprezado, entendido como objeto de posse e opressão do gênero masculino. A construção da inferioridade feminina é histórica e se fez presente nos mais diversos discursos, inclusive nas ciências, que por muito tempo se prestaram a justificar, como verdade científica, a inferioridade intelectual e também moral da mulher.

A título de exemplo, pode-se verificar a legislação sobre Direito de Família, que, no Código Civil de 1916, foi editada (por homens) sob a inspiração da ideia de superioridade e dominação do homem sobre a mulher, como ensina Maria Berenice Dias (2015, p. 101):

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois Clóvis Bevilacqua foi encarregado de elaborá-lo no ano de 1899. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua força física foi transformada em poder pessoal, em autoridade. Detinha o comando exclusivo da família, sendo considerado o chefe da sociedade conjugal e o cabeça do casal.

No mesmo sentido é a lição de Martha Saad (2010, p. 10):

A relação conjugal imitava a relação estatal com os cidadãos, de natureza hierárquica e moldada sobre o binômio autoridade-submissão, e tinha como palavras de ordem: poder doméstico, controle marital, obediência da mulher, impostos sob a escusabilidade do manto da proteção jurídica.

E por ser a desigualdade a regra, as normas de cunho penal também acabaram por consagrar desigualdades no âmbito da tutela merecida por homens e mulheres.

Até a edição do Código Penal do Império, em 1830, estava o homem autorizado a matar a mulher adúltera. Após a entrada em vigor deste diploma, tal autorização foi suprimida. Entretanto, o adultério continuou a ser tratado de maneira diferente conforme o gênero daquele que viesse a incorrer nesse crime, conforme se depreende da análise dos artigos 250 e 251 do referido diploma legal:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adultero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Verifica-se que a mulher que cometesse adultério estaria sujeita a prisão, ao passo que o homem somente seria punido com essas penas caso tivesse concubina, teúda, e manteúda, ou

seja, exigia-se uma relação habitual fora do casamento, com vínculo de dependência econômica; meras relações sexuais esporádicas não configuravam adultério.

Nessa linha, pontua Silvia Chakian (2019a, p. 103):

[...] a falta de equiparação no tratamento do marido que praticasse adultério persistiu, não havendo previsão de punição para as traições consideradas ocasionais. Apenas se ele mantivesse economicamente outra mulher é que poderia ser punido, o que revela a preocupação de proteção patrimonial e preservação da família, valores maiores na época.

No que tange à tutela da liberdade sexual, à época a punição para crimes sexuais era mais rigorosa caso as vítimas fossem mulheres virgens ou honestas, havendo previsão expressa de pena menor caso a estupro fosse prostituta³.

Esse cenário de diferenças de papéis entre homens e mulheres, bem como de diferenças entre mulheres a justificar a aplicação de penas mais brandas para aquelas que viessem a ser vítimas de violência sexual mas não ocupassem o *status* de virgem ou honesta, acabou por propiciar a normalização de uma cultura de violência contra a mulher.

Violência essa que ora se justificava pelo fato de ser ela vista como naturalmente inferior, de valor social menor; ora pela crença de não ser ela digna de proteção por dedicar-se à prostituição ou simplesmente por ter perdido o “selo social” de mulher honesta.

Nesse sentido é a lição de Marisa Sanematsu (2019, p. 13):

Na história da humanidade, a violência sempre esteve presente como uma expressão da desigualdade de poder entre as pessoas. Quando uma impõe sua vontade sobre a outra, porque se considera em condição de superioridade, está cometendo uma violência. Quando agride porque foi contrariada, está praticando uma violência. As ações violentas – sejam verbais ou físicas – são estratégias ensinadas, apoiadas e perpetuadas por uma cultura de dominação que privilegia o mais forte em detrimento do mais fraco e na qual as relações desiguais produzem violações de direitos fundamentais, como o direito de toda mulher a uma vida sem violência, reconhecido pela ONU e pelo Esradi brasileiro há mais de vinte e cinco anos, quando aderiu à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994).

³ Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Ainda, sobre o conceito de violência de gênero, explicam Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakian (2019, p. 20):

A violência de gênero, por sua vez, envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino. Toda sociedade pode atribuir diferentes papéis ao homem e à mulher. Até aí, tudo bem. Isso, todavia, adquire caráter discriminatório quando a tais papéis são estabelecidos pesos e importâncias diferenciados. Quando a valoração social desses papéis é distinta, há desequilíbrio, assimetria das relações sociais, o que pode acarretar violência. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos, trazendo prejuízos para as mulheres que, em sua dimensão mais acentuada, chegam à violência contra a mulher.

Entretanto, o problema da desigualdade (e violência) de gênero vai muito além das diferenças entre feminino e masculino. Isso porque dentro do feminino estão mulheres com características diversas, o que as torna mais ou menos propensas a experimentar desigualdades durante a vida.

Nessa linha de raciocínio, menciona Silvia Chakian (2019a, p. 65) a diferença entre as dificuldades enfrentadas no passado por mulheres brancas e negras:

Enquanto mulheres brancas da classe dominante enfrentaram a discriminação no espaço privado, onde sempre tiveram que obedecer ao modelo de subalternidade em relação ao chefe da família, mulheres negras experimentaram todo tipo de violência dentro e fora das senzalas, seja nos campos de trabalho, onde eram vítimas de todo tipo de castigo físico ou humilhações, seja dentro dos espaços privados, onde eram esturpadas por seus senhores.

Tal desequilíbrio persiste até os dias atuais e também se verifica quando se analisam outros elementos intrínsecos à mulher, como os de cunho psíquico, físico ou social. Tanto que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará de 1994) em seu artigo 9º dispõe que para a adoção pelos Estados Partes de políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência, deverão ser levadas em conta:

[...] a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada violência a mulher gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação sócio-econômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade. (BRASIL, 1996).

O presente trabalho, justamente por isso, optou por analisar a desigualdade de gênero sob a ótica da mulher com deficiência, pois, além de um desequilíbrio de forças decorrente do

entendimento social acerca do feminino, ela possui, ainda, a agravante da deficiência (física, mental ou intelectual), o que a deixa ainda mais vulnerável tanto em relação ao cenário de discriminação quanto ao de violência.

3 VULNERABILIDADE DA MULHER COM DEFICIÊNCIA

Pessoas com deficiência, de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto 6.949/2009), são:

[...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas⁴.

O artigo 6º da Convenção ressalta a preocupação com o grupo das mulheres com deficiência, estabelecendo:

Artigo 6 Mulheres com deficiência 1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção.

Sobre isso explica Maria Aparecida Gugel (2019, p. 425-426):

A CDPD reconhece que as mulheres e as meninas com deficiência estão mais expostas a riscos, no lar e fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, e propõe incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

⁴ Esse conceito foi repetido na Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, em seu artigo 2º: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Conforme se explicou no item anterior, o gênero, por si só, já é causa da desigualdade e da violência. Entretanto a soma do gênero feminino com a deficiência acaba colocando essas mulheres em situação de dupla vulnerabilidade, conforme lecionam Stella Maris Nicolau, Lilia Blima Schraiber e José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres (2013):

A dimensão social da dupla vulnerabilidade das mulheres com deficiência diz respeito a vivências em um meio social no qual mulheres e pessoas com deficiência têm uma posição social menos qualificada e experimentam menores possibilidades de participação social e política, acesso à educação, à justiça, à saúde, ao trabalho regulamentado, a benefícios sociais, à cultura, ao lazer e demais bens sociais que promovam a equidade de gênero e o desenvolvimento humano de pessoas com deficiência.

Na mesma linha, destacam Livia Fajin de Mello dos Santos, Paulo Alexandre de Souza São Bento, Audrei Castro Telles, Raquel Fonseca Rodrigues e Rozania Bicego Zavier (2013):

Mulheres com deficiência constituem porcentagem expressiva do total da população brasileira, mas poucas conseguem ter seus direitos assegurados e garantidos por lei, fundamentados no princípio da igualdade. São duplamente discriminadas, tanto pela questão de gênero quanto por terem algum tipo de deficiência, sem contar com outras formas de discriminação, tais como racial, sexual, classe etc.

De acordo com o estudo denominado “Jóvenes con discapacidad: estudio global sobre cómo poner fin a la violencia de género y hacer realidad la salud y los derechos sexuales y reproductivos” realizado pelo Fundo das Nações Unidas para a População (UNFPA), a desigualdade de gênero contra mulheres com deficiência começa na infância, quando as meninas costumam receber menos atenção e alimentos em casa, tendo maior probabilidade de serem excluídas das interações e atividades familiares, bem como de não receber educação ou formação que lhes permita encontrar emprego. As meninas nascidas com deficiência têm maior probabilidade de morrer em decorrência de assassinatos compassivos e talvez nunca serão registradas legalmente, o que impede que recebam assistência social e as torna mais vulneráveis à violência e ao abuso. E quando se tornam mulheres, é mais provável que vivam em situação de pobreza e que sejam submetidas a violência de gênero⁵.

⁵ Tradução livre de: “La discriminación por género contra las niñas y mujeres jóvenes con discapacidades comienza a edad muy temprana. Las niñas con discapacidades tienen menos probabilidad de recibir atención y alimentos en el hogar y es más probable que se les deje fuera de las interacciones y actividades familiares. Tienen menos probabilidades de recibir asistencia sanitaria o dispositivos de ayuda que los niños con discapacidad y también tienen menos probabilidades de recibir una educación o

Tal desigualdade de tratamento, por consequência, leva a uma maior suscetibilidade a sofrer algum tipo de violência, como explica Adriane Reis de Araujo (2019, p. 456):

A violência contra a mulher com deficiência é sistêmica e se manifesta principalmente no ambiente doméstico ou em instituições, podendo ser ativa (ação) ou passiva (omissão). A violência passiva ou por omissão abrange atos em que há ausência ou restrição no gozo de direitos, como na hipótese de negligência no cuidado com a mulher com deficiência – principalmente crianças e idosas – como a recusa em dar alimentação, medicamentos apropriados ou cuidados pessoais, como também a recusa em reconhecer a sexualidade e prestar a devida educação e orientação sexual. A violência ativa ou por ação abrange abusos de toda ordem, como maus tratos físicos e psicológicos, abusos sexuais, exploração sexual, estupro e até esterilização compulsória.

Essa situação de maior vulnerabilidade, que coloca as mulheres com deficiência em maior risco de virem a serem vítimas de violência ao longo de sua vida, fica clara a partir da análise dos dados seguir.

4 DADOS SOBRE VIOLÊNCIA E MULHERES COM DEFICIÊNCIA

O Relatório Sobre a Deficiência da Organização Mundial da Saúde – OMS, elaborado em 2012, concluiu que pessoas com deficiência têm maior probabilidade de virem a sofrer algum tipo de violência do que as pessoas sem deficiência:

Tanto no curtíssimo quanto no longo prazo, a violência está ligada a resultados de saúde, incluindo lesões, problemas físicos e mentais, abuso de drogas e morte. Pessoas com deficiência estão mais sujeitas à violência do que as pessoas sem deficiência. Nos Estados Unidos, divulgou-se que a violência contra pessoas com deficiência é de 4-10 vezes maior do que contra pessoas não deficientes. A prevalência de abuso sexual contra pessoas com deficiências mostrou ser maior, especialmente contra homens e mulheres internados com deficiência intelectual, parceiros íntimos e adolescentes.

Em que pese ter o estudo se baseado em dados norte-americanos, os dados que a seguir serão analisados demonstram que a realidade brasileira não é muito distinta.

formación vocacional que les permita encontrar empleo. Las niñas pequeñas nacidas con discapacidad tienen más probabilidades de morir por «asesinatos compasivos» que los niños pequeños con discapacidad y quizá nunca sean registradas legalmente, lo que impide que reciban asistencia sanitaria, educación y servicios sociales públicos y las hace más vulnerables a la violencia y el abuso. Las niñas con discapacidad tienen menos probabilidades que los niños con discapacidad de asistir al colegio, haciendo que sea más difícil para estas niñas obtener un empleo y estar alfabetizadas. Como mujeres, es más probable que vivan en la pobreza y estén sometidas a violencia de género” (UNFPA, 2019, p. 24).

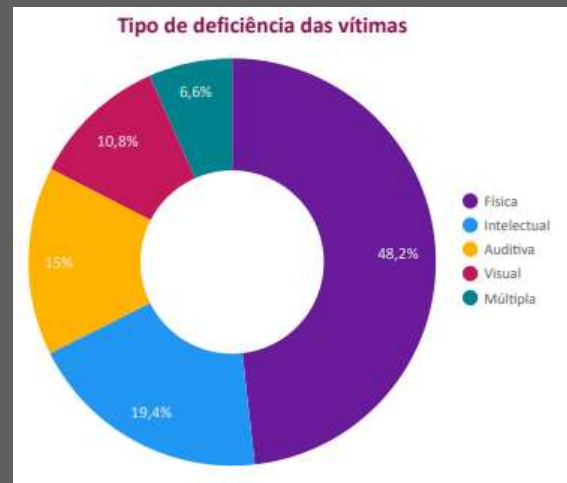
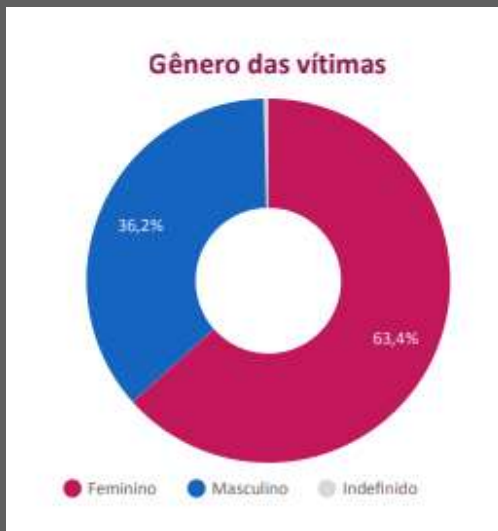
De acordo com o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de 2010, a população brasileira é composta por 97.348.809 mulheres e 93.406.990 homens. Dentre as mulheres, 25.800.681 se declararam como pessoas com algum tipo de deficiência. Por sua vez, 19.805.367 homens declararam ter alguma das deficiências investigadas (IBGE, 2010).

É o que se visualiza na tabela abaixo:

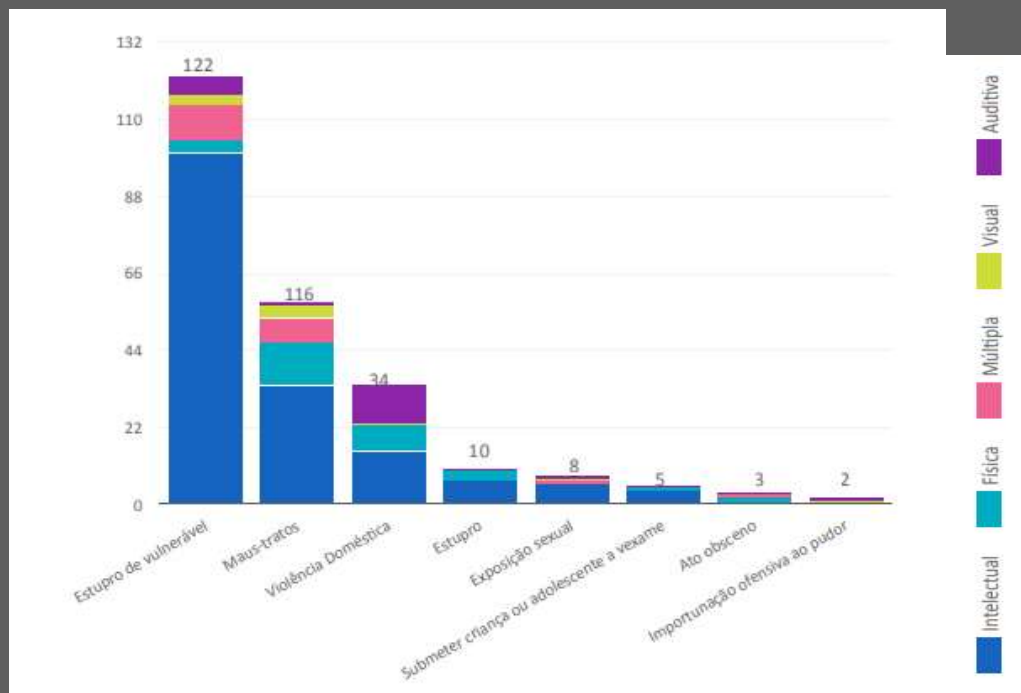
Tabela 1.3.4 - População residente, por tipo de deficiência, segundo o sexo e a cor ou raça - Brasil - 2010

Sexo e cor ou raça	População residente							
	Total (1) (2)	Pelo menos uma das deficiências investigadas (1)	Tipo de deficiência					
			Visual			Auditiva		
			Não consegue de modo algum	Grande dificuldade	Alguma dificuldade	Não consegue de modo algum	Grande dificuldade	Alguma dificuldade
Total	190 755 799	45 606 048	506 377	6 056 533	29 211 482	344 206	1 798 967	7 574 145
Branca	90 621 281	21 252 847	266 814	2 673 726	13 533 416	177 461	904 509	3 609 404
Preta	14 351 162	3 884 965	42 883	585 328	2 436 241	24 383	145 643	632 795
Amarela	2 105 353	569 838	5 863	76 784	372 283	3 627	24 174	100 575
Parda	82 820 452	19 733 079	189 175	2 693 656	12 770 575	137 483	717 120	3 199 082
Indígena	821 501	165 148	1 642	27 007	98 826	1 252	7 520	32 228
Sem declaração	36 051	171	-	31	140	-	-	61
Homens	93 406 990	19 805 367	237 538	2 437 398	12 244 750	172 405	946 289	3 789 918
Branca	43 426 847	9 104 302	122 620	1 062 685	5 631 603	86 560	463 132	1 802 915
Preta	7 440 244	1 750 896	21 590	240 687	1 064 093	12 476	79 678	318 202
Amarela	959 547	233 021	2 961	29 003	146 955	1 984	12 345	47 550
Parda	41 148 439	8 641 292	89 572	1 093 220	5 357 451	70 748	387 275	1 605 119
Indígena	410 917	75 717	794	11 802	44 509	638	3 859	16 071
Sem declaração	20 996	140	-	-	140	-	-	61
Mulheres	97 348 809	25 800 681	268 839	3 619 135	16 966 732	171 801	852 678	3 784 228
Branca	47 194 434	12 148 546	144 194	1 611 041	7 901 813	90 901	441 377	1 806 489
Preta	6 910 918	2 134 069	21 292	344 642	1 372 148	11 907	65 965	314 593
Amarela	1 145 806	336 818	2 902	47 781	225 328	1 644	11 830	53 026
Parda	41 672 013	11 091 787	99 603	1 600 436	7 413 125	66 735	329 846	1 593 963
Indígena	410 584	89 431	848	15 205	54 318	615	3 661	16 157
Sem declaração	15 055	31	-	31	-	-	-	-

A análise elaborada pelo Observatório Municipal da Política da Pessoa com Deficiência a partir dos dados fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública sobre a violência cometida contra pessoas com deficiência no município de São Paulo no período compreendido entre 2014 e 2018 concluiu que, nos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, 63,4% das vítimas são do gênero feminino e 73,6% são adolescentes. E que 68,9% das vítimas possuem deficiência de cunho intelectual, com o restante se dividindo entre deficiência física, múltipla, auditiva e visual, conforme se visualiza nos gráficos abaixo (SÃO PAULO, 2019):



Também concluiu que os crimes que são comumente praticados contra pessoas com deficiência são o estupro de vulnerável, os maus tratos e a violência doméstica (SÃO PAULO, 2019):



A partir dessa análise, é possível perceber que as mulheres com deficiência estão mais sujeitas a serem vítimas de violência do que os homens na mesma condição, e que, dentre os crimes com maior probabilidade de ocorrer, encontram-se o estupro e a violência doméstica.

Nesse mesmo sentido, consta informação no Atlas da Violência 2018, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, que concluiu que as pessoas que já

sofrem violência de gênero, quando têm alguma deficiência, acabam sendo ainda mais vitimadas:

Um dado desconcertante é a vitimização de pessoas que, além de sofrer a violência de gênero, ainda sofrem vulnerabilidades por deficiências física e/ou psicológica. Com efeito, cerca de 10,3% das vítimas de estupro possuíam alguma deficiência, sendo 31,1% desses casos contra indivíduos que apresentam deficiência mental e 29,6% contra indivíduos com transtorno mental. Além disso, 12,2% do total de casos de estupros coletivos foram contra vítimas com alguma deficiência, conforme apresentado na tabela 6.8 (IPEA, 2018).

Essa realidade consta da Tabela 6.8 abaixo:

Tabela 6.8 – Brasil: número de vítimas de estupro por tipo de deficiência e repetição do evento (2016)

Tipo de deficiência/transtorno /Repetição do Evento	Primeira vez	Outras vezes	Sem informação	Total geral
Deficiência física	62	62	30	154
Deficiência mental	264	275	155	694
Deficiência visual	37	31	4	72
Deficiência auditiva	39	19	18	76
Transtorno mental	295	301	133	729
Transtorno de comportamento	156	180	66	402
Outro tipo	74	102	42	218
Total de casos contra vítimas deficientes	927	970	448	2.345
Total de casos	10.781	7.951	4.067	22.799

Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

A partir desses dados, é possível perceber que a deficiência é um fator de maior vulnerabilidade quando se analisam índices de violência. E que, dentre as pessoas com deficiência, as mulheres aparecem em maior número quando se observam as vítimas de crimes de natureza sexual ou decorrentes de violência doméstica.

5 CONCLUSÃO

A desigualdade de gênero é uma realidade em nossa sociedade que vem sendo cada vez mais alardeada e combatida, mas ainda está longe de ser um problema resolvido.

Uma das consequências mais nefastas dessa desigualdade é a violência que decorre da ideia de supremacia do masculino sobre o feminino aliada à força física e ao maior poder aquisitivo decorrente das posições ocupadas por homens e mulheres na sociedade. Violência essa que não se limita à esfera da violação sexual, mas que se dá de diversas formas, tanto físicas como psicológicas.

Ocorre que nem todas as mulheres encontram-se na mesma situação de desvantagem em razão do gênero feminino. Isso porque conforme sejam elas brancas ou negras, ricas ou pobres, deficientes ou não, as consequências do desequilíbrio de forças entre homens e mulheres serão mais ou menos leves e repercutirão de maneira diferente sobre cada uma delas.

Justamente por isso, o presente trabalho optou por analisar a questão sob a ótica da mulher com deficiência. E a escolha desse recorte metodológico se deu em razão da maior relevância que se tem dado ao tema da pessoa com deficiência após a promulgação do Decreto que ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, bem como a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão.

O objetivo foi, por meio da análise de dados, identificar se a vulnerabilidade decorrente da deficiência agrava a suscetibilidade das mulheres nessa condição à violência doméstica e/ou de gênero.

E o que se pôde concluir foi que mulheres com deficiência se encontram em posição de dupla vulnerabilidade, pois além da condição de gênero possuem a deficiência, de modo que possuem grande probabilidade de virem a ser vítimas de algum tipo de violência decorrente de um ou de ambos esses fatores.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriane Reis de. A igualdade de gênero e a mulher com deficiência. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). *Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: RTM, 2019.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BRASIL. *Decreto 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 01.11.2019.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 01 nov. 2019.

CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.

CHAKIAN, Silvia. Lei Maria da Penha: um basta à tolerância e banalização da violência contra a mulher. In: INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: um problema de toda a sociedade*. São Paulo: Paulinas, 2019b.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GUGEL, Maria Aparecida. Mulher com deficiência – medidas adequadas para o seu desenvolvimento, avanço e empoderamento. In: GUGEL, Maria Aparecida (org.). *Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: RTM, 2019.

HERA: Health, Empowerment, Rights and Accountability. *Women's Sexual and Reproductive Rights and Health*. Disponível em: <https://31u5ac2nrwj6247cya153vw9-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/1998/01/HERA-Action-Sheets.pdf>. Acesso em: 19 out. 2019.

IBGE. Censo demográfico 2010. Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro, jun. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

NICOLAU, Stella Maris; SCHRAIBER, Lilia Blima; AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. Mulheres com deficiência e sua dupla vulnerabilidade: contribuições para a construção da integralidade em saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, mar. 2013, v. 18, n. 3, p. 863-872. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232013000800032&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 04 nov. 2019.

OMS. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=D69D7304E6CAD7514D2C5F1CAA593E35?sequence=4. Acesso em: 19 out. 2019.

SAAD, Martha Solange Scherer. A evolução jurídica da mulher na família. *In*: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (org.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

SANEMATSU, Marisa. Por que precisamos falar sobre a violência contra a mulher? *In*: INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: um problema de toda a sociedade*. São Paulo: Paulinas, 2019.

SANTOS, Livia Fajin de Mello dos et. al. Mulheres com deficiência: reflexões sobre a trajetória das políticas públicas de saúde. *Rev. enferm. UFPE on line*, Recife, v. 7, n. 7, jul. 2013. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/6799>. Acesso em: 04 nov. 2019.

SÃO PAULO. Secretaria da pessoa com deficiência. *Violência cometida contra pessoas com Deficiência Município de São Paulo (2014-2018)*. Análise elaborada pelo Observatório Municipal da Política da Pessoa com Deficiência a partir dos dados fornecidos pela SSP. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Dados%20viol%C3%Aancia%20PCD\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Dados%20viol%C3%Aancia%20PCD(1).pdf). Acesso em: 19 out. 2019.

UNFPA. *Jóvenes con discapacidad: estudio global sobre cómo poner fin a la violencia de género y hacer realidad la salud y los derechos sexuales y reproductivos*. Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pubpdf/UNFPA_Global_Study_on_Disability_Report_SP.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

Submissão do artigo: 04/02/2020

Aprovação do artigo: 31/12/2020

**O DIREITO AO CONHECIMENTO DOS DIREITOS: PROMOÇÃO DA
CIDADANIA E AUMENTO DA QUALIDADE DA DEMOCRACIA**

***THE RIGHT TO KNOW THE RIGHTS: CITIZENSHIP PROMOTION AND
DEMOCRACY QUALITY IMPROVEMENT***

YURI FISBERG

Mestre pela Universidade de São Paulo, Especialista pela Escola da Magistratura Paulista, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

CLÁUDIA REGINA DE AZEVEDO

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Paulista de Direito. Advogada. Endereço eletrônico: cr_azevedo@outlook.com.

RESUMO

Participação popular no Estado Democrático de Direito não equivale apenas ao direito do cidadão de votar ou ser votado. O completo exercício da cidadania abarca também a consciência, pelo povo, de seu papel social, seus direitos, a forma de exercê-los e, principalmente, exigir seu cumprimento pelo Poder Público e pelos demais particulares. Aventa-se, pois, que a população merece mais do que educação formal básica como um direito reconhecido abstratamente pela Constituição Federal, deve ser assegurada uma formação cívica e jurídica que forneça instrumentos de real compreensão e interferência social, afastando-se de eventual tentativa de manipulação de massa. O presente artigo pretende verificar se a qualidade da democracia brasileira guarda alguma relação com a formação educacional do cidadão nacional, sobretudo com relação ao conhecimento e à ciência de seus direitos fundamentais. Almeja-se responder se o direito ao conhecimento dos direitos é instrumento de potencialização da democracia no País.

Palavras chave: Direito. Constitucional. Educação. Cidadania. Qualidade da Democracia.

ABSTRACT

Popular involvement in a Democratic State of Law is not just the right to vote and the right to be voted. The full exercise of citizenship also includes the awareness, by the people, of its social role, its rights, the best way to practice them and, mostly, to demand its accomplishment by the Government and by the other citizens. Therefore, we start to realize if people should deserve more than formal basic schooling not just as a right recognized by the Constitution, but also as a civic and legal education, which could provide tools to effective comprehension and social interference, moving away from hypothetical attempt of mass manipulation. That way, this article intends to check if quality of Brazilian democracy has any connection with formal education of national citizens, especially when we talk about knowledge and awareness of fundamental rights.

Keywords: Law. Constitutional Law. Schooling. Citizenship. Democracy quality.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Qualidade da democracia. 3 Direito à educação - Conhecendo direitos. 3.1 Conteúdo jurídico básico a ser compartilhado. 3.2 Iniciativas de destaque. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A última década trouxe à luz casos engenhosos de corrupção, envolvendo os mais altos escalões do governo e das classes sociais, gerando nítido sentimento de descrença em todo o sistema estatal e verdadeira crise institucional. Ao mesmo tempo, cresce a percepção de que o povo brasileiro – talvez como reação aos acontecimentos político-sociais – passou a se manifestar mais, a sair às ruas, a se sentir útil e necessário ao processo democrático; todos –

dos barbeiros aos engenheiros, dos taxistas aos médicos – se autorizam a criticar o Judiciário, o sistema eleitoral, o sistema carcerário, a intervenção federal ocorrida no Estado do Rio de Janeiro, os partidos políticos e os Poderes públicos de forma generalizada. O Supremo Tribunal Federal deixou de ser “esse outro desconhecido” (BALEEIRO, 1968); o “mensalão” inseriu o Tribunal no “centro do debate público” (RECONDO; WEBER, 2019, p. 12) e mais, colocou a Justiça no centro de manifestações e questionamentos populares.

A intensa difusão e utilização das redes sociais soma-se à mídia tradicional – escrita e falada – na exposição de valores e de padrões de comportamento que demonstram “o que” e “como” pensa o povo brasileiro. Mostra-se cada dia mais facilitado o acesso a todo tipo de informação – útil ou não, com ou sem fundamento, verdadeira ou falsa – do que decorre naturalmente uma maior “participação” popular, que não mais se limita a comparecer às urnas a cada dois anos em virtude de uma obrigação legal.

Apesar da insatisfação geral e descrença quanto ao sistema, mormente quanto às instituições públicas – segundo Relatório ICJ Brasil (FGV DIREITO, 2017) as instituições que mais tiveram queda no seu grau de confiança foram o Governo Federal, que passou de 29% para 6%, o Ministério Público, de 50% para 28% e as grandes empresas, cuja confiança passou de 43% para 29% -, crescente a sensação de participação no debate público. O questionamento que se apresenta é se há preparo para tal participação, se o cidadão efetivamente conhece seus direitos e sabe os meios para torná-los efetivos e, o mais importante, se participa de forma suficiente. Poderia o acesso a tais conhecimentos implicar em melhora da qualidade de tal participação popular em sentido amplo?

Entenderíamos nós qual seria o sistema eleitoral mais adequado para poder eventualmente decidir sobre ele em um plebiscito? Teríamos condições de analisar a estratégia adotada por determinado partido político, em um pleito que se utiliza do sistema proporcional, e indica um candidato “celebridade” para conseguir cadeiras na Casa pretendida? E o que dizer das funções constitucionais do Presidente da República, dos Deputados e Senadores¹, por exemplo?

¹ Emblemático caso pode ser lembrado quando da realização da campanha eleitoral do candidato Tiririca à Câmara dos Deputados, que de algum modo acabou expondo uma angustiante realidade de considerável parte do povo brasileiro, que efetivamente não sabe qual a função dos Deputados Federais. Joelma Pereira, no Jornal “O Globo”, edição de 09.09.2011, destacou: *Tiririca: 'Como não prometi nada na campanha, o que eu fizer é lucro'*. Com o slogan “Você sabe o que faz um deputado federal? Eu também não sei, vote em mim que eu te conto”, Tiririca (PR-SP) foi o campeão de votos nas

A população que vota e que se mostra participativa do processo democrático como um todo é a mesma população que, de acordo com a pesquisa já mencionada alhures aumentou, de um ano para outro, em 61%, sua confiança nas redes sociais. Apesar da propalada preocupação com as *'fake news'*, da dúvida sobre a confiabilidade da origem e da qualidade da informação, os novos meios sociais de comunicação têm credibilidade apenas menor que a Igreja Católica e as Forças Armadas (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2017).

Contrapõem-se tais estatísticas à pesquisa do IPEA (2013) junto à população de 15 a 29 anos, em todo território brasileiro: 59% dos entrevistados nunca foram a uma biblioteca durante toda sua vida. Ou seja, temos uma população formada, em grande parte, por pessoas que jamais compareceram a uma biblioteca, mas que confiam nas redes sociais, nas instituições religiosas e nas Forças Militares. Seria este um ambiente de consciência democrática efetiva?

Para viabilizar a participação popular com qualidade, inevitável trazer à tona a ideia de que cidadão se forma com oportunidade e com conhecimento. Compreender a extensão de direitos é premissa ao exercício; nas palavras de Barbosa Filho e Caetano do Nascimento (2015, p. 47):

Mediante um raciocínio lógico e dedutivo, conclui-se que esse direito ao conhecimento dos direitos possui natureza de direito fundamental. O conhecimento de algo é o pressuposto lógico e necessário para que o mesmo seja exercitado, defendido e promovido. *Portanto, o direito ao conhecimento dos direitos é meio para que todos os demais direitos fundamentais possam ser acessados e efetivados.* Sem esse direito, não existe um pressuposto logicamente válido para a defesa e promoção de todos os demais direitos fundamentais por parte dos destinatários de tais normas (negrito não original).

Não se desconhecem, entretanto, respeitadas vozes em sentido contrário, que afirmam que a defesa da educação como acesso à cidadania de qualidade seria mera retórica para manutenção do *status quo* pela classe dominante. Sustentam que a educação do povo, por si só, não implica em melhora de sua condição. Nesse sentido, Roberto Carlos Simões Galvão (2006, p. 167) questiona:

Por que tantos governantes, políticos e até muitos pedagogos têm tentado melhorar as condições de vida dos excluídos a partir da educação? A resposta é simples. Teme-se uma alteração na ordem capitalista que aí está. A classe dominante não quer perder seus privilégios. Assim, tenta-se incutir na cabeça

eleições do ano passado e recebeu nas urnas a confiança de mais de um 1 milhão de eleitores (PEREIRA, 2011).

dos trabalhadores o fato de que a escolaridade lhes proporcionará o pleno acesso às riquezas e, sobretudo, a ascensão social. Os reais determinantes sociais e econômicos da miséria e da exclusão fazem parte da lógica econômica do sistema capitalista. A escola é instituição parte deste sistema e não possui autonomia para transformá-lo. A escola apenas reproduz a ordem burguesa, seus valores e desvalores. A função da educação escolar é a de reprodução das desigualdades sociais e do modo de produção capitalista, como bem demonstrou a crítica elaborada pela teoria da reprodução de Bourdieu e Passeron. Logo, não será através da escola que se obterá a solução para a desigualdade gritante, para a fome, para a condição de vida subumana dos milhões de miseráveis.

A severa crítica confronta antigo dogma de que a educação seria o mais garantido meio de *transporte* do cidadão de uma condição precária para outra melhor. Simplista, porém, afirmar que a educação não irá superar a miséria; por óbvio, o *mínimo existencial* deve ser suprido por meio de outros direitos igualmente previstos na Constituição Federal (v.g. saúde, moradia – art. 6º, da Carta Magna). Não há como olvidar, porém, que a “necessidade de informação é primordial e prioritária” (MAYHEW, 1975, p. 401); a educação em direitos é premissa para que o cidadão goze do Estado Democrático de Direitos.

2 QUALIDADE DA DEMOCRACIA

Todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), mas exercê-lo (diretamente ou por representantes) depende de conhecimento, informação, educação. Em outras palavras, o ensino está intrinsecamente associado à democracia. Capacitar os cidadãos sobre a importância das Instituições ou sobre a extensão e os limites de seus direitos fundamentais significa atribuir poder de atuação, intervenção, demanda. Em sentido oposto, a ignorância é instrumento de mobilização, de persuasão da maioria em favor de interesses minoritários ou base para discursos de conveniência.

Émile Durkheim define educação como “a ação exercida pelas gerações adultas sobre as gerações que não se encontram preparadas para a vida social” (1978, p. 41). Mais que a convivência social, a educação é premissa de um Estado Democrático de Direito, base para sua sobrevivência e, não raro, métrica da sua *qualidade*.

A simples presença nas eleições não parece ser a única forma de averiguar se há democracia em determinado país; conhecidos os casos na história brasileira de eleitores que compareciam às eleições de modo forçado ou apenas para atender interesses pessoais ou de seus

superiores (CARVALHO, 2018, p. 38). E como mensurar se uma democracia é ou não de qualidade? Quais os aspectos que devem ser levados em consideração?

Tais questões são respondidas por diversas instituições que promovem pesquisas justamente com a finalidade de apurar a qualidade da democracia dos países ao redor do mundo. Exemplificando, *The Economist Intelligence Unit* (The EIU), *V-DEM (Varieties of Democracy)*, *Freedom House* e *Quality of Government Institute (QOG)*.

Para a realização da pesquisa de *Varieties de Democracia* (V-DEM, 2019), por exemplo, analisa-se, dentre outros, o direito de sufrágio, a participação política, a liberdade de expressão e acesso à informação. Em sentido análogo, na publicação da Fundação Konrad Adenauer sobre o IDDLat (*índice de desenvolvimento democrático da América Latina*) são critérios para apurar a extensão da democracia de um país: a participação plena de sua população, mas, também, o desempenho em educação, consistente em taxas de matrículas, percentual de egressos e o orçamento frente ao PIB (2016, p. 12).

Em Curitiba, a Gazeta do Povo, inspirada na pesquisa realizada pelo *The Economist*, a fim de apurar a qualidade da democracia no Brasil, observou a dimensão cognitiva da cultura democrática. Buscaram, para tanto, quantificar se a população é dotada de conhecimento político (direitos e deveres cidadãos, responsabilidades das instituições) pontuando, em uma escala de zero a cem, o índice de 38,9 no quesito “cultura democrática”. E uma das conclusões trazidas é a de que a participação política e a cultura democrática aumentam conforme a escolaridade da população. Com tais dados, os pesquisadores resumiram que “democracia também se aprende na escola. E esta é uma tarefa urgente” (BRUM, 2018).

A análise também foi feita pelo Ministério da Cidadania na cidade de São Paulo, com metodologia comparável, oportunidade em que se constatou que os entrevistados majoritariamente afirmaram que a democracia é “preferível a qualquer outra forma de governo”; 52,8% destes, porém, toleram a “relativização” do regime. E, com o propósito deste ensaio, destaca-se que dentre aqueles que afirmaram ter algum tipo de educação sobre “o funcionamento do sistema político brasileiro”, tal percentual reduziu-se a 31,9%. Nas palavras dos analistas dos dados:

[...] para que se verifique a adesão intrínseca à democracia, é necessário mais que expressão de apoio formal ao regime. Para que os cidadãos sejam democratas sólidos, é preciso cultivar valores democráticos em diferentes áreas, como conhecimento político, tolerância, disposição a se educar e informação política (MINISTÉRIO DA CIDADANIA; INSTITUTO SIVIS, 2019, p. 22).

Neste sentido, é possível encontrar um denominador comum na maior parte dos trabalhos sobre o tema, que é o índice de participação popular na gestão democrática, o acesso da população à informação e à educação suficiente para interpretar tais dados e, com eles, participar de forma mais ativa.

3 DIREITO À EDUCAÇÃO - CONHECENDO DIREITOS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, foi expressa ao prever que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. E o referido mandamento constitucional foi repetido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394, de 1996), em seu artigo 2º. Será esta apenas mais uma “promessa constitucional inconsequente” (BRASIL, 2000)?

De acordo com o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 2018, há uma década o Brasil segue estagnado nos índices de leitura, com a quinquagésima sétima colocação em quase oitenta países avaliados. 43% dos estudantes brasileiros tiveram notas baixas nas três competências sob análise, enquanto a média mundial para tal desempenho é de apenas 13%. A evolução desde 2003 se deu nos níveis primários de educação, não havendo alteração substancial da performance estudantil nos níveis mais elevados de leitura, ciências e matemática (2019, p. 1-2).

O *ranking* mundial de educação é apenas um dos parâmetros para afirmar que o direito à educação está longe de ser implementado como previu o constituinte originário. Além da fragilidade em competências básicas de matemática, ciências ou interpretação de texto, o tempo médio de estudo do brasileiro é indicativo do baixo Índice de Desenvolvimento Humano nacional.

Em 2018, o Brasil caiu (mais) uma posição na lista de países avaliados pelo IDH, o que pode ser justificado também pela estagnação no âmbito da educação. Dentre outros fatores, os dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) expõem a escolarização de cada país, sendo inevitável a comparação com os dez primeiros colocados da lista (Noruega, Suíça, Irlanda, Alemanha, Hong Kong, Austrália, Islândia, Suécia, Singapura e

Países Baixos - todos com média de mais de 11,5 anos de estudos, ao tempo que o Brasil tem 7,8) e o último colocado, Níger, com apenas dois anos de estudo (2019, p. 301).

Reconhecer a importância da educação como elemento da democracia é, portanto, evidenciar a falha sucessiva do Estado na consecução dos fundamentos da República. Deve-se buscar a implementação de uma educação de base e, ao mesmo tempo, conhecimento capaz de suplantar índices mínimos de desenvolvimento humano, com consciência política e cidadã.

O exercício efetivo da democracia pelo cidadão não se resume ao direito de votar e ser votado; a educação é alicerce de outros tantos direitos elencados na Constituição Federal. Assegurar plena aplicabilidade à norma constitucional é conferir-lhe legitimidade, vigência longa e aperfeiçoamento (v.g. *mutação* constitucional).

Conforme destacou Nina Ranieri (2009, p. 15), a consolidação da democracia no início do século XXI não está baseada apenas e tão somente na manifestação da soberania popular, mas, principalmente, na qualidade da democracia e na confiança que os cidadãos depositam nas instituições e seus representantes. O direito de participação popular é premissa, avaliando-se a democracia a partir da condição cultural do cidadão fazê-lo de forma efetiva.

E como relembra Celso Lafer quando da apresentação da Era dos Direitos de Bobbio, “[...] nos dias de hoje o cerne da problemática dos direitos humanos não reside na sua fundamentação, mas no desafio da sua tutela” (2004, p. X). Não basta a previsão constitucional do direito à educação; é preciso garantir sua efetividade de modo a propiciar ao indivíduo condições de participar, de forma efetiva, do jogo democrático.

Em 2018, uma pesquisa do *The Economist* sobre participação política, protestos e democracia, classificou o Brasil como uma “democracia falha” (*flawed democracy*) expressão explicada como:

Democracia falha: países que têm eleições livres e justas e, ainda que com problemas (como atentados contra a liberdade de mídia, têm direitos civis respeitados. Entretanto, têm significativas fragilidades em outros aspectos da democracia, incluindo problemas de governança, cultura política subdesenvolvida e baixos níveis de participação política² (THE ECONOMIST, 2018).

² Tradução livre; original: “*Flawed democracies: These countries also have free and fair elections and, even if there are problems (such as infringements on media freedom), basic civil liberties are respected. However, there are significant weaknesses in other aspects of democracy, including problems in governance, an underdeveloped political culture and low levels of political participation*” (THE ECONOMIST, 2018).

Esclarecendo a classificação de “democracia falha ou defeituosa” a própria instituição organizadora da pesquisa aponta que o Brasil estaria na categoria dos países em que se nota subdesenvolvimento político-cultural e baixo nível de participação política (THE ECONOMIST, 2018).

Para tanto, mais do que acentuar investimentos em educação elementar – composta da grade curricular comum (português, matemática, ciências etc.) –, razoável aventar a possibilidade de inclusão obrigatória nas grades curriculares de uma “formação básica em direitos” para instrução do indivíduo como cidadão.

Como observam Cappelletti e Garth (1988, p. 22), um dos obstáculos a serem transpostos para um acesso efetivo à Justiça é justamente a aptidão para se reconhecer um direito e, a partir de então, exercitá-lo. Logo, promover os cidadãos com conhecimento acerca de seus direitos é instrumento de acesso a outros direitos. Destaca T. H. Marshall (1967, p. 73):

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como direito do cidadão adulto ter sido educado. [...] A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil.

Deste modo, devem ser seriamente buscadas hipóteses de qualificação da população para não só exercer os direitos decorrentes da cidadania – tomada aqui em seu aspecto puramente político (MARSHALL, 1967), como adotada em nosso sistema jurídico brasileiro –, mas também exigir prestação estatal, acessar o sistema judiciário (ou evitá-lo conscientemente), compreender os direitos e garantias decorrentes da sua qualidade de consumidor, de empregado, de eleitor. É preciso complementar essa visão estritamente política da cidadania também com seus aspectos civil e social, desenvolvendo o cidadão completo, preparado não somente para participar do processo de escolha dos representantes, mas de verdadeiramente atuar no desenvolvimento social como um todo. Neste sentido, Barbosa Filho e Caetano do Nascimento (2015, p. 81 e 89) exemplificam:

A educação em direitos pode e deve ser empregada como instrumento para superar o quadro de intenso desconhecimento e desrespeito aos direitos, a fim de viabilizar a chamada emancipação cidadã, pois, ressalte-se, os direitos estão proclamados, mas a efetivação dos mesmos perpassa necessariamente

por seu conhecimento, tendo a educação em direitos papel fulcral nesse aspecto.

[...]

Destarte, para exercer plenamente a cidadania e participar ativa e qualitativamente da vida política, o cidadão precisar estar munido de conhecimentos mínimos acerca dos seus direitos e deveres, a fim de melhor guiar essa participação nos destinos de seu país, em clara-consonância com o objetivo fundamental de se garantir o pleno desenvolvimento nacional.

Com isso, a educação em direitos poderia justamente viabilizar a emancipação civil mencionada, resguardando efetivamente os que detêm o poder segundo a Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único).

3.1 Conteúdo jurídico básico a ser compartilhado

Não se pretende, nem de passagem, transformar (ainda mais) o País em um exército de bacharéis em Direito, não se ignorando o fato de que, para o completo exercício de atividades jurídicas propriamente ditas, é necessário conhecimento técnico mais aprofundado. Significativa, porém, a crença de que é preciso ostentar diploma de ensino superior e cadastro na Ordem dos Advogados do Brasil para exercer direitos como ajuizar uma ação nos Juizados Especiais Cíveis, postular indenização do seguro obrigatório (DPVAT) ou declarar imposto de renda. Afirmar direitos é, de início, mostrar ao cidadão comum informações básicas, a fim de aumentar suas condições de bem conviver em sociedade e compreender seus ‘poderes’ e limitações.

E não se fala, aqui, em conhecimento puramente jurídico, de textos legais. Bastante salutar, por exemplo, desmistificar conceitos de Teoria do Estado e Ciência Política, tornando tangível a teoria da separação dos “poderes”, as funções do Legislativo, do Executivo e do Judiciário e de seus respectivos representantes, a forma de divisão do Estado brasileiro e como cada ente se relaciona com o governo federal, soberania, autonomia, formas de Estado e de governo. A compreensão de tais conceitos é prévia a qualquer informação efetivamente jurídica e exclusivamente legalista, pois permite ao cidadão convivência com qualquer tipo de legislação produzida e possibilidade de repulsa a alterações legislativas que corrompam o sistema democrático.

No tocante à legislação, o conhecimento deve abranger direitos constitucionais, civis e políticos. Inexiste cidadão ou cidadania sem o prévio conhecimento da extensão desta

condição; repisa-se que a cidadania não se limita ao exercício do direito de voto, o qual, todavia, deve ser compreendido em sua plenitude. Não raro as discussões políticas ficam adstritas a camadas e classes específicas, evidente a fragilidade das consultas populares ou de outros mecanismos de participação (ex. iniciativa popular) ante a falha na formação dos eleitores.

Cabe abordar, junto à população, o inteiro teor do artigo 5º, da Constituição Federal, evidentemente por meio de vocabulário acessível e com utilização de exemplos concretos. Expor direitos e garantias fundamentais, ressaltando que a cada um não cabe apenas exigir direitos, mas também cumprir deveres e respeitar os direitos alheios, dando especial ênfase aos instrumentos de consecução (v.g. direito de petição) e aos remédios constitucionais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular.

Ao lado das noções constitucionais, evidente a utilidade de esclarecer conceitos trazidos pela Lei de Locações, pelo Código de Defesa do Consumidor, regras básicas sobre relações de trabalho e, não menos importante, pelo Código Civil – como o regime de bens entre os cônjuges, normas de sucessão, direito a alimentos, posse e propriedade. Difícil apontar qual parte da vida privada ou em sociedade estaria alheia a efeitos jurídicos, muito embora o “cidadão médio” usualmente desconheça a extensão destes efeitos, suas capacidades e limites.

Tais conhecimentos, com abordagem didática e superficial, serviriam como alicerce e poderiam ser diluídos com o ensino das demais matérias da grade obrigatória. Assim, a população teria mais consciência de si mesma e da importância de seu papel no contexto social, de sua atuação, poder e responsabilidade.

3.2 Iniciativas de destaque

A educação em direitos já ostenta exemplos pioneiros e bem-sucedidos.

Exemplifica-se com o Projeto “Constituição nas Escolas”, iniciado em São Paulo pelo advogado Felipe Costa Rodrigues Neves, com repercussão e reconhecimento internacional. Segundo o endereço eletrônico da iniciativa, trata-se de “aulas expositivas sobre a Constituição Federal brasileira, direitos humanos e civilidade aos alunos da rede pública e demais membros da comunidade”, com o propósito de “expandir a noção cívica”, ensinando “direitos e deveres constitucionais, para que tenham uma base educacional sólida para compreender a importância de ser um cidadão consciente”.

No referido programa, ex-alunos e professores de direito são voluntários e proferem aulas e palestras nas escolas públicas do Estado. Recentemente, promoveram, inclusive, as Olimpíadas de Direito Constitucional, motivando os alunos ao conhecimento de seus direitos de forma lúdica e abordando a temática de forma bastante distinta daquela usualmente revestida de formalidade e rigor que por vezes acaba por afastar a população. No ano de 2017, o “Constituição na Escola” recebeu do Conselho Nacional de Justiça menção honrosa do Prêmio Innovare (INSTITUTO INNOVARE, 2017).

Em sentido análogo, a Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios criou o projeto “Conhecer Direito” (ANADEP, 2013).

Desde 2009 (Lei Complementar n. 132), “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico” constitui função institucional da Defensoria Pública, como ora expresso na Lei Complementar n. 80, 1994 (art. 4º, inciso III). Neste sentido, a DP-DFT inseriu programa que busca fornecer conhecimento jurídico básico para alunos do ensino médio da rede pública.

Para tanto, ingressam nas escolas com aulas de Língua Portuguesa, Direito Constitucional, Penal, Civil, do Trabalho, Administrativo, além de temas como Comunicação Não-Violenta, educação financeira, segurança digital e violência doméstica. Buscam uma “perspectiva de cidadania ativa, onde se propõe a formação de jovens participativos e conscientes” (ANADEP, 2013).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afastada qualquer pretensão de exaurir o debate, pretende-se reforçar a concepção de que educação em direitos implica em melhora da qualidade da democracia e, mais do que isso, resulta em capacitação da população para o real exercício da cidadania e dos seus direitos fundamentais. Ainda que o conhecimento não supere níveis extremos de pobreza, sem dúvida ostenta caráter emancipador, apto, ao menos, a permitir que a população identifique a objetificação da sua vontade eleitoral ou discursos estritamente populistas.

As iniciativas de destaque denotam a tangibilidade da questão entre crianças e adolescentes, a desnecessidade de alteração de rubricas do orçamento da educação, bem como o interesse social no conhecimento em direitos. Assegurar o artigo 205, da Constituição Federal, como mais que *mera* norma programática pode se dar com a simples inclusão de matérias na

grade curricular; ainda que a longo prazo, ensinar direito(s) possa ser o suficiente para que o povo compreenda sua relevância e dite mudanças efetivas no Estado por meio do poder conferido constitucionalmente.

Há relação direta entre o ensino amplo de direitos e a melhora da qualidade da democracia. Afinal, a *reserva do conhecimento* jurídico acentua vieses históricos de desigualdade econômica, racial e, também, acadêmica. Desconhecer direitos é não os usufruir ou os exigir. Como destaca José Murilo de Carvalho:

A precariedade do conhecimento dos direitos civis e, também, dos políticos e sociais, é demonstrada por pesquisa feita na região metropolitana do Rio de Janeiro em 1997. A pesquisa mostrou que 57% dos pesquisados não sabiam mencionar um só direito e só 12% mencionaram algum direito civil. Quase a metade achava que era legal a prisão por simples suspeita. A pesquisa mostrou que o fator mais importante no que se refere ao conhecimento dos direitos é a educação. O desconhecimento dos direitos caía de 64% entre os entrevistados que tinham até a 4ª série para 30% entre os que tinham o terceiro grau, mesmo que incompleto. Os dados revelam, ainda, que educação é o fator que mais bem explica o comportamento das pessoas no que se refere ao exercício dos direitos civis e políticos. Os mais educados se filiam mais a sindicatos, a órgãos de classe, a partidos políticos (2018, p. 212).

Não se pretende, que fique claro, trazer à vida a finada disciplina Educação Moral e Cívica (EMC), constante do catálogo de matérias obrigatórias quando vigorava a Ditadura Militar no país. Do mesmo modo, também não se pretende revisitar a disciplina Organização Social e Política do Brasil (OSPB). Ao contrário. Referidas disciplinas tinham, na época, intenção não de empoderamento do cidadão, mas de verdadeiro controle sobre o conteúdo da informação que era repassada nas escolas, o que, por consequência, acabava gerando automático controle do cidadão.

Também não se fala em educação em direitos apenas para o fim de formar um cidadão capacitado na seara política. O viés político é secundário almejando-se, em verdade, conhecimento para que o indivíduo possa comparecer ao Juizado Especial Cível, ao PROCON ou, até mesmo, às Agências Reguladoras, para expor seus argumentos e solucionar conflitos de modo consciente, sabendo exatamente do que está abrindo mão e quais as consequências jurídicas daí advindas. Conhecer o ordenamento pátrio não é só a concepção sobre os direitos; o cidadão reconhece que tem também obrigações e instrumentos de balanço com os deveres, equilibrando-se o corpo social e as relações a ele inerentes.

As democracias apenas sobrevivem e prosperam, aumentando sua qualidade, quando dela participam cidadãos conscientes de seu papel na sociedade e com conhecimento suficiente

para fazê-lo. Educação não como simples direito abstrato previsto pela Constituição Federal, mas como direito público subjetivo efetivo, apto a modificar a realidade social e que não se exaure na visita de matérias ordinárias de ciências, literatura ou matemática.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA FILHO, Roberto Inácio; CAETANO DO NASCIMENTO, Marcos Henrique. Educação em direitos: uma conquista da democracia participativa. In: SILVA, Juvêncio Borges; LEHFELD, Lucas de Souza (org.). *Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *AgR. no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS*. Relator: Min. Celso de Mello, 12 set. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 21 ago. 2018.

BRUM, Maurício. Democracia também se aprende na escola. E esta é uma tarefa urgente. *Jornal Gazeta do Povo*, 06 de junho de 2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/democracia-tambem-se-aprende-na-escola-e-esta-e-uma-tarefa-urgente-a6rj6s0cnmdfctlq2w8xe3qj5/?utm_source=gazeta-do-povo&utm_medium=infografia-box-promo&utm_campaign=ideias. Acesso em: 09 out. 2019.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. *Relatório ICJBrasil 1º semestre/2017*, outubro de 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf. Acesso em: 21 ago. 2018.

FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER. Índice de Desarrollo Democrático de América Latina IDD-Lat 2016. *Fundación Konrad Adenauer y Polilat.com*, 2016. Disponível em: <http://idd-lat.org/2016/downloads/idd-lat-2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

GALVÃO, Roberto Carlos Simões. Cidadania e educação no Brasil. *Revista HISTEDBR Online*, Campinas, n. 21, p. 166-170, mar. 2006. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/21/art15_21.pdf. Acesso em: 22 set. 2018.

GAZETA DO POVO. *Qualidade da democracia na sua cidade*. Disponível em: <https://especiais.gazetadopovo.com.br/qualidade-da-democracia-no-brasil/>. Acesso em: 15 dez. 19.

INSTITUTO INNOVARE. Projeto Constituição na Escola. *Prêmio Innovare*, São Paulo, 2017. Disponível em: Acesso em: <https://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-constituicao-na-escola>. Acesso em: 14 dez. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião da Juventude Brasileira 2013. *Ipea.gov*, 13 ago. 2013. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/noticiasmidia/participacao-institucional/775-pesquisa-juventude>.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAYHEW, Leon H. Institutions of Representation: Civil Justice and the Public. *Law & Society Review*, v. 9, n. 3, 1975, p. 401-429.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA; INSTITUTO SIVIS. *Índice de Democracia Local* - São Paulo, SP. Curitiba: Instituto Sivis, 2019. Disponível em: <https://sivis.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Relat%C3%B3rio-IDL-SP-WEB.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Results from PISA 2018: Country Note, Brazil*, 2019. Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

ANADEP. DF: Projeto Conhecer Direito on-line. *Anadep.org*, Brasília, 07 jun. 2013. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17630>. Acesso em: 14 dez. 2019.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania pela via da educação*. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PEREIRA, Joelma. Tiririca: 'Como não prometi nada na campanha, o que eu fizer é lucro'. *O Globo*, Brasília, 09 set. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/tiririca-como-nao-prometi-nada-na-campanha-o-que-eu-fizer-lucro-2701843#ixzz5RqMU9cZ4>. Acesso em: 22 set. 2018.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Human Development Report 2019* – Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in

human development in the 21st century. New York: PNUD, 2019. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

THE ECONOMIST. *Democracy Index 2017: Free speech under attack - International Report*. Disponível em: http://www.eiu.com/public/thankyou_download.aspx?activity=download&campaignid=DemocracyIndex2017. Acesso em: 07 set. 2018.

V-DEM Institute. *Democracy Facing Global Challenges. V-DEM Annual Democracy Report 2019*. Gothenburg: University of Gothenburg, 2019. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/99/de/99dedd73-f8bc-484c-8b91-44ba601b6e6b/v-dem_democracy_report_2019.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

Submissão do artigo: 17/01/2020

Aprovação do artigo: 21/10/2020

O ESCOPO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE REACH OF THE COOPERATION PRINCIPLE IN THE CIVIL PROCEDURE CODE

LARISSA DE FREITAS COUTO BARREIROS

Advogada formada pela Estácio-FAP, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Federal do Amazonas e Universidade do Estado do Amazonas.

TÚLIO MACEDO ROSA E SILVA

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.

ADELSON SILVA DOS SANTOS

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Doutorando do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Assistente da Escola de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Juiz do Trabalho Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.

RESUMO

O presente estudo possui a finalidade de identificar os limites da aplicação do princípio da cooperação, previsto expressamente no art. 6º do Código de Processo Civil. O modelo de processo cooperativo trouxe diversas modificações no comportamento que as partes devem assumir ao longo do processo. Dessa forma, é necessário analisar as mudanças exigidas dos comportamentos das partes em função do princípio da cooperação, detalhando seus contornos e os eventuais obstáculos que podem surgir em sua aplicação na busca de um processo justo e efetivo para todos.

Palavras-chave: Princípio da cooperação. Deveres processuais. Efetividade.

ABSTRACT

The present research has as its main objective to identify the limits of the principle of cooperation enforcement, provided purposely in the 6th Section of the Civil Procedure Code. The cooperative model trial brought a variety of changes concerning how the parties involved's behavior should be. Therefore, it's necessary to analyze the required modifications towards both parts' behaviors when it comes to the principle of cooperation, depicting its sides and eventual obstacles that may come up when being applied in its seek of a fair and effective trial for all affected parties.

Keywords: Principle of cooperation. Processual duties. Effectiveness.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Breves linhas conceituais. 3. Alguns contornos da aplicação do princípio da cooperação. 3.1. O princípio da cooperação direcionado aos órgãos jurisdicionais. 3.2. O princípio da cooperação direcionado às partes do processo. 4. Exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 4.1. A jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. 4.2. A jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul como exemplo prático da aplicação do princípio da cooperação. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os debates para a elaboração do Código de Processo Civil de 2015 foram iniciados com a instalação de comissão de juristas instituída pelo Ato 379/2009, da Presidência do Senado Federal. Tal comissão foi coordenada pelo jurista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, sendo formada na conjuntura da implementação da Reforma do Poder Judiciário que teve início em 1994 e encerrada, em seu plano constitucional, no ano de 2004.

Nesse sentido, o professor Souto Maior lembra que tal reforma foi financiada pelo Banco Mundial e compreende resultado de um projeto que busca impossibilitar o Direito, juristas e juízes de organizarem óbices à imposição da lógica de mercado. Para tanto, cita trecho extraído do Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para Reforma” (publicado em junho de 1996) formulado por Maria Dakolias, no seguinte sentido:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário, o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. [...] um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados do processo; b) acessibilidade às Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados. (SOUTO MAIOR, 2015)

Essa influência dos valores e institutos trazidos pelo Banco Mundial como orientadores das reformas do Poder Judiciário pode ser facilmente constatada nas finalidades declaradas do projeto que deu origem ao novo código (PL 8.046/2010). Nessa linha, os objetivos declarados do projeto aprovado era conceder “novo sentido” às demandas judiciais por meio da diminuição dos incidentes e solenidades processuais, diminuição da recorribilidade dos atos processuais e a diminuição do “tempo morto” do processo (DIAS, 2015). Só se consegue atingir tais escopos aumentando a previsibilidade das decisões judiciais e buscando maior celeridade processual.

Logo, é possível identificar a busca por um processo mais célere e previsível, como se observa, por exemplo, pela análise da exposição de motivos constantes em seu anteprojeto,¹

¹Elaborado pela Comissão de Juristas (2010), criada através do Ato do Presidente n. 379, de 2009 “com a finalidade de apresentar anteprojeto do Código de Processo Civil”.

“que reforça a necessidade de se aplicar maior funcionalidade às normas processuais”. É o que se constata do trecho abaixo colacionado:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Também é possível visualizar na exposição de motivos em análise a preocupação no sentido de identificar no processo “a sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”.

Nessa lógica, o modelo de processo adotado pelo Código Processual Civil de 2015 pode ser denominado de modelo constitucional de processo civil, “expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil, e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo” (CÂMARA, 2016, p. 7).

Importante registrar a existência de um capítulo inteiro dedicado aos fundamentos principiológicos que regem e orientam a aplicação das normas de processo civil, intitulado pelo legislador como “normas fundamentais do processo civil”.

Entre as normas fundamentais dispostas no Capítulo I do Código, cumpre destacar o princípio da cooperação trazido pelo artigo 6º. Conforme Augusto Fonseca Silva (2019, p. 284) o princípio já existia mesmo antes da edição do CPC de 2015, por meio de uma interpretação mais abrangente dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Na sua literalidade, o princípio da cooperação estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Nesse contexto, Cândido Rangel Dinamarco (2017, p. 46-47), ensina que o modelo de cooperação processual instituído expressamente pelo novo código possui como uma de suas missões alterar o estilo processual até então vigente, instituindo exigências direcionadas tanto às partes como ao magistrado.

Partindo dessa premissa, surgem questionamentos acerca dos limites do princípio em comento para a busca de uma decisão de mérito justa e efetiva. Nessa medida, até que ponto a parte deve cooperar no desenrolar da marcha processual? E qual seria o critério limitador para o magistrado dentro desse modelo para que possa agir sem violar sua imparcialidade?

Dessa forma, o presente estudo realizará pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema com o intuito de identificar os contornos do princípio da cooperação para os sujeitos do processo.

2 BREVES LINHAS CONCEITUAIS

A construção de conceito de um instituto jurídico exige análise profunda e detalhada de diversos elementos capazes de influenciar o resultado final da pesquisa acadêmica. Por isso, o presente trabalho não possui a pretensão de estabelecer ou definir o conceito do princípio da cooperação no processo civil em virtude de não constituir o objeto da investigação. Todavia, para poder avançar na busca da identificação das condutas que os sujeitos processuais devem realizar para implementar a cooperação almejada na lei, é necessário traçar algumas linhas a respeito do conceito e características do princípio da cooperação.

Para Cândido Dinamarco (2017, p. 47), o modelo de cooperação processual pauta-se no dever de diálogo entre as partes, conforme ensina o autor no trecho abaixo transcrito:

Ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, seu art. 6º tem em mente não apenas o dever de cooperação das partes com juiz, mas também deste em face daquelas. Esse dever do juiz revela-se de modo muito claro no art. 10 do novo Código, segundo o qual “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Esse é o dever de diálogo, que integra o ideário da garantia constitucional do contraditório e que chegou ao direito positivo brasileiro por sadia e notória influência do art. 16 do Código de Processo Civil francês. O juiz que dialoga com as partes e as ouve é um juiz consciente dessa garantia. As partes que dialogam com o juiz estão não só a cumprir seu dever de cooperação, mas exercendo com maior eficiência seu próprio direito de defesa.

Darci Guimarães Ribeiro (BUENO, 2017, p. 109-110) ensina que o vocábulo cooperação significa, segundo o dicionário da língua portuguesa de Caldas Aulete:

“prestação de auxílio para um fim comum”. Auxiliar, atuar com outro(s) para a realização do mesmo objetivo. Este termo, portanto, pressupõe que indivíduos pensem e atuem visando sempre o coletivo em detrimento do individual, já que buscam necessariamente objetivos em comum. Traduz, dessa maneira, a renúncia do individual em prol do social, para um desiderato maior e compartilhado entre os vários sujeitos envolvidos, na medida em que ambos serão beneficiados pelo trabalho em conjunto.

Já Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2019, p. 283-284) leciona que após a positivação do princípio da boa-fé preconizado no art. 5º do Código Processual Civil, sobretudo considerando seu caráter de cláusula geral, seria desnecessário positivar de forma expressa o princípio da cooperação, uma vez que teria relação direta com a boa-fé, conforme trecho a seguir:

A cooperação, no processo, tem liame direto com a boa-fé enquanto expressão de vida reta e de Direito *lato sensu* (não é direito o que não se conforma com a boa-fé; é canhestro ou obtuso o que se conforma com a má-fé) e importa num comportamento processualmente solidário, num “agir em colaboração, com lealdade, que impõe atitudes justas, tais como o fornecimento de informações e não atuação com má-fé”.

Ao tratar sobre o modelo de cooperação processual, Fredie Didier Jr. (2019, p. 157) pondera que:

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida. Não por acaso, o art. 10 do CPC proíbe a decisão surpresa, impondo ao órgão julgador o dever de consulta.

O mesmo autor (2019, p. 157) ainda sustenta que “o modelo cooperativo parecer ser o mais adequado para uma democracia”, na medida em que pode ser utilizado para a formação de um processo civil em consonância com a Constituição, considerando ainda que nesse modelo não existe protagonismo, mas uma comunidade de trabalho.

Humberto Theodoro Júnior ensina que o princípio da cooperação:

É um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É também um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu. (2018, p. 81)

A análise dos ensinamentos citados evidencia ser possível vislumbrar distintas visões sobre o instituto. Mesmo assim, de forma simultânea, conseguem expressar um ponto em comum: o princípio da cooperação abrange a necessidade de construção de um diálogo entre

todos os sujeitos do processo, para que, de forma colaborativa, consigam exercer todos os direitos inerentes à ampla defesa e ao contraditório.

Outro ponto a ser destacado consiste no fato de a cooperação estar dotada de relação direta com a boa-fé processual. Em verdade, o modelo é tratado por diversos autores como um desdobramento ou redimensionamento dos princípios do contraditório e da boa-fé.

Todavia, a tônica do artigo 6º é justamente um novo ponto de vista processual, privilegiando o diálogo entre todas as partes para que a prestação jurisdicional seja entregue de maneira mais justa e célere.

Além disso, cumpre destacar o fato de Didier referir-se ao modelo cooperativo processual como verdadeira “comunidade de trabalho” em que todos devem atuar de forma a conduzir o processo à decisão justa, célere e efetiva.

Nesse passo, os próximos itens do artigo buscam identificar os deveres processuais dos sujeitos processuais a partir desse novo modelo cooperativo.

3 ALGUNS CONTORNOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O presente tópico destacará alguns entendimentos doutrinários a respeito do alcance da aplicação do princípio da cooperação. Em que pese o dever de cooperar ser destinado a todos aqueles que participam do processo, como já ressaltado acima, o foco do item é voltado às obrigações direcionadas aos juízes e às partes após a vigência do Código de Processo Civil de 2015.

3.1 O princípio da cooperação direcionado aos órgãos jurisdicionais

Superada a análise de alguns contornos conceituais do instituto, faz-se necessário adentrar no estudo dos diversos posicionamentos doutrinários sobre a forma como ocorre a aplicação do modelo cooperativo processual.

Fredie Didier Jr. (2019, p. 159) aponta que sistematizar os deveres processuais não é uma tarefa fácil. Sustenta também que os deveres decorrentes da cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e proteção. O autor cita algumas dimensões desses deveres:

- a) dever de esclarecimento: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) dever de lealdade: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-81 do CPC); c) dever de proteção: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC);

há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I, e 776, CPC. (DIDIER JR., 2019, p. 160).

O autor ainda ressalta que o princípio da cooperação também dever ser observado pelos órgãos jurisdicionais, e cita, como exemplo, a necessidade de observância do dever de esclarecimento pelos julgadores. Nessa hipótese, o dever de esclarecimento “consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas” (DIDIER JR., 2019, p. 159).

Ademais, ao citar o termo “comunidade de trabalho”, o autor entende que essa incumbência trazida pelo princípio da cooperação destinada às partes e ao tribunal responsabiliza todos os sujeitos pelo resultado obtido no processo (DIDIER JR., 2019, p. 163).

No direito português, a doutrina aponta a existência de um dever de o juiz auxiliar as partes, que se consubstancia na necessidade que o tribunal possui de orientar as partes na eliminação de determinados empecilhos impeditivos do exercício de direitos ou o cumprimento dos deveres e direitos processuais² (DIDIER JR., 2019, p. 163-164).

No entanto, não parece possível a aplicação do referido dever processual no ordenamento jurídico brasileiro, isto porque o ônus de auxiliar as partes seria da figura do advogado e do defensor público, não cabendo aos órgãos jurisdicionais a execução dessa tarefa, como ensina Didier:

Não só não é possível: também não é recomendável. É simplesmente imprevisível o que pode acontecer se se disser ao órgão julgador que ele tem um dever atípico de auxiliar as partes. É possível, porém, que haja deveres típicos de auxílio, por expressa previsão legal. (DIDIER JR., 2019, p. 164).

² Art. 266º do CPC de Portugal 1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo. (PORTUGAL, 2013).

Portanto, para o autor, qualquer dever de auxílio que não estiver previsto na lei não é aconselhável, uma vez que, como já citado acima, o dever de auxiliar as partes é ônus de seus advogados e defensores públicos, não devendo o juiz atuar fora dos limites legais estabelecidos.

Por outro lado, Rafael Stefanini Auilo, em seu livro intitulado “O modelo cooperativo de processo civil no novo cpc” traz outro exemplo no que tange ao dever de auxílio direcionado aos órgãos jurisdicionais, que seria justamente a necessidade de o juiz “auxiliar a parte na busca de certa prova que será necessária ao deslinde correto da controvérsia”. (AUILO, 2019, p. 87)

O autor ainda ensina:

No modelo cooperativo de estrutura do processo civil, vê-se como inconcebível o proferimento de decisão desfavorável ao sujeito parcial que não tenha conseguido remover um obstáculo para a demonstração de seu direito. Até porque, como também será melhor analisado – e já tendo sido brevemente adiantado – o processo de cunho cooperativo busca acima de tudo a efetivação do direito material com a consequente realização de justiça (escopos jurídico e social da jurisdição), sendo a participação dos sujeitos na instrução probatória uma das situações mais importantes para a efetiva aplicação da colaboração intersubjetiva. (2019, p. 87-88)

Importante destacar que Rafael Stefanini Auilo também menciona o Código de Processo Civil português ao abordar o tema, apontando o dispositivo do diploma processual que trata do dever dos juízes de auxiliar às partes na condução do processo, concluindo que “o dever vem para preencher eventuais deficiências das partes que lhe impeçam em último grau o alcance dos escopos da jurisdição, fins do processo civil cooperativo” (2019, p. 88).

Contudo, não faz qualquer ressalva sobre eventual diferença do modelo cooperativo português e brasileiro, tal como Didier. Logo, para Auilo, não existe diferença entre a liberdade concedida aos juízes portugueses na remoção de obstáculos como forma de obediência ao princípio da cooperação e o modelo cooperativo brasileiro.

Enquanto isso, Darci Guimarães Ribeiro sustenta que “não há uma unanimidade na doutrina brasileira sobre o significado e a extensão de um processo cooperativo ou colaborativo, expressão por diversas vezes consideradas sinônimas, o que não é verdade” (BUENO, 2019, p. 110).

O autor pondera que:

A doutrina acaba por fundir vários conceitos para então identificar o chamado processo cooperativo como aquele que está marcado pela “dupla posição do juiz (paritário no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço da posição jurídica das partes” e pela “condução do processo sem protagonismos, a

inclusão do juiz como sujeito do contraditório, a previsão de deveres de cooperação para as partes e para o julgador. (BUENO, 2019, p. 111).

Em complemento, segundo o autor, parte da doutrina entende que o princípio da cooperação, tal como estatuído no artigo 6º do CPC, não criaria uma obrigação de efetivo auxílio mútuo entre as partes, ou entre elas e o magistrado, mas significaria apenas que todos os sujeitos devem trabalhar juntos na elaboração do resultado do processo.

Assim, para Darci Ribeiro Guimarães, não há um dever de auxílio entre as partes, tal como apontado pelos autores pesquisados. Na verdade, o artigo 6º do CPC sequer significa um novo princípio dentro do Código de Processo Civil, como é possível observar no trecho abaixo:

Esta concepção da colaboração no processo civil também não deve ser considerada como elemento capaz de autorizar a existência de um novo princípio no processo civil, na medida em que as partes no processo, desde a antiguidade, sempre atuaram, cada uma visando o seu interesse, de forma sistematicamente em conjunto com o juiz para legitimar o processo daí resultante. Portanto, nesta perspectiva, nada mudou com a introdução deste artigo. Mais uma vez destacamos que esta concepção, também, está umbilicalmente ligada à nova compreensão do princípio do contraditório, já que o essencial para estes autores é que através da efetiva participação das partes e do juiz as decisões judiciais sejam construídas por todos os sujeitos do contraditório. (BUENO, 2019, p. 111).

Por outro lado, Elpídio Donizetti (2018, p. 40) sustenta que a doutrina brasileira inspirou-se no direito europeu ao inserir expressamente no diploma processual civil o princípio da cooperação (ou da colaboração), o qual possui como premissa o fato de o processo tornar-se mais produtivo quando há uma relação triangular estabelecida pelas partes e pelo juiz.

O autor pondera que:

A moderna concepção processual exige um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo.

O dever de cooperação estaria voltado eminentemente para o magistrado, de modo a orientar sua atuação como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, não mais se limitando a mero fiscal de regras. (DONIZETTI, 2018, p. 40).

Donizetti ainda lembra que o dever de cooperação encontrará alguns limites, conforme a natureza da atuação de cada uma das partes. Quanto aos magistrados, deverá atuar “com a marca da equidistância e da imparcialidade, a qual não poderá ser comprometida por qualquer promiscuidade com as partes” (2018, p. 40).

O autor ainda ressalta:

Em sendo assim, meu caro leitor, retira da cabeça aquela imagem – falsamente assimilada por alguns com o advento do novo CPC – de juiz, autor e réu andando de mãos dadas pelas ruas e o advogado solicitando orientação ao juiz para redigir as peças processuais. Não obstante a apregoada cooperação, no fundo, será cada um por si, o que não impede que a lealdade e a boa-fé imperem nas relações processuais (2019, p. 41).

Da análise dos posicionamentos doutrinários aqui colacionados é possível verificar diversas posições opostas. Por exemplo, pode-se frisar que a maioria dos autores pesquisados entende que o princípio da cooperação traz novas incumbências aos órgãos jurisdicionais, tal como ressalta Didier, Donizetti e Rafael Stefanini Auilo. Já Darci Guimarães apresenta uma visão bastante resistente em relação ao princípio da cooperação, chegando a afirmar que nem se trata de um novo princípio.

Com efeito, a maioria dos autores elenca uma série de novas responsabilidades dirigidas aos juízes, como o dever de esclarecimento, dever de lealdade e dever de proteção, citados por Didier. Donizetti também ressalta que o modelo cooperativo processual exige uma participação ativa dos juízes na condução dos processos.

Assim, a maior parte dos autores pesquisados reconhece as mudanças trazidas pelo art. 6º do CPC, no sentido de que o magistrado, assim como os demais sujeitos do processo, deve atuar de forma menos passiva no processo, colaborando com as partes, mas mantendo sua imparcialidade preservada. Um desafio que demanda atenção dos magistrados e constante reflexão.

3.2 O princípio da cooperação direcionado às partes do processo

Em relação às partes no processo, cumpre tecer os seguintes apontamentos. Rafael Stefanini (2017, p. 71) pondera que o modelo cooperativo passa a exigir das partes um dever de informação recíproca, o que ele também chama de dever de veracidade. O autor esclarece que a máxima *nemo tenetur se detegere* ainda continua recalcitrante no denominado processo civil garantista.

Nessa linha, esclarece que:

Em verdade, até entre aqueles que não se denominam garantistas tal ideia é muito forte. A tese é sempre resumida na necessidade de proteger o princípio

do contraditório e da ampla defesa e de não permitir a interferência muito grande do Estado no litígio das partes (AUILO, 2017, p. 72).

Para Stefanini, a inexistência de meios processuais instrutórios hábeis a guarnecer a incapacidade das partes de produzirem determinadas provas no bojo da marcha processual pode direcionar o processo para um caminho diverso daquele previsto para a efetivação dos seus próprios escopos. Dessa forma, o autor sustenta que deve existir um equilíbrio entre as duas posições (autor e réu) que seja capaz de suprir os objetivos do próprio processo como ferramenta dialética e também como realizador de justiça. Assim,

[...] conforme anteriormente demonstrado, a aplicação equilibrada do dever de veracidade é talvez o meio mais eficaz para equacionar essa operação. Dentro do próprio dever de veracidade, pode-se destacar um meio capaz de permitir com que determinada parte, que eventualmente seja onerada com algum encargo probatório e não possua condições de liberar-se dele por não possuir ou ser impossível obter aquela prova ou informação correlata, possa atuar em condições de igualdade. Tal é o dever de esclarecimento (*chiarificazione*) ou também denominado dever de informação recíproca.

Conceitua-se, de modo genérico, como o dever que as partes (e terceiros) possuem de participar ativamente para uma boa instrução probatória, esclarecendo e informando sobre fatos que sejam relevantes para a causa. (AUILO, 2017).

Dessa maneira, o autor prestigia o equilíbrio entre o dever de veracidade das partes, entendendo que o modelo processual cooperativo do novo CPC não mais permite um comportamento processual pautado na máxima de que obterá sentença favorável quem estiver munido de provas para tanto. Ao contrário, as partes devem atuar de forma ativa e determinante no desenrolar processual, expondo e informando sobre todos os fatos determinantes para a resolução da lide (AUILO, 2017, p. 72).

Sobre a necessidade das partes levarem ao processo sua contribuição de forma efetiva, Stefanini ensina que o direito francês caminha no mesmo sentido, *in verbis*:

Mais especificamente, o dever de esclarecimento é uma faceta do dever de veracidade e de colaboração dos sujeitos do processo na busca de um resultado justo e efetivo. Esse sentido é o mesmo seguido no direito francês, pelo qual as partes devem trazer ao processo a sua contribuição às informações sobre todo o material probatório, podendo-se exigir que, no caso da contraparte estar portando elemento de prova útil à demanda, seja essa compelida a entregá-lo, sob pena de aplicação de astreinte. (AUILO, 2017, p. 73)

Stefanini aponta também a existência de um dever de esclarecimento direcionado aos juízes que guarda relação direta com um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro denominado exibição de documento, atualmente previsto nos artigos 355 a 404 CPC. Nessa linha, ensina que:

De acordo com a legislação, o juiz tem o poder-dever de exigir e a parte o de requerer que seja exibido no processo documento em posse da contraparte ou de terceiro, desde que devidamente individuado e útil à solução do litígio. A contraparte e o terceiro poderão recusar o pedido desde que haja um justo motivo (dever de sigilo, documento comum às partes etc. – artigo 363)

[...] A exibição de documento, aliás, é regulada de forma semelhante no direito alemão. A requerimento da parte ou mesmo de ofício o juiz pode determinar que a parte ou o terceiro apresente documento que esteja em sua posse e que seja necessário para o deslinde da controvérsia, sob pena de não o fazendo, por exemplo, sofrer a parte onerada com a presunção em seu desfavor daquilo que a outra parte gostaria que fosse provado com o documento (ZPO, §§142, 421-431) (AUILO, 2017, p. 74-75).

O autor afirma que o dever de esclarecimento apropriado aos fatos que permeiam a lide também avaliza a igualdade de acesso às informações prestadas pelas partes, bem como pelo Estado-juiz. Acrescenta que “evita eventuais surpresas no processo (princípio da não surpresa), dando à contraparte a possibilidade de combater os fatos da melhor forma possível e assim influenciar melhor na decisão judicial” (AUILO, 2017, p. 77)

Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2019, p. 292-297) identifica três aspectos do princípio da cooperação: dever de esclarecimento, dever de lealdade e dever de proteção. Destaca, ainda, sob o enfoque da figura do magistrado, que o princípio da cooperação deve estar alinhado ao dever de esclarecimento, dever de diálogo, dever de prevenção e dever de auxílio das partes.

Nesse passo, destaca:

O dever de esclarecimento, no que concerne às partes parciais do processo, está em quem devem redigir a suas demandas com clareza e coerência sob pena de inépcia.

[...] O dever de esclarecimento desdobra-se em outros dois sub-deveres, que são o dever de diálogo e o dever de consulta.

Devido à concepção policêntrica e participativa implementada pelo novo CPC e sobre a qual tecemos considerações linhas acima, todas as partes do processo devem, a partir de um multiálogo franco e direto, esclarecer-se mutuamente.

[...] O dever de consulta, que “é variante processual do dever de informar” (art. 6º, III, da Lei n. 8078/90 e decorrência da cláusula geral de boa-fé objetiva), também, como frisado, é aspecto do dever de esclarecimento e é

umbilicalmente ligado ao dever de diálogo. Ao decidir sobre algo, o Juiz deve consultar as partes sobre o que as mesmas não tiverem se manifestado, sob pena de prolatar decisão-surpresa (art.10).

Já o dever de proteção, alinhado ao dever de prevenção, está conectado à incumbência judicial de alertar as partes acerca de eventuais “escolhas equivocadas do ponto de vista do processo” que “podem acarretar na frustração do exame do direito material”. O juiz não pode extinguir o processo de pronto, por exemplo, por defeito processual sanável, sem permitir que a parte o faça primeiramente (art. 76 do CPC).

Finalmente, o dever de auxílio, que determina ao juiz que “colabore com as partes no desempenho de seu ônus e no cumprimento de seus deveres no processo”.

O autor conclui que essa dialética processual dialogal, inerente ao modelo processual cooperativo, pode ser fator real de contribuição para uma solução justa (2019, p. 298).

Na oportunidade, é importante trazer à baila novamente os apontamentos realizados por Darci Guimarães Ribeiro, no sentido de que é importante abalizar que as partes no processo sempre atuaram visando seus interesses, de forma sistemática, em conjunto com o juiz. Nessa medida, acredita que nada muda com o artigo 6º do CPC, já que o dispositivo estaria mais vinculado aos princípios do contraditório e da ampla defesa do que a uma colaboração excessiva entre as partes para o provimento jurisdicional necessário. (BUENO, 2019, p. 111).

O autor ainda assevera:

Na relação processual, diversamente do que ocorre no direito civil, em virtude de sua natureza pública e não privada, autor e réu estão em posição indiscutivelmente antagônica, já que apresentam interesses diametralmente diversos e opostos na medida em que a satisfação do interesse de um deles depende unicamente da insatisfação do interesse de outro, vale dizer, o autor só ganha se o réu perder e vice-versa, pois não há empate no processo. Não há aqui vontades, interesses convergentes como na relação privada, podendo-se afirmar, como máxima, que ambos, processualmente falando, trabalham em conjunto para obterem unicamente uma sentença, como expressão de um ato estatal.

[...] Eis aqui o erro dos processualistas em falar de cooperação ou colaboração no processo civil, cuja base está no art. 6º e também no art. 385, ambos do CPC. Uma coisa é aplicar a necessidade de cooperação no direito privado e outra bem distinta é querer implementá-la no direito processual. São relações jurídicas bastante distintas com naturezas bem diversas. Uma é privada e outra é pública. Todavia, no processo, bem como nas relações privadas, as partes devem agir sempre com base na ética, na boa-fé e com lealdade que jamais deve ser confundida com colaboração ou cooperação por parte de quem pratica o ato processual. Quem atua eticamente no processo, não necessariamente colabora com o Juiz, nem com a outra parte. Agir com ética não significa necessariamente colaborar. Quanto mais o autor cooperar com o réu mais distante ele estará de realizar seus interesses no processo. Como vai

haver colaboração em uma ação de improbidade administrativa? Em uma ação de dano ambiental? (BUENO, 2019, p. 111).

Em outras palavras, o mencionado autor apresenta uma peculiar rejeição aos termos como o artigo 6º do CPC foi recepcionado pela maior parte da doutrina especializada. Para ele, a cooperação estaria mais relacionada à ética, à boa-fé e à lealdade processual, com efetivo dever de colaborar no desenrolar dos atos processuais. Ademais, Darci Ribeiro acredita que quanto mais a parte colaborar com o processo, mais distante estará de um provimento jurisdicional favorável.

É possível identificar também que Darci Ribeiro apresenta um foco processual mais individualista do que coletivo, voltado a interesses meramente individuais. Diferente das razões sustentadas por Rafael Stefanini, uma vez que o autor enxerga o processo como medida de efetiva realização da justiça. Algo que transcende o mero interesse das partes.

Voltando aos apontamentos de Darci Ribeiro (2019, p. 113), o autor ressalta que, embora o legislador processual exija no artigo 6º que todos cooperem entre si, ao mesmo tempo introduz o direito fundamental ao silêncio, quando permite que a parte não produza prova contra si, conforme estipulado no artigo 379 do CPC. Ressalta que “o mesmo incorreu em uma imperdoável antinomia principiológica, na medida em que uma norma fundamental limita o exercício de uma outra norma fundamental”.

Colaciona ainda:

Para tentar escapar desta clara contradição, alguns autores, entre os quais cito Marinoni, Arenhart e Mitidiero, sustentam que “não existe no âmbito civil um ‘direito geral de não produzir prova contra si’”. Nesse sentido, o enunciado 51 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que também reduz o princípio constitucional aos seus “reflexos no ambiente penal”. Pese a indiscutível autoridade dos autores, não me parece correto realizar uma interpretação restritiva de um direito consagrado fundamental.

[...] Portanto, como eu posso colaborar com a parte contrária ou com o juiz se eu tenho o direito fundamental de não produzir prova contra a mim mesmo, vale dizer, toda prova apresentada por uma parte, ao fim e ao cabo, só poderá beneficiá-la e jamais prejudicá-la. Isto é colaborar ou cooperar? (BUENO, 2019, p. 114).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery (2018, p. 1009-1010, apud BUENO, 2019, p. 144) também afirmam que:

Não se pode exigir da parte contrária, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do

declarante, vale dizer, não se pode exigir da parte que produza prova contra si mesmo.

Enquanto isso, Elpídio Donizetti (2018, p. 40) sustenta que não somente o magistrado que deve cooperar com o processo, mas “todos aqueles que atuam no processo (juiz, partes, oficial de justiça, advogados, Ministério Público etc.) têm o dever de colaborar para que a prestação jurisdicional seja concretizada da forma que prescreve a CF/88”.

Donizetti ainda argumenta que:

Quando se fala em princípio da colaboração, destaca-se a necessidade de responsabilização dos vários agentes do processo. Trata-se, na verdade, daqueles “deveres anexos”, comuns a qualquer relação contratual (lealdade, boa-fé objetiva, informação), mas que também são aplicáveis ao processo. Além disso, qualquer posicionamento judicial no processo não pode ocorrer ao livre arbítrio do magistrado, motivo pelo qual sua atuação deve ser restrita. O dever de cooperação, entretanto, encontra limites na natureza da atuação de cada uma das partes. O juiz atua com a marca da equidistância e da imparcialidade, a qual não pode ser comprometida por qualquer promiscuidade com as partes. Por outro lado, o dever do advogado é a defesa do seu constituinte. A rigor, não tem ele o compromisso com a realização da justiça. Ele deverá empregar toda a técnica para que as postulações do seu cliente sejam aceitas pelo julgador. Essa é a baliza que deve conduzir o seu agir cooperativo. (DONIZETTI, 2018, p. 40-41).

Todas as colocações expostas demonstram ser difícil a superação da perspectiva individualista do processo para ser substituída pelo processo que se desenvolva com a cooperação de todos os sujeitos.

Como visto acima, o sucesso no provimento jurisdicional não deve ser direcionado apenas àqueles que detêm todas as provas necessárias, ao contrário, os valores reais de justiça serão alcançados quando a verdade prevalece dentro do processo.

Para tanto, deve haver equilíbrio entre as partes, assim como estas também devem zelar por uma conduta clara e transparente, buscando-se evitar embaraços e condutas meramente protelatórias no desenvolvimento dos atos processuais.

4 EXEMPLOS DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Nesse tópico serão analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quanto à utilização do princípio da cooperação no desenrolar da marcha processual.

Será possível observar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha reconhecendo a existência do princípio da cooperação antes mesmo da vigência do CPC de 2015, mas como um princípio que integrava a cláusula geral do devido processo legal.

Além disso, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul será analisada em virtude de constituir exemplo de aplicação prática do princípio da cooperação na seara do processo civil.

4.1 A jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça

Mesmo antes do advento do novo CPC e suas premissas, o STJ já vinha reconhecendo a aplicação do princípio da cooperação, como princípio que integra a cláusula geral do devido processo legal. Tal entendimento é possível verificar na decisão que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão, conforme ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA POST MORTEM. PERÍCIA NOS RESTOS MORTAIS DO FALECIDO INCONCLUSIVA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. NECESSIDADE. COERÊNCIA COM A CONDUTA PROCESSUAL ADOTADA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO.

1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A jurisprudência do STJ é sedimentada em reconhecer a possibilidade da conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova essencial, como o exame de DNA em questão, principalmente por se tratar de ação de estado. Precedentes. 3. O processo civil moderno vem reconhecendo - dentro da cláusula geral do devido processo legal - diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado, que deverá fazer parte do diálogo processual. 4. Na hipótese, deveria o julgador ter se mantido coerente com a sua conduta processual até aquele momento, isto é, proporcionado às partes a possibilidade de demonstrar a viabilidade na feitura de outro exame de DNA (preenchimento dos requisitos exigíveis) e não sentenciar, de forma súbita, o feito. 5. Além disso, acabou por conferir aos demandantes um direito à produção daquela prova em específico, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, LV) e que não pode simplesmente ser desconsiderado pelo Juízo, podendo-se falar na ocorrência de uma preclusão para o julgador no presente caso. 6. Diante das circunstâncias do caso em

questão e da vontade das partes, ainda sendo supostamente possível a realização do exame de DNA pela técnica da reconstrução, é de se admitir a baixa dos autos para a constatação da viabilidade e realização da perícia pleiteada. 7. Recurso especial provido. (BRASIL, 2014).

Na decisão acima colacionada, verifica-se que o STJ entendeu pela necessidade do dever de diálogo entre os juízes e as partes, tal como determina o artigo 6º do atual CPC. Na época, vigente ainda o CPC de 1973, a decisão mencionou o princípio da cooperação como inerente ao “processo civil moderno”.

Outro entendimento construído pelo STJ foi no sentido de que a reiteração de argumentos já repelidos de forma clara e coerente viola o dever de lealdade e cooperação que norteiam o processo (BRASIL, 2013).

Em que pese as decisões citadas terem sido proferidas antes do advento do CPC de 2015, sua análise demonstra que o princípio da cooperação já vinha sendo reconhecido pela moderna concepção processualista. Portanto, vale destacar que o artigo 6º é um reflexo das novas características atribuídas aos sujeitos do processo.

Cumprê ressaltar, ainda, que após o advento do novo CPC, o STJ vem aplicando o estabelecido no artigo 6º do CPC, tal como é possível observar no julgamento do Agravo de Instrumento no REsp 1749737/RS (BRASIL, 2018).

No caso acima citado, a União opôs Agravo Interno em face da decisão que negou provimento ao Recurso Especial interposto pelo referido ente político. A União alegou, em síntese, que informações necessárias à defesa de direitos devem ser requeridas diretamente à repartição pública competente, cabendo ao Judiciário apenas intervir em caso de comprovada resistência da Administração ao fornecimento de tais elementos.

A irrisignação da Fazenda Pública da União surge quando, na instância ordinária, interpôs Agravo de Instrumento que restou improvido sob o argumento de que os documentos necessários para ajuizamento de feito executivo em face da União e que estão em posse da Fazenda Pública Executada devem ser por esta disponibilizados.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu a mesma linha de raciocínio, ressaltando que não é razoável condicionar o prosseguimento de determinado feito executivo a requerimento administrativo prévio, no sentido de solicitar documentos que estão em posse da executada, mormente quando tal solicitação pode ser feita no bojo dos autos executivos, recomendando maior ênfase ao princípio da cooperação.

Convém transcrever a ementa da decisão ora analisada, *in verbis*:

IV - No caso sob exame, já não se debate mais sobre o fato constitutivo de direito invocado pela parte autora (CPC, art.373, I), já reconhecido em definitivo no título executivo judicial. Assim, não paira dúvida sobre o *an debeatur*. Cuida-se, isto sim, da quantização do crédito decorrente daquele reconhecimento. O momento é o da definição do *quantum debeatur*, para o qual, embora se exija a iniciativa do credor, não lhe é exigível a apresentação de elementos de que não tem a guarda ou não lhe é assegurado franco acesso, como é o caso das chamadas fichas financeiras mantidas nos assentamentos da Administração. V - Sabido pelas partes e pelo Juízo que a liquidação do título, ainda que por meros cálculos aritméticos, requer informações que se encontram sob o domínio da parte devedora, não é razoável condicionar o prosseguimento da execução ao prévio requerimento administrativo daqueles documentos, notadamente porque a definição do *quantum* é procedimento que se realiza no interesse do credor e do devedor, em igual medida, a recomendar com maior ênfase o respeito ao princípio da cooperação (CPC/2015, art. 6º). (BRASIL, 2018).

Portanto, se mesmo antes da vigência do Novo Código de Processo Civil já existia uma tendência de alguns ministros do STJ em reconhecer o princípio da cooperação como um dever processual implícito, agora há uma determinação legal expressa, que está sendo devidamente aplicada. Em verdade, a tendência é que cada vez mais o modelo cooperativo seja explorado nos tribunais.

4.2 A jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul como exemplo prático da aplicação do princípio da cooperação

O modelo cooperativo processual, tal como consignado pelo novo CPC, já vem sendo aplicado em diversos tribunais no País. Em especial, pode-se citar interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida em sede de cumprimento de sentença. Explica-se.

Na fase de cumprimento de sentença em ação de cobrança de prestações alimentícias, o executado não foi localizado. Ocorre que os advogados que representavam o executado também o patrocinavam em outra demanda (ação exoneratória de alimentos), na qual figurava como requerida a própria exequente. Forçoso destacar que o executado, quando do ajuizamento da ação de exoneração de alimentos, indicou o mesmo endereço constante da ação de cobrança, que já estava na fase executória.

Importante salientar também que a ação de exoneração de alimentos estava tramitando regularmente. Já no feito executório, após a expedição de carta de citação para cumprimento dos termos da execução no mencionado endereço, o aviso de recebimento retornou negativo.

Nesse passo, em observância ao princípio da cooperação, estatuído no art. 6º do CPC, o juízo entendeu por bem intimar os procuradores constituídos pelo executado, e que também o representavam na demanda exoneração de alimentos, para indicar o endereço atualizado do executado, possibilitando, assim, a citação da parte executada no feito executivo.

A ementa da decisão segue abaixo transcrita:

Agravo de instrumento. cumprimento de sentença. executado não localizado.intimação dos procuradores do executado, que o patrocinam na ação exoneratória de alimentos ajuizada em desfavor da ora exequente. princípio da cooperação. cabimento, no caso. 1. A exequente, ora agravante, ao ajuizar a presente execução em desfavor do executado, ora agravado, em dezembro de 2017, indicou como endereço o mesmo indicado por ele ao ajuizar ação de exoneração de alimentos contra si, em 06.06.2014, cujo feito está tramitando regularmente (Processo nº 015/1.14.0007248-6).2. Chama atenção ao fato de que, expedida carta de intimação do executado para cumprimento de sentença no aludido endereço, tenha retornado com resultado negativo a carta AR. 3. Desse modo, considerando o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC, devem ser intimados os procuradores do agravado constituídos para representá-lo na demanda exoneratória para que informem o endereço atual do constituinte, ora executado. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

No provimento jurisdicional em apreço, pode-se observar claramente a aplicação do princípio da cooperação, com uma atuação proativa e eficiente do juízo, que intimou os procuradores constituídos pelo executado para representá-lo na demanda de exoneração de alimentos, determinando a indicação de endereço onde fosse possível encontrar o executado. De forma acertada, e, verificando o juiz que a parte que figura como executado estava tentando embaraçar o feito executório, atuou de forma a privilegiar a entrega efetiva da prestação jurisdicional, que, no caso em apreço, consubstancia-se no cumprimento forçado dos termos da condenação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise dos ensinamentos expostos, é possível vislumbrar que a introdução do princípio da cooperação estabelece uma mudança na concepção processual até então vigente. Isto porque, mesmo sendo um princípio que decorre da boa-fé processual, do contraditório e da ampla defesa, a tônica do modelo cooperativo é justamente o estabelecimento de um diálogo maior entre as partes na busca de um provimento jurisdicional justo e efetivo.

Em verdade, são muitos os deveres que nascem da observância do princípio da cooperação, tais como o dever de esclarecimento, o dever de consulta, o dever de lealdade e o de proteção.

É importante frisar que o artigo 6º do CPC nasceu do dever de diálogo entre todos os sujeitos do processo, que vincula as partes e também o magistrado, bem como os demais atores do processo. Cooperar indica uma atitude muito mais positiva e ativa dentro do desenrolar processual. É não só ter boa-fé, mas também vontade de que o provimento jurisdicional seja rápido e justo.

Nessa linha, importante registrar que o abandono da visão tradicional de que o processo é um campo de batalha, na qual autor e réu dirigem-se à audiência prontos para um verdadeiro combate não é tarefa fácil. No entanto, após o advento do artigo 6º do CPC há o imperativo do dever de veracidade e lealdade processuais como um modelo a ser perseguido pelas partes.

Dessa forma, o modelo cooperativo compreende inovação de que o Poder Judiciário precisava para que conseguisse atingir seus fins. A justiça e a celeridade são atributos derivados dessa inovação, e o modelo cooperativo processual representa meio capaz de auxiliar nesse mister.

Aliás, o dever de auxílio imputado ao juiz também é uma grande novidade, pois não se admite mais a figura do julgador limitado à simples mediação da conduta das partes ao longo do processo.

Ademais, é necessário ressaltar que o dever de o magistrado auxiliar as partes não se confunde com a violação de sua imparcialidade, mas corresponde ao melhor conduzir as partes no exercício de suas faculdades como, por exemplo, propondo soluções e meios probatórios úteis e efetivos.

Portanto, o modelo cooperativo do Código de Processo Civil possui esse condão de estabelecer um novo comportamento processual imputado aos sujeitos processuais. Isso não significa que eles devam simplesmente renunciar aos seus interesses, mas atuarem conjuntamente para conseguir a mais justa e célere prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AUILO, Rafael Stefanini. *O Modelo Cooperativo de Processo Civil no Novo CPC*. Coleção Eduardo Espínola. Salvador: Juspodium, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *EDcl no AgRg no AREsp 147183 RJ 2012/0032307-3*. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 19 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *REsp 1229905-MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 05 ago. 2014.

BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. Senado Federal: Brasília, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/01041135.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no REsp 1749737-RS*. Relator: Min. Francisco Falcão, 06 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801522431&dt_publicacao=12/12/2018. Acesso em: 03 maio 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil – volume I* (arts. 1º a 317). São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COMISSÃO DE JURISTAS “NOVO CPC”. Exposição de Motivos. *Câmara dos Deputados*, 8 jun. 2010. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/documentos/outros-documentos/via-de-tramitacao/exposicao-de-motivos-comissao-de-juristas>. Acesso em: 19 maio 2009.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *O novo CPC e a preservação ontológica do processo do trabalho. Justiça do Trabalho*. Porto Alegre, v. 32, n. 379, jul. 2015, p.7-22.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil: volume I*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei n.º 41/2013 - Diário da República n.º 121/2013 Série I de 2013-06-26. Lisboa: Assembleia da República, 2013. Disponível em: https://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processocivil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12. Acesso em: 19 maio 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. *Agravo de Instrumento n. 700796687521*. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, 21 de março de 2019.

SILVA, Augusto Vinícius Fonseca e
Silva. *Princípios Panprocessuais ou Metaprocessuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho*. Justiça do Trabalho, Porto Alegre, v. 32. n. 380, ago. 2015, p. 7-54.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Submissão do artigo: 08/06/2020

Aprovação do artigo: 13/12/2020

**DIREITO À PRIVACIDADE X DIREITO À INFORMAÇÃO: NOVOS
APORTES PARA O DEBATE BRASILEIRO**

*RIGHT TO PRIVACY X RIGHT TO INFORMATION: NEW CONTRIBUTIONS TO THE
BRAZILIAN DEBATE*

IGOR COSTA

Procurador do Estado do Paraná. Master II em Direito Público pela Universidade de Nantes, França. Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná.

RODRIGO DALLEDONE

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau (TJPR). Mestre e doutorando em Direito do Estado pela UFPR.

RESUMO

O direito “à vida privada”, insculpido no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, por representar um anteparo entre a esfera individual e o escrutínio público, sempre esteve sujeito a constantes colisões com o direito à informação, não havendo uma solução *a priori* para os conflitos daí decorrentes. A situação passou a apresentar complexidade crescente com o incremento de tecnologias que vão paulatinamente erodindo as cidadelas edificadas em torno do indivíduo, que, de forma voluntária ou não, passa a compor a *entourage* de um grande espetáculo que tem como palco toda a sociedade. O que o artigo pretende, portanto, é revisar os principais aspectos teóricos da questão à luz das inovações trazidas pela Lei 13.709/2018, que “dispõe sobre a proteção de dados pessoais”, com o exame de um julgado do Superior Tribunal de Justiça que equacionou de maneira extremamente engenhosa a proteção de dados pessoais e o direito à privacidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito à privacidade. Liberdade de Informação. Lei 13709/2018. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The "right to privacy", inscribed in article 5, item X, of the Brazilian's Constitution, represents a shield between the individual sphere and public scrutiny, and has always engaged collisions with the “right to information”, being sure that there is no easy solution to these conflicts. This scenario has become increasingly complex with the development of technologies that gradually erode the walls of citadels built around the individuals, which, voluntarily or not, composes the entourage of a great spectacle that has as stage the whole of society. This article intends to review the main theoretical aspects of the issue, in light of the innovations brought by the Law 13709/2018, which "deals with the protection of personal information", including the analysis of a precedent of the Brazilian Superior Court of Justice, which has created an extremely ingenious way to balance the protection of personal information and the right to privacy.

Keywords: Fundamental Rights. Right to privacy. Freedom of information. Law 13709/2018. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O direito à privacidade. 3. Direito à informação e os aportes da Lei 13.709/2018. 4. Um exemplo de concordância prática: o julgamento do REsp 1.660.168/RJ. 5. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conquanto seja por natureza gregário, o ser humano necessita de momentos de isolamento e contemplação, do afastamento dos olhares de seus semelhantes e do convívio social.

George Duby destaca que, enquanto o conceito de “vida privada” tal como conhecemos atualmente só tenha adquirido consistência no Século XIX, todas as culturas da civilização ocidental concebiam a existência, em oposição ao espaço público, de “uma zona de imunidade oferecida ao recolhimento”, na qual “encontra-se o que possuímos de mais precioso, pertencente somente a nós mesmos, que não diz respeito a mais ninguém, que não deve ser divulgado [...]” (DUBY, 2010, p. 10). E a corroborar a constatação, basta que voltemos os olhos para o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹

O problema da privacidade é um dos mais atuais com os quais nos deparamos, pois que a reserva e a solidão parecem incompatíveis com esta era de evolução tecnológica, na qual as comunicações ocorrem em tempo real, a vigilância é ampla e ininterrupta, e a informação se tornou algo fugidio, insuscetível de controle. A esse respeito, Castells (2002, p. 40) fala num sistema de informações unificado, que utiliza uma “língua universal digital”, e no crescimento exponencial de redes interativas de computadores, “criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela.”

Soma-se a isso um quadro em que o recesso e a introspecção são vistos com desconfiança e pessoas parecem ávidas por partilhar todos os seus momentos em busca da validação alheia.

Por outro lado, a democracia pressupõe a informação e a transparência, sob pena de o arbítrio e o totalitarismo paulatinamente ganharem espaço. Com efeito, é o livre trânsito de ideias que possibilita um debate amplo e plural, capaz de permitir que as pessoas formem suas próprias convicções e façam suas escolhas, influenciando a criação de uma vontade coletiva

¹ “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito a proteção da lei.”

(DWORKIN, 2011, p. 381). E apenas num ambiente em que vigore o livre mercado de ideais haverá possibilidade de efetiva alternância de poder.

Esse é, pois, o desafio que se apresenta aos operadores do direito: o de conciliar dois valores que, em última análise, são imiscíveis, mas sem os quais não se pode construir uma sociedade “livre, justa e solidária” (CR, art. 3º, inc. I).

2 O DIREITO À PRIVACIDADE

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República reconhece a inviolabilidade da “intimidade e da vida privada”, assegurando o direito ao ressarcimento dos danos decorrentes de sua violação.

O tema não prescinde de uma prévia delimitação conceitual.

É que o signo “vida”, designativo de um “conjunto de atividades humanas que caracterizam um grupo social” (HOUAISS, 2009, p. 1943), é qualificado pela circunstância de ser “privada”, o que pode ser examinado sob dois aspectos diversos.

O adjetivo em análise pode ser considerado como antítese do que é “público”, assim entendido como um local onde predomina a transparência e a igualdade. Assim, o privado corresponderia ao que é restrito, à “esfera da interioridade e da autonomia individual” (MIGUEL, 1995, p. 27),² estando diretamente relacionado à liberdade e à delimitação de um espaço de autorregulação de interesses (MIRANDA, 1983, p. 126; FACHIN, 2003, p. 78).

Sob o aspecto do indivíduo destinatário da proteção, o privado corresponderia àquilo que lhe é interior, ou seja, “o que há de mais singular, secreto, misterioso e incomunicável.”³ (MIGUEL, 1995, p. 27). Trata-se, portanto, da noção de intimidade.

Daí decorre que a noção de privacidade é mais ampla por considerar o sujeito sob a ótica relacional, em convivência com os demais (basta que se pense no direito ao nome e à imagem), ao passo que a intimidade está restrita a aspectos eminentemente individuais e anímicos (pudores, crenças, preferências etc.).

2 Sobre a dicotomia público/privado, ver Bobbio (1999, p. 27-28).

3 No mesmo sentido, ver Silva (1997, p. 202-203).

Tércio Sampaio (1992, p. 72) esclarece que, por ser um conceito relacional, a privacidade envolve algum grau de publicidade, e acrescenta que “no recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros.”

Aqui se pode recorrer à teoria das esferas de proteção, segundo a qual o direito à privacidade lato sensu está submetido a três círculos protetivos concêntricos, de intensidade decrescente: a *esfera interna*, que corresponde ao âmbito mais íntimo da liberdade humana, que pode estar acobertada pelo segredo (do qual são exemplos o direito à intimidade e as liberdades de manifestação de pensamento, de consciência e de crença – art. 5º, incs. IV, VI e X); a *esfera privada ampla*, que abarca todas as questões relacionadas à autonomia do indivíduo enquanto integrante da sociedade (como, dentre outros, o direito à honra, ao sigilo de correspondência e a liberdade de profissão – art. 5º, incs. X, XII e XIII); a *esfera pública*, que engloba tudo que não esteja inserido nas anteriores (ALEXY, 2001, p. 349-350; DINIZ, 1977, p. 172-173).

Para fins de exposição, contudo, seguindo a trilha indicada por René Dotti, intimidade e privacidade serão empregadas indistintamente, na perspectiva de que são partes incidíveis de um único direito que decore diretamente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e que assegure não apenas o resguardo, a solidão e a autodeterminação, mas também a “possibilidade de manter fora do conhecimento de terceiros e do público em geral certos aspectos integrantes da esfera de cada um.” (DOTTI, 1980, p. 74).

Em sentido próximo, William Prosser (1960, p. 389) destaca que o direito à privacidade busca preservar a esfera jurídica do sujeito das seguintes espécies de violação, que só têm em comum a interferência naquilo que o Juiz Cooley chamou de “o direito de estar só”: a) invasão ao sossego, à solidão ou aos interesses pessoais; b) revelação de fatos privados embaraçosos; c) publicidade negativa; d) apropriação indevida do nome ou da imagem.

Ao enfatizar o segundo aspecto, José Adércio Sampaio (2013, p. 281-282) assinala que o direito à intimidade diz em última análise com o controle e seleção do fluxo de dados privados que o indivíduo recebe e emite, bem como do uso posterior destes *outputs* informacionais.

3 DIREITO À INFORMAÇÃO E OS APORTES DA LEI 13.709/2018

O direito à informação se apresenta sob duas faces: a primeira consiste no *direito de informar*, isto é a prerrogativa de comunicar de maneira não violenta algo a outrem, como decorrência direta do direito de liberdade de expressão (art. 5º, incs. IV e IX); a segunda, consiste no *direito de ser informado*, isto é, de receber mensagens, ideias e dados, seja por terceiros, pelos meios de comunicação ou pelo próprio Estado (arts. 5º, incs. XIV e XXXIII; art. 37, § 3º, II; e 220, *caput*).

Já foi assinalado que a liberdade informacional é requisito para um regime democrático e, “todo e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja.” (SARMENTO, 2013, p. 256).

Como qualquer direito fundamental, todavia, a liberdade de informação não é absoluta, encontrando limites expressos no próprio texto constitucional, como nos casos de sigilo das comunicações pessoais (art. 5º, inc. XII), das fontes jornalísticas (art. 5º, inc. XIV), do exercício de determinadas profissões, e do sigilo “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII). Há, ainda, os casos de “segredo de justiça” no âmbito dos processos judiciais (art. 93, inc. IX).

Além disso, há possibilidade de colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade, a demandar a tarefa de ponderação dos valores em conflito.

E nisso reside a principal dificuldade na classificação de informações como privadas, pois, ressalvados aqueles casos em que há um amplo consenso social acerca de certos temas que são considerados emanações da própria individualidade (orientação sexual, opções religiosas ou arranjos familiares, p. ex), há uma zona gris que inviabiliza uma definição prévia de temas submetidos a reserva, pelo que “apenas as peculiaridades de cada situação e a associação de outros elementos fornecem soluções de concretização” (SAMPAIO, 2013, p. 282).

Nessa seara a Lei 13.709/2018 fornece um elemento relevante para a resolução de controvérsias que envolvam o direito à privacidade.

É que, conquanto a lei não se aplique ao tratamento⁴ de dados particulares realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, e nem para fins exclusivamente jornalísticos ou artísticos (art. 4º, incs. I e II, “b”), acaba por definir *dado pessoal sensível* como aquele “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.”

Em tais hipóteses, portanto, a *sensibilidade* que qualifica a informação está a indicar uma profunda relação com o direito à privacidade, recomendando ao intérprete mais cautela na ponderação dos valores em conflito.⁵

A par disso, alguns critérios foram desenvolvidos em sede jurisprudencial para definir a preponderância dos direitos incidentes em um caso concreto na hipótese de colisão.

4 A lei define a atividade de *tratamento* como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;” (art. 5º, inc. X).

⁵ A despeito de no julgamento da ADPF 130 (Pleno, Rel. Min. Carlos Brito, j. 30.04.2009) o Supremo Tribunal Federal ter proclamado a existência de um Juízo de ponderação feito diretamente em âmbito constitucional que reconhece a preponderância dos valores inerentes à liberdade de imprensa sobre o “bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada”, de modo que “antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras”, a questão aqui é um pouco diversa, já que, a rigor, os dados pessoais sensíveis só poderiam estar submetidos a ampla e irrestrita divulgação na eventualidade de, como consignado pelo insigne relator, possibilitarem “a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade” (grifos no original). Com efeito, toda a construção realizada pelo Pretório Excelso teve como premissa que a imprensa livre é fundamento de um regime democrático, na medida em que fornece uma “alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade”, sendo forçoso reconhecer que, como regra geral, os informes legalmente classificados como sensíveis têm (ou deveriam ter) importância restrita ao âmbito individual, não afetando a gestão da *res publica* ou a convivência coletiva. Nesse sentido, aliás, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que “[a]s liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.” (Pleno, RE 511.961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria, j. 17.06.2009 – sem grifos no original). Em sede doutrinária, o Ministro relator já havia registrado que “[...] a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X.” (MENDES, 1999, p. 96).

O primeiro deles: o válido consentimento do titular do direito (ou de seu representante legal) torna lícita a divulgação da informação, uma vez que nessa hipótese o próprio beneficiário abriu mão da tutela fornecida pelo ordenamento jurídico. Aqui, não está em causa a renúncia plena ao direito, mas autolimitações específicas,⁶ cuja viabilidade, inclusive, foi reconhecida pelo artigo 11, inciso I, da mencionada Lei 13.709/2018.

O segundo critério que estabelece a preponderância do direito à informação sobre o direito à privacidade está relacionado à pessoa do sujeito. Isso porque os agentes públicos, em razão das missões que desempenham, têm um âmbito de proteção à intimidade mais restrito, uma vez que suas condutas privadas podem de alguma forma impactar suas atividades profissionais, tornando-se um fator relevante para o controle social.

Por fim, atividades desempenhadas em locais públicos, potencialmente expostos a terceiros, igualmente não estão acobertados pela previsão do artigo 5º, inciso X, da Constituição da República.

Calha fazer referência ao seguinte trecho do voto da Min.^a Carmen Lúcia no julgamento da ADI 4815 (no qual foi afastada a necessidade de autorização prévia para publicação de biografias), por ser representativo dos dois últimos pontos abordados:

[...]. 53. Sejam como forem consideradas e conceituadas a intimidade e a privacidade, duas observações se impõem para os fins de interpretação das normas civis questionadas e sua compatibilidade com esses direitos constitucionalmente assegurados.

[...]

A segunda respeita à esfera de sua definição, que não é a mesma para todos, pois o maior ou menor resguardo de espaço indevassável da vida pessoal aos olhos dos outros altera-se de acordo com a escolha feita pelo sujeito de direito a submeter-se a atividade que **a)** componha ou não os quadros de agentes das instituições estatais, sujeitas estas à transparência plena para ciência e controle dos cidadãos. Vem dos Antigos que aquele que não se quer expor ao público há de se manter nos umbrais da porta de casa, cujo espaço, naquele período histórico, era sinônimo de segredo; **b)** promova as suas atividades em público e para o público, do qual extraia a sua condição profissional e pessoal, difíceis como são os lindes de uma e outra quando o nome, a profissão ou a função extraem do público o seu desempenho e do qual dependa o seu êxito. Quem busca a luz não há de exigir espaço intocado de sombra; ou **c)** extraia ou retire dos cidadãos, pelo exercício de sua função ou atividade, os ganhos materiais,

⁶ Nesse sentido: Canotilho (1998, p. 423-424) e Branco (2012, p. 322).

profissionais ou de reconhecimento, com os quais se dá a viver, pelo que há de ser por eles conhecido. [...]

4 UM EXEMPLO DE CONCORDÂNCIA PRÁTICA: O JULGAMENTO DO RESP 1.660.168/RJ

Uma ex-candidata de um concurso público de ingresso na carreira da magistratura do Rio de Janeiro realizado há mais de uma década, que fora afastada do certame em razão de suspeita de fraude, insurgiu-se contra o fato de que as buscas realizadas num *site* especializado indicavam aquele como o fato mais relevante relacionado a seu nome. Postulou, assim, “a filtragem dos resultados de buscas que utilizem seu nome como parâmetro, a fim de desvinculá-la das mencionadas reportagens.”

O pedido, rejeitado em primeiro grau, foi acolhido pelo TJRJ, que, com lastro no direito ao esquecimento, reconheceu a necessidade de “evitar o exercício da livre circulação de fatos noticiosos por tempo imoderado.”

Os provedores de busca aviaram então o Recurso Especial em causa, que teve como relatora sorteada a Min.^a Nancy Adrighi, cujo voto foi encaminhado no sentido de que, a despeito de o ordenamento pátrio consagrar o direito ao esquecimento, não se pode “imputar tal função ao provedor de aplicação de buscas, sob o risco de torná-lo um verdadeiro censor digital”.

Após pedido de vista, o Min. Marco Aurélio Bellizze (2018) abriu divergência, sob o fundamento de que os provedores de mecanismos de busca na internet não têm realmente “o ônus de retirar do meio digital conteúdo inserido por terceiros”, mas a sistemática que empregam acaba por fazer com que notícias pretéritas sobre uma determinada pessoa apareçam como as mais relevantes, desconsiderando fatos novos ou desdobramentos havidos. Por esclarecedor, vale mencionar a seguinte passagem do voto:

Note-se que não se trata de impugnar o resultado em pesquisas que pretendessem resgatar notícias vinculadas a fraudes em concurso nem os resultados decorrentes da busca que associasse o nome da recorrida e outro critério que aludisse a concursos públicos ou fraudes. A insurgência é restrita

ao apontamento de seu nome, como critério exclusivo, desvinculado de qualquer outro termo, e a exibição de fato desabonador divulgado há mais de dez anos entre as notícias mais relevantes. Outrossim, a manutenção desses resultados acaba por retroalimentar o sistema, uma vez que, ao realizar a busca pelo nome da recorrida e se deparar com a notícia, o cliente acessará o conteúdo – até movido por curiosidade despertada em razão da exibição do link – reforçando, no sistema automatizado, a confirmação da relevância da página catalogada.

Assim, e sem desconsiderar que o fato também se revestia de interesse público (na perspectiva que versava sobre um concurso público), foi proclamada a possibilidade de atuação pontual do Poder Judiciário “a fim de desassociar os dados pessoais do resultado cuja relevância se encontra superada pelo decurso do tempo”, de modo que os resultados da pesquisa só indicassem a vinculação do nome da autora à suposta fraude se os critérios de busca fossem utilizados conjuntamente.

Ou seja, construiu-se

[...] uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual, porque não serão excluídos da busca referências ao nome da recorrida, nem serão ocultados definitivamente os resultados advindos de uma busca que faça referência a seu nome em conjunto com termos que remetam ao resultado hoje exibido.

Aderiram a esse posicionamento os Min. Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, estando a ementa do julgado posta nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. [...].

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca.

6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

7. No caso concreto, passada mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. [...]”. (BRASIL, 2018).

A providência determinada promoveu a concordância prática dos direitos colidentes (à privacidade e à informação), tendo em vista que reconheceu a incidência de limites imanentes decorrentes da própria Constituição, restringindo o âmbito de proteção de ambos os direitos, mas sem supressão dos respectivos núcleos essenciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num interessante estudo sobre os quartos, cômodos que sempre representaram o recesso, o descanso e a intimidade, a historiadora Michelle Perrot registra os efeitos da modernidade sobre os espaços domésticos, que paulatinamente foram se transformando para atender um estilo de vida que, cada vez mais, realça o coletivo em detrimento do individual. E

conclui: “Em uma sociedade onde a transparência, a abolição dos limites e das fronteiras são valores supremos, as cortinas se rasgam. ‘É pouco dizer que uma sociedade voyeurista que aspira ao diáfano e ao escorregadio não sente mais afinidades eletivas com as conchas, os escrínios, as bolhas e os nichos sacramentais’” (PERROT, 2011, p. 324).

Os quartos aparecerem aí como uma reprodução reduzida do mundo, realçando a importância do resguardo da privacidade para conformação do sujeito, sem que isso signifique menoscabo pelo papel desempenhado pela informação, sobretudo em tempos de ruídos antidemocráticos cada vez mais estridentes. Mas não percamos de vista a advertência de Hannah Arendt (, no sentido de que o totalitarismo pode ser caracterizado por “sua pretensão de ter subordinado todas as esferas da vida às exigências da política e seu consequente descaso pelos direitos civis, entre os quais, acima de tudo, os direitos à intimidade e à isenção da política [...]” (ARENDDT, 1997, p. 195).

O que se espera dos operadores do direito é justamente que a árdua tarefa de compatibilização de valores tão díspares seja levada a efeito com desassombro, pois uma sociedade não pode ser “livre, justa e solidária” se não considerar a pessoa humana em todas as suas dimensões. E o julgado do Superior Tribunal de Justiça mostra que isso é possível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2001.

ARENDDT, Hannah. *Que é liberdade. Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 188-220.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito à intimidade e à vida privada. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318-336.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.660.168/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 05 jun. 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 61. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 170-175.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Trad. Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

DUBY, George. Prefácio. In: VEYBE, Paul (org.). *História da vida privada: do império romano ao ano mil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, v. 1, p. 9-11.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 7 ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 13-31.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. I. 6. ed., rev. e ampl. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

HOUAISS, Antônio et al. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 89-96.

MIGUEL, Carlos Ruiz. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. VII. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PERROT, Michelle. *História dos quartos*. Trad. Alcinda Brandt. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review*, 48, p. 383-423, ago./1960.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 275-286.

SARMENTO, Daniel. *In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 252-259.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14 ed., rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

Submissão do artigo: 05/03/2020

Aprovação do artigo: 31/12/2020

**A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO:
ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
1973 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

***THE INTERCURRENT PRESCRIPTION IN THE IMPLEMENTATION PROCESS: A
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN CIVIL PROCEDURAL CODE OF 1973 AND
THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE OF 2015***

WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2019). Professor Substituto da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (2015). Especialista em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela faculdade Damásio Educacional (2016/2017). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Futura (2018).

EDSON SANTANA BEZERRA JÚNIOR

Discente do curso de direito da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

MADAKE LEAL DOS SANTOS

Discente do curso de direito da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD.

RESUMO

O presente trabalho busca fazer uma breve análise do instituto da prescrição intercorrente, tema este que foi objeto de grande discussão doutrinária e jurisprudencial à época do Código de Processo Civil de 1973. Será feita uma breve comparação entre os posicionamentos acerca da aplicação desse instituto ao processo de execução e suas principais repercussões. O tema é de grande relevância para o âmbito processual, tendo em vista que se trata de instituto com grandes consequências para o curso da execução. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e de jurisprudência correlata.

Palavras-chave: Processo Civil. Processo de execução. Prescrição. Prescrição Intercorrente.

ABSTRACT

The present work seeks to make a brief analysis of the intercurrent prescription institute, which was the object of a great deal of doctrinal and jurisprudential discussion at the time of CPC / 73. A brief comparison will be made between the positions on the application of this institute to the execution process and its main repercussions. The subject is of great relevance for the procedural scope, considering that it is an institute with great consequences for the course of execution. The methodology used was the bibliographical research and related jurisprudence.

Keywords: Civil Proceedings. Execution process. Prescription. Intercurrent prescription.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A prescrição intercorrente no CPC/73. 3. A prescrição intercorrente no NCPC/15. 4. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A prescrição é tema de constantes discussões doutrinárias, tratando-se de importante figura jurídica, tendo em vista que no Direito Romano as causas eram perpétuas e o interessado poderia cobrar seus direitos a qualquer tempo. Dessa maneira, foi necessário estabelecer um lapso temporal para que os indivíduos não ficassem eternamente submetidos à coação do processo, para que fosse preservada a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, prescrição e decadência eram inicialmente sinônimos no Código Civil de 1916 e a partir do Código Civil de 2002, tais institutos passaram a ser diferenciados explicitamente. Neste sentido, a prescrição pode ser conceituada como a perda da pretensão jurídica pelo decurso do tempo, sendo que a lei estipula prazos para o exercício de determinados direitos, sob pena de que estes não sejam mais revestidos de proteção jurídica. Os fundamentos jurídicos da prescrição são a presunção de extinção do direito, a proteção do devedor, a diminuição das demandas e a presunção de abandono ou renúncia ao direito.

O presente trabalho analisará a prescrição intercorrente, sendo que inicialmente será abordada a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do instituto na vigência do antigo diploma processual civil de 1973, fazendo alguns apontamentos sobre as causas e justificativas principalmente àquelas favoráveis à utilização da prescrição intercorrente.

Posteriormente será feito um breve resumo dos posicionamentos atuais da doutrina e jurisprudência sobre o tema, tendo em vista a previsão expressa no Códex Processual Civil de 2015, sendo examinadas as principais mudanças referentes à prescrição intercorrente, que passou a ser prevista de maneira expressa.

2 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

A prescrição intercorrente ocorre quando, após iniciado o processo de execução, o credor deixa de praticar ato em processual por prazo superior ao previsto legalmente para prescrição da pretensão executiva, sendo que tal instituto seria aplicado por analogia à prescrição que ocorre anteriormente ao início da lide, ou seja, se há a perda do direito de cobrar, de igual forma, pode haver a perda da pretensão se houver desinteresse por parte do exequente,

que permanece injustificadamente inerte de modo ininterrupto, sendo tal lapso temporal suficiente para gerar a prescrição da lide executória.

Desse modo, a principal diferença é que a prescrição comum é contada com início no momento em que passa a haver direito a pretensão para o autor, enquanto na prescrição intercorrente, a contagem inicia-se do momento em que o autor não movimenta o processo no momento em que deveria executar determinado ato. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 472): “Configura-se a prescrição intercorrente quando o autor de processo já iniciado permanece inerte, de forma continuada e ininterrupta, durante lapso temporal suficiente para a perda da pretensão”. E prossegue o autor:

Interrompida a prescrição, o prazo voltará a fluir do último ato do processo [...] devendo o processo ser impulsionado pelo autor. Não pode este permanecer inerte, abandonando o andamento da causa durante prazo superior àquele fixado em lei para a prescrição da pretensão. (GONÇALVES, 2012, p. 472).

Tal instituto não era previsto no Código de Processo Civil de 1973, sendo que havia previsão implícita no art. 202, parágrafo único do Código Civil: “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...] Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Desse modo, parte da doutrina e jurisprudência admitia a aplicação da prescrição intercorrente, dentre os quais pode-se citar Marinoni, Arenhart (2008) e Bueno (2014).

Inicialmente cabe fazer algumas considerações acerca da controvérsia. A primeira delas reside no fato de que a prescrição intercorrente ocorreria na hipótese de suspensão da execução por não haver bens penhoráveis conforme art. 791, inciso III, CPC/73. Em segundo lugar, importa destacar que apesar de não estar prevista no Códex Processual Civil, a prescrição no curso do processo já figurava expressamente no artigo 40, §4º da lei nº 6.380/80 (“Lei da Execução Fiscal”).

Em terceiro lugar, cabe consignar que de acordo com os doutrinadores favoráveis à aplicação do instituto, o prazo prescricional deveria continuar correndo, pois se não há bens para penhora, a execução não pode prosseguir, porém a estagnação do processo não poderia ocorrer indefinidamente e, portanto, a suspensão permaneceria até o fim do período de prescrição, já que “Na falta de localização de bens penhoráveis, os tribunais entendem que a suspensão da execução, por período superior ao prazo de prescrição da dívida, importa na incidência da prescrição intercorrente”, além disso, considera-se que “a prescrição intercorrente

constitui hipótese de extinção judicial da prestação que ocorre pela paralisação injustificada – por culpa do credor – da execução” (MARINONI; ARENHART, 2014, p. 345-346).

Sobre a natureza jurídica do referido instituto, afirmam os autores que “A rigor, não se trata de prescrição, já que a sua incidência no curso do processo impede a sua caracterização como extinção de uma nova pretensão. Trata-se de figura anômala – muito mais parecida com a perempção ou com a preclusão do que com a prescrição” (MARINONI; ARENHART, 2014, p. 252).

Para parte da doutrina, o reconhecimento da prescrição intercorrente deveria ser declarado de ofício pelo juiz: “Desde que o processo fique paralisado sem provocação do exequente pelo prazo prescricional respectivo, a sua *extinção* nos moldes do art. 269, IV, é irrecusável” (BUENO, 2014, p. 87); segue o autor: “Por força do disposto no § 5º do art. 219, ademais, a declaração da consumação do prazo prescricional na espécie deve-se dar de ofício [...] O prazo da prescrição, nestes casos, deve ser entendido com base na Súmula 150 do STF” (BUENO, 2014, p. 87). A Súmula 150 do STF diz o seguinte: “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, sendo que para os títulos executivos judiciais, o termo inicial da prescrição conta-se a partir do dia subsequente ao não cumprimento voluntário da sentença e em relação aos títulos extrajudiciais, o lapso prescricional é específico para cada tipo de título.

Em relação ao prazo prescricional intercorrente, afirmam Marinoni e Arenhart: “O certo é que os tribunais reconhecem que se aplica, na avaliação da prescrição intercorrente, o mesmo prazo prescricional que regula a dedução da pretensão à tutela jurisdicional do direito material”. Prosseguem os autores: “Assim, se certo direito tem prazo prescricional de dois anos, não poderá a execução ficar paralisada por período maior que este, sob pena de ser a exigibilidade judicial do direito fulminada pela prescrição intercorrente”. Sobre o reconhecimento da prescrição, “também pode ser reconhecida de ofício, regendo-se, no mais, pelas regras atinentes à verdadeira prescrição” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 346)

Ademais, pelo fato de que já havia previsão expressa sobre prescrição intercorrente na Lei de Execuções Fiscais, entende-se que a suspensão da execução “não pode ser por prazo indeterminado e considerando o previsto no art. 265, §3º e no art. 475-J, §5º, ambos do CPC, sugere-se que o prazo máximo dessa suspensão seja de seis meses, findo os quais, permanecendo a mesma situação, o processo deve ser extinto” e, ainda nesse sentido, “Caso não se entenda possível extinguir a execução, findo esse prazo de seis meses, deve ter início o prazo da prescrição intercorrente, o que se diz em interpretação análoga ao que ocorre na execução fiscal” (MARTINS, 2013, p. 1484).

Em relação aos doutrinadores que se opõem à prescrição intercorrente, pode-se citar: entre Donizetti (2014), Gonçalves (2012) e Didier Jr. (2017). Tais autores entendem que não é possível a fluência do prazo prescricional quando da hipótese de suspensão da execução por inexistência de bens passíveis de penhora, pois compreendem, em síntese, que neste caso não há inércia propriamente dita, por parte do credor, mas uma impossibilidade fática de prosseguimento da execução. Conforme afirma Araken de Assis: “inexistindo bens utilmente penhoráveis, o processo executivo remanescerá suspenso por seis meses, após o que se extinguirá. [...] Impende assinalar que, durante tal suspensão, o prazo prescricional não fluiria, pois ele pressupõe a inércia do credor, no caso inexistente” (ASSIS, 2009, p. 512). Ainda nesse sentido: “há decisões jurisprudenciais afirmando que não se dá prescrição intercorrente da pretensão executiva [...] se o processo estiver suspenso ante a inexistência de bens penhoráveis” (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2008, p. 293)

Parte dos Tribunais de Justiça também se posicionava neste sentido, conforme se depreende dos julgados abaixo:

Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão convertida em depósito. Procedência. Execução. Extinção. Prescrição intercorrente. Inadmissibilidade. Exequente que, apesar de inúmeras diligências, não encontrou bens suficientes para penhora, aptos a satisfazer seu crédito. Não se consuma a prescrição intercorrente se a execução não teve andamento por falta de bem penhorável. A hipótese não é de extinção, mas de suspensão da execução (art. 791, III, do CPC). Apelação provida. (SÃO PAULO, 2010).

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PROCESSO SUSPENSO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO BANCO AUTOR PARA PROMOVER O ANDAMENTO DO FEITO. RECURSO DO BANCO PROVIDO. RECURSO DOS ADVOGADOS. PREJUDICADO. A suspensão da execução a pedido do exequente e autorizada judicialmente constitui fator impeditivo à fluência da prescrição intercorrente, a qual pressupõe inércia da parte, o que não ocorre se o andamento do feito não está tendo curso sob respaldo judicial. (MATO GROSSO DO SUL, 2013).

Há entendimento do STJ neste sentido, conforme ementa a seguir:

EXECUÇÃO COM BASE EM TITULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO, POR FALTA DE BENS PENHORAVEIS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CASO EM QUE NÃO SE VERIFICOU. 1. PRESSUPÕE, A PRESCRIÇÃO, DILIGENCIA QUE O CREDOR, PESSOALMENTE INTIMADO, DEVA CUMPRIR, MAS NÃO CUMPRE NO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. 2. ESTANDO SUSPENSA A EXECUÇÃO, A REQUERIMENTO DO CREDOR, PELA INEXISTENCIA,

EM NOME DO DEVEDOR, DE BENS PENHORÁVEIS, NÃO TEM CURSO O PRAZO DE PRESCRIÇÃO. ARTS. 266, 791-III E 793 DO COD. DE PR. CIVIL. 3. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1992).

Apesar das discussões doutrinárias, a aplicação da prescrição intercorrente era aceita pela maioria da doutrina e jurisprudência e por esse motivo, de maneira a evitar maiores imbróglios, tal instituto passou a ser expressamente previsto no Novo Códex Processual Civil.

3 A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO NCPC/2015

O CPC anterior não elencava a prescrição como geradora da extinção da execução, em seu artigo 794. O Novo CPC, seguindo o teor da súmula 150 do STF, pela qual prescreve “a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, passou a tratar dessa hipótese, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de prescrição intercorrente (art. 924, inciso V, do CPC/2015).

O professor Flávio Tartuce anota que discorda da prescrição intercorrente na esfera privada, aquela que corre no curso de demanda ou ação. Isso porque essa forma de prescrição pode ser injusta em muitos casos, prestigiando a má-fé, especialmente diante da morosidade que acomete o Poder Judiciário brasileiro, nos advertindo que com a prescrição intercorrente, o devedor que se esconde consegue fazer extinguir a pretensão que lhe é cobrada (TARTUCE, 2015).

Todavia, o Novo CPC consagrou a categoria e procurou trazer balizas conceituais para o seu preenchimento. O art. 921 do CPC/2015 estabelece, entre as hipóteses de suspensão da execução, o fato de o executado não possuir bens penhoráveis (inciso III). Nos termos do seu § 1º, em situações tais, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. Porém, decorrido esse lapso sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente (art. 921, § 4º, do CPC/2015). O juiz, depois de ouvir as partes, no prazo de 15 dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo (art. 921, § 5º, do CPC/2015).

Flávio Tartuce (2015) ainda elucida que: “Em uma realidade de justiça cível célere, o instituto da prescrição intercorrente até poderia ser admitido. Sendo assim, se o Novo CPC realmente agilizar os procedimentos e diminuir a demora das demandas, a prescrição intercorrente poderá ser saudável”. Ainda neste sentido, segue o autor:

Caso contrário, poderá ser um desastre institucional. Em complemento, temos sustentado em palestras e exposições sobre o Novo CPC que, em casos de

patente má-fé do devedor que, por exemplo, vende todos os seus bens e se ausenta do País, para que corra a prescrição intercorrente, esta não deve ser admitida. (TARTUCE, 2015).

E, ainda: “Para dar sustento a tal forma de pensar, lembramos que a boa-fé objetiva é princípio consagrado não só pelo Código Civil, mas também pelo Estatuto Processual Emergente, especialmente pelo seu artigo 5º” (TARTUCE, 2015).

Para Humberto Theodoro Júnior, o NCPC tratou expressamente da prescrição intercorrente nos §§ 4º e 5º do art. 921, §4º. A falta de bens penhoráveis do executado e a desídia do exequente em exigir o seu crédito, dão ensejo à suspensão da execução e, subsequentemente, à prescrição intercorrente.

Para o autor (THEODORO JÚNIOR, 2017), caso transcorra o lapso temporal da prescrição, correspondente à obrigação exequenda, extinguir-se-á a execução pela perda da pretensão deduzida em juízo pelo exequente (art. 924, V). Para tal fim e em regime de direito intertemporal, estabeleceu o art. 1.056, que o critério de determinação do termo inicial da prescrição intercorrente nas execuções em curso paralisadas será a data de vigência do novo Código. Segundo Humberto Theodoro Júnior, e nos termos do NCPC, durante a execução por quantia certa, decorrido o prazo de um ano da suspensão, sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, os autos serão arquivados em caráter provisório (art. 921, § 2º), podendo ser reativados a qualquer tempo, desde que surjam bens a executar, nos termos do § 3º (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Segundo o mesmo autor, o primeiro problema provocado pela suspensão é definir até quando perdurará a paralisia do processo. E o segundo é saber que destino terá a execução quando a suspensão durar mais do que o prazo legal de prescrição da obrigação exequenda. O NCPC enfrentou esses problemas no art. 921 e deu-lhes as seguintes soluções:

- (a) A suspensão decretada por falta de bens a penhorar é destinada a prevalecer inicialmente durante o prazo fixo de um ano, dentro do qual permanecerá também suspensa a prescrição, nos termos do § 1º.
- (b) A suspensão, depois de ultrapassado um ano, acarretará o arquivamento dos autos (§ 2º).
- (c) Passado um ano de suspensão do processo (§ 1º), começará a correr a prescrição intercorrente, que se completará no prazo correspondente à obrigação exequenda (§ 4º).
- (d) Ao final do referido prazo, o juiz ouvirá as partes, com prazo de quinze dias, e se não

houver comprovação de motivo para suspensão ou interrupção, a prescrição será decretada de ofício, extinguindo-se o processo (§ 5º).

Observe-se que, uma vez consumado o lapso prescritivo, a audiência das partes não se destina a convocá-las a dar prosseguimento à execução. Nessa altura, se não demonstrada alguma causa de interrupção da prescrição, outro destino não terá o processo senão a sua extinção por força da perda legal da pretensão do exequente (Código Civil, art. 189).

Humberto Theodoro Júnior (2017) segue elucidando que a prévia intimação do exequente ao decreto da prescrição já ocorrida resulta apenas do dever de obediência ao contraditório em seu aspecto moderno da não surpresa. Serve, portanto, para dar-lhe oportunidade “tão somente, de demonstrar suposto equívoco do julgador na contagem do prazo, ou causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, sem supressão de instância”.

Essa dinâmica da contagem da prescrição intercorrente se sujeita a uma regra especial de direito intertemporal, que consiste em ter como termo inicial do respectivo prazo a data de vigência do novo Código (art. 1.056), para os processos já suspensos no regime da lei anterior. Justifica-se a prescrição intercorrente com o argumento de que a eternização da execução é incompatível com a garantia constitucional de duração razoável do processo e de observância de tramitação conducente à rápida solução dos litígios (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Tampouco, se pode admitir que a inércia do exequente, qualquer que seja sua causa, redunde em tornar imprescritível uma obrigação patrimonial. Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2017), “o sistema de prescrição, adotado por nosso ordenamento jurídico, é incompatível com pretensões obrigacionais imprescritíveis”. Nem mesmo se subordina a prescrição civil a algum tipo de culpa por parte do credor na determinação da inércia no exercício da pretensão.

A prescrição, salvo os casos legais de suspensão ou interrupção, flui objetivamente, pelo simples decurso do tempo. Daí a criação pretoriana da apelidada prescrição intercorrente, agora adotada expressamente pelo NCPC (art. 921, § 4º), que se verifica justamente quando a inércia do processo perdure por tempo superior ao lapso da prescrição prevista para a obrigação disputada em juízo. Assim é que, decorrido o prazo de um ano de suspensão da execução por ausência de bens penhoráveis, sem que o exequente se manifeste, “começa a correr o prazo de prescrição intercorrente”. Mas, para que essa prescrição seja decretada e o processo extinto, o juiz deverá ouvir previamente as partes, no prazo de quinze dias (§ 5º), a fim de que seja cumprida a garantia do contraditório. Naturalmente, essa oportunidade só se dará na pessoa do exequente, se o executado não tiver se feito presente nos autos, por meio de advogado.

Poder-se-ia objetar que, interrompida pela citação, a prescrição somente deveria voltar a correr, de acordo com o direito material, depois de encerrado o processo (art. 202, parágrafo único, Código Civil). A regra, no entanto, pressupõe processo que esteja em andamento regular, não aquele que, anormalmente, tenha sido acometido de paralisação por longo tempo, isto é, por tempo superior àquele em que a obrigação seria atingida pela prescrição.

Humberto Theodoro Júnior (2017) esclarece que o NCPC acabou, também, com a divergência que existia à época do Código anterior, quanto à possibilidade de o juiz reconhecer a prescrição superveniente, sem a provocação do executado. O art. 194 do Código Civil, que vedava ao juiz o pronunciamento *ex officio* da prescrição, foi revogado pela Lei no 11.280/2006. O art. 487, II, do NCPC admite, por isso, que possa ser declarada de ofício pelo juiz, embora não deva fazê-lo sem antes dar oportunidade às partes de manifestar-se (art. 487, parágrafo único). Diante dessa sistemática, o posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a ser o seguinte:

- (a) Na hipótese de se tratar de execução fiscal, sob regência do art. 40, § 4o, da Lei no 6.830/1980, antes de decretar a prescrição intercorrente no processo suspenso por falta de bem a penhorar, o juiz deverá ouvir a Fazenda exequente (e não o executado), para ensejar-lhe a arguição e comprovação de algum fato obstativo ou suspensivo do efeito da prescrição;
- (b) se se tratar de prescrição consumada antes da citação do devedor, o seu reconhecimento, dentro da sistemática do CPC/1973 (art. 219, § 5º), seria objeto de declaração judicial, de ofício, sem depender de alegação ou audiência de qualquer das partes. O NCPC, todavia, superou esta última tese, ao dispor, seguindo os precedentes do STJ, que “o juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º [intercorrente] e extinguir o processo”.

O art. 921, § 4o, do NCPC disciplina a prescrição intercorrente da execução por quantia certa por falta de bens a penhorar. Seguindo o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, isto não quer dizer que essa modalidade de prescrição, somente possa ocorrer em relação às obrigações de prestação em dinheiro. Toda pretensão derivada de obrigação descumprida se sujeita à extinção por prescrição depois de perdurar a inércia do credor pelo tempo estabelecido em lei (Código Civil, art. 189), o qual varia conforme o tipo de obrigação (Código Civil, art. 205) (THEODORO JÚNIOR, 2017).

O autor segue ensinando que a prescrição, por outro lado, tanto pode referir-se à pretensão condenatória como à executória, de modo que, mesmo depois de exercida a ação de conhecimento dentro do prazo prescricional previsto, uma nova prescrição começa a correr após o trânsito em julgado e que diz respeito à pretensão de executar a sentença. E que, se tal não se der, ocorrerá a segunda prescrição em face de uma só obrigação. E esta prescrição pode acontecer em torno de qualquer pretensão executiva, não havendo motivo para admiti-la tão somente em referência às obrigações de pagar quantia certa (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Humberto Theodoro Júnior nos leva a imaginar que a situação em que o locador, depois de obter sentença de despejo, deixa de promover a desocupação do prédio locado, mantendo a relação *ex locato* por mais de dez anos. Não poderá, obviamente, requerer a expedição do mandado de evacuando depois de prazo tão longo. Para recuperar a posse do imóvel, terá de ajuizar nova ação de despejo, porquanto a pretensão de exigir cumprimento para a primitiva sentença terá se extinguido por força da prescrição da pretensão executiva não exercida em prazo hábil após o trânsito em julgado do título judicial (THEODORO JÚNIOR, 2017).

Enfim, seja judicial ou extrajudicial o título, a execução se sujeita à prescrição em prazo igual àquele que antes se aplicava à pretensão exercitável no processo de conhecimento. As regras do art. 921 e parágrafos do NCPC são específicas para as obrigações cuja execução depende de penhora. Para as demais, bastará a paralisação do processo executivo, sem qualquer justificativa, por tempo suficiente para configurar a prescrição intercorrente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do breve exame realizado, constatou-se que a prescrição é instituto fundamental para a garantia da segurança jurídica, tendo em vista que as relações jurídicas não podem perdurar de modo eterno e indefinido no tempo, sob pena de a sociedade retornar à um estado de coisas instável e desarmonioso.

Demonstrou-se que a prescrição trata-se de ônus do titular do direito, que na hipótese de permanecer inerte durante o curso do processo, perde seu direito à cobrança da pretensão, privilegiando a atuação diligente do credor. Ademais, a inércia que poderá gerar a prescrição antes do início da lide é a mesma que conduzirá à prescrição intercorrente, tendo em vista o deslinde irregular do processo por parte do autor.

Em relação ao CPC/ 73, a prescrição intercorrente foi objeto de diversas discussões da

doutrina e jurisprudência, sendo que, pelo fato de não haver previsão expressa no Códex Civil, fazia-se necessário aplicar, por analogia, outras legislações que previam tal instituto, como a Lei de Execuções Fiscais e o Código Civil, sendo este, portanto o cerne das controvérsias, já que a lei processual propriamente dita, não admitia expressamente a prescrição intercorrente.

Além disso, os debates constantes giravam em torno de outra questão principal: a prescrição intercorrente deveria aplicar-se na hipótese de ausência de bens penhoráveis? Diante da análise feita, buscou-se demonstrar que o instituto seria aplicável mesmo neste caso, tendo em vista o posicionamento da doutrina majoritária, que considera que a prescrição intercorrente, deveria, também, ser decretada de ofício pelo juiz.

O Novo CPC elenca expressamente o instituto do lapso prescricional no decorrer do processo, buscando dirimir os conflitos doutrinários existentes, no entanto para parte da doutrina, este tipo de prescrição poderia beneficiar os executados, que se omitem propositalmente, com o intuito de não satisfazerem a obrigação, já que o prazo prescricional fluirá no decorrer do processo e ocorrerá a perda de pretensão no mesmo lapso temporal em que se extingue o direito de cobrança.

Além disso, outra importante novidade trazida pelo NCPC diz respeito ao fato de que na hipótese de o executado não possuir bens penhoráveis, a execução será suspensa por prazo de um ano, durante o qual não correrá prescrição (art. 921, §1º) e decorrido tal prazo sem que haja manifestação do credor, passará a fluir o lapso prescricional intercorrente. Importa destacar que no caso de que não se tenha localizado o executado ou que não se encontrem bens penhoráveis, o juiz deverá ordenar o arquivamentos dos autos, sendo que haverá o desarquivamento dos autos a qualquer tempo se forem encontrados bens penhoráveis.

Desse modo, percebe-se que o instituto da prescrição tanto a comum quanto a intercorrente são figuras bastante controversas tanto em relação à antiga legislação processual e a atual, sendo que em geral será objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais; entretanto, ao prever de modo expreso a prescrição intercorrente, a nova legislação processual buscou pacificar a jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 16558 MG 1991/0023694-2*. Relator: Ministro Nilson Naves, 30 de março de 1992. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586583/recurso-especial-resp-16558>. Acesso em: 15

jun. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR. Freddie. *Curso de direito processual civil: execução*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Código de processo civil: anotado*. Curitiba: OABPR, 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (1ª Câmara Cível). *Apelação n. 63232919918120001*. Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, 01 de outubro de 2013. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128096355/apelacao-apl-63232919918120001-ms-0006323-2919918120001/inteiro-teor-128096361>. Acesso em: 15 jun. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (36ª Câmara de Direito Privado). *Apelação n. 9901003934015*. Relator: Des. Romeu Ricupero, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17025191/apelacao-apl-990103994230-sp/inteiro-teor-103609494>. Acesso em: 15 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

Submissão do artigo: 05/05/2019

Aprovação do artigo: 17/12/2020

