



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ANO 10 - VOL. 19

JANEIRO - JUNHO 2021



**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 19

2021

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, Mestre 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 Durinhos (FID-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), Mestre 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); **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); **Ana Paula Marques Andrade**, Universidade do Estado de Mato Grosso (UNE- MAT), Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); **André Luiz Pereira Spinieli**, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Cândido Mendes (RJ), Mestre pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); **Angelita Woltmann**, Universidade Franciscana (UFN-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS);); **Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **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); **Celso Hiroshi Iocohama**, Universidade Paranaense (UNIPAR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **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); **Denison Melo de Aguiar**, Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM); **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 (MP-RJ), 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 Ourinhos (FIO-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 Korquievicz 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); **Giácomo 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 (UNIVEM-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); **Jacson Luiz Zilio**, Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Universidad de San Carlos de Guatemala, Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha); **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), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Mestre pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); **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), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Márcio Augusto Friggi De Carvalho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor 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; **Noa Piatã Bassfeld Gnata**, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor pela Universidade de São Paulo; **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 Graveiro**, 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), Mestre 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 Bertolozzi Maluf**, Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **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/as

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 Graveiro
Ticiane Lorena Natale

Diagramação

Ticiane Lorena Natale

Arte

Mariana de Paula Fioux Silva
Ticiane Lorena Natale

Capa

Cintya Eimy Kato

SUMÁRIO *TABLE OF CONTENTS*

LINHA EDITORIAL / EDITORIAL LINE.....15

APRESENTAÇÃO / PRESENTATION

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa e Mylene Comploier.....17

ARTIGOS / ARTICLES

A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

STATE SOVEREIGNTY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL AREA

Eloisa de Souza Arruda, Monize Flávia Pompeo, Marcelo Carita Correra.....22

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

THE SOCIAL BACKGROUND IN THE DISTRIBUTION OF VACCINES AGAINST COVID-19 IN BRAZIL

João Victor Carloni de Carvalho e Wesley Sanches Pinho47

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL

THE INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION OF ARTICLE 112, ITEM I OF THE PENAL CODE

Mário Coimbra e Wellington Nunes Franco78

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

FROM THE HUNGER PROBLEM TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD: HISTORICAL PATH, CONSTITUTIONAL CONSECRATION AND LEGAL REGIME

Clayton Gomes de Medeiros e Alessandra da Silva Fonseca104

O DEPOIMENTO ESPECIAL E A PREVENÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO

THE SPECIAL TESTIMONY AND THE PREVENTION OF REVICTIMIZATION

Juliana Moyzés Nepomuceno Araujo e Pedro Henrique Demercian.....128

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

THE DECISION OF THE INDISPONIBILITY OF THE FAMILY GOOD IN IMPROBITY ACTION AND THE POSSIBILITY OF HIS PAYMENT

Reinaldo Pereira, Gilberto Barros e Maria Carolaine de Souza e Silva.....161

O MAL DO CRIME, O MAL DA PENA: RESSOCIALIZAÇÃO OU VINGANÇA DO ESTADO?

THEEVIL OF CRIME,THEEVIL OF PENALTY: RESOCIALIZATION OR REVENGE OFTHE STATE?

Larissa Santos Duarte, Wellington Henrique de Lima e Pamela Louvera Festugatto.....187

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

É com muita satisfação que publicamos mais um número da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, com pesquisas científicas que perpassam diversos ramos do direito, nas áreas de constitucional, penal, civil e direitos humanos.

Nesse sentido, a nova edição da RJESMPSP é aberta com o artigo “A soberania estatal e a proteção aos direitos humanos no âmbito internacional”, no qual Eloisa De Souza Arruda, Monize Flávia Pompeo e Marcelo Carita Correia discutem a necessidade de ultrapassar as fronteiras nacionais para a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana na ordem globalizada.

O estudo a “Aplicabilidade da audiência preliminar de conciliação nas ações populares e ações civis públicas” expõe a necessidade da adoção de métodos alternativos de conflitos. Também com vistas à efetividade da justiça, Mário Coimbra e Wellington Nunes Franco, em “A interpretação conforme a Constituição do artigo 112, inciso I do Código Penal”, enfrentam a polêmica do marco inicial da prescrição executória.

Em seguida, Clayton Gomes de Medeiros e Alessandra da Silva Fonseca, apresentam “Do problema da fome ao direito fundamental à alimentação: percurso histórico, consagração constitucional e regime jurídico”, uma pesquisa mais do que relevante no contexto atual de crise em todo o globo e consequente agudização das desigualdades sociais. Juliana Moyzés Nepomuceno Araujo e Pedro Henrique Demercian contribuem para os debates em torno da proteção das vítimas jovens com “O depoimento especial e a prevenção da revitimização”. Já “A decretação de indisponibilidade do bem de família na ação de improbidade e a possibilidade de sua penhora”, pesquisa de Reinaldo Pereira, Gilberto Barros e Maria Carolaine de Souza e Silva, aponta para os limites das punições sobre os direitos fundamentais.

Por fim, em “O mal do crime, o mal da pena: ressocialização ou vingança do estado?”, os direitos humanos são tratados tanto na perspectiva do infrator, quanto na perspectiva da vítima, recorrendo-se à Justiça Restaurativa, de modo a proporcionar uma solução mais satisfatória a todos os envolvidos.

Assim, ao lermos a Revista, é possível notar que tal pluralidade dos artigos se expressa não só nos seus temas, mas igualmente nos métodos de pesquisa adotados, epistemologias e até nas origens dos autores, de diversos estados deste país, movidos pelo combustível inesgotável do saber. A preocupação com a pluralidade também tem contribuído para a nossa qualificação científica junto ao Qualis Referência (CAPES), a qual estamos continuamente buscando preservar e aperfeiçoar.

Enfim, por meio desta publicação e de outras atividades que a Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo desenvolve cotidianamente, esperamos poder endossar a renovação das reflexões e práticas de operadores do direito, acadêmicos e demais interessados. Fomentar a ciência e o livre debate de ideias - as quais não expressam necessariamente a opinião da ESMP, destaque-se -, de forma séria e isenta, é parte do nosso compromisso com a democracia, o aperfeiçoamento da Justiça e a proteção dos valores sociais.

Agradecemos a todos os colaboradores desta edição – autores, pareceristas e equipe editorial – e desejamos uma boa leitura!

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Diretor da Escola Superior do Ministério Público

Mylene Comploier

Editora Responsável



A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

STATE SOVEREIGNTY AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL AREA

ELOISA DE SOUZA ARRUDA

Professora de Direito Processual Penal e Justiça Penal Internacional na PUC-SP. Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP. Procuradora de Justiça Aposentada. Foi Secretária Estadual da Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo e Secretária Municipal de Direitos Humanos de São Paulo. Integrou o Tribunal da ONU para Crimes Graves em Timor Leste.

MONIZE FLÁVIA POMPEO

Mestranda em Direito Penal pela PUC-SP. Promotora de Justiça do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Paulista Júlio de Mesquita – UNESP/Franca.

MARCELO CARITA CORREIA

Procurador Federal da Escola da Advocacia-Geral da União. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Especialista em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar aspecto essencial na implementação e eficácia da proteção aos direitos humanos na esfera internacional: a soberania estatal. A formação do Estado Moderno tem como seu principal pilar o conceito de soberania. Esse instituto jurídico estabeleceu o poder máximo do Estado em seu território e a inexistência de poder superior na ordem externa. O poder estatal, portanto, é a única instância capaz de dirimir conflitos e impor regras jurídicas, o que implica a conclusão de que os direitos individuais, inclusive os direitos humanos, são questões atinentes ao próprio Estado. Contudo, as graves violações aos direitos humanos perpetradas nas diversas guerras do século XIX e XX, especialmente a Segunda Guerra Mundial, demonstraram que a dignidade da pessoa humana não poderia ser objeto de proteção somente pela ordem jurídica interna. Há, portanto, a necessidade de criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos que não seja limitado pela jurisdição interna de cada Estado. É essa tensão entre proteção integral dos direitos humanos em âmbito internacional e soberania que constitui o foco do presente estudo. Foi possível determinar um critério objetivo para limitação da soberania, tomando os direitos humanos não só como objeto material de proteção, mas como norma estrutural para fixação de jurisdição, avançando até o conceito de uma justiça universal

Palavras-Chave: Soberania. Limites. Direitos Humanos. Jurisdição. Justiça Universal.

ABSTRACT

This article proposes to analyze an essential aspect in the implementation and effectiveness of the protection of human rights in the international sphere: state sovereignty. The formation of the Modern State has, as its main pillar, the concept of sovereignty. This legal institute established the maximum power of the State in its territory and the absence of superior power in the external order. State power, therefore, is the only body capable of settling conflicts and imposing legal rules, which implies the conclusion that individual rights, including human rights, are matters that concern the State itself. However, the serious violations of human rights perpetrated in the various wars of the 19th and 20th century, especially the Second World War, demonstrated that the dignity of the human person could not be the object of protection only by the domestic legal order. There is, therefore, a need to create an international system for the protection of human rights that is not limited by the internal jurisdiction of each State. It is this

tension between comprehensive protection of human rights at the international level and sovereignty that is the focus of this study. It was possible to determine an objective criterion for limiting sovereignty, taking human rights not only as a material object of protection, but as a structural rule for establishing jurisdiction, advancing to the concept of universal justice.

Keywords: *Sovereignty. Limits. Human rights. Jurisdiction. Universal Justice.*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2. O estado. 2.1. Características do Estado Moderno. 3. O conceito de direitos humanos e sua dimensão internacional. 4. Os direitos humanos como limite objetivo à soberania estatal. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido no presente artigo refere-se à proteção dos direitos humanos em dimensão internacional e aos desafios decorrentes dos conflitos com as jurisdições de cada Estado. A soberania, pilar de criação e sustentação do Estado moderno, representa o principal obstáculo para a criação e efetividade de uma política internacional de proteção aos direitos humanos.

A análise do arcabouço jurídico existente nos países centrais até 1945 (ano do final da Segunda Guerra Mundial) revela que a proteção de direitos humanos e direitos individuais era tida como assunto exclusivo do ordenamento interno de cada Estado. Em outras palavras, a extensão da proteção e o tratamento da pessoa humana eram temas a serem tratados pelo próprio Estado, sem interferências externas.

Ocorre que o notório julgamento de Nuremberg, após a tomada de Berlim pelas tropas aliadas, pondo fim aos conflitos, revelou ao mundo as atrocidades cometidas contra seres humanos, especialmente grupos minoritários e tidos como contrários ao Regime Nazista. Traço ainda mais relevante é a constatação de que o próprio Estado Alemão, que teria a obrigação de proteger seus nacionais, foi o principal executor de violações dos direitos humanos em face de cidadãos alemães. Os fatos, portanto, haviam imposto a superação do dogma da proteção de direitos humanos como um questão meramente interna ao ordenamento jurídico.

Houve, assim, a necessidade de tornar a dignidade da pessoa humana um princípio regente de toda e qualquer ordem jurídica, com o desenvolvimento de mecanismos internacionais de proteção da dignidade humana.

Os esforços para a criação de uma sistemática global de proteção

aos direitos humanos tiveram como principal empecilho o instituto jurídico da soberania. Estados das mais diversas regiões do planeta afastavam a ideia de um regime universal de proteção, invocando a soberania e a ilegalidade de interferência em assuntos internos.

É essa tensão entre soberania e a necessidade de proteção eficaz dos direitos humanos na esfera internacional que postergou a criação de um regime universal de proteção aos direitos humanos e foi o pano de fundo da criação de diversos tribunais *ad hoc* para julgamento de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. A delimitação da soberania como elemento essencial para a efetiva criação de uma justiça universal é o que se propõe a desenvolver no presente artigo.

Será realizada pesquisa teórica com fundamento em revisão bibliográfica, pelo método lógico-dedutivo, para análise das normas jurídicas e construção das conclusões. Será realizada, ainda, análise de institutos jurídicos essenciais à plena compreensão do tema, como o conceito jurídico de soberania e de Estado moderno.

O estudo revelará que os direitos humanos não são apenas o bem jurídico protegido, mas sim instituto jurídico capaz de estabelecer limite negativo à soberania. Vale dizer, o poder outrora ilimitado do Estado na ordem interna passa a sofrer limitações, inclusive no campo jurisdicional, pelos direitos humanos. Os direitos humanos fundamentais possuem, portanto, uma vertente estrutural destinada a limitar o poder estatal.

2 O ESTADO

Antes de tratarmos de soberania e de direitos humanos é preciso definir

o conceito de Estado Moderno. Em outras palavras, é preciso compreender com precisão as características do ente detentor de soberania que deve ser limitado pela ordem internacional na proteção dos direitos humanos.

Na origem do Estado constata-se a necessidade de estabelecer a vida harmônica entre os membros da sociedade. Para tanto, o homem abdica de parte de sua liberdade natural (irrestrita) em favor de um ente abstrato (Estado). O Estado passa a monopolizar determinadas funções e poderes, dentre elas o *jus puniendi*.

A natureza humana impede a convivência em sociedade sem a organização por um ente abstrato que convencionamos chamar de Estado. Marilena Chauí (1995, p. 72) afirma:

Como os humanos realmente são? São seres naturalmente passionais, buscando seu interesse próprio, mesmo com prejuízo para os outros. São naturalmente ambiciosos, invejosos, imprudentes, medrosos, impiedosos; mas também amorosos, compassivos, generosos. Para escrever sobre a política é preciso, portanto, aceitar e compreender os seres humanos tais como são e indagar como e por que decidem instituir o Estado e a vida social.

2.1 Características do Estado Moderno

O conceito de Estado Moderno pode ser definido como o ente abstrato, na verdade um objeto cultural, formado pelos seguintes elementos: território, povo e soberania. Trata-se de uma ficção jurídica idealizada, instituída e aceita pela coletividade.

Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 60-61) explicita os elementos do conceito de Estado Moderno:

A maioria dos autores indica três elementos, embora diverjam

quanto a eles. De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos materiais, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam formal. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder, ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania. Para DEL VECCHIO, além do povo e do território, o que existe é o vínculo jurídico, que seria, na realidade, um sistema de vínculos, pelo qual uma multidão de pessoas encontra a unidade na forma do direito.[...] Em face dessa variedade de posições, sem descer aos pormenores de cada teoria, vamos proceder à análise de quatro notas características – a soberania, o território, o povo e a finalidade-, cuja síntese nos conduzirá a um conceito de Estado que nos parece realista, porque considera todas as peculiaridades verificáveis no plano da realidade social.

O elemento do Estado que merece maior destaque é a soberania. Referido instituto pode ser conceituado como a supremacia de poder dentro da ordem interna e, na ordem externa, a igualdade de poderes (só encontra Estados de igual poder).

Miguel Reale (2010, p. 127) define soberania como: “o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”.

A análise do conceito clássico de soberania poderia permitir a conclusão de que, nos limites de seu território, o Estado poderia agir de forma livre, sem a necessidade de respeito a nenhuma norma não criada pelo direito interno. Assim, segundo esse conceito, a proteção aos direitos humanos seria tema exclusivo da alçada interna de cada Estado.

3 O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS E SUA DIMENSÃO INTERNACIONAL

Fragmentos do que hoje conceituamos como direitos humanos, podem

**A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL –
ELOISA DE SOUZA ARRUDA, MONIZE FLÁVIA POMPEO E MARCELO CARITA CORREIA**

ser encontrados em inúmeros textos legais produzidos antes mesmo das guerras modernas do Século XX.

Assim, a Magna Carta Inglesa ao tempo de João sem Terra (*Magna Charta Libertatum*) determinou:

39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra. (REINO UNIDO, 1215).

A Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 12 de junho de 1776, determina: “o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança” (tradução nossa) (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1776).

No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao declarar os direitos naturais e imprescritíveis, estabelece: “esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (tradução nossa) (FRANÇA, 1789). Apesar da relevância histórica da proteção aos direitos humanos, para fins do presente artigo, é preciso formular um conceito para determinar o que deve ser considerado como núcleo mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana.

A proposta que formulamos é determinar os direitos humanos como direitos naturais. Haide Maria Hupffer (2011) afirma:

O Direito Natural manifesta-se como um conjunto mínimo de valores que têm como princípios essenciais a universalização e a imutabilidade dos conceitos extraídos das instituições jurídicas próprias, construídos pelo mais puro espírito do povo, orientados e ditados pelas exigências racionais da natureza humana universal, pela vontade de Deus, pela força da natureza e conservação da vida.

Javier Hervada (2008) destaca:

O direito natural é o núcleo de juridicidade que é próprio da dignidade da pessoa humana, isto é, o núcleo jurídico da ordem do dever-ser que é inerente ao estatuto ontológico ou dignidade do homem. Dado, então, que o direito natural é a expressão jurídica da dignidade da pessoa humana – de seu estatuto ontológico -, pode-se dizer que a pessoa é o fundamento do direito natural, enquanto inerente a ela e é expressão de sua ordem do dever-ser.

Antônio José Resende (2015), em artigo científico sobre direito natural, afirma:

Pode-se dizer que a concepção moderna racional ou antropológica do direito natural configura-se, em linhas gerais, pelas seguintes características: a) O reconhecimento de que a natureza humana é fonte do Direito natural; b) A admissão da existência do estado natural do homem; c) O contrato social como origem da sociedade civil ou do Estado (estado social ou civil), tendo como fundamento existência de direitos naturais, anteriores e superiores ao Direito positivo; d) O surgimento do estado de direito, ou seja, o governo pelas leis; os pressupostos filosóficos do Estado liberal, sobretudo a defesa das liberdades e garantias individuais, as ideias da soberania popular e da origem contratual do poder fornecem os instrumentos normativos; e) Desses princípios surgiu o Estado liberal – que será, após a década de 1980, transformado no Neoliberalismo (Sistema Neoliberal) vigente – centrado no indivíduo, ou seja, nas garantias das liberdades individuais, visando conquistar mais liberdade para os burgueses. Neste sentido, a valorização dos indivíduos é fundamental, pois um burguês ou um trabalhador não pode invocar sangue, linhagem familiar ou dinastia para explicar sua origem e posição social. Os burgueses somente podem invocar a si mesmos como indivíduos detentores da capacidade para o trabalho, para a produção e o livre comércio. Por isso, a valorização do indivíduo, ou da subjetividade como lugar da certeza, da verdade e da origem dos valores, em oposição à tradição do saber adquirido, das instituições e da autoridade externa; f) Essas ideias propiciam duas conquistas

**A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL –
ELOISA DE SOUZA ARRUDA, MONIZE FLÁVIA POMPEO E MARCELO CARITA CORREIA**

fundamentais do mundo moderno nos campos político e jurídico: i) O princípio da tolerância religiosa e (ii) e o da limitação dos poderes do Estado (todo ato ou toda ação tem que ser realizada conforme a lei, inclusive a criação ou revogação da própria lei); g) A ideia de soberania popular e a da origem contratual do poder político fornecem os instrumentos normativos do Estado. O poder passaria a ser concebido como expressão de uma soberania autossuficiente; h) A ideia do direito natural é o sustentáculo da teoria do Contrato Social, contra o governo teocrático e absolutista dos monarcas, cuja origem do poder político era fundamentada na hereditariedade e na designação divina.

Para os autores, direitos humanos, portanto, são os direitos naturais inalienáveis. Liberdade é o livre exercício dos direitos naturais, sem obstáculos causados por terceiros ou pelo Estado.

Definir os direitos humanos como aqueles que integram o rol mínimo necessário à vida digna, é fundamental para determinar, de forma objetiva, um limite para a soberania Estatal, de forma a retirar os direitos humanos do rol exclusiva da jurisdição doméstica.

Note-se que não existem direitos absolutos. Friedrich Muller (1969, p. 41) destaca que:

Nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada. [...] enquanto direitos, eles são fundamentados pela Constituição. Por isso, é necessário, como perspectiva irrenunciável a qualquer teoria constitucional ou, se assim se preferir, como elemento não-escrito de todos os programas normativos dos direitos fundamentais, sustentar o ponto de vista sistemático-material de seu pertencimento à ordem jurídica (constitucional), do qual decorre a impossibilidade de sua ilimitabilidade (tradução nossa)¹.

¹ *“Kein Grundrecht ist ohne Einschränkung garantiert. [...] als Rechte gründen sie sich auf die Verfassung. Aus diesem Grund ist es als unverzichtbare Perspektive jeder Verfassungstheorie oder, falls bevorzugt, als ungeschriebenes Element aller normativen Grundrechtsprogramme erforderlich, die systematisch-materielle*

Na medida em que um direito é visto como integrante da dignidade humana, é ele elevado ao *status* dos direitos humanos. Os direitos humanos, incorporados expressamente na Carta Constitucional de um Estado, são chamados de direitos fundamentais e passam a servir como fundamento de validade de toda a ordem jurídica infraconstitucional. Assim, norteiam toda e qualquer edição legislativa da nação. Assevera J.J. Gomes Canotilho (1992, p. 529) que “sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou até por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional”.

Ainda que o passado da construção histórica que caracteriza os direitos humanos possa ser encontrado em tempos mais remotos, é num período mais recente da história, a era contemporânea, entre as duas grandes guerras, que encontramos a origem do que hoje chamamos de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isso porque grande parte dos instrumentos internacionais produzidos a partir de então encontram-se em vigor, fazendo parte do arcabouço normativo que regula a aplicação do referido ramo do Direito pelos Estados.

O surgimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos reflete a concretização do ideal de igualdade entre todas as pessoas na condição de seres humanos e cidadãos de direitos e deveres, respeitando-se diferenças culturais, sociais e econômicas. Além disso, do empenho conjunto para o resguardo de direitos que garantam o desenvolvimento autossustentável de

Sichtweise ihrer Zugehörigkeit zur (verfassungs) rechtlichen Ordnung aufrechtzuerhalten, woraus sich die Unmöglichkeit seiner Unbegrenztheit ergibt” (Muller, 1969, p. 41).

todos os indivíduos e para a construção de uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

Para Celso Bastos (1990, p. 160), os documentos internacionais de direitos humanos

[...] respondem a uma tríplice preocupação. Em primeiro lugar, à necessidade de conferir uma proteção ao estrangeiro em face das autoridades do Estado sob cujo território ele se encontra. Em segundo lugar, à preocupação de assegurar uma defesa de cada nacional contra eventual opressão de seu próprio Estado. Em terceiro lugar, ao desejo de se levar a efeito uma consagração internacional de uma concepção universalista dos direitos do homem.

4 OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE OBJETIVO À SOBERANIA ESTATAL

O desenvolvimento dos capítulos acima permite, em conclusão parcial, afirmar que há confronto direto entre a criação de um sistema universal de proteção dos direitos humanos e o conceito de soberania clássico.

O conceito de soberania sofreu diversas atenuações, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. A progressiva predominância dos direitos humanos internacionais alterou esse conceito.

Paulatinamente, o conceito de soberania estatal deixou de ser considerado como absoluto e ilimitado. As questões relativas aos direitos humanos passaram a ser vistas como de legítimo interesse internacional, não se limitando ao âmbito nacional de um Estado. Na medida em que as violações aos direitos humanos tornaram-se um problema universal, os Estados foram conclamados a agir conjuntamente, abrindo mão de uma parcela de sua soberania e sujeitando-se reciprocamente à intervenção dos demais, dentro da mais estrita legalidade e legitimidade internacionais.

Desse modo, o indivíduo adquiriu o *status* de sujeito de Direito Internacional, de forma que passou a deter direitos e deveres independentemente do Estado a que pertencesse, pelo simples fato de ser pessoa.

Flávia Piovesan (2012, p. 42), ao analisar o nascimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos (após o término da Segunda Guerra Mundial), ressalta a alteração do conceito clássico de soberania:

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania, centrada no Estado, para uma concepção ‘kantiana’ de soberania, centrada na cidadania universal; 2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

A necessidade da criação de um sistema global de proteção aos direitos humanos tornou-se evidente com a revelação ao mundo dos horrores da Segunda Guerra Mundial. O julgamento de Nuremberg demonstrou, de forma irrefutável, que o dogma da soberania e da proteção de direitos individuais como um assunto meramente interno ao Estado era incapaz de proteger os direitos humanos. O Estado Alemão, supostamente responsável pela proteção de seus cidadãos, se mostrou o causador de diversas violações.

A soberania, atualmente, deve ser entendida como o poder

incontrastável no âmbito internacional, com as limitações necessárias para preservação dos direitos humanos fundamentais, determinadas pela ordem internacional e pelos direitos naturais.

Nesse sentido, Claudia Cristina Barrilari (2018, p. 26) afirma:

A reconfiguração acima aludida do conceito de soberania tem seu marco inicial no Pós-Grandes Guerras, culminando com a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945 e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Esses dois documentos são responsáveis por transformar a ordem jurídica mundial. A soberania externa do Estado deixa de ser uma liberdade absoluta e se vê juridicamente subordinada a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. Esse é o marco do momento no qual o conceito de soberania externa começa a ser logicamente inconsistente e, na esteira do exemplo de Kelsen, o direito internacional e os diferentes estatais podem ser denominados como um ordenamento único.

Enrique Bacigalupo (2005, p. 82) ressalta os efeitos da alteração do conceito clássico de soberania sobre a legislação interna dos Estados:

A nova situação teve imensas implicações. Primeiro colocar os direitos humanos reconhecidos nas convenções internacionais constitui um limite interno da legitimidade do exercício do poder do Estado contra as pessoas. Portanto, o poder do Estado deve reconhecer uma fronteira interna em relação aos direitos inerentes às pessoas. O poder soberano, ao contrário do que BODIN pensava, é legalmente resistente dentro do Estado. As fronteiras de territórios deixarão de ser os únicos limites da potência emergente de soberania. A reivindicação de legitimidade também reconhece limites internos em matéria de direitos humanos e a comunidade internacional garante-os através dos tribunais supranacionais com jurisdição em certas regiões (tradução nossa)².

²*“La nueva situación tuvo enormes implicaciones. Primero colocar los derechos humanos reconocidos en las convenciones El derecho internacional constituye un límite interno de legitimidad del ejercicio del poder del estado contra las personas. Por*

Um caso relativamente recente ilustra essa nova configuração da soberania e a limitação do direito interno pelos direitos humanos. Trata-se da detenção de Augusto Pinochet no Reino Unido. Referido caso é apontado como exemplo clássico do que configura a chamada jurisdição universal, que se traduz no poder conferido aos Estados de perseguir e punir o culpado sem considerá-lo a nacionalidade ou o lugar onde o ato incriminado foi cometido.

Assim, a todos os Estados é conferido o direito de deter e processar autores de certos atos classificados sob a rubrica de “crimes internacionais”, sem levar em consideração o local onde a violação ao Direito ocorreu, a nacionalidade do criminoso ou vítima (CRETELLA NETO, 2008, p. 252). O incidente teve início quando, em 1996, um promotor de Valência, Espanha, apresentou denúncia (JUICIO A..., 1996) por crimes contra a humanidade em face de Augusto Pinochet Ugarte, Gustavo Leigh Guzmán, César Mendoza Durán e José Toríbio Merino Castro. Cabe notar que essa denúncia tem como pano de fundo a chamada Operação Condor, que consistia em intervenções clandestinas das ditaduras militares da América do Sul (especialmente Chile e Argentina) para extermínio dos opositores ao regime de governo.

No ano de 1998, Augusto Pinochet, já na condição de Senador Chileno, visita Londres para realizar tratamentos de saúde. A Polícia do Reino Unido, cumprindo uma ordem exarada por um Juiz da Espanha, realiza a detenção de

lo tanto, el poder estatal debe reconocer una frontera relación interna con los derechos inherentes de las personas. El poder soberano, contrario a lo que BODIN pensaba, es legalmente resistente dentro del estado. Los límites del territorio ya no serán el único límite del poder emergente de la soberanía. El reclamo de legitimidad también reconoce límites internos a los derechos humanos y la comunidad internacional los garantiza a través de los tribunales supranacional con jurisdicción en ciertas regiones” (BACIGALUPO, 2005, p. 82).

Pinochet e o coloca à disposição da Justiça Britânica.

Ato contínuo, a Espanha requer a extradição do detido para seu território para que ele responda por crimes contra a humanidade. O que se deu em sequência foi a tentativa do Estado Chileno de revogar a prisão e rejeitar a jurisdição da Espanha, alegando a imunidade de agente público. O Reino Unido, por meio da Câmara dos Lordes, afastou, por maioria, a imunidade de Augusto Pinochet e determinou que o senador deveria permanecer detido até que se resolvesse a solicitação de extradição (BRAVO, 2003, *passim*).

Ao final do processo, diante de um *Habeas Corpus*, Augusto Pinochet não foi extraditado para a Espanha e sim libertado sob a alegação de saúde frágil, bem como diante da celeuma instaurada sobre a impossibilidade de extradição em face de crimes praticados antes de 1988 (data da entrada em vigor da Convenção Contra Tortura no Reino Unido) (FASANO, 2011, *passim*).

O ponto relevante de toda essa questão envolvendo a extradição do então Senador Augusto Pinochet é que a própria Constituição da República do Chile (1980) acolhe a limitação da soberania pelos direitos humanos, *in verbis*:

Artigo 5.- A soberania reside essencialmente na Nação. Seu exercício é realizado pelo povo através das eleições periódicas, plebiscitos e, também, pelas autoridades estabelecidas por esta Constituição. Nenhum grupo de pessoas ou qualquer indivíduo pode atribuir seu exercício. O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito pelos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, bem como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e em vigor (tradução nossa)³.

³ “Artículo 5º.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

O caso acima, ocorrido em passado recente, demonstra que a mudança do conceito de soberania é uma realidade jurídica atual, inexistindo acolhimento para a tese de que cada país detém soberania plena sobre seus cidadãos e suas normas jurídicas.

Apesar do resultado, é preciso reconhecer que a decisão é um divisor de águas na definição de conceitos relevantes para o direito internacional e parece ter influenciado decisões posteriores sobre o tema.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2006, declarou a ilegalidade da norma da República do Chile que determinava anistia aos governantes por crimes durante o regime militar (CORTE INTERAMERICANA..., 2006). Trata-se, nitidamente, do reconhecimento da limitação da soberania em face dos direitos humanos.

A Argentina também representa um exemplo da proteção dos direitos humanos como limitação da soberania, mesmo após o período de redemocratização e fim da ditadura. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Bulacio X Argentina* (CORTE INTERAMERICANA..., 2003), declarou que o governo argentino violou direitos humanos, afastando o entendimento de que, naquela ocasião, as forças de segurança agiram corretamente, tendo em vista a legislação interna.

Por fim, no sistema Europeu, o Tratado de Lisboa (UNIÃO EUROPEIA, 2008) estabeleceu disposições que expressamente limitam a soberania nacional como, por exemplo, na política de segurança:

Artigo 24.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

**A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL –
ELOISA DE SOUZA ARRUDA, MONIZE FLÁVIA POMPEO E MARCELO CARITA CORREIA**

1. A competência da União em matéria de política externa e de segurança comum abrange todos os domínios da política externa, bem como todas as questões relativas à segurança da União, incluindo a definição gradual de uma política comum de defesa que poderá conduzir a uma defesa comum. A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos.

[...]

3. Os Estados-Membros apoiarão activamente e sem reservas a política externa e de segurança da União, num espírito de lealdade e de solidariedade mútua, e respeitam a acção da União neste domínio. Os Estados-Membros actuarão de forma concertada a fim de reforçar e desenvolver a solidariedade política mútua. Os Estados-Membros abster-se-ão de empreender acções contrárias aos interesses da União ou susceptíveis de prejudicar a sua eficácia como força coerente nas relações internacionais. O Conselho e o Alto Representante asseguram a observância destes princípios.

Essa disposição do Tratado de Lisboa foi desafiada frente às Constituições e normas internas, sendo certo que, como esclarece Kai Ambos (2018, posição 5246) ao tratar de Julgamento realizado na Suprema Corte da República Tcheca, há manifestações que acolhem como legítima a ação internacional de limitação da soberania:

Em um estado democrático moderno governado pelo Estado de Direito, a soberania do Estado não é um objetivo em si - isto é, isolado - mas é um meio de cumprir os valores fundamentais sobre os quais a construção de um Estado democrático governado pelo Estado de Direito, [...] [e, portanto], que a transferência de certas competências do Estado, que decorre do livre arbítrio do soberano, e continuará sendo exercida com a participação do soberano de uma maneira que seja previamente acordada e seja sujeita a revisão, não é um enfraquecimento conceitual da soberania, mas, pelo contrário, pode levar a fortalecê-la nas ações conjuntas de um todo integrado (tradução nossa)⁴.

⁴ *“In a modern democratic state governed by the rule of law, the sovereignty of the*

Apesar da evolução da proteção internacional dos direitos humanos acima demonstrada, cumpre destacar que, até o momento, não se trata de entendimento unânime em todas as jurisdições. O Tribunal Constitucional Alemão, na chamada decisão Lisboa (BVERFG), entendeu que o tratado contém disposições incompatíveis com a Constituição da República da Alemanha.

Assim, diante do déficit democrático na promulgação do Tratado (não houve votação do povo alemão), a adoção plena das disposições do Tratado de Lisboa, sobretudo no que tange à soberania, somente seria viável com a criação de nova Constituição pelo povo Alemão, com limitação expressa de sua soberania.

A decisão acima mencionada, apesar de apresentar uma possibilidade de limitação da soberania interna, constitui um contraponto aos entendimentos que permitem a limitação da soberania na ordem internacional.

O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos foi consolidado com a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional de Haia, por meio do Estatuto de Roma. Embora com abrangência limitada em função da ausência de países importantes como os Estados Unidos da América, a criação do Tribunal, por si só, revela que os direitos humanos devem ser protegidos em esfera global, sendo insuficiente, na atual evolução da sociedade mundial, a

state is not an aim in and of itself – that is, in isolation – but is a means for fulfilling the fundamental values on which the construction of a democratic state governed by the rule of law stands ... [and therefore] that the transfer of certain state competences, that arises from the free will of the sovereign, and will continue to be exercised with the sovereign's participation in a manner that is agreed upon in advance and is subject to review, is not a conceptual weakening of sovereignty, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole."

mera proteção pelo direito interno.

5 CONCLUSÃO

O artigo se propôs a analisar a necessidade de proteção dos direitos humanos no cenário internacional, bem como os empecilhos a essa proteção causados pelo conceito de soberania.

A pesquisa revelou que o conceito clássico de soberania, estabelece o poder do Estado Moderno como absoluto nos limites de sua jurisdição e sem contraposição na esfera internacional. Nesse contexto, a proteção dos direitos individuais, bem como os direitos humanos, é tida como uma questão meramente interna. Ou seja, cabe ao Estado determinar a forma e a extensão de proteção aos direitos humanos, sem interferência externa.

As atrocidades cometidas especialmente durante a Segunda Guerra Mundial demonstraram que o dogma da soberania era insuficiente para proteção dos direitos humanos. Na verdade, a soberania serviu de justificativa para impedir a proteção de minorias. A solução final perpetrada pelo Estado Alemão, além de não proteger seus cidadãos, demonstrou que o próprio Estado soberano pode ser o causador das violações.

Diante dessa constatação, foi necessário determinar um conceito mínimo de direitos humanos, qual seja, aqueles mínimos essenciais a uma vida humana digna.

O conceito de direitos humanos configura um limitador ao conceito de soberania. Vale dizer, além de objeto de proteção, os direitos humanos fundamentais são verdadeiros limites ao conceito de soberania. Normas estruturais que limitam a liberdade do Estado Membro. Em outras palavras, a soberania pode ser livremente exercida, desde que respeite integralmente o

conceito de direitos humanos fundamentais.

Verificou-se que o Chile, por exemplo, modificou sua Constituição para reconhecer expressamente o limite da soberania em face dos direitos humanos fundamentais, o que eles classificam como direitos inerentes à natureza humana. Cabe destaque, ainda, à União Europeia que, por meio do Tratado de Lisboa, cria norma expressa de limitação da soberania dos Estados, ao impedir políticas internas contrárias aos objetivos da União.

As decisões de Cortes internacionais e os dispositivos de Tratados Internacionais demonstram que o Poder Estatal deve ser limitado em face dos direitos humanos fundamentais, sendo de rigor a redução da abrangência da soberania para adequação ao rol de direitos mínimos.

O processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos foi consolidado com a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional de Haia, por meio do Estatuto de Roma.

Assim, consolida-se o entendimento de que os direitos humanos devem ser protegidos em esfera global, sendo insuficiente na atual evolução da sociedade mundial a mera proteção pelo direito interno.

Por fim, é possível concluir que, mantida a tendência de internacionalização da proteção dos direitos humanos aqui apontada, a perspectiva para o futuro é que as graves violações aos direitos humanos sejam desincentivadas, dada a possibilidade de intervenção do sistema protetivo internacional, inclusive com as ações judiciais correspondentes.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **European Criminal Law**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2018, [E-book].

**A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL –
ELOISA DE SOUZA ARRUDA, MONIZE FLÁVIA POMPEO E MARCELO CARITA CORREIA**

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 160.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal Y El Estado de Derecho**. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BARRILARI, Claudia Cristina. **Crime Empresarial**, Autorregulação e Compliance. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BRAVO, Otavio Augusto de Castro. **O caso Pinhochet e o Direito Internacional Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

BVERFG. **Judgment of the Second Senate of 30 June 2009**. 2 BvE 2/08 -, paras. 1-421. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html. Acesso em: 17 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Espinosa: uma filosofia da liberdade**. 1 ed. São Paulo: Moderna, 1995.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**, Constitución 1980. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Acesso em 31 jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bulacio Vs. Argentina**. 18 sept. 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. 26 sept. 2006, Serie C n. 154. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional Penal**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Virginia Bill of Rights**, de 12 de junho de 1776. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charers/virginia_declaration_of_rights.html. Acesso em: 21 mar. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of United States**. 1788. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of Independence**, de 04 de julho de 1776. Disponível em: https://www.constitution.org/us_doi.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

FASANO, Renata Rossini. **A Competência Repressiva Universal no Direito Internacional Penal**. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 21 dez. 2018.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. 1. ed. Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HUPFFER, Haide Maria. **O legado do jusnaturalismo moderno-iluminista para a positivação do direito**. *Âmbito Jurídico*, 01 jun. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9694. Acesso em: 10 jan. 2017.

JUICIO A PINOCHET EM ESPAÑA. **Equipo Nizkor**, Madrid, sep. 1996. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/chile/juicio/denu.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

**A SOBERANIA ESTATAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL –
ELOISA DE SOUZA ARRUDA, MONIZE FLÁVIA POMPEO E MARCELO CARITA CORREIA**

MULLER, Friedrich. **Die Positivitat der Grundrechte**. Fragen einer praktischen Grundrechts-dogmatik. 1 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RESENDE, Antonio Jose. **Conceito e Evolução Histórica do Direito Natural**. JURÍDICA, Ano III, Número 3, Jan./2015.

REINO UNIDO. **Magna Carta – 1215** (Magna Charta Libertatum). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Comissão de Direitos Humanos da USP, São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 22 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa**. Lisboa: Assembleia da República, 2008. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 17 mar. 2020.

Submissão do artigo: 21/09/2020

Aprovação do artigo: 15/03/2020

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

THE PRELIMINARY CONCILIATION HEARING'S APPLICATION IN BRAZILIAN'S CLASS ACTIONS

JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO

Professor de Direito Civil (Faculdades Integradas Rio Branco - Granja Vianna). Mestre em Direito Processual e Bacharel em Direito (UNESP). Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil brasileiro e comparado (NUPAD - Unesp).

WESLEY SANCHES PINHO

Professor de Direito. Mestrando em Direitos Coletivos e cidadania (UNAERP).

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estudar a aplicabilidade do art. 334 do CPC/2015 (realização da audiência preliminar de conciliação) nas ações coletivas, dando um enfoque maior às ações populares e civis públicas. De fato, com o crescente fomento dos métodos alternativos (ou adequados) de solução de conflitos, inclusive no tocante à sua utilização em demandas que abarcam direitos indisponíveis, necessário investigar até que ponto a norma procedimental individual é aplicável ao processo coletivo, mormente no que tange a essa obrigatoriedade ou não da audiência inaugural de conciliação. Conclui-se que somente nos casos de recusa expressa de todos os litigantes, bem como quando o objeto litigioso não comportar a autocomposição, ou, ainda, em situações excepcionais e devidamente fundamentadas que denotem a inefetividade, impossibilidade, ou necessidade de flexibilização do rito é que a audiência inaugural poderá ser descartada. O método utilizado foi o dedutivo, com pesquisa bibliográfica-documental baseada em doutrinas, leis, jurisprudências e demais regramentos pertinentes à matéria.

Palavras-chave: processo coletivo; processo civil; mecanismos alternativos de solução de controvérsias; mediação; conciliação

ABSTRACT

The objective of the present work is to study the applicability of art. 334 of CPC / 2015 (preliminary conciliation hearing) in class actions. In fact, with the growing promotion of alternative (or adequate) methods of conflict resolution, it is necessary to investigate if the individual procedural rule is applicable to Brazilian's class actions, especially the inaugural conciliation hearing. It was concluded that only in cases of all litigants' clear refusal, as well as when the object of the lawsuit does not include self-composition, or even, in exceptional and duly substantiated situations that denote ineffectiveness, impossibility or the need to make the procedure more flexible is that the inaugural audience can be ruled out. The method used in this paper was deductive, with bibliographic-documental research, based on doctrines, laws, jurisprudence and other relevant rules to the matter.

Keywords: class actions; civil procedure; alternative methods of conflict resolution; mediation; conciliation.

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Particularidades do sistema processual coletivo e a aplicação subsidiária do CPC. 3. A possibilidade de autocomposição de direitos indisponíveis. 4. As disposições trazidas a respeito da mediação e conciliação com CPC/2015 e a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação). 5 Aplicabilidade do art. 334 do CPC na ação popular e na ação civil pública: obrigatoriedade ou faculdade? 6. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

As Leis 13.140/2015 (Lei de Mediação) e 13.105/2015 (CPC/2015) foram sancionadas e trouxeram, em seus corpos, importantes disposições acerca dos denominados mecanismos alternativos – ou, por alguns estudiosos, chamados de mecanismos adequados¹ - de solução de litígios, denotando o avanço na processualística em educar e estimular a aplicação desses métodos. Basta atentar-se para as normas fundamentais do processo estabelecidas na Parte Geral do CPC/2015, mais especificamente em seu art. 3º, § 2º e 3º, a denotarem que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; sendo que todos os atores processuais deverão estimular a sua ocorrência.

Em virtude deste protagonismo, optou o legislador por instituir a audiência preliminar de mediação/conciliação no art. 334 do CPC/2015, denotando uma quase-obrigatoriedade em sua realização na medida em que estabelece como hipóteses de não-ocorrência: quando houver manifestação por todas as partes a respeito do desinteresse; ou quando o litígio não admitir a autocomposição para o seu desate (§ 4º, incisos I e II).

A partir dessa análise, um estudo sobre a aplicabilidade do referido dispositivo em sede dos procedimentos especiais envolvendo direitos e interesses transindividuais se faz necessário, pois nenhum diploma legal que regule as ações coletivas traz qualquer menção a essa audiência de conciliação/mediação, ensejando a busca por respostas de até que ponto deve-

¹ Expressão utilizada pelo Professor Carlos Alberto Carmona durante as aulas da disciplina “Aspectos processuais da arbitragem”, ministrada no segundo semestre de 2019, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de São Paulo (FD-USP), cursada por um dos autores na modalidade “aluno especial”.

se observar os regramentos do CPC/2015 na tutela desses direitos/interesses especiais.

Some-se ao fato de não serem raros posicionamentos conservadores no tocante à admissibilidade de negociação de direitos indisponíveis (sendo que muitos deles encontram guarida na tutela coletiva), denotando a necessidade de debate e atualização do pensamento jurídico para se chegar a uma tutela mais efetiva de direitos.

Para tanto, utilizar-se-ão as mais variadas doutrinas, além da análise dos importantes julgados referentes à temática proposta. A metodologia a ser utilizada será, portanto, dedutiva (partindo-se de uma premissa maior para se chegar a conclusões ou ponderações finais) e baseada em materiais bibliográficos, consistindo-se na análise de julgados, doutrinas e das respectivas legislações e comandos legais pertinentes ao tema.

2 PARTICULARIDADES DO SISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

Durante bom tempo perdurou a ideia sincretista do processo, calcada na indissociabilidade entre direito material e processual. Passou-se a questionar esse conceito civilista de ação, considerando-a verdadeiro instituto de direito processual, e não mais material, tendo como objetivo a prestação jurisdicional, e não propriamente o bem litigado (LEONEL, 2002, p. 18).

A partir desse questionamento, nasce a fase autonomista ou conceitual da ciência processual, na qual a relação jurídico-processual passa a ser diferenciada da relação jurídica material, mais especificamente em três aspectos: sujeitos processuais (autor, réu e Estado); objeto (a prestação

jurisdicional e não o bem da vida em si); e pressupostos (pressupostos processuais) (GAJARDONI, 2012, p. 14).

Contudo, esse estudo do processo autônomo, como um fim em si mesmo, não foi capaz de solucionar a problemática atinente à sua própria finalidade, qual seja a de realização ou garantia de um direito material, ou até mesmo o acesso a uma *ordem jurídica justa* (cf. Watanabe, (1988)).

Neste contexto, não basta apenas reconhecer um determinado direito, mas sim fazê-lo cumprir. Afinal, “a mais imediata e perceptível missão do sistema processual é a de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua” (DINAMARCO, 2017, p. 35).

Nasce daí a visão instrumentalista da ciência processual, embasada na observância dos alcances e dos resultados como verdadeiras “razões de ser” do sistema processual. O processo deve ser entendido como verdadeiro instrumento de realização de garantias e direitos, além, é claro, de proporcionar, em seu sentido puro, o acesso à justiça, concentrando-se em sua plena capacidade de conseguir tutelar o direito material.²

Baseando-se nessa construção teórica, de que o processo deve ser visto como instrumento de proteção, garantia, e realização de direitos; não há como

² Nesse sentido, leciona Marinoni: “Pensou-se que o processo poderia existir sem qualquer compromisso com o direito material e com a realidade social. Porém, como não é difícil constatar, *houve uma lamentável confusão entre autonomia científica, instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material*. Se o direito processual é cientificamente autônomo e o processo possui natureza instrumental, isto está muito longe de significar que ele possa ser neutro em relação ao direito material e à realidade da vida. Aliás, justamente por ser instrumento é que o processo deve estar atento às necessidades dos direitos.” (MARINONI, 2017, p. 7).

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO

o processo coletivo obedecer a todas as premissas estabelecidas para o modelo individual de procedimento.

Afinal, a própria natureza e característica dos direitos e interesses metaindividuais impede que o tratamento processual seja o mesmo que o individual. Cappelletti e Garth elucidavam que a principal problemática envolvendo direitos e interesses supraindividuais consistia no fato de que ou a retribuição para aquele que buscasse a reparação era ínfima, afastando o interesse na propositura da demanda, ou os problemas atinentes à legitimidade obstaculizariam esse acesso (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 21).

Institutos processuais aplicados ao sistema processual individual, tais como: legitimidade, capacidade, normas procedimentais, competência, coisa julgada, cumprimento de sentença, dentre outros, necessitaram de verdadeira revisão conceitual, doutrinária e jurisprudencial para se adequarem a essas características especiais dos “direitos de massa”. Assim preceituavam os autores:

Em primeiro lugar, com relação à legitimidade ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos atuem em representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação no papel do juiz e de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo [...] é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente [...] outra opção tradicional, a da “coisa julgada”, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 50).

Nesse contexto, um dos mais importantes princípios presentes na tutela coletiva é o da integratividade das normas do sistema processual coletivo (art.

17 da LACP), tendo suas principais raízes na Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o que não exclui a aplicação de dispositivos presentes na Lei da Ação Popular, na Lei de Improbidade Administrativa, no ECA etc.

Esse princípio não só reforça a ideia de que o processo coletivo deve ser compreendido à parte do sistema individual, como também estabelece que as normas que o regem devem ser aplicadas e interpretadas de forma integrada, intercomunicativa entre uma lei e outra. Não há, propriamente, uma hierarquia normativa entre elas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JUNIOR, 2012b, p. 124-125).

A doutrina denomina essa concepção como sendo a teoria do “diálogo das fontes normativas” (GAJARDONI, 2012, p. 51), preceituando que ao se aplicar duas ou mais fontes, uma pode servir de base conceitual para a outra, e vice-versa. Nesse sentido, normas que regem determinada ação coletiva, *v.g* a ação civil pública, se aplicam não só a outras ações cujo texto legal seja omissivo – como no caso da Ação Popular; mas também de forma simultânea, extraindo a interpretação que melhor se adequa a este tipo especial de tutela de direitos e interesses transindividuais.

A aferição de qual norma aplicar fica por conta do critério casuístico. Essa interpretação integrativa pode ser exemplificada na legitimidade processual da Defensoria Pública em “ingressar com ação civil pública na tutela de direitos inerentes a crianças e adolescentes (*v.g* disponibilidade de vagas em creche). Apesar do ECA não estabelecer essa legitimação em seu artigo 210, o art. 5º, II da Lei 7.347/85 o faz, denotando o caráter integrativo do sistema” (CARVALHO, 2016, p. 65).

Preceitua o art. 19 da Lei 7.347/85 que as normas processuais do Código de Processo Civil se aplicam à ação civil pública, naquilo em que não

contrarie suas disposições; sendo clara a opção legislativa pela aplicabilidade subsidiária ou residual do CPC às ações coletivas. Como exemplo, pode-se elencar o caso de “identidade entre demandas coletivas” que, por não encontrar substrato em nenhum diploma normativo acerca do processo coletivo, recebe a aplicação das normas do CPC/2015.

Nosso ordenamento adota a teoria tríplice dos elementos da ação, elencando-os em partes (aqueles que atuam de forma ativa no processo, autor e réu); pedido (pretensão jurídica da ação, *v.g* o cumprimento de uma obrigação de fazer); e a causa de pedir (fundamentação fática e jurídica que motiva a busca do Poder Judiciário para solução da *questio*) (DIDIER JÚNIOR; ZANETI, 2012a, p. 437 e ss.). A identidade total desses elementos, tanto nas ações individuais como nas ações coletivas, induz a litispendência (quando ainda não houver decisão de mérito transitada em julgado sobre a questão) ou a coisa julgada; sendo que havendo a ocorrência da primeira, aplicam-se as disposições do art. 55, § 1º e 3º do CPC/2015;³ e na segunda, a do art. 485, V – extinção sem resolução do mérito.

Portanto, de se notar que, tendo em vista as particularidades que permeiam a tutela coletiva, dentre elas a legitimidade concorrente, disjuntiva, exclusiva e autônoma⁴, as regras processuais do CPC/2015 somente terão

³“Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. § 1o Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. [...] § 3o Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles” (BRASIL, 2015).

⁴“Concorrente, pois as entidades são independente e simultaneamente legitimadas para a defesa dos direitos e interesses em jogo; disjuntiva, na medida em que qualquer um dos co-legitimados poderá ajuizar a ação; exclusiva, pois o rol de legitimados é taxativo, pré-estabelecido pelo ordenamento jurídico; e autônoma, em virtude de ser dispensável a presença do titular de direito material na relação processual, ainda que possa ser identificado” (BORGES; OLIVEIRA, 2011, p. 90-91).

aplicabilidade subsidiária ao processo coletivo, principalmente naquilo em que não houver disposição legal própria (como no caso da identidade entre demandas coletivas).

3 A POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

A autocomposição consiste no encontro de uma solução para o litígio pelas próprias partes, seja em conjunto ou isoladamente. Nos ensinamentos de Fernanda Tartuce: “Em tal caso, a composição do conflito contará com a vontade de uma ou ambas as partes para que se verifique, inexistindo a participação de um terceiro com poder decisório para definir o impasse” (TARTUCE, 2018, p. 37). Consiste, portanto, na cessão (parcial ou integral) de interesses para se atingir o objetivo da pacificação social, podendo se dar de forma uni ou bilateral (vontade de apenas uma, ou ambas as partes).

A autocomposição pode subdividir-se, ainda, em transação, renúncia e submissão (que, processualmente, recebe a nomenclatura de “reconhecimento jurídico do pedido”).

Apesar da dificuldade em se conceituar os termos acima, no sentido material do instituto, a transação consiste num “determinado negócio jurídico, de cunho contratual, que se realiza por via de um acordo de vontades, cujo objeto é prevenir ou terminar o litígio, mediante concessões recíprocas das partes (Código Civil, art. 840)” (PEREIRA, 2017). A transação traz a ideia, portanto, da abstenção por ambos os polos da relação jurídica, de parte do direito ou interesse, a fim da solução do conflito, o que denota a sua bilateralidade (v.g um acordo extrajudicial, ou ainda, no curso do processo,

para parcelamento do montante total da dívida – o credor abdica do valor integral, mas mantém juros e correção monetária).⁵

Já a renúncia e a submissão caracterizam-se pela expressão unilateral da vontade. Na renúncia, o suposto titular do direito abre mão da totalidade de sua pretensão, e, conjuntamente com ela, do conflito gerado pela hipotética ofensa a direito ou interesse (v.g o perdão da dívida pelo credor). Na submissão, o que ocorre é a aceitação integral por parte daquele que se submeteu à pretensão contrária, ainda que pudesse resistir de maneira legítima (v.g acordo extrajudicial em que o devedor se propõe a pagar a quantia pretendida pelo credor, mesmo desconfiado de que o valor poderia ser menor) (NEVES, 2017, p. 88). Importante salientar que as formas de autocomposição podem ser invocadas tanto antes quanto após a formação da relação jurídico-processual.

Por muito tempo se defendeu que somente os direitos considerados disponíveis, isto é, aqueles em que há a total e expressa liberdade por parte de seu titular de exercê-lo ou não, pudessem ser objeto de autocomposição. Os chamados direitos indisponíveis, dentre os quais diversos encontram-se sob a guarda da tutela coletiva (ex: meio ambiente; patrimônio público; moralidade administrativa; saúde; educação, etc.), não seriam, em tese, passíveis de negociação. “Pode-se dizer que existe uma compreensão generalizada no sentido de se tratar de uma especial categoria de direitos cujo interesse público de efetiva proteção os tornam irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis

⁵ Nesse mesmo sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 147): “A transação é o negócio jurídico em que os sujeitos da lide fazem concessões recíprocas para afastar a controvérsia estabelecida entre eles. Pode ocorrer antes da instauração do processo ou na sua pendência. No primeiro caso, impede a abertura da relação processual, e, no segundo, põe fim ao processo, com solução de mérito, apenas homologada pelo juiz (NCPC, art. 487, III, b).”

por parte de seus próprios titulares” (VENTURI, 2016). Como bem aponta Fernanda Tartuce

O tema da indisponibilidade dos direitos já foi tratado como verdadeiro “tabu” impeditivo da celebração de acordos – mas é preciso atentar para não resvalar em preconceitos, dogmas e opiniões sem embasamentos sólidos que limitem a dimensão de tal noção; a disponibilidade é um conceito legal indeterminado no qual se revela mais útil destacar suas características do que fixar sua definição. [...] Como pondera Rodolfo de Camargo Mancuso, mesmo quando o interesse é indisponível (como o direito a alimentos), o efeito pecuniário da sentença condenatória pode, não obstante, ser objeto de transação entre as partes (o que, aliás, ocorre frequentemente). Também em ações de estado (como sobre filiação) e em causas relativas a interesses de incapazes (como a guarda de filhos) é possível que os envolvidos se conscientizem sobre direitos e obrigações recíprocas e celebrem acordos válidos. Exemplo disso é que o pai pode reconhecer voluntariamente o vínculo de filiação em ato de autocomposição unilateral. Percebe-se, assim, que também no Direito de Família é possível conceber a autocomposição, seja ela unilateral por reconhecimento jurídico do pedido ou renúncia (em certos casos), seja por autocomposição bilateral por força da realização de acordos. (TARTUCE, 2018, p. 40).

Partindo dessa linha de raciocínio, questiona-se se a falta de possibilidade de negociação não implicaria num absoluto impedimento de proteção, indo até mesmo contra o primado do interesse público que visa a garantir essa “máxima proteção” a esses direitos e interesses, tornando-os intransigíveis (VENTURI, 2016, p. 6).

Partindo da premissa de que a ordem pública permeia esses direitos e interesses indisponíveis, acredita-se que não haveria, por exemplo, meios concretos de o Ministério Público fazer cumprir fielmente seu papel constitucional colacionado no art. 127 da Carta Maior se não lhe fosse

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

designada a possibilidade de firmar acordos em sua atuação. Há de se considerar a possibilidade de transacionar direitos e interesses indisponíveis pelos legitimados à sua defesa. Nesse sentido,

a transação não importa, necessariamente, em renúncia ou alienação dos direitos [...] não se verifica incompatibilidade dos direitos indisponíveis com a transação, porquanto essa não implicaria, propriamente, renúncia ao direito, mas a disposição sobre o modo como este pode ser implementado. (DAMASCENO; HOFFMANN JR., 2016).

Assim preconiza Daniel Amorim Assumpção Neves ao comentar sobre o art. 334 do CPC/2015:

O legislador foi extremamente feliz em não confundir direito indisponível com direito que não admita autocomposição, porque mesmo nos processos que versam sobre direito indisponível é cabível a autocomposição. Naturalmente, nesse caso, a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação. Na tutela coletiva, por exemplo, esse entendimento é pacificado, o mesmo ocorrendo nas ações em que se discutem alimentos. (NEVES, 2017, p. 1.051).

Some-se isso ao fato de, cada vez mais, o ordenamento jurídico fomentar a utilização dos chamados meios alternativos – ou adequados, melhor dizendo - de solução de conflitos nas lides envolvendo direitos envoltos no interesse público.

Como bem preceitua o art. 35, *caput*, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), as controvérsias que envolverem a administração pública federal direta, suas autarquias ou fundações poderão ser objeto de transação por adesão, desde que haja fundado parecer do Advogado-Geral da União

embasado em jurisprudência pacífica dos tribunais superiores; ou com anuência da Presidência da República.

Percebe-se que o sistema vem abrindo alternativas para a possibilidade de se transacionar direitos indisponíveis. Até mesmo a moralidade administrativa, bem público protegido pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.249/92), a qual vedava expressamente a transação, conciliação ou acordo (art. 17, § 1º), sofreu certa “mitigação” em sua “indisponibilidade”.

Com o escopo de assegurar maior efetividade na tutela da probidade administrativa, é imprescindível a mitigação da vedação à transação na repressão aos atos de improbidade administrativa, com o escopo de permitir a aplicação consensual de algumas sanções aos agentes ímprobos [...] Destaque-se, por necessário, que o acordo firmado entre o promotor de justiça (MP) e o ímprobo, poderá dar ensejo ao arquivamento do inquérito civil, de forma semelhante ao que já acontece com o TACs (Termos de Ajustamento de Conduta), com posterior controle do juízo de dosimetria da sanção pelo Conselho Superior do Ministério Público. (MORAIS, 2019).

Ademais, a Medida Provisória nº 703/2015 revogou, por um tempo, o art. 17 da Lei de Improbidade, perdendo a vigência pela sua não conversão em lei, mas dando azo à formação de jurisprudência no sentido de permissão para acordos e transações nas ações de improbidade (Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 500671718.2015.4.04.7000/PR; e, mais antigo, STJ, 2ª Turma, REsp 299.400/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, j. 01.06.2006, DJ 02.08.2006, p. 229). O Ministério Público Federal, durante a “Operação Lava Jato” firmou diversos acordos de leniência com empresas, dando em troca a garantia que as ações de improbidade somente buscariam a declaração dos atos de improbidade, sem aplicação de demais sanções (LUCHETE, 2016).

Há, ainda, o Enunciado 617 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC), marcando um posicionamento firme sobre a celeuma ao expressar que “a mediação e a conciliação são compatíveis com o processo judicial de improbidade administrativa”.

Por fim, a Lei 13.964/2019 (popularmente apelidada de “pacote anticrime”) “promoveu, através de importante alteração/inserção no art. 17, §§ 1º e 10-A da lei 8.429/92 (art. 6º), a possibilidade da celebração de autocomposição (acordo de não persecução civil ou transação/reconhecimento) no âmbito das ações civis de improbidade administrativa” (GAJARDONI, 2020).⁶

Diante de todo o exposto, havemos de concluir pela plausibilidade de autocomposição de direitos indisponíveis, seja pela permissão legal e jurisprudencial que vem se firmando nesse sentido, seja pela própria observância do processo como instrumento de proteção e realização de direitos.

4 AS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS A RESPEITO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COM CPC/2015 E A LEI 13.140/2015 (LEI DE MEDIAÇÃO)

⁶E continua o autor: “Embora doutrina viesse, há tempos, clamando por esta possibilidade; e embora entendamos que a autocomposição já seria cabível, no âmbito da improbidade administrativa da lei 8.429/92, ao menos, desde o advento do art. 16 da lei 12.846/2013 (acordo de leniência), ou da Resolução CNMP 179/2017 (art. 1º, § 2º); fato é que a vedação expressa que existia na redação originária do art. 17, § 1º, da lei 8.429/92, causava enormes dúvidas, deixando considerável risco de anulação das avenças pelo Poder Judiciário, sob o argumento de que a LIA vedava, expressamente, a autocomposição em tema de improbidade administrativa. Com a alteração imprimida na lei 8.429/92 pela lei 13.964/2019 (art. 17, § 1º e § 10-A), doravante admite-se o acordo em tema de improbidade administrativa, dissipando qualquer dúvida (ou risco) que existia a respeito da celebração da convenção nesta temática” (GAJARDONI, 2020).

Não há dúvidas de que o legislador tendeu a prestigiar os métodos consensuais de resolução de conflitos na novel legislação processual (Lei 13.105/2015), dando a estes mecanismos “todo o destaque que modernamente eles têm tido” (TARTUCE, 2020). Basta atentar que o art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC/2015 estabelece como norma fundamental do processo civil o fomento pelo Estado, sempre que possível, à solução consensual dos conflitos, sendo dever dos atores processuais (juízes, advogados, defensores públicos, promotores etc.) o estímulo à conciliação, mediação, e demais mecanismos alternativos de solução de litígios, inclusive no curso do processo judicial.

De mesmo modo, o art. 139, V, do CPC/2015 elenca como um dos deveres do magistrado, ao presidir o processo, a tentativa, a todo tempo, do emprego das técnicas de conciliação e mediação, preferencialmente se utilizando dos auxiliares da justiça (conciliador e mediador). Na parte geral do CPC/2015, além das referidas disposições, há uma seção inteira dedicada aos conciliadores e mediadores judiciais, sendo elencados como auxiliares da justiça. Destaca-se, ainda, o pioneiro dispositivo acerca da criação das câmaras de conciliação e mediação a fim de solucionar conflitos no âmbito administrativo. Nem se fale, ademais, no capítulo dedicado à audiência inaugural de conciliação e mediação, estatuída pelo art. 334 e seus parágrafos (TARTUCE, 2015, p. 292). Sobre o ponto, disserta Gajardoni (2016):

Aliás, o CPC/2015 usa as expressões “mediação” e “conciliação” ao menos 44 (quarenta e quatro) vezes, o que comprova o prestígio do instituto no novo modelo de processo civil proposto. A Lei 13.105/2015, em conjunto com a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), disciplinam e profissionalizam, ainda, a figura do mediador/conciliador – profissional qualificado por prévio curso de capacitação, recrutado por concurso público (cargo público) ou mediante cadastramento

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

junto ao Poder Judiciário (art. 167 do CPC/2015) –, que, doravante, será remunerado conforme regramento a ser editado pelo CNJ/Tribunais. E o mais importante: o CPC/2015 estabelece que nas ações de rito comum (modelo procedimental que substituirá os ritos ordinário e sumário) e em alguns procedimentos especiais (v.g. ações de família), o juiz, logo ao despachar inicial, designará audiência de conciliação ou de mediação, a ser conduzida, onde houver, necessariamente por conciliador ou mediador. Indubitavelmente, a ampla disciplina da temática no ordenamento jurídico brasileiro comprova o escopo legislativo de: a) contornar o grave problema do congestionamento do Poder Judiciário brasileiro, tentando solucioná-lo pela via da conciliação/mediação dos conflitos (o que não é bom); e b) dotar o sistema de variados métodos de solução de conflitos (Tribunal Multiportas), permitindo que as partes ou natureza do conflito definam qual deles é o mais adequado ao caso (o que é muito bom!).

Interessante debate permeia a interpretação no tocante aos dispositivos presentes no CPC/2015 (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei 11.340/2015). Esta, apesar de sancionada *a posteriori*, passou a vigorar antes, surgindo três diferentes posições doutrinárias a respeito de qual lei deve prevalecer, tendo em vista a presença de dispositivos sobre as mesmas matérias (v.g., a figura do mediador/mediação judicial) em ambas as legislações.

Uma primeira posição atenta para a prevalência dos dispositivos da Lei de Mediação sobre os do CPC/2015, haja vista o princípio da especialidade, presente no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Já uma segunda corrente preceitua que não há especialidade da Lei de Mediação sobre o CPC/2015, sendo que este também se dedicou ao tratamento especial do instituto, incidindo a hipótese do art. 2º, § 1º da LINDB, donde a lei posterior revoga a anterior, prevalecendo as disposições atinentes aos CPC/2015 (GAJARDONI, 2016, *passim*).

Existe uma terceira corrente que prestigia a aplicação da Lei 13.130/2015 apenas às mediações judiciais, revogando-se o disposto no CPC/2015 nesse sentido, porém mantendo todas as regras no tocante à conciliação, eis que institutos diversos. Seria o caso, pois, da existência de dois sistemas normativos: a) um disciplinando a mediação judicial e extrajudicial (Lei de Mediação); e b) um regendo a conciliação judicial (CPC/2015) (OLIVEIRA JR., 2017).

Por fim, há a corrente – da qual partilha-se o entendimento - que sustenta a ocorrência de um verdadeiro “microsistema normativo” de mediação e conciliação em nosso ordenamento jurídico, sendo necessária uma leitura integrativa (assim tal qual ocorre com a integratividade das normas do processo coletivo) dos dispositivos presentes no CPC/2015 e na Lei de Mediação, extraíndo-se aquilo que melhor atender aos princípios e institutos da mediação/conciliação. Assim disserta Fernanda Tartuce:

Por força do diálogo das fontes é viável reconhecer a possibilidade de subsunção concomitante do Novo CPC e da Lei de Mediação; afinal, os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns ao expressar ter como pilares a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade. Em casos de dúvida quanto à aplicação de normas de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação. Tal análise será feita oportunamente quando da apreciação de diversas ocorrências normativas e do perfil de sua aplicação prática. (TARTUCE, 2015, p. 299).

Uma das críticas ao CPC/2015 foi justamente a “quase obrigatoriedade” atribuída à audiência de conciliação/mediação, disposta em seu art. 334. Com efeito, levando-se em conta a literalidade da norma, somente se dispensará a

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

realização da audiência de conciliação em duas situações: a) se houver a demonstração de desinteresse em sua realização por ambas (ou todas) as partes do processo; b) nos litígios que não admitam autocomposição (art. 334, § 4º, I e II do CPC/2015) (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 787).

Nesse sentido, inclusive, o Enunciado n. 61 da ENFAM (Escola Nacional de Formação de Magistrados):

Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.

Há doutrina que sustente, de forma excepcional, a dispensa da audiência de conciliação por manifestação de apenas uma das partes, desde que haja certa valoração judicial do instituto:

O art. 139, II, e VI, do CPC/2015, centram na figura do juiz duas importantes responsabilidades. A de velar pela razoável duração do processo e a de flexibilizar o procedimento para adaptá-lo a especificidades da causa, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Em princípio, a audiência de conciliação/mediação seria cogente para as hipóteses não contempladas no art. 334, §4º, do CPC/2015, preservando-se, assim, o manifesto intento legislativo em só dispensar o ato mediante negócio processual para o qual haja convergência de vontade das partes. Todavia, a parte poderia requerer ao magistrado, com arrimo nos já citados deveres, que flexibilizasse o rito processual e dispensasse o ato, nos casos em que a realização da audiência pudesse comprometer a celeridade do processo ou comprometer a sua efetividade. Diversas razões podem inspirar tal pedido, tal como a demonstração de prévia e frustrada tentativa de conciliação (trocas de email), o comportamento refratário à autocomposição do adverso, em causas pretéritas semelhantes, etc. [...] A interpretação ora apresentada vem ao encontro, ainda, do enunciado n. 35 da ENFAM, no sentido de que “além das situações em que a flexibilização do procedimento é

autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”. (GAJARDONI, 2016).

Essa última tese tem sido bastante aplicada na prática forense, não sendo raros os casos em que o magistrado, aplicando o Enunciado 35 da ENFAM, deixa de designar a audiência de conciliação, a fim de averiguar a conveniência da autocomposição para momento posterior.⁷ Nas lições de Luiz Dellore (2019), há casos em que os tribunais, sejam superiores ou inferiores, verdadeiramente “reescrevem” o NCPC a seu bel prazer e entender.

Fato é que, tanto o CPC/2015 quanto as disposições trazidas pela Lei de Mediação (inclusive versando sobre a possibilidade de transação de direitos e interesses protegidos pelo interesse público) denotam o avanço e o prestígio dos mecanismos alternativos de solução de litígios, instituindo a figura do assim denominado “Tribunal Multiportas”, valorando a vontade e comunicação entre os sujeitos processuais.

5 APLICABILIDADE DO ART. 334 DO CPC NA AÇÃO POPULAR E NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: OBRIGATORIEDADE OU FACULDADE?

⁷ Nesse sentido, julgado do TJ/SP: “Compromisso de compra e venda DE IMÓVEL- Inadimplemento- Rescisão decretada - Juízo que postergou a análise da conveniência da realização da audiência de conciliação para momento oportuno – Possibilidade que lhe faculta o art. 139, inciso VI, do CPC, combinado com o Enunciado n.º 35 do ENFAM – Ausência de nulidade- Preliminar afastada- Mora confessada - Taxa de retenção mantida- Recurso desprovido” (TJSP; Apelação Cível 1019471-53.2016.8.26.0477; Relator (a): Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 21/03/2018).

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

Haja vista a aplicação subsidiária do CPC às demandas que versem sobre direitos e interesses transindividuais, necessário que se faça um estudo acerca da obrigatoriedade ou não da realização da audiência inaugural de conciliação/mediação nesses procedimentos. A possibilidade de negociar direitos indisponíveis já foi abordada anteriormente, concluindo esse estudo pela possibilidade de transacionar o modo de implementação, garantia ou proteção a esses direitos ou interesses unidos pelo interesse público. Este capítulo ater-se-á ao estudo dessa temática.

A ação popular possui matriz constitucional no art. 5º, LXXIII, ao prever que qualquer cidadão será legitimado a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado faça parte, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Busca-se a garantia deste objeto mediante requerimento ao órgão jurisdicional competente. Em decorrência da invalidação do ato impugnado, haverá a condenação dos responsáveis por sua prática e dos que dele se beneficiarem, ao pagamento de perdas e danos [...] Sob uma visão ampla, afirma-se que o objeto da ação está jungido à proteção da *res publica*, mediante a observância da probidade administrativa, da eficiência e da legalidade, princípios basilares do Estado brasileiro. (PAIVA, 2014).

Há corrente que entenda que, tendo em vista o objeto da ação popular (a proteção da *res publica* como um todo), aliado à “fragilidade” da legitimidade do cidadão em buscar proteger esses direitos e interesses unidos pelo interesse público e pertencentes à uma coletividade, desobrigaria a realização da audiência de conciliação, calcando-se no art. 334, § 4º, II do CPC (impossibilidade de autocomposição do objeto da lide). Segundo essa linha de pensamento, “o cidadão não possui legitimidade para transacionar acerca de

um patrimônio de toda uma coletividade. O fato de a lei ter atribuído outra forma de exercer, pela via judicial, sua cidadania não implica em atribuir-lhe poderes de decidir (no sentido de conciliar) sobre questões que afetam diretamente outros cidadãos que não tiveram a possibilidade de manifestarem-se” (DAMASCENO; HOFFMANN JR., 2016).

Contudo, como já mencionado em mais de uma oportunidade, a transação de direitos indisponíveis é plenamente viável, independentemente de levarmos em conta a legitimidade do postulante. Em Florianópolis/SC, em meados de 2004, já foi possibilitada a utilização da conciliação para por fim a uma ação popular que visava a impedir a construção de via pública sobre área de manguezal, sendo reconhecido pela municipalidade a inviabilidade do projeto, concordando-se em elaborar o acesso à área almejada pelo interior de área particular do empreendimento (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2004).

Perceba-se que, neste caso, não houve prejuízo algum para a coletividade com a celebração do acordo, inclusive porque é obrigatória a participação do *parquet* como *custo legis* da ação popular (art. 7^a, I, “a” da Lei 4.717/65), atuando na defesa da ordem-jurídica e podendo emitir parecer favorável ou contrário às propostas encaminhadas para a solução do litígio.

Sendo assim, respeitado entendimento contrário, acredita-se que, levando em consideração o disposto no art. 7^o, *caput* da Lei de Ação Popular, deve-se aplicar o rito comum (antigo ordinário) a essas ações, o que por consequência acarreta a necessidade de designação de audiência de conciliação do art. 334 do CPC/2015.

Somente se dispensará a sua realização nas ocasiões em que: I) haja o desinteresse manifesto nos autos por ambas (todas) as partes; II) seja reconhecido que o interesse em jogo não admite autocomposição, atentando-

**APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO**

se, contudo, que o mero fato de ser considerado indisponível não lhe retira essa possibilidade; III) seja devidamente fundamentado pelo magistrado, aplicando-se o entendimento do Enunciado 35 da ENFAM nas ocasiões em que a realização da audiência será manifestamente infrutífera, sendo esta a hipótese de exceção (apesar de ocorrer mais do que deveria na *práxis*).

Já a Ação Civil Pública tem guarida constitucional no art. 129, III da CRFB/88, sendo regulamentada pela Lei 7.347/85. Tem por escopo a proteção e consequente responsabilização por danos morais ou patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º da LACP). É considerada o principal instrumento jurídico na tutela dos direitos e interesses metaindividuais, exatamente pela sua abrangência no tocante às inúmeras possibilidades que pode ter o objeto jurídico tutelado.

Estabelece, ainda, um rol taxativo de legitimados a atuar na defesa desses interesses e direitos, sendo eles, nos termos do art. 5º do referido diploma legal, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção a um ou mais dos direitos elencados *supra*.

Em virtude do art. 19 da referida lei, também se aplica o CPC/2015 naquilo em que não contrariar suas disposições, prestigiando-se o já delineado sistema integrativo-normativo processual coletivo. Destarte, não há qualquer menção, tampouco objeção, expressa na Lei de Ação Civil Pública que obste a

realização ou não da audiência inaugural de conciliação/mediação. Consoante nos prestigia a doutrina:

Já na própria Lei que lhe dá corpo, verifica-se a possibilidade de os legitimados ao ingresso da ação civil pública firmarem com os interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá então eficácia de título executivo extrajudicial. É importante não perder de vista que nas ações civis públicas, o legitimado, em regra, não age em busca de um direito próprio, podendo ser ressalvadas, no entanto, as hipóteses envolvendo associações e fundações, que por vezes atuam em prol de interesses prescritos nos respectivos estatutos. Quanto a este caso, parece não haver dúvida quanto à premência da realização da audiência a que alude o artigo 334 do NCPC. Interessa-nos demonstrar, entretanto, que, em outras hipóteses, essa providência também tem trânsito sem as amarras interpretativas que uma posição mais conservadora pudesse estabelecer. Uma premissa convém aqui ser estabelecida: certo que o legitimado extraordinário não atua, como se disse, em prol de um interesse próprio, entende-se como indevida a disponibilidade material, ainda que parcial, do objeto da lide. Afigurar-se-ia indevida, a nosso sentir, por exemplo, a disponibilidade por parte do Ministério Público – legitimado a ajuizá-la – de parte da indenização devida aos atingidos, v.g., por um desastre ambiental que a eles tenha imposto prejuízo economicamente mensurável. Fora disso, no entanto, parece-nos que a realização do compromisso de ajustamento de conduta está autorizada. Estabelecido entre os interessados o objeto material da indenização, por exemplo, seria da maior conveniência que as partes pudessem estipular, mediante consentimento mútuo, a forma de pagamento, quiçá, com o estabelecimento de parcelas, a determinação dos juros de mora e da correção monetária, além da fixação de contingente cláusula penal. (DAMASCENO; HOFFMANN JR., 2016).

De se notar, ainda, que a utilização dos mecanismos alternativos (ou adequados) de solução de controvérsias em sede coletiva somente contribui com a celeridade e efetividade processuais, muitas vezes entregando aos

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO

interessados o provimento jurisdicional adequado, de maneira justa e rápida. Não nos olvidemos que pode ser mais fácil e prático o cumprimento de um acordo de vontades, em que se faz possível, inclusive, o parcelamento do montante equivalente ao dano, do que a cobrança total do valor em sede de condenação e cumprimento de sentença, marcada, por vezes, com impugnações sucessivas, protelatórias e tentativas de “esquiva patrimonial”.

Ressalte-se, também, que o Ministério Público atua, quando não autor, como fiscal da ordem jurídica nas ações civis públicas, motivo que valora a possibilidade de se abrir negociação sobre a forma, o método, e os meios de garantia, proteção ou realização dos direitos almejados, posto que estará, como dito alhures, a todo tempo sob vigia e constante parecer do membro do *parquet* acerca da viabilidade das propostas.

Dessa forma, não há incompatibilidade alguma em se realizar a audiência inaugural de conciliação (art. 334 do CPC/2015) em sede ação civil pública.

Há corrente que defenda a sua não obrigatoriedade, levando em conta a especialidade dos direitos protegidos, não havendo justificativas para a anulação de atos em virtude de sua inoportunidade (DAMASCENO; HOFFMANN JR., 2016). Nesse contexto, mesmo no tocante aos processos individuais, a não designação de audiência não acarretaria a nulidade automática do processo, aplicando-se o regime de nulidades do art. 276 a 283 do CPC/2015, “no sentido de que não haverá pronunciamento do vício se inexistente prejuízo, especialmente se consideradas as diversas outras oportunidades para que as partes celebrem acordo judicial (arts. 139, V, 359, 932, I, todos do CPC/2015) ou extrajudicial” (GAJARDONI, 2016).

Pensamos, contudo, que à semelhança do que ocorre nas ações populares, e também em sede de matéria processual cível individual, somente

será dispensada a ocorrência da referida audiência nas hipóteses de manifestação, nesse sentido, de todos os sujeitos processuais, impossibilidade de aplicação das técnicas de autocomposição para solução da *questio* e em hipóteses excepcionais em que se verifique a sua inutilidade perante o caso concreto, nos termos do Enunciado 35 da ENFAM – e não da forma como tem sido utilizada por nossos Tribunais.

Trata-se de uma interpretação à luz do microssistema da mediação/conciliação aduzido por Fernanda Tartuce (2015, p. 299), devendo-se prezar pela autonomia da vontade das partes, sempre que possível, possibilitando a solução consensual do impasse, nos ditames principiológicos fundamentais do CPC/2015 (art. 3º, §§ 2º e 3º da Lei 13.105/2015).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A especialidade que permeia os direitos e interesses transindividuais ensejou que se repensasse o modelo processual e procedimental civil individual a fim de que se pudesse alcançar uma máxima efetividade na proteção desses direitos. Cediço que as técnicas processuais individuais eram insuficientes para se atingir a finalidade de adequada proteção, garantia, ou realização do direito calcado na norma material, foram criadas normas reguladoras do chamado sistema processual coletivo, centradas na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, com aplicação, ainda, da Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança, ECA, dentre outros diplomas. A aplicação do CPC/2015 se dá, assim, de forma residual, quando não houver ou não contrarie disposição específica.

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO

Também essa especialidade é responsável por enquadrar muitos desses direitos e interesses (moralidade administrativa, patrimônio público, meio-ambiente) sob a guarida do interesse público, tornando-os indisponíveis, ou seja, impassíveis, em tese, de negociação, transação, conciliação ou mediação.

Por muito tempo perdurou essa ideia conservadora a respeito da impossibilidade de autocomposição em sede de direitos e interesses indisponíveis. Contudo, tanto doutrina, jurisprudência, e agora a também a legislação (Lei 13.964/2019 – “Pacote Anticrime”) caminham para a aceitação das técnicas alternativas (ou adequadas) de solução de litígios em sede de direitos indisponíveis, ainda que não ao objeto litigioso, mas no tocante à maneira de sua proteção, garantia, ou implementação (*v.g.*, parcelamento do valor do dano). Inclusive, nas demandas sob o rito da Lei de Improbidade Administrativa, a qual veda expressamente a utilização das técnicas, mas já vem sendo mitigada em face de novos dispositivos e posicionamentos atuais.

Basta atentar-se para a evidência e certo protagonismo que os mecanismos de solução de litígios ganharam com a entrada em vigor das Leis 13.140/2015 (Lei de Mediação) e 13.105/2015 (CPC), abrindo-se caminho para a chamada “Justiça Multiportas”, possibilitando a utilização da mediação por parte da Administração Pública, direta ou indireta, estatuinto a audiência “pseudo-obrigatória” de conciliação/mediação no processo civil e denotando que somente deixará de ser realizada por manifestação expressa de ambas as partes ou quando não houver possibilidade de autocomposição do objeto litigioso (veja que não se menciona a palavra indisponíveis, merecendo-se elogiar o legislador nesse aspecto).

A dúvida que pairou é se referido dispositivo (art. 334 do CPC/2015) possuía aplicabilidade nas demandas coletivas, mais especificamente na ação popular e na ação civil pública, haja vista, exatamente, a especialidade e

indisponibilidade dos direitos e interesses protegidos pelas referidas legislações. De fato, há dispositivos expressos em ambos os diplomas legais a denotarem a observância do Procedimento Comum nessas demandas, naquilo em que não contrariarem as disposições específicas.

Em razão disso, e em que pese entendimento diverso, conclui-se pela necessidade de realização da audiência preliminar de conciliação/mediação, tendo em vista a possibilidade de autocomposição em litígios envolvendo direitos e interesses indisponíveis, além do prestígio aos primados da celeridade e efetividade processuais. Somente será possível a sua inocorrência quando manifestado por todos os sujeitos processuais, quando o objeto litigioso não comportar a autocomposição ou em situações excepcionais e devidamente fundamentadas que denotem a inefetividade, impossibilidade, ou necessidade de flexibilização do rito. O processo civil tem prestigiado outros métodos de solução de controvérsias, constituindo norma fundamental a sua promoção e conscientização perante os jurisdicionados a todo o tempo (art. 3º, § 2º e 3º do CPC/2015).

REFERÊNCIAS

BORGES, Alexandre Walmott; OLIVEIRA, Wagner Jacinto. Legitimidade no direito processual coletivo brasileiro. In: COSTA, Yvete Flávio da (Coord). **Tutela dos direitos coletivos: fundamentos e pressupostos**. São Paulo: Cultura Acadêmica, Editora Unesp, 2011, p. 87-100.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO

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

CARVALHO, João Victor Carloni de. **A Defensoria Pública na tutela dos direitos e interesses supraindividuais**: uma análise sobre a efetividade do acesso à justiça. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, 2016.

DAMASCENO, Marina; HOFFMANN JR., Lírio. **Da necessidade de realização da audiência do artigo 334 do novo cpc nas ações transindividuais**. 2016. Disponível em: ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/14.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

DELLORE, Luiz. O novo CPC ‘não pegou’: casos em que o STJ simplesmente não aplica o código. Superior Tribunal de Justiça está reescrevendo o novo CPC? **Jota**, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-novo-cpc-nao-pegou-casos-em-que-o-stj-simplesmente-nao-aplica-o-codigo-21012019>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento**. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2012a, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012b, v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume II** – 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I** (teoria geral do processo coletivo). São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. **Portal Migalhas**, 5 maio 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 15 maio 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença**: Comentários ao CPC/2015. São Paulo: Forense, 2016. E-book.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Editora RT, 2002.

LUCHETE, Felipe. Lei volta a proibir acordo em ação de improbidade, mas deve ser flexibilizada. **Consultor Jurídico**, 9 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-06/mesmo-proibicao-acordo-acao-improbidade-continuar>. Acesso em 12 jan. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. E-book. **Tutela da urgência e da evidência**: soluções processuais diante do tempo e da justiça. São Paulo: RT, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República em Santa Catarina. Ação Popular é extinta em audiência de conciliação (Florianópolis). **MPF/SC**, 17 set. 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/migracao/noticias/2004/set/acao-popular-e-extinta-em-audiencia-de-conciliacao-florianopolis>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MORAIS, Adriana Ribeiro Soares de. **Mitigação à vedação da transação na aplicação das sanções da lei de improbidade administrativa**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses>. Acesso em: 11 jan. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. E-book.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. **GenJurídico**, 02 maio 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/02/dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-lei-de-mediacao/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

PAIVA, Bruno César Ribeiro de. Ação popular: instrumento de controle dos atos administrativos. **De Jure**, v. 13, n. 23, jul.-dez. 2014, p. 207-246. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/85766/1/acao_popular_instrumento_paiva.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

APLICABILIDADE DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO NAS AÇÕES POPULARES E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
JOÃO VICTOR CARLONI DE CARVALHO E WESLEY SANCHES PINHO

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Caitlin Mulholland atualizadora e colaboradora. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. E-book.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251, p. 391-416, jan. 2016.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

Submissão do artigo: 07/07/2020

Aprovação do artigo: 29/06/2021

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL

THE INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION OF ARTICLE 112, ITEM I OF THE PENAL CODE

MÁRIO COIMBRA

Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo (1981) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001). É especialista em proteção jurídica ao Meio Ambiente, Patrimônio Histórico, Urbanismo e Habitação pela Universidad de Castilla La Mancha, Espanha (2005) e doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2015). Atualmente é professor do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

WELLINGTON NUNES FRANCO

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (2019). Advogado. Tem experiência acadêmica com ênfase em Direito Civil, Constitucional, Internacional Público, Direitos Humanos, Tributário.

RESUMO

O reconhecimento da repercussão geral sobre o termo inicial da prescrição executória pelo Supremo Tribunal Federal demonstra a divergência com entendimento o Superior Tribunal de Justiça e, conseqüentemente, insegurança jurídica. O artigo analisa o entendimento mais adequado para o tema, especialmente a interpretação conforme a Constituição em desfavor de normativa penal benéfica ao réu a partir de pesquisa bibliográfica, legislação, direito comparado e jurisprudência. Aborda-se também a necessidade de se adotar interpretação sistemática e evolutiva do direito, realçando também o direito comparado. Conclui-se que é imperativo interpretar o artigo 112, inciso I do Código Penal, conforme a Constituição Federal, em razão da vedação da proteção deficiente, da necessidade de coerência do direito brasileiro e da justiça efetiva, considerando-se como o termo inicial o trânsito em julgado.

Palavras-chave: Prescrição Executória. Interpretação Conforme a Constituição. Trânsito em Julgado. Justiça Efetiva.

ABSTRACT

The recognition of the general repercussion about the initial term of the enforceable prescription by the Supreme Federal Court demonstrates the divergence with the understanding of the Superior Tribunal of Justice and, consequently, legal uncertainty. The article analyzes the most appropriate understanding for the topic, especially the interpretation according to the constitution instead of beneficial interpretation to the defendant with bibliographic research, related legislation, comparative law and jurisprudence. It also addresses the need to adopt a systematic and evolutionary interpretation of law, also emphasizing comparative law. It concluded that is imperative to interpret the article 112, item I of the Penal Code, according to the Federal Constitution, due to the prohibition on poor protection, the need for coherence of Brazilian law and effective law enforcement system, considering the final judgment of the sentence as an initial landmark.

Keywords: *Enforceable Prescription. Interpretation According to the Constitution. Final Judgement. Effective Law Enforcement.*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Prescrição da Pretensão Executória. 2.1 Divergência Jurisprudencial. 3 Entendimento Sugerido. 4 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 696.533-SC (BRASIL, 2018b), entende que por conta da justiça efetiva o termo inicial da prescrição executória devia ser alterado para a data em que se pudesse exigir a sentença condenatória, ou seja, o trânsito em julgado para ambas as partes.

De outro giro, pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgRg no RHC 74.996-PB (BRASIL, 2017a), que a pretensão executória da pena se inicia com o trânsito em julgado para a acusação, já que entendimento diverso da disposição legal causaria prejuízo ao réu, o que é vedado no ordenamento pátrio.

Desta forma, deflagrou-se na Suprema Corte tema a ser julgado em sede de repercussão geral no afã de se decidir qual o termo inicial deve prevalecer.

Convém ressaltar que o tema é pertinente e atual, dada a importância do instituto para os estudos de direito penal, posto que os efeitos do julgamento da repercussão geral refletirão diretamente na efetividade da prestação jurisdicional e, por conseguinte, na impunidade, bem como para a segurança jurídica, tendo em conta a divergência nos tribunais superiores.

Conforme consta no HC 152.752-PR (BRASIL, 2018a, p. 184), aproximadamente mil prescrições foram reconhecidas nos processos penais pendentes de julgamento tanto no STF quanto no STJ ao longo de dois anos, revelando a importância prática ou operacional do instituto, pois esta estatística reverbera na impunidade e credibilidade do sistema de justiça brasileiro.

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO

O estudo explana sobre qual o marco inicial da prescrição executória da pena mais adequado aos novos entendimentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e também aos valores da Constituição Federal, como a de uma justiça eficiente, corolário do combate à impunidade, através de fontes bibliográficas, legais e jurisprudenciais.

No primeiro capítulo foi explicado à luz da doutrina e da legislação o significado e a operabilidade da prescrição executória no ordenamento jurídico brasileiro, em subcapítulo, discorreu-se sobre o dissídio jurisprudencial que versa unicamente sobre o marco inicial deste instituto.

No último capítulo, explanou-se sobre o entendimento sugerido para o deslinde do supracitado dissídio, usando-se para tanto material doutrinário, jurisprudencial e legal, permitindo-se concluir pela possibilidade de interpretação conforme do tema abordado.

Conclui-se que através de interpretação conforme à Constituição do estudado enunciado normativo um novo marco inicial da prescrição da execução da pena será fixado, adequando-se o instituto com os ditames constitucionais e a proteção dos direitos humanos, uma vez que só assim é que a proteção deficiente será obstada do ordenamento jurídico e haverá efetivamente justiça.

2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

No ordenamento jurídico brasileiro, o monopólio da punição pertence ao Estado, que é responsável por aplicar e executar a lei penal, entretanto, nem mesmo ele está isento dos efeitos do tempo, ou seja, o *jus cogens* deve ser exercitado em lapso temporal estipulado pelo legislador.

Parafraseando Cervantes (1998, p. 207): “[...] Tome cuidado vosmecê - observou Sancho -, pois a justiça, que é o próprio rei, não faz violência, nem agravo a tal gente, mas os castiga por causa dos seus crimes. [...]”.

A prescrição constitui instituto de direito material atinente à perda da pretensão de um direito que se pretende exercitar pelo decurso do tempo; no direito penal, há as pretensões punitiva e executória, sendo aquela a perda do exercício do *jus puniendi* e esta a perda do direito de aplicar efetivamente a sanção cominada ao réu já condenado conforme o devido processo legal (JESUS, 2008, p. 17; MAYA, 2009, p. 131).

Na lição de Damásio de Jesus (2008, p. 88) só há o direito de se impor a sanção de forma concreta a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, momento em que surge o *jus executionis*, de modo que com o decurso de certo lapso temporal estaria fulminado o poder-dever de executar a pena, a chamada prescrição da pretensão executória.

No mesmo entendimento segue Luiz Regis Prado (2019, p. 389; 393), ao ensinar que só se fala em prescrição da pretensão executória após certificado o trânsito em julgado, tanto é que a chama de prescrição da condenação, pois com o decorrer do prazo desaparece o direito de executar a sanção imposta.

Feita a explanação acerca do conceito de prescrição, importa esclarecer que o presente estudo tem como objeto apenas a sua incidência nas penas privativas de liberdade, tendo em vista as diferenças de contagem para os outros tipos de penas.

Por se tratar de instituto de direito material, a contagem é feita com a inclusão do primeiro dia do seu transcurso e a exclusão do último (art. 10, do CP), levando-se em conta a sanção em concreto nos prazos dos incisos do artigo 109 do Codex Penal.

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO

Segundo o artigo 112 do Código Penal, o prazo da prescrição executória se inicia com a data do trânsito em julgado para a acusação, de modo que mesmo que a defesa continue a interpor recursos e seja inexigível o cumprimento definitivo da pena, o referido prazo continua seu curso.

Na doutrina há divergência pela aplicação do dispositivo em sua forma literal (PRADO, 2019, p. 394) ou condicionada ao trânsito em julgado para a defesa, para que o prazo pudesse se iniciar com o trânsito em julgado para a acusação (JESUS, 2008, p. 103).

A despeito das divergências doutrinárias, percebe-se, conforme será explicado no próximo capítulo, que a discussão ganhou novos contornos no Poder Judiciário, que merecem ser analisados para um melhor aprofundamento do tema.

2.1 Divergência Jurisprudencial

Apesar da clareza da redação do art. 112, inciso I, do CP, o termo inicial da prescrição da pretensão executória não era pacífico entre os juristas, tendo em vista que sua literalidade é criticada como forma de impunidade, entretanto, com as mudanças de entendimento nos tribunais superiores a partir da segunda década do século XXI, a divergência ficou ainda maior.

Extrai-se das decisões prolatadas que a discussão feita para definir o termo inicial da prescrição levou em conta a vedação da execução provisória da pena e a inafastabilidade do Judiciário, mais bem ementado como justiça efetiva.

O Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017) pacificou entendimento de que o dispositivo legal deve ser interpretado na sua literalidade, sob pena de que outra hermenêutica acarrete prejuízo para o réu.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. NÃO REALIZADA AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA PELO NÃO COMPARECIMENTO DO ACUSADO. DETERMINADA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. NÃO CUMPRIDO ATÉ A PRESENTE DATA. MARCO INTERRUPTIVO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. LAPSO PRESCRICIONAL SUPERIOR A SEIS ANOS. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A designação de audiência admonitória, não realizada em razão da ausência do acusado, com determinação da expedição de mandado de prisão, ainda não cumprido, não constitui marco interruptivo da prescrição. 2. Nos termos do art. 112, I, do Código Penal, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado. 3. Agravo regimental improvido.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015 e BRASIL, 2018), em julgamento na primeira turma, continua entendendo que a presunção de inocência lastreada na Constituição Federal deve refletir no marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Penal e Processo Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Reiteração de Argumentos da Inicial. Prescrição da Pretensão Executória. Trânsito em Julgado para Ambas as Partes. 1. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não são suficientes para modificar a decisão ora agravada (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. A partir do julgamento pelo Plenário desta Corte do HC nº 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência do RE. 3. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, tal como interpretado pelo STF, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, originariamente regulado pelo art. 112, I do Código Penal. 4. Como consequência das premissas estabelecidas, o início da contagem do prazo de prescrição somente se dá quando

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

a pretensão executória pode ser exercida. 5. Agravo regimental desprovido.

RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA. I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA 1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inércia do titular da pretensão executória. 2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva. 3. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal. 4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória. [...] III. CONCLUSÃO 8. Recurso especial não conhecido. Determinação de imediata execução da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a quem delegada a execução da pena. Expedição de mandado de prisão.

Inferem-se das decisões supracitadas que a primeira turma do STF entende que o marco inicial é a data do trânsito em julgado para ambas as partes no processo penal, o que é reforçado em virtude da inexigibilidade da condenação na pendência de recursos, especialmente depois de ser declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código Penal na ADC 43 (BRASIL, 2019a).

Ante a aparente insegurança jurídica aventada, o Ministro Dias Toffoli declarou que a matéria possui repercussão geral, registrada sob o nº 788, não sendo ainda julgada no mérito.

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, 2014).

Tamanha é a divergência que o *Dizer o Direito* (CAVALCANTE, 2018) publicou matéria abordando de forma técnica os diversos entendimentos adotados pelos tribunais, sem, contudo, chegar a uma conclusão una, demonstrando ao final a divergência do entendimento pacífico do STJ e do isolado do STF.

O âmago da questão é que, conforme as divergências dos tribunais sobre a melhor forma de interpretação do artigo 112, do CP, os efeitos são sentidos na praxe forense sob a forma da insegurança jurídica, havendo a necessidade de pacificação do entendimento.

3 ENTENDIMENTO SUGERIDO

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO

Dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que cabe o juiz observar os fins sociais a que o ato normativo se destina e as exigências do bem comum quando da aplicação da lei.

O que se extrai é que o magistrado, que é o interprete da lei, deve buscar do enunciado normativo algum sentido contemporâneo, ou seja, em conformidade com o próprio contexto da sociedade em que vige, de modo a evitar o anacronismo normativo, uma vez que os valores sociais mudam mais rápido que a atividade legislativa.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 385/388) ensina que a argumentação jurídica para casos complexos deve usar fatos, valores, escolhas e precedentes para induzir uma solução lógica, legítima e universal, cabendo ao intérprete observar a coerência com a ordem jurídica, de modo que a história, as sinalizações pretéritas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados não possam ser ignoradas.

No mesmo sentido corrobora o ensinamento de Eduardo Bittar (2017, p. 401), ao declarar que a coerência do discurso científico está calcada também na possibilidade de abertura de sentido dos textos analisados, além das hipóteses supracitadas.

De outro giro, na seara penal vigem axiomas protetivos do réu, de modo que não cabe qualquer tipo de interpretação, até mesmo a literal se for o caso; é mister destacar o princípio do favor rei, como sendo a garantia do réu à melhor interpretação da norma penal em caso de interpretações antagônicas (RANGEL, 2019, p. 37).

Nesta senda, o ponto controvertido é a possibilidade de se aceitar um entendimento que acarrete prejuízo ao réu, mesmo que em nome da conformidade com a Constituição Federal.

Sobre o tema já se manifestou Rocha Júnior (2010, p. 83):

É de se consignar igualmente, que não cabe, contra os mecanismos da interpretação conforme e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a crítica de que desvirtuaria o sentido do texto legal. O debate, nessa quadra, torna-se tão estéril quanto inócuo, pois resta absolutamente superado pelo princípio da supremacia da Constituição.

Da mesma forma entende Humberto Fabretti (2019, p. 81-82, 95) que o direito penal está inserto num sistema de proteção da sociedade, constituindo o principal bem jurídico a ser tutelado, de modo que o Estado, por ser detentor da punição, é quem irá criar e executar as normas penais, limitado, entretanto, pela Constituição Federal e, parafraseando Claus Roxin, quando não houver proteção do bem jurídico há que se considerar a norma nula.

Corroborando, Gunter Jakobs (2011, p. 9) ensina que:

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção.

Sendo assim, a ciência penal deve ser operada em conformidade com os ditames constitucionais, sem, contudo, prejudicar o seu principal fundamento que é a preservação da sociedade, tornando-se relevante nesta fase do estudo o correto uso da hermenêutica jurídica.

O processo de produção do Direito continua na obra do órgão jurisdicional, o qual, em lugar de valorar em termos gerais ou genéricos, fá-lo em termos concretos, valorando provas, fatos e circunstâncias das causas. Por isso sua função é criadora, pois se alimenta de um rico complexo de valorações

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

particulares. O fetichismo da norma abstrata aniquila a realidade da vida (COSTA, 2005, p. 96).

Guilherme Nucci (2019, p. 174) ensina sobre os métodos interpretativo teleológico e o evolutivo:

O critério teleológico é muito importante, tendo em vista a busca da finalidade do legislador para editar certa norma, especialmente quando incriminadora. Se ocorre dúvida quanto aos seus termos ou expressões, nada mais razoável do que verificar o motivo pelo qual ela foi criada. [...] Sob o ponto de vista evolutivo, diz-se do método de interpretação que, diante de certo termo de significado extremamente subjetivo e atrelado a uma determinada época do tempo, pode ser avaliado de maneira diversa conforme os anos passam. Desse modo, a lei permanece a mesma, mas determinado termo que lhe é insito ganha novos parâmetros, ou seja, evolui.

Tendo em vista que a legislação penal é anterior à Constituição Federal e os argumentos contrários suscitados, imperioso se faz analisar a intenção do legislador à época no afã de verificar a compatibilidade com a Carta Magna, o que pode ser feito através da interpretação teleológica e até mesmo evolucionista do direito.

Pois bem, tanto na exposição de motivos do Ministro Roberto Campos em 1940 quanto na de 1983 pelo Ministro Ibrahim Abi-Ackel não se verifica qualquer consideração feita que explique o real motivo pelo qual a prescrição da execução da pena se inicie com o trânsito em julgado para a acusação.

Ocorre que após a devida regulamentação, incorreu em manifesta impropriedade o legislador ao indicar como o termo inicial da pretensão executória o mesmo marco usado para fixar o seu respectivo prazo, já que se trata de situações distintas e nem mesmo houve qualquer justificativa plausível

que indicasse correto o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial para o início do cumprimento.

Em relação às opiniões contrárias, que são a maioria, prepondera o fato de não poder ser contado o prazo prescricional antes do trânsito em julgado, posto que inexistente ainda título judicial a ser executado, de modo que não haveria sentido a fluência do prazo.

Termo inicial da prescrição da pretensão executória: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória (NUCCI, 2013, p. 611).

Em parecer de lavra de Rodrigo Janot (BARROS, 2015, p. 11) bem discorre que: “Sem possibilidade de exercício do direito não há *actio nata*, isto é, ação possível de seu titular, de modo que tampouco se pode cogitar de início de prazo prescricional.”.

No mesmo sentido ensina André Maya (2009, p. 133):

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, entretanto, determina que o início do seu prazo será, via de regra, a data do trânsito em julgado da sentença para a acusação, estabelecendo uma aparente contradição para com o artigo 110 do mesmo diploma legal [...].

Além disso, os argumentos usados a favor e contra exigibilidade da sentença condenatória antes do trânsito em julgado, podem por bem acrescer a presente discussão, conforme se depreende do e mentário abaixo (BRASIL, 2007):

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...].

Em seu voto, o então Ministro Francisco Rezek (BRASIL, 1997) esclarece que:

O que me pareceu, desde o início, é que uma interpretação radical do preceito atinente à presunção de inocência faria sentido se pudéssemos combiná-la, dentro de certa ordem jurídica, com alguma parcimônia, com alguma compostura, com alguma compostura legislativa na determinação das regras do processo. Isso faria sentido num país onde não fosse tão longa a trilha recursiva possível no processo comum; onde, esgotadas as instâncias ordinárias, o processo pudesse dar-se por findo, não se abrindo válvulas especiais ou extraordinárias de recurso.

Extrai-se dos trechos acima que antes se permitia a execução provisória da pena, mitigando a garantia da presunção de inocência, em nome da efetividade da prestação jurisdicional, já que caso contrário fosse, a interposição de inúmeros recursos atrasaria a efetiva prestação jurisdicional, sem prejuízo da possibilidade de prescrição.

Por outro lado, a corrente que veda a execução provisória da pena traz como argumento a incompatibilidade de norma processual penal com a superveniência da Constituição Federal, bem como o desequilíbrio entre a ampla defesa do réu até o julgamento final e a pretensão estatal de aplicar a pena.

Desta feita, sob os mesmos argumentos abre-se a possibilidade, no caso da prescrição executória da pena, de definir como marco inicial a data do trânsito em julgado definitivo, já que a pretensão almejada não pode ser operada antes da referida data e reconhecer o marco legal instituído, sem justificativa plausível, pelo legislador seria desequilibrar a pretensão estatal (justiça efetiva) em detrimento de suposto direito absoluto do réu.

Sem prejuízo do entendimento da doutrina nacional, é possível também se valer do ordenamento estrangeiro, já que o direito comparado tem como funções o incremento do ordenamento pátrio feito através do direito alienígena (HORBACH, p. 56).

Em leituras do direito comparado, preconiza o artigo 122, 2, do Código Penal Português (PORTUGAL, 1995): “O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena.”

Já na Espanha (1995), o artigo 134, 1 do Código Penal Espanhol trata da matéria de forma idêntica: “El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse.”

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto no RE 1.055.941-SP, conforme consta do Informativo 960 do STF (BRASIL, 2019b), entendeu que o direito constitucional pátrio e o direito comparado não permitem que direitos fundamentais se tornem escudos para a proteger a prática de atividades ilícitas e criminosas, já que não foram erigidos para este fim.

A interpretação constitucional feita com base na Teoria dos Diálogos Institucionais não prioriza aquela feita apenas por um dos poderes, mas sim a integração dos argumentos usados pelo legislador e pelo julgador a fim de alcançar um denominador comum sobre a questão (FONTELES, 2019, p. 50).

O óbice ocorre quando se está diante de um legislativo que não acompanha a velocidade das mudanças necessárias para o avanço não só do sistema jurídico, mas também institucional e, portanto, democrático.

Por isso, muito além de desejável, mas elementar a interpretação feita pelos tribunais em *ultima ratio*, até mesmo sob a forma do ativismo judicial, para que sejam efetivamente implementados os avanços necessários.

Melhor elucidando, nos dizeres do saudoso Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2007), como o exercício de interpretar o enunciado cabe ao julgador, o seu conteúdo é apenas aquele que o Poder Judiciário diz que é.

Tudo isso para que a leitura literal do enunciado não revisto pelo legislador não acometa a seriedade das instituições e muito menos retire o direito de se aplicar a justiça efetiva (*jus puniendi*).

Canotilho (1998, p. 1149) leciona que: “considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Gilmar Mendes (2017, p. 92) discorre acerca dos princípios da hermenêutica:

Para que o princípio da unidade, expressão da racionalidade do legislador constituinte, seja confirmado na atividade interpretativa, o intérprete estará legitimado a lançar mão de variados recursos argumentativos, como o da descoberta de lacunas axiológicas, tendo em vista a necessidade de confirmar o esforço coerente do constituinte de promover um ordenamento uniformemente justo.

Corroborando, o referido magistrado explica que o método de interpretação hermenêutico-concretizador faz com que o intérprete seja um mediador entre o enunciado da norma e o contexto histórico em que ela é aplicada (MENDES, 2017, p. 90).

Por isso inconcebível qualquer interpretação da carta constitucional que vá de encontro aos interesses da sociedade brasileira e das instituições democráticas, em suma, não se pode legitimar o locupletamento ilícito e a má-fé sob o manto do garantismo.

Cabe consignar também a diferença entre a execução no processo civil e no processo penal, pois naquele só se inicia o prazo prescricional executivo a partir da definitividade do título executivo judicial, ou seja, da data do trânsito em julgado definitivo, já que antes disso impedida está a expropriação de bens do devedor em sede de cumprimento provisório de sentença.

Já dizia o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1997):

Nem mesmo na esfera patrimonial subsiste execução definitiva antes do trânsito em julgado da sentença. Os atos de força correspondente à execução esbarram na garantia do juízo pela penhora, não sofrendo o devedor, tal como reconhecido no título executivo judicial, diminuição patrimonial. Pendente recurso, os atos a ela concernentes cessam com a penhora, não chegando, portanto, a haver a expropriação.

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

Respeitadas as diferenças entre ambas as searas do direito, acertado estado o disposto no Processo Civil, pois só com o trânsito em julgado é que se pode exigir a tutela perquirida e nunca antes disso.

Impende ressaltar que a Suprema Corte já decidiu caso análogo (BRASIL, 2019), vencendo a supremacia da Constituição, dando interpretação conforme a norma processual penal de modo a equilibrar tanto o exercício da defesa pelo réu quanto ao direito de punir do Estado.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade

de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. [...].

Desta forma, deve ser feita a interpretação conforme a Constituição do art. 112, inc. I, do CP, relevando-se a higidez do ordenamento jurídico, em especial a lei penal, a inafastabilidade do Poder Judiciário e proibição da proteção deficiente, no afã de que uma interpretação literal do supracitado dispositivo não acarrete a derrocada de todo o ordenamento em detrimento de um direito exclusivo do réu.

4 CONCLUSÃO

O estudo em comento abordou a interpretação do marco inicial da prescrição da pretensão executória mais coerente, tendo em vista que é um tema controverso pelas divergências entre os tribunais superiores, bem como de suma importância para a academia e a seara prática do direito, dado o impacto na punição dos delitos e soberania das leis.

Partindo da análise da própria prescrição da execução penal feita com embasamento de fontes doutrinárias, foram debatidos o conceito, o funcionamento, os prazos e os marcos iniciais sugeridos, amalhando-se as diversas opiniões existentes na doutrina.

Em seguida, com base em pesquisa jurisprudencial e, portanto, pragmática, discorreu-se sobre a divergência entre os entendimentos sedimentados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, que culminou com o reconhecimento de repercussão geral do

A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO

tema, com o fito de contextualizar o assunto sobre a forma como é tratado na prática.

Passada esta fase, alcançou-se o âmago da questão a ser tratada, que é marco inicial da prescrição executória, sendo usado substrato teórico e jurisprudencial para demonstrar que é plausível a possibilidade de se adotar pela Corte Suprema entendimento conforme à Constituição, zelando pela supremacia desta, em detrimento de disposição legal que prevê vantagem apenas para o réu, destacando-se ainda que através de interpretação teleológica não foi possível entender o real intento do legislador pátrio ao regulamentar o marco inicial consoante a redação do CP, de modo que esta incongruência inexplicada não é apta a obstar a interpretação evolutiva do direito, que caminha ou deve caminhar no sentido de garantir os valores essenciais da sociedade brasileira, em especial a justiça efetiva e um ordenamento jurídico congruente.

Conclui-se pela possibilidade e necessidade de interpretação sistemática e, conseqüentemente, conforme aos valores inerentes à Carta Magna em relação à prescrição executória, no sentido de se garantir o que se chama de justiça efetiva, que impõe diretamente o marco inicial como sendo a data do trânsito em julgado definitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 848.107/DF**. Disponível em: www.mpf.mp.br/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/edicoes/informativo-no-13-de-03-09-

2015/docs/ARE%20848107%20DF%20RG%20prescricao%20da%20pretensao%20executoria%20-%20termo%20inicial.pdf. Acesso em: 30 jul. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940a. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html. Acesso em: 7 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940b. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 6 dez. 2019.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 71959**. Recorrente: Egon Guilherme Lohmann. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio, Brasília, julgado em 03/02/1995, Segunda Turma, DJ 02/05/1997. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102548. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição De Inconstitucionalidade Nos Embargos De Divergência Em Recurso Especial nº 644.736-PE**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Caxangá Veículos Ltda. Relator: Teori Albino Zavascki, Brasília, julgado em 06/06/2007, Corte Especial, DJ 27/08/2007a. Disponível em: ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500551121&dt_publicacao=27/08/2007. Acesso em: 10 ago. 2019.

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 91.176**. Paciente: José França Novaes e outro. Impetrante: Sônia Cochrane Rao e outro. Relator: Eros Grau, Brasília, julgado em 16/10/2007, Segunda Turma, DJ 19/12/2007b.

Disponível em:

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502978. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n° 848.107-DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Edson Rodrigues de Oliveira. Relator: Dias Toffoli, Brasília, julgado em 11/12/2014, Pleno, Dje 20/02/2015. Disponível em:

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus n° 107.710-SC**. Agravante: Maximino Siqueira. Agravado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Roberto Barroso, Brasília, julgado em 09/06/2015, Primeira Turma, DJe 01/07/2015b. Disponível em:

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8832461. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n° 74.996-PB**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Bruno dos Santos Bastos. Relator: Nefi Cordeiro, Brasília, julgado em 12/09/2017, Sexta Turma, DJe 19/09/2017a. Disponível em:

ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602194973&dt_publicacao=19/09/2017. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Questão de Ordem na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n° 966.177-GO**. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Guilherme Tarigo Heinz. Relator: Luiz Fux, Brasília, julgado em 07/06/2017b, Pleno, DJe 01/02/2019. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28966177%2EENUME%2E+OU+966177%2EACMS%2E%29+%28%28LUIZ+FUX%29%2ENORL

%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORV%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2ENORA%2E+OU+%28LUIZ+FUX%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5k94b7t. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 152.752**. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins E Outro. Relator: Edson Fachin, Brasília, julgado em 04/04/2018, Tribunal Pleno, DJe 27/06/2018a. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 696.533-SC**. Recorrente: João Rodrigues. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux, Brasília, julgado em 06/02/2018, Primeira Turma, DJe 05/03/2018b. Disponível em: redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926. Acesso em: 9 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43**. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Marco Aurélio, Brasília, julgado em 07/11/2019, Pleno, DJe 11/11/2019a. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065. Acesso em: 7 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 960**. Brasília, 18 a 22 de novembro de 2019b. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo960.htm. Acesso em: 01 fev. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. QUAL É o termo inicial da pretensão executória? A interpretação do art. 112, I, do CP deve ser literal?. **Dizer o Direito**, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: www.dizerodireito.com.br/2018/02/qual-e-o-termo-inicial-da-pretensao.html. Acesso em: 06 jul. 2019.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. **Dom Quixote**. Trad. Almir de Andrade e Milton Amado. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998, v. 1.

**A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO I DO CÓDIGO PENAL
MÁRIO COIMBRA E WELLINGTON NUNES FRANCO**

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de hermenêutica jurídica**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995. **Código Penal**. Disponível em: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444. Acesso em: 7 fev. 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito comparado na jurisdição constitucional brasileira. **In**: MENDES, Gilmar Ferreira; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional em 2020**. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 48-78.

JAKOBS, Günther. Dilemas do Direito Penal. **In**: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-55.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAYA, André Machado. Considerações sobre a prescrição da pretensão executória e a hipótese de prescritibilidade da sanção disciplinar aplicada em sede de execução penal. **In**: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.). **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos; doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, v. 2, p. 129-162.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 48/95. **Código Penal**. Disponível em: dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230300/73474016/diploma/indice. Acesso em: 7 fev. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego. **Recurso Especial e Recurso Extraordinário Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Submissão do artigo: 08/03/2020

Aprovação do artigo: 28/04/2021 (artigo de convidado)

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À
ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO**

*FROM THE HUNGER PROBLEM TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD:
HISTORICAL PATH, CONSTITUTIONAL CONSECRATION AND LEGAL REGIME*

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia (Linha de Pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Público.

ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST, linha de pesquisa: Constituição e Condições Materiais da Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UNINTER. Procuradora Municipal em Campo Largo, PR.

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

RESUMO

O trabalho analisa o percurso histórico da consagração do direito fundamental social à alimentação, desde o reconhecimento da fome como um problema mundial, enfatizando a importância da participação social junto ao poder público para a construção de um direito fundamental. A partir dessas bases, o trabalho analisa o reconhecimento do direito à alimentação como uma ação para a erradicação da fome, primeiramente, no cenário internacional e, após, no cenário nacional, desde a denúncia da fome como uma mazela social, em 1948, até a inserção da alimentação no rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6.º da Constituição Federal no ano de 2010. O trabalho objetiva demonstrar a historicidade inerente aos direitos humanos e fundamentais e descrever o regime jurídico diferenciado aplicável a esses direitos, que se situam na centralidade da ordem constitucional. Como método de procedimento, utilizou-se de pesquisa bibliográfica sobre o problema da fome no mundo e no Brasil, bem como de pesquisas e documentos legislativos sobre a construção do direito fundamental social à alimentação. Concluiu-se que a consagração da alimentação enquanto direito fundamental atribuiu a ela uma proteção jurídica diferenciada, hábil a fazer das ações para sua efetivação importantes aliadas na luta, ainda atual, para a erradicação da fome, sendo, contudo, necessárias a manutenção das ações desenvolvidas pelo poder público junto à sociedade civil organizada, bem como a ampliação dos programas sociais para a erradicação da fome, já existentes, e a implementação de novos mecanismos para a efetivação do direito fundamental à alimentação.

Palavras-chave: Fome; Alimentação; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT

The work analyzes the historical path of the consecration of the fundamental social right to food, since the recognition of hunger as a worldwide problem, emphasizing the importance of social participation with the public authorities for the construction of a fundamental right. Based on these bases, the work analyzes the recognition of the right to food as an action for the eradication of hunger, first, in the international scenario and, later, in the national scenario, from the denunciation of hunger as a social malaise, in 1948, until the insertion of food in the list of fundamental social rights of art. 6 of the Federal Constitution in 2010. The work aims to demonstrate the historicity inherent to human and fundamental rights and to describe the different legal regime applicable to these

rights, which are at the center of the constitutional order. As a method of procedure, we used bibliographic research on the problem of hunger in the world and in Brazil, as well as research and legislative documents on the construction of the fundamental social right to food. It was concluded that the consecration of food as a fundamental right gave it a differentiated legal protection, capable of making actions for its realization important allies in the struggle, still current, for the eradication of hunger, being, however, necessary to maintain the actions developed by the public authorities with organized civil society, as well as the expansion of existing social programs for the eradication of hunger, and the implementation of new mechanisms for the realization of the fundamental right to food.

Keywords: *Hunger; Food; Fundamental Rights; Human Rights; Sustainable Development.*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Do problema da fome ao direito humano à alimentação. 3. Da fome ao direito fundamental à alimentação: a caminhada do Brasil. 4. O regime jurídico aplicável ao direito à alimentação enquanto direito fundamental. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Para uma pessoa que tem acesso à média do oferecido pelo Estado e sociedade, como moradia, educação, saúde, trabalho, alimentar-se é um ato corriqueiro, muitas vezes mecânico. Normalmente, essa pessoa olha o alimento e não reflete sobre os meios aplicados em sua produção, nos campos de trabalho que sua produção proporcionou, no preço a ele atribuído. Não reflete sobre o processo de absorção biológica que será deflagrado em seu organismo quando o ingerir. Não fica pensando em quando terá a oportunidade de ingerir um alimento novamente. Para ela, alimentar-se não é um caso de vida, nem de morte. Contudo, nem todos têm a mesma sorte.

A fome é um problema mundial que assola milhares de cidadãos de múltiplas nacionalidades, especialmente aqueles provindos de países em desenvolvimento, grupo do qual o Brasil faz parte. Nas palavras de Jean Ziegler, que atuou como relator especial das Nações Unidas para o direito à alimentação entre os anos 2000 e 2008:

A cada dia morrem cem mil pessoas de fome ou de suas consequências imediatas. Em 2005 morreram mais de 36 milhões. A cada sete segundos, morre de fome uma criança menor de dez anos. De quatro em quatro minutos morre uma pessoa por carência de vitamina A. Somam 852 milhões de seres humanos subalimentados, mutilados por fome crônica. (ZIEGLER, 2007, p. ix).

O reconhecimento da fome enquanto um problema mundial ainda atual inseriu o tema na agenda da Organização das Nações Unidas, primeiramente como o primeiro dos oito Objetivos do Milênio (2000-2015) e, atualmente, como o objetivo n.º 2 constante da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

A agenda **Os Objetivos do Milênio**, também chamada **Oito Jeitos de Mudar o Mundo** teve por objetivo a implementação de ações conjuntas, pactuadas pelos 192 Estados-membros da ONU para tornar o mundo um lugar mais justo e melhor para se viver. Compunha-se de oito metas a serem alcançadas sobre aqueles que eram, à época, considerados os maiores problemas mundiais, dentre os quais, **erradicar a pobreza extrema e a fome**. A agenda dos Objetivos do Milênio foi lançada em setembro do ano 2000, para ser avaliada e revista no ano de 2015 (GARCIA, 2016).

Da avaliação e revisão das ações que compunham a agenda dos Oito Objetivos do Milênio, verificou-se que significativos progressos haviam sido alcançados. Porém, os objetivos, em si, não foram atingidos completamente, deixando lacunas a serem preenchidas, principalmente em relação à população mais pobre. O preenchimento dessas lacunas perfaz o objeto principal da nova agenda instituída, um plano de ação intitulado **Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, composto por 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que abrangem 169 metas específicas, articuladas entre si, das quais é parte **acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável** (GARCIA, 2016).

Embora o problema da fome venha recebendo constante atenção mundial, atualmente, os indicadores demonstram que este é um desafio persistente. O relatório **Estado da Insegurança Alimentar e Nutricional no Mundo em 2019**, lançado por cinco agências da ONU, apresenta dados de declínio da desnutrição e da fome por mais de uma década, com taxas praticamente inalteradas, situando-se abaixo dos 11%. No entanto, aponta que os índices da fome começaram a subir novamente a partir de 2015, atingindo, em números, no ano de 2018, novamente mais de 820 milhões de

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO**

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

peças no mundo, configurando um imenso desafio para a erradicação da fome na Agenda 2030 (FAO; IFAD; UNICEF; WFP; WHO, 2019).

Como é de fácil percepção, em que pesem todos os esforços em escala mundial, o problema da fome é um desafio atemporal e consistente, uma vez que atrelado a diferentes condicionantes, tais quais clima, paz social, economia global, dentre outros – o que faz com que demande esforços contínuos para a sua erradicação.

Contudo, embora ainda tratada como um problema mundial, a questão da fome, há alguns anos, já é amparada pela consagração do direito à alimentação, sendo importante analisar os reflexos práticos decorrentes do reconhecimento da alimentação enquanto direito, como instrumento para se alcançar o objetivo da erradicação da fome.

Nesse sentido, o presente trabalho faz o recorte histórico e geográfico da análise dessa caminhada desde o problema da fome, unicamente, até a consagração do direito fundamental à alimentação no cenário brasileiro.

Para tanto, no sentido de contextualização, como ponto de partida, analisa esse percurso no cenário internacional, onde, primeiramente, partiu-se da fome para se reconhecer o direito humano à alimentação, oportunizando sobre este o surgimento de um sutil espectro de obrigatória observância e comprometimento pelos Estados.

Num segundo momento, o trabalho descreve a caminhada do Estado brasileiro desde o enfrentamento ao problema da fome até o reconhecimento e positividade expressa do direito fundamental à alimentação, enfatizando a importante parceria entre a sociedade civil organizada e o poder público em prol da transposição da fome pela efetivação do direito à alimentação, e sua consagração no texto constitucional.

Por fim, o trabalho descreve as significativas alterações no regime jurídico aplicável à alimentação alçada a direito fundamental, e suas consequências no mundo dos fatos.

Com isso, o trabalho objetiva destacar a historicidade inerente à construção dos direitos fundamentais, que não se consagram sem a valiosa e expressiva participação da sociedade, e o faz por meio da análise do percurso desde uma mazela humana – a fome - até o reconhecimento do direito fundamental à alimentação.

2 DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO

Historicamente, a consideração da fome enquanto problema mundial se deu no contexto do segundo pós-guerra, diante do devastador cenário deixado pelas barbáries cometidas durante duas guerras mundiais, principalmente o Holocausto, que teve como resposta a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como um marco referencial da instauração de um diferente paradigma ético para a ordem internacional, o qual atribuiu aos direitos humanos um caráter universal e indivisível (CONTI, 2007, p. 06).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é o primeiro documento jurídico a considerar a alimentação como um **direito humano**, que deve ser garantido e protegido pelos Estados:

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (ONU, 1948).

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO
CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA**

À Declaração dos Direitos Humanos foi dada eficácia por meio de dois pactos internacionais: em 1966, foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Dos dois pactos internacionais, o PIDESC foi o que consagrou o direito à alimentação (CONTI, 2007, p. 06-08), assim dispendo em seu art. 11:

Artigo 11

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

§2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para: Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios. (ONU, 1966).

O PIDESC, que reconhece expressamente a alimentação como um direito humano e estabelece o compromisso dos Estados de instituírem mecanismos de garantia desse direito, foi o primeiro dos pactos referenciais

ao direito à alimentação ratificados pelo Brasil. Passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio em 24 de janeiro de 1992, por meio do Decreto nº 591/92, cuja vigência se deu a partir de 16 de julho daquele ano. Assim, a partir da ratificação do PIDESC, o problema da fome, no Brasil, recebeu o primeiro tratamento no plano jurídico de um direito à alimentação a ser efetivado.

Outro documento jurídico internacional importante para a contextualização do direito fundamental à alimentação no Brasil foi o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o chamado Protocolo de São Salvador, adotado em 17 de novembro de 1988, no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos da Organização dos Estados Americanos, cujo artigo 12 dispõe:

Artigo 12

Direito à Alimentação 1. Toda pessoa tem direito à nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados-Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais referentes à matéria. (OEA, 1988).

O Protocolo de São Salvador foi ratificado pelo Brasil e ingressou no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 3.321 de 30 de dezembro de 1999, com vigência imediata. A partir dele, o Brasil se comprometeu a desenvolver mecanismos que possibilitassem aos cidadãos o acesso a alimentos de qualidade nutricional - o que significa que não basta ao Estado facilitar o acesso à alimentação, mas, sim, à alimentação de qualidade.

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Foi então, por meio da ratificação de tais protocolos internacionais, que o direito à alimentação ingressou no contexto jurídico brasileiro, numa época em que o problema da fome despontava como um forte inimigo a ser vencido.

Há que se destacar que, proveniente de protocolos internacionais ratificados pelo Brasil, o direito à alimentação, desde sua inserção no ordenamento jurídico, já se revestia da força normativa significativa devido ao dispositivo do art. 5.º §2.º da Constituição Federal de 1988, a chamada cláusula de abertura, a qual consagra o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais e aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional, de forma dispersa, bem como em tratados internacionais (SARLET, 2012, p. 60), como foi o caso do direito à alimentação.

Contudo, em que pesem as ratificações mencionadas e as disposições da Carta Magna, para que o Estado brasileiro de fato tratasse o problema da fome por meio de um direito à alimentação, quer dizer, saindo da ação em campo assistencial para atuar no cenário da efetivação de um direito fundamental, houve um importante percurso trilhado, com o forte apoio da sociedade civil organizada em instituições e movimentos sociais.

A caminhada em direção ao real reconhecimento do direito e sua efetivação, desde então, não tem sido fácil ou linear, muito embora, como se verá, diversos progressos já tenham sido alcançados.

3 DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: A CAMINHADA DO BRASIL

Norberto Bobbio leciona que os direitos humanos decorrem das lutas sociais por transformações das condições de vida que o homem experimenta em determinado tempo histórico (BOBBIO, 2004, p. 31).

Nesse sentido, cumpre esclarecer que assim também são os direitos fundamentais: dotados de historicidade, uma vez que o traço que os diferencia dos direitos humanos é seu plano de positivação. Direitos Humanos são aqueles reconhecidos e positivados em documentos de direito internacional, enquanto os Direitos Fundamentais encontram reconhecimento e positivação na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2012, p. 18), e recebem, por conseguinte, a proteção jurídica que essa ordem interna oferece aos direitos fundamentais.

Assim sendo, o recurso à História se torna indispensável para que bem se compreenda a gênese e o desenvolvimento de cada um dos direitos fundamentais (BRANCO, 2011, p. 163), no presente trabalho, o direito fundamental à alimentação.

O reconhecimento da existência do problema da fome e o desencadeamento de ações para vencê-la tiveram como marco a publicação de um estudo intitulado **Geografia da Fome**, desenvolvido pelo médico e sociólogo Josué de Castro em 1946. Mais tarde, no momento de redemocratização do país, foi fundamental a luta dos movimentos sociais para a realização de ações visando à justiça social que combatessem a fome e a miséria, bem como foi inestimável a atuação conjunta entre sociedade civil organizada e políticas do Estado no sentido de extirpar este mal que ainda hoje vulnera milhares de brasileiros (ROCHA, 2011, p. 30).

Josué de Castro concebia o enfrentamento da fome como um ato revolucionário que calhava com a nova ordem social de valorização da pessoa humana que estava sendo estabelecida no final da Segunda Guerra Mundial.

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO**

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Argumentava que a fome deveria ser combatida por ser injusta, e que perseguir o melhor para os brasileiros e para toda a população mundial deveria ser objetivo maior que a preservação dos interesses de uma elite. Sua argumentação foi o ponto de partida da construção do direito à alimentação no cenário brasileiro, pois desvendou a fome para que fosse debatida e estudada, para que se buscassem soluções contra ela, soluções que, por muitos anos adiante, mantiveram o caráter assistencialista, principalmente durante os anos que antecederam a redemocratização do país (ROCHA, 2011, p. 30-32).

Durante o período da ditadura militar, governo acentuou a tratativa assistencialista da fome através de ações como a distribuição de alimentos a grupos específicos, tais quais gestantes e crianças (até 60 meses) de famílias com renda até 2 salários mínimos e distribuição de vale-refeição e cestas básicas a trabalhadores de baixa renda. Consta, entretanto, que a distribuição territorial não era uniforme, pois priorizava os trabalhadores da região Sudeste. Os trabalhadores informais, que possuíam menor renda, não eram beneficiados. Além disso, o que se havia explicitado anteriormente, de ser a fome uma consequência das desigualdades socioeconômicas, tornou-se tema censurável, retardando o necessário enfrentamento realista (SILVA, 2006).

Em 1981, época em que já se sentia o arrefecimento do militarismo e o fortalecimento dos movimentos de redemocratização, foi fundado o IBASE - Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas, entidade não governamental suprapartidária e supra religiosa, cuja prioridade consistia no monitoramento de políticas públicas de segurança alimentar. A criação do IBASE recebeu a contribuição do sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, que havia recém retornado de seus anos em exílio, e fomentou a renovação do debate público acerca do enfrentamento da fome (ROCHA, 2011, p. 35).

Embora os debates sobre a fome e a construção do direito à alimentação tivessem retornado ao cenário nacional, durante a redemocratização do país, já na Assembleia Constituinte apenas uma emenda parlamentar voltada à segurança alimentar foi apresentada. De iniciativa do deputado paulista Eduardo Jorge, do Partido dos Trabalhadores, a emenda propunha a criação do subsistema de Nutrição e Segurança Alimentar, que seria vinculado ao SUS e que orientaria a formulação de uma Política Nacional de Segurança Alimentar. A proposta foi considerada prejudicada, sob a justificativa de que a matéria já era abrangida pelo SUS. Portanto, por parte do constituinte de 1988 não foi dada a devida atenção ao que poderia desenvolver os mecanismos necessários à efetivação do direito à alimentação (ROCHA, 2011, p. 36). Dessa forma, foi apenas a partir da ratificação do PIDESC, em 1992, que as discussões sobre a fome e o direito à alimentação encontraram espaço na esfera jurídica nacional, ainda que de forma singela.

O governo do presidente Itamar Franco, que se estendeu de 29 de dezembro de 1992 a 1.º de janeiro de 1995, foi um importante momento histórico na caminhada rumo à construção do direito à alimentação. Nesse tempo, foram desenvolvidas diversas ações conjuntas entre Estado e sociedade civil, através do movimento Ética na Política, que considerava a fome, a miséria e a exclusão como uma forma de corrupção. Uma das ramificações desse movimento foi a **Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida**, liderada por Herbert de Souza. O movimento, que abrangia ações independentes e em parcerias com o poder público, conseguiu demonstrar a estreita ligação entre segurança alimentar e cidadania (ROCHA, 2011, p. 39-40).

Neste mesmo governo, o IPEA, instituto vinculado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, portanto, órgão governamental, realizou

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO**

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

um Mapa da Fome, o qual evidenciou que cerca de 32 milhões de pessoas viviam em situação de extrema miséria no Brasil (SILVA, 2006). A constatação da gravidade da situação levou o governo a reconhecer o círculo vicioso formado pela fome, a miséria e a violência, definindo seu enfrentamento como prioridade (VALENTE, 2002, p. 148).

Para tanto, o governo do presidente Itamar Franco estabeleceu aliança com a Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida e criou o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, o CONSEA, órgão de aconselhamento da Presidência da República, composto por oito ministros e vinte e um representantes da sociedade civil que na maioria foram indicados pelo Movimento pela Ética na Política, para coordenar a elaboração e implantação do Plano Nacional de Combate à Fome e à Miséria, que deveria ser norteado pelos princípios da solidariedade, da parceria entre Estado e sociedade civil e da descentralização (SILVA, 2006).

Em 1995, assumiu novo governo, do presidente Fernando Henrique Cardoso, cujo plano visava à desregulamentação do mercado que, por sua vez, proporcionaria crescimento econômico, distribuição de rendas, resgate da pobreza e da cidadania. Tão logo assumiu a presidência, substituiu o CONSEA pelo Comunidade Solidária, realizou cortes orçamentários em programas sociais, e iniciou o programa de distribuição de renda direta às famílias carentes. Ainda, estabeleceu que o abastecimento alimentar passasse a ser controlado por mecanismos de mercado, norteados pelo lucro, comprometendo a afirmação do direito. Apesar das ações destrutivas no campo do direito à alimentação, o governo Fernando Henrique participou da Cúpula Mundial de Alimentação ocorrida em Roma em 1996, tornando-se signatário de um Plano de Ação pelo direito à alimentação adequada (ROCHA, 2011, p. 43-45). O período pós-Cúpula, ao contrário do esperado, foi marcado

por uma grande crise nas áreas de políticas sociais, principalmente em relação à fome e à pobreza.

Em 2002, alternou-se novamente o governo, assumindo o então eleito presidente Luís Inácio Lula da Silva, que trouxe o combate à fome como tema principal da sua agenda. Restituiu o CONSEA e promoveu a realização da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar, durante a qual ficou deliberada a necessária aprovação de uma lei que versasse sobre o tema, formalizando-se um compromisso público de pleno atendimento aos objetivos e princípios assumidos pela Carta de 1988 (ROCHA, 2011, p. 46).

Para tanto, foi proposta e aprovada a Lei Federal n.º 11.346 de 15 de setembro de 2006, a Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), e retomaram-se os esforços para a inserção do direito à alimentação no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal, o que veio a ocorrer apenas no ano de 2010, por meio da Emenda Constitucional n.º 64, que atribuiu ao artigo 6.º a seguinte redação:

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Embora por força da cláusula de abertura do artigo 5.º §2.º da Constituição Federal já se devesse atribuir ao direito à alimentação – direito materialmente fundamental - a proteção jurídica destinada aos direitos fundamentais presentes no catálogo, dispersos no texto constitucional e decorrentes de documentos de direito internacional, sua positivação no rol do art. 6.º dirimiu quaisquer dúvidas no que tange à sua fundamentalidade.

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Assim, vitoriosos todos os debates e ações sociais e governamentais no processo de transposição do problema da fome pelo direito a ser efetivado. Desde 2010, o direito à alimentação inequivocamente goza das garantias e proteções decorrentes do regime jurídico diferenciado aplicável aos direitos fundamentais.

4 O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A inserção da alimentação no rol do artigo 6.º da Constituição Federal a revestiu de inegável caráter fundamental, do qual decorrem diversos desdobramentos relacionados ao seu tratamento jurídico.

Nessa perspectiva, é importante esclarecer que isso acontece porque os direitos fundamentais são direitos qualificados, dotados de centralidade no sistema constitucional. Resumem a concepção ideológica e de mundo que se alberga em determinado ordenamento jurídico (SILVA, 2016, p. 180). Integram o sistema e a organização do poder, legitimando e, ao mesmo tempo, limitando esse poder, na medida em que: (i) a realização desses direitos é o que justifica o poder do Estado; (ii) esses direitos condicionam a validade substancial das normas que compõem o sistema jurídico; (iii) esses direitos expressam os objetivos que norteiam o Estado Constitucional (SARLET, 2012, p. 46-47).

Constar expressamente do rol do artigo 6.º, sem dúvidas, demonstra que o direito à alimentação está situado no ápice de todo ordenamento jurídico, o que se pode observar do posicionamento dos direitos fundamentais na organização do texto da Constituição Federal. Nela, os direitos fundamentais estão dispostos bem no início, logo após o preâmbulo,

destacando a consideração do constituinte originário em relação a esses direitos, como valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica (SARLET, 2012, p. 53).

A partir do reconhecimento formal da alimentação enquanto um direito fundamental, tornou-se assente que o bem jurídico tutelado por esse direito é inequivocamente relevante para o Estado e seu ordenamento pelo significado de seu conteúdo, ao qual foi atribuído, pelo próprio texto constitucional, o *status* de cláusula pétrea, sendo protegido o seu núcleo essencial da supressão e erosão pelo constituinte derivado, o que se faz pelo dispositivo do art. 60 §4.º, inciso IV, o qual veda a proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 53).

Ainda, é de se destacar que, enquanto um direito fundamental, o direito à alimentação rege-se pelo princípio da aplicabilidade imediata, direta, de acordo com o art. 5.º §1.º da Carta Magna, que exclui qualquer consideração de que seu conteúdo seja meramente programático e reforça sua capacidade de gerar efeitos jurídicos (SARLET, 2012, p. 58). Por esse dispositivo, fica claro que o direito fundamental à alimentação constitui-se num imperativo hábil a estabelecer deveres e obrigações para o Estado quanto à sua efetivação no plano da sociedade e dos indivíduos que a compõem (ANDRADE, 2012, p. 109).

Nesse sentido, destacam-se alguns importantes programas sociais desenvolvidos pelo Estado brasileiro na atualidade, os quais se conectam diretamente a essa obrigação Estatal na prestação do direito à alimentação. Conquanto tais programas não sejam descritos no âmbito do presente trabalho, importa, contudo, apontá-los: (i) Programa Bolsa Família; (ii) Fomento – Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; (iii)

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

Aposentadoria para a Pessoa de Baixa Renda; (iv) Programa Brasil Carinhoso; (v) Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); (vi) Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA); (vii) Programa de Cisternas; (viii) Auxílio Emergencial no Combate ao Coronavírus.

Assim, embora não devesse ser necessária a expressão do direito à alimentação no rol do art. 6.º da Constituição Federal, considerada sua inserção no ordenamento jurídico pátrio pela ratificação pelo Brasil de protocolos internacionais de direitos humanos, é inegável que essa consagração enquanto direito fundamental social atribuiu ao direito à alimentação inafastável tratamento jurídico especial, dada a sua posição de importância formal e material no ordenamento.

Trata-se do resultado de uma luta histórica vitoriosa, uma conquista da sociedade que, persistentemente, manteve vivo e ativo o diálogo e a atuação junto ao Poder Público para que se retirasse a alimentação das reservas voluntárias do assistencialismo, reconhecendo-a como um direito de satisfação obrigatória.

Entretanto, essa não é uma vitória pronta e acabada. Sem desmerecer os grandes avanços obtidos até o presente com a consagração do direito fundamental à alimentação, o Brasil ainda enfrenta graves problemas relacionados à fome.

Na avaliação do Brasil no cenário dos objetivos da Agenda 2030, o Relatório Luz de 2019, realizado pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, este composto por mais de 40 organizações de diferentes setores, apontou que, até 2014, o Brasil obteve grandes avanços no combate à miséria e à fome, sendo que estes vêm se perdendo de forma acelerada e incessante devido à recessão imposta às políticas sociais e à precarização das

relações de trabalho, estas decorrentes da recente reforma trabalhista (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2019).

O relatório denuncia a redução orçamentária de programas de reconhecida efetividade como o Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar (PAA) e do Programa de Cisternas (Primeira e Segunda Água), e alerta para o fato de que os efeitos mais contundentes desse cenário recaem sobre a população mais vulnerável, acentuando sua condição de vulnerabilidade (GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030, 2019).

Segundo a Síntese de Indicadores Sociais (SIS) divulgada em novembro de 2019 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a extrema pobreza no Brasil alcançou seu maior nível em 7 anos, e atualmente atinge 13,5 milhões de pessoas, que vivem com renda mensal *per capita* de até R\$145,00 (cento e quarenta e cinco reais), ou US\$1,9 (um dólar e noventa centavos) ao dia – critério estabelecido pelo Banco Mundial para identificar a situação de extrema pobreza. Conforme explica o IBGE, o número de pessoas nessa situação no país equivale a toda a população da Bolívia, da Bélgica, de Cuba, de Portugal e da Grécia (IBGE, 2018).

Esses dados demonstram que, embora o Estado brasileiro tenha alcançado significativos avanços no combate à fome e na consagração do direito fundamental social à alimentação, o desafio da erradicação continua grande e persistente, demandando esforços por parte do poder público e da sociedade civil para a ampliação das políticas públicas já existentes e bem-sucedidas, bem como para a implementação de novas ações voltadas à efetivação do direito à alimentação.

5 CONCLUSÃO

**DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO
CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO
CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA**

O trabalho descreveu o percurso histórico desde o reconhecimento do problema da fome como um problema mundial até a consagração, no Brasil, do direito fundamental à alimentação na Constituição Federal de 1988, buscando, nesse sentido, destacar a historicidade inerente aos direitos humanos e fundamentais.

Para tanto, no primeiro momento, o trabalho dedicou-se a tratar do reconhecimento do problema da fome no cenário internacional pós-segunda guerra, marcado pelo Holocausto, para o qual a resposta foi a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, primeiro documento jurídico a reconhecer a alimentação enquanto direito humano.

Em seguida, o trabalho se ocupa do percurso da consagração do direito à alimentação no cenário brasileiro, primeiramente com a ratificação de dois protocolos internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo de São Salvador e, após, a partir do esforço integrado dos movimentos sociais e poder público, com a edição da Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN); por fim, com a inserção do direito à alimentação no rol dos direitos fundamentais sociais do art. 6.º da Constituição Federal.

Por fim, o trabalho discorreu sobre as implicações jurídicas da consagração do direito à alimentação como um direito fundamental, apontando o tratamento diferenciado aplicável a tais direitos, que compõem a centralidade do sistema jurídico pátrio, de maneira a gozarem de proteção e garantias específicas e especiais.

Ainda, o trabalho procurou situar a questão da fome e da efetivação do direito fundamental social à alimentação na atualidade, cujos dados recentes demonstram que o problema persiste em números alarmantes e que

o direito à alimentação demanda efetivação.

Concluiu-se, portanto, que, como um direito fundamental, o direito à alimentação exterioriza-se como o resultado de uma luta social histórica, com importantes avanços e conquistas, porém, inacabada, que demanda esforços perenes e compartilhados pelo poder público e sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

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

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CONTI, Irio Luiz. Introdução. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito Humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAO; IFAD; UNICEF; WFP; WHO. **The State of Food Security and Nutrition in the World 2019. Safeguarding against economic slowdowns and downturns**. Rome: FAO, 2019. Disponível em: <http://www.fao.org/3/ca5162en/ca5162en.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., p. 192-206, dez. 2016.

GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. **III Relatório LUZ da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**. Brasil: 2019. Disponível em:

DO PROBLEMA DA FOME AO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERCURSO HISTÓRICO, CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL E REGIME JURÍDICO

CLAYTON GOMES DE MEDEIROS E ALESSANDRA DA SILVA FONSECA

https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2019/09/relatorio_luz_portugues_19_final_v2_download.pdf. Acesso em: 26 maio 2020.

IBGE. Síntese de Indicadores Sociais 2018. Disponível em:

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>. Acesso em: 27 maio 2020.

OEA. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1988. Disponível em:

http://www.cidh.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif..htm Acesso em: 21 maio 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

ONU. Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em:

<https://fianbrasil.org.br/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-pidesc/>. Acesso em: 21 maio 2020.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. Direito à alimentação: Teoria Constitucional-Democrática e Políticas Públicas. São Paulo: LTr, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 39. ed., revisada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.09.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Robson Roberto. Principais políticas de combate à fome implementadas no Brasil. **Revista Virtual Textos e Contextos.** n. 5, novembro 2006. Disponível em:

<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/1014/794>. Acesso em: 21 maio 2020.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. O direito à alimentação. **In:** LIMA, Jr., J. B. e LENA, Z. (Org). **Extrema Pobreza no Brasil: a situação do direito à alimentação e moradia adequada.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ZIEGLER, Jean. Prefácio. **In:** PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (Coord.). **Direito Humano à alimentação adequada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Submissão do artigo: 29/05/2020

Aprovação do artigo: 25/05/2021 (artigo de convidado)

O DEPOIMENTO ESPECIAL E A PREVENÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO

THE SPECIAL TESTIMONY AND THE PREVENTION OF REVICTIMIZATION

JULIANA MOYZÉS NEPOMUCENO ARAUJO

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, núcleo de pesquisa em Direito Processual Penal. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela ESMP-SP. Pós-graduada em Interesses Difusos e Coletivos pela ESMP-SP. Advogada.

PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN

Professor Concursado Assistente-Doutor nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação Lato Sensu e Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Procurador de Justiça Criminal no Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo busca discutir alguns aspectos do instituto do depoimento especial que o caracterizam como um importante método para a concretização da doutrina da proteção integral e mandados de criminalização. São analisados os aspectos aporéticos dos princípios que regem a tutela de crianças e adolescentes e, sob uma ótica interdisciplinar, abordados conceitos de vitimologia e dos institutos da Lei n. 13.431/2017. A pesquisa, de natureza qualitativa, está pautada no método dedutivo, valendo-se de doutrina, artigos, jurisprudência e legislação. Sob essas perspectivas, conclui-se o papel fundamental do depoimento sem dano, visto como instrumento para evitar a vitimização secundária e proteger vítimas jovens.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes; Proteção integral; Mandados de criminalização; Vitimização secundária; Depoimento especial.

ABSTRACT

This article intends to discuss some aspects of the special testimony tool, as an important method for an efficient integral protection and criminalization warrants. The aporetic aspects of the child and adolescent guardianship principal rules are analyzed, and from an interdisciplinary optic, the victimology concepts and Law n. 13.431/2017 are approached. The qualitative research nature is ruled of deductive method, based on doctrine, articles, jurisprudence and legislation. Under these perspectives, the present study aims to conclude the fundamental role of this subject, as an effective instrument to avoid secondary victimization and the young victims protection.

Keywords: *Children and teenagers; Integral protection; Criminalization warrants; Secondary victimization; Special testimony.*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Doutrina da Proteção Integral. 3. Criança e adolescente vítima de abuso sexual. 3.1. O mandado de criminalização do artigo 227, § 4º, da Constituição Federal. 3.2. Vítima em condição de pessoa em desenvolvimento e a violência sexual. 3.3. Vitimização secundária de crianças e adolescentes. 4. Lei n. 13.431/2017: sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. 5. Depoimento especial. 5.1. O depoimento

**O DEPOIMENTO ESPECIAL E A PREVENÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO
JULIANA MOYZÉS NEPOMUCENO ARAUJO E PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN**

de criança e adolescente vítima de violência sexual. 5.2. Depoimento especial na Lei n. 13.431/2017. 5.2.1. Antecedentes legais. 5.2.2. Depoimento especial e escuta especializada. 6. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do depoimento especial foi disciplinado minuciosamente na Lei n. 13.431/2017, estabelecendo o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Inegável, portanto, sua relevância no sistema de justiça pela busca de uma maior proteção infanto-juvenil, bem como a sua influência na prevenção e repressão da vitimização secundária.

Como é cediço, o ordenamento jurídico consolida o sistema de proteção integral de crianças e adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos com condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que necessitam de um tratamento que busque, de forma prioritária, a proteção na sua integralidade. Por essa razão, o cenário de violência praticada contra crianças e adolescentes exige instrumentos que proporcionem maior cautela, resguardo e atenção com tais vítimas e, ao mesmo tempo, permitam uma eficiência da persecução penal a fim de se buscar justiça efetiva e maior proteção infanto-juvenil.

Foi nesse contexto que surgiu a Lei n. 13.431/2017 como reflexo da doutrina da proteção integral, estabelecendo, dentre outras disposições, o depoimento especial. Trata-se de um instituto que buscou suprir a lacuna processual então existente em relação a mecanismos de proteção de crianças e adolescentes na condição de vítimas ou testemunhas de violência, dando concreção ao mandado de criminalização previsto no artigo 227, § 4º, da Constituição Federal.

Pretendemos demonstrar neste estudo a importância do depoimento especial como reflexo da doutrina da proteção integral, especialmente em razão da condição de hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes vítimas ou

testemunhas de violência, de modo a evitar ou minimizar os efeitos da chamada vitimização secundária.

2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes foram reconhecidos paulatinamente por meio de declarações e convenções internacionais. O primeiro documento internacional que previu a necessidade de proteção dos direitos de meninos e meninas foi a Declaração de Genebra sobre Direitos da Criança, no ano de 1924, ao determinar a concessão de meios necessários para o desenvolvimento integral normal, material e espiritual da criança.

Em 1948, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, e estabeleceu, no âmbito da maternidade e infância, o direito à ajuda e assistência especiais, bem como o direito à proteção integral a toda criança nascida dentro ou fora do matrimônio: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”.

Nesse diapasão, em 1966, com a celebração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi reconhecida a condição especial de crianças e adolescentes, bem como a sua observância e respeito pela família, sociedade e Estado. Posteriormente, em 1969, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi previsto o direito às medidas de proteção inerentes à condição de meninos e de meninas por parte da família, sociedade e Estado.

Nessa sequência, a Assembleia Geral da ONU adotou, em 1984, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça dos Menores, conhecidas como Regras de Beijing ou Regras de Pequim, cuja finalidade foi de promover o bem-estar de crianças e adolescentes delinquentes e respectivas famílias. Em 1989, foi adotada a Convenção sobre os Direitos da Criança, considerada o principal documento internacional que permitiu maior proteção à criança e ao adolescente, por dispor sobre o conceito de criança, princípio da proteção integral, princípio do interesse maior da criança, princípio da prioridade absoluta, além de reconhecer a criança como sujeito de direitos e proibir toda e qualquer forma de discriminação.

No ordenamento jurídico brasileiro, embora as Constituições anteriores tivessem previsto a proteção da infância, a Carta Magna de 1988 foi a primeira a dispor sobre a absoluta prioridade dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como a sua proteção integral em todos os aspectos, afastando a até então vigente doutrina da situação irregular. Já no âmbito infraconstitucional, em 1979 foi instituído o Código de Menores baseado na ideia de que as crianças e os adolescentes eram meros objetos de tutela do Estado e era aplicada a doutrina da situação irregular do menor, de modo que meninos e meninas eram considerados aqueles privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória. Foi, então, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), como reflexo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção sobre os Direitos da Criança, que meninos e meninas passaram a ser vistos como sujeitos de direitos com base na premissa fundamental da proteção integral à criança e ao adolescente.

Nessa ordem de ideias, a doutrina da proteção integral, conforme visto, foi inspirada pela sucessão de declarações e convenções internacionais e foi reconhecida, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 227 da Constituição

Federal e no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a afastar a doutrina da situação irregular.

A doutrina da proteção integral tem como premissa o reconhecimento de que crianças e dos adolescentes são sujeitos de direitos cuja finalidade é assegurar o cumprimento, respeito e observância de direitos e garantias previstos pelo ordenamento jurídico nacional e internacional.

Conforme estabelece o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

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

Nesse sentido, a partir da previsão constitucional, é possível inferir que a doutrina da proteção integral é um dever amplo que alcança a família, sociedade e Estado. A família consiste no primeiro contato social no âmbito da infância e um verdadeiro instrumento de desenvolvimento da pessoa humana e de sua personalidade, de maneira que o cumprimento da proteção integral promove a própria dignidade de crianças e adolescentes. A sociedade, por sua vez, concretiza a proteção integral pela atuação interdisciplinar de ações governamentais e não governamentais, e, principalmente, pela promoção da educação. Já em relação ao Estado, a proteção integral deve ser observada nas políticas públicas, bem como nas instituições que buscam o controle social nas áreas administrativa, civil e criminal, sendo função e dever da Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário buscar a proteção de crianças e adolescentes na sua integralidade e a observância de todos os direitos e garantias a eles inerentes.

Como corolário da doutrina da proteção integral, o ordenamento jurídico relacionado à tutela de crianças e adolescentes prevê os princípios do melhor interesse ou interesse superior e da absoluta prioridade.

O princípio do melhor interesse consiste em um metaprincípio que deve nortear qualquer matéria relacionada a crianças e adolescentes. Nesse sentido, a legislação, políticas públicas e efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais devem sempre levar em consideração o que é mais importante e relevante para o interesse da criança e do adolescente, com o objetivo de proporcionar sua maior proteção, dignidade e bem-estar, respeitada sua condição de pessoa em desenvolvimento.

A previsão do princípio do melhor interesse pode ser observada em alguns diplomas normativos. A Declaração Universal dos Direitos da Criança prevê expressamente referida regra em seus princípios II e VII:

Princípio II: A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Princípio VII: O interesse superior da criança deverá ser o interesse diretor daqueles que têm a responsabilidade por sua educação e orientação; tal responsabilidade incumbe, em primeira instância, a seus pais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 3º, item 1, também dispõe sobre o princípio do interesse superior: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”.

A Lei n. 12.010/2009, por sua vez, foi responsável por incluir a previsão do princípio do melhor interesse no Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir do artigo 100, parágrafo único, inciso IV, que se referem às medidas de proteção:

Artigo 100, parágrafo único, inciso IV – interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

Importante ressaltar ainda que o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio do interesse superior da criança em diversos julgados, dentre eles: a) retratação do genitor biológico sobre o consentimento para a adoção antes da sentença e a manutenção da criança com a família que buscava a adoção (BRASIL, 2017b); b) permanência de criança em ambiente familiar em vez de acolhimento institucional (BRASIL, 2017a); c) adoção por família que não esteja inscrita no cadastro de adoção quando já há vínculo afetivo consolidado (BRASIL, 2016c); d) restrição ao direito de visitas dos genitores que não tenham a guarda da criança ou do adolescente, em caso de risco à sua integridade emocional e física (BRASIL, 2016b)¹; e) mitigação do princípio da perpetuação da jurisdição em caso de mudança de endereço da criança ou do adolescente (BRASIL, 2015).

O princípio da absoluta prioridade, por sua vez, também é resultado da doutrina da proteção integral e possui previsão constitucional (CF, art. 227, *caput*)

A regra da absoluta prioridade traz a necessidade da prevalência no atendimento no que concerne às questões da infância e da juventude. Nesse sentido, a partir da referida disposição constitucional, o Estatuto da Criança e

¹ No mesmo sentido, Brasil (2016a).

Adolescente, em seu artigo 4º, preceitua e define o princípio da absoluta prioridade que rege a proteção dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, destacando-se, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da garantia da prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A respeito da referida previsão, faz-se mister esclarecer determinadas questões sobre as regras que integram o princípio da absoluta prioridade. Com relação à primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias e à precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, são garantias que devem ser analisadas conforme o caso concreto, justificando-se apenas em condições de igualdade de urgência, não podendo afirmar-se que, em qualquer hipótese, as crianças e os adolescentes terão preferência no atendimento à saúde em detrimento de outro indivíduo.²

Por fim, a respeito da garantia do privilégio da destinação de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, entende-se que o Estado, de forma prioritária, deve destinar os seus recursos a partir de leis orçamentárias a fim de atender e cumprir as políticas públicas que visam à proteção e observância dos direitos de crianças e adolescentes.

Portanto, é possível afirmar que a doutrina da proteção integral, ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e sua condição

² Nesse sentido, Liberati (2015, p. 21).

peculiar de pessoas em desenvolvimento, busca observar a primazia e a relevância do tratamento referente aos temas da área da infância e da juventude. Nesse diapasão, os princípios do melhor interesse e da absoluta prioridade concretizam a prevalência da proteção e cautela de crianças e adolescentes, permitindo que seus direitos sejam efetivamente resguardados.³

3 CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL

3.1 O mandado de criminalização do artigo 227, § 4º, da Constituição Federal

O Direito Penal é uma ciência que afeta diretamente o direito fundamental à liberdade do indivíduo e, por essa razão, deve ser aplicado em caráter subsidiário como a última opção do controle estatal em caso de violação aos bens jurídicos tutelados. Assim, sua aplicação será legítima quando os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes para proteção e controle social.

Nessa ordem de ideias, considerando que o Direito Penal possui caráter de *ultima ratio*, o legislador, no cumprimento de sua missão, deve se pautar nos limites e parâmetros constitucionais a fim de se tutelar os bens jurídicos mais relevantes que necessitam de maior proteção por parte do Estado.

Dentre as limitações e padrões estabelecidos pela Carta Magna, é possível verificar os denominados mandados de criminalização expressos, que são normas constitucionais cuja finalidade é impor ao legislador a obrigação de criminalizar certas condutas ofensivas a bens jurídicos e, como consequência,

³ Nesse sentido, Pötter (2016. p. 189 apud IULIANELLO, 2018, p. 135).

promover maior proteção social a direitos fundamentais e a própria Justiça Social.⁴

Os mandados de criminalização permitem um afastamento da liberdade do legislador no que tange à decisão sobre quais direitos violados merecem a tutela jurídico-penal e quais condutas devem ser punidas. Dessa maneira, a existência de tais mandados de criminalização possibilita a proteção do bem jurídico por parte do Direito Penal e a aplicação da proporcionalidade, ofensividade, intervenção mínima e fragmentariedade.

No âmbito dos direitos e garantias de crianças e adolescentes, o artigo 227, § 4º, da Constituição Federal consiste em um mandado de criminalização expresso, visto que está contido no texto constitucional, o qual deve ser obrigatoriamente respeitado: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

A punição mais severa para os crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes é resultado do reconhecimento de sua integridade física e psíquica como direito fundamental, uma vez que as vítimas são caracterizadas por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Portanto, o mandado de criminalização é decorrência lógica da doutrina da proteção integral, pois exige maior tutela de bens jurídicos relacionados a crianças e adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, de tal forma que a sua proteção deve ser respeitada de forma prioritária e na integralidade.

Nesse contexto, é necessária a criação de mecanismos e instrumentos de atuação e controle social, bem como maior rigidez da legislação penal, para se proteger, resguardar e prevenir abusos sexuais envolvendo crianças e adolescentes.

⁴ Nesse sentido, Ponte (2008, p. 164–165).

Portanto, o mandado de criminalização é concretizado por meio de medidas de caráter protetivo, preventivo, repressivo e multidisciplinar. Deve-se evitar, prioritariamente, a vitimização primária, de modo a impedir que haja a prática de delitos sexuais contra crianças e adolescentes e, na hipótese de ocorrência desses crimes, serão cabíveis medidas repressivas para a apuração e punição do agressor. São necessárias, ainda, medidas multidisciplinares tendentes a resguardar e promover tratamentos cautelosos compatíveis com a vulnerabilidade das vítimas em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, buscando-se a prevenção da vitimização secundária.

Não foi por outra razão que o legislador estabeleceu a necessária e severa punição de práticas criminosas contra crianças e adolescentes no artigo 5º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando elidir “qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”.

Destacam-se, ainda, para efeito de concretização do mandado de criminalização referente à proteção de crianças e adolescentes, as Leis n. 12.015/2009 e 13.718/2018. A primeira delas foi responsável, entre outras disposições, por alterar a redação do Título IV do Código Penal, visto que houve a substituição da expressão “Dos crimes contra os costumes” por “Dos crimes contra a dignidade sexual”, de maneira a valorizar a pessoa da vítima de tais crimes e não o juízo de valor estabelecido pela sociedade.

Além disso, foi a Lei n. 12.015/2009 que estabeleceu a regra da ação penal pública incondicionada nos casos de crimes sexuais praticados por jovens de até dezoito anos, de modo a materializar a punição severa a que se refere o texto constitucional do artigo 227, § 4º. A Lei n. 13.718/2018, por sua vez, foi responsável por determinar a regra da incondicionalidade da ação penal pública

para qualquer crime sexual independentemente de quem seja a vítima, alterando a redação do artigo 225 do Código Penal.

Nessa mesma linha foi editada a Lei n. 13.431/2017 como importante reflexo do princípio da proteção da integral. Estabeleceu-se um sistema de garantia de direitos tendentes a se evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violências, dentre elas a violência sexual. Tornou-se, assim, um importante instrumento que reconhece aos jovens a condição de titulares de direitos e a necessária proteção na sua integralidade e prioridade.

Portanto, é possível concluir que a Lei n. 13.431/2017 preocupa-se em implementar instrumentos de atuação interdisciplinar que proporcionem maior controle social em todos os âmbitos a fim de se efetivar a maior e integral proteção de crianças e adolescentes.

3.2 VÍTIMA EM CONDIÇÃO DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO E A VIOLÊNCIA SEXUAL

A atuação das autoridades de controle social para apuração dos fatos e proteção das vítimas exige atenção e tratamentos especiais.

Com efeito, o abuso sexual, no contexto aqui analisado, pode ser definido como uma conduta de natureza sexual praticada entre duas ou mais pessoas, de maneira que uma delas é criança ou adolescente. É caracterizado, ainda, pelo emprego de coação, explícita ou velada, podendo ou não haver contato físico com a vítima, visto que há a prática de utilizar o corpo da criança ou do adolescente como mero objeto de instigação sexual.

A violência sexual contra crianças e adolescentes pode ocorrer no âmbito doméstico, isto é, no contexto familiar, de modo que o agressor é parente ou

possui um vínculo de afinidade e afetividade com a vítima; ou em um ambiente no qual o agressor não participa do círculo de convivência da criança ou do adolescente.

Os crimes de abusos sexuais praticados no âmbito infanto-juvenil são caracterizados por determinadas peculiaridades. O agressor busca construir vínculos com a vítima de diversas formas e, posteriormente, atraí-la a fim de que ela auxilie na prática delituosa e coopere com o silêncio sem que tenha o discernimento que permita a compreensão da real situação a que foi submetida. Ademais, não raro, tais abusos sexuais são acobertados pela própria genitora da vítima cujo comportamento, muitas vezes, é resultado de um relacionamento abusivo que é mantido com o agressor, caracterizando, também, uma situação de vulnerabilidade da genitora.

É certo que, quando meninas e meninos são vítimas no âmbito da violência sexual, os efeitos e consequências de tais delitos são considerados mais graves, uma vez que são pessoas em desenvolvimento psíquico, físico, emocional, e que sofrem sequelas devastadoras em seu crescimento após se tornarem vítimas.

Como ressalta Annunziata Alves Iulianello, a preocupação em se evitar a revitimização ganha substancial relevância nestes casos, levando-se em consideração, especialmente, os graves danos psicológicos que tal modalidade de crime, por si só, acarreta à vítima, ponto em que assume substancial relevância o depoimento especial (IULIANELLO, 2018, p. 95).

Portanto, a condição de extrema vulnerabilidade de vítimas jovens exige maior atenção e preocupação da sociedade, do Estado, da família e das instâncias formais de controle social que possuem responsabilidade pela proteção integral de tais ofendidos. Por essa razão, a atuação de prevenção e elucidação dos fatos relacionados a abusos sexuais praticados contra crianças e

adolescentes deve ser acompanhada por instrumentos multidisciplinares, com devido apoio e suporte a vítimas diretas e indiretas, a fim de amenizar consequências devastadoras e evitar a vitimização secundária ou revitimização.

3.3 VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Muito se fala no curso da persecução penal sobre a importância de serem resguardados os direitos e garantias do acusado, de modo que a figura da vítima passa a situar-se em segundo plano. Dessa forma, a ciência da Vitimologia permitiu uma maior reflexão sobre a necessária preocupação que se deve ter com o indivíduo que é submetido à prática delituosa por um agente infrator e suas inúmeras consequências nefastas.

Torna-se imperioso o reconhecimento da condição da vítima como sujeito de direitos e garantias, sendo indispensável que o tratamento da sociedade e atuação do sistema de Justiça promovam a humanização dessas vítimas, a fim de se concretizar um processo justo.

A condição de vítima não é constatada tão somente no momento da prática da infração penal, já que ela se protraí em razão das consequências danosas que são geradas pela conduta criminosa, no comportamento da sociedade, bem como da atuação do sistema de Justiça durante e após a persecução penal.

Nesse sentido, a doutrina diferencia sobre os níveis de vitimização que podem ser observados, classificando-se em vitimização primária, secundária e terciária. Assim, para fins do presente trabalho, serão analisados os primeiros níveis de vitimização que podem ser constatados em um indivíduo na condição de ofendido.

A vitimização primária refere-se aos efeitos gerados pela própria prática da infração penal que possuem natureza patrimonial, física ou psicológica. O ofendido encontra-se no primeiro nível de vitimização quando sofre consequências danosas físicas e psicológicas que variam de acordo com as circunstâncias do evento criminoso, bem como com sentimentos negativos de medo, angústia, impotência e, muitas vezes, culpa pelo fato ocorrido.

Além da prática do crime, que já provoca graves consequências à pessoa do ofendido, é possível verificar a ocorrência da vitimização primária a partir do comportamento da sociedade que, muitas vezes, atribui à vítima certa responsabilidade pelo fato criminoso na tentativa de justificar a conduta do autor do delito.

Por sua vez, a vitimização secundária, também intitulada de revitimização ou dupla vitimização, consiste em uma ampliação das consequências danosas causadas às vítimas em razão da conduta criminosa do autor. Verifica-se em razão da atuação das instâncias formais de controle social que constituem o sistema de justiça.

Após a ocorrência da prática delituosa, surge para o Estado a pretensão punitiva, que é materializada por meio da atividade persecutória. Para tanto, os órgãos responsáveis por essa persecução penal, com o fim de elucidar os fatos, dispõem de alguns instrumentos processuais para a realização da perquirição, sendo de suma importância a cooperação da vítima. Nesse contexto, a necessária atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça, por si só, gera um agravamento das consequências suportadas pela vítima, uma vez que suas declarações e lembranças são imprescindíveis para a reconstrução dos fatos.

É certo que, no momento em que a vítima presta o seu depoimento e relembra os acontecimentos, os sentimentos e sensações provocados no momento do delito reaparecem, de modo a estender todo o sofrimento

causado. Por essa razão, torna-se fundamental que a atuação do sistema de justiça possua um preparo adequado para que seja minimizada e evitada a expansão dos resultados gravosos e, como consequência, a própria revitimização.

Importante ressaltar que quando a vitimização secundária decorre do tratamento dado às vítimas por meio da atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça, trata-se da revitimização direta, de modo que a pessoa, na condição de ofendida, pode se sentir discriminada, menosprezada em razão do comportamento despreparado por parte dos profissionais responsáveis pelo controle social. A persecução dos delitos pode gerar, ainda, a chamada revitimização indireta, quando as preocupações são voltadas apenas ao acusado do processo, ficando a atenção à vítima em segundo plano.

Annunziata Alves Iulianello destaca, com inteira propriedade, que a vitimização primária emana diretamente da prática do delito, enquanto a secundária decorre de consequências negativas acarretadas pelo próprio sistema na investigação dos fatos e, posteriormente, no bojo do processo penal para análise, julgamento e decisão acerca da responsabilidade ou não do acusado (IULIANELLO, 2018, p. 102).

É possível verificar, de forma notória e incontestável, a ocorrência da vitimização secundária no contexto da prática de crime sexual cometido contra crianças e adolescentes. A vítima encontra-se em uma situação de extrema vulnerabilidade, de modo que as consequências físicas e todo o abalo psicológico interferem drasticamente no seu desenvolvimento.

Nos casos de crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, é curial uma atuação multidisciplinar composta por profissionais de várias áreas com o objetivo de elucidar os fatos e dar o devido amparo a essas vítimas que se encontram em condição de pessoas em desenvolvimento. Nessas circunstâncias,

constata-se a revitimização a partir do momento em que a criança ou o adolescente, vítima de violência sexual, relata o seu depoimento e é ouvido pelos profissionais integrantes do sistema legal de justiça. Tal cenário se justifica em razão da ausência de capacitação, preparo e sensibilidade desses profissionais no momento da oitiva da vítima.

Não se pode olvidar que se cuida de vítimas em condição peculiar de desenvolvimento, de modo que o comportamento dos profissionais no momento da oitiva da criança ou do adolescente exige adequada preparação e capacitação a fim de se evitar que haja reiteração de grave violação aos direitos e garantias e que também não se tornem vítimas do próprio sistema legal de justiça.

Portanto, é nesse contexto que se insere o instituto do depoimento especial estabelecido pela Lei n. 13.431/2017, tornando-se imperioso para se evitar ou minimizar os efeitos da revitimização, bem como para afastar compreensíveis questionamentos sobre a credibilidade e eficiência da justiça.

4 LEI N. 13.431/2017: SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA

Como se disse anteriormente, a Lei n. 13.431/2017 surgiu com a finalidade de criar um sistema de garantia e proteção dos direitos de crianças e adolescentes na condição de vítima ou testemunha de violência em seus diversos aspectos. Referida lei é reflexo da importância da concretização dos princípios da proteção integral e do melhor interesse no âmbito da infância e juventude, de modo a estabelecer normas de proteção efetiva compatíveis com a condição de pessoa em desenvolvimento atribuída a crianças e adolescentes.

A mencionada legislação dispõe sobre a organização e normatização do sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, medidas de proteção e assistência, bem como mecanismos e instrumentos de prevenção e repressão da violência. Nesse sentido, o que se busca é uma proteção sistêmica realizada por todas as instituições e esferas de atuação responsáveis por resguardar os direitos infanto-juvenis.

Denota-se a importância da atuação interdisciplinar para efetivar o reconhecimento dos direitos fundamentais e a humanização de crianças e adolescentes que são vítimas ou testemunhas de diversas modalidades de violência. É possível verificar, portanto, não apenas disposições adstritas à persecução penal de condutas de violência contra crianças e adolescentes, mas também referentes à esfera protetiva de seus direitos, impondo a fundamental integração e interdisciplinaridade das atuações de rede de proteção e das instâncias formais de controle social.

Dentre as modalidades de violência elencadas no artigo 4º da Lei n. 13.431/2017, o legislador buscou contemplar não só práticas de violência física e psicológica, como também a denominada violência institucional, que é praticada por instituição pública ou conveniada responsável por observar questões no âmbito infanto-juvenil, acarretando o fenômeno da revitimização. Nesse sentido, a lei torna-se muito além de instrumento de combate à violência infanto-juvenil, tratando-se de um verdadeiro e importante mecanismo de concretização dos direitos e garantias de crianças e adolescentes, com o fim de proteger a saúde absoluta, com suporte psicológico e o pleno desenvolvimento, que passa necessariamente pela libertação de culpas e temores comuns à espécie, até a esperada, mas nem sempre possível, superação de traumas.

A Lei n. 13.431/2017 busca, em síntese, promover a dignidade da vítima ou testemunha criança e adolescente por meio de rede de proteção e atuação integrada de órgãos responsáveis pelo controle social. Com isso, quando não se torna possível impedir a vitimização primária, a mencionada lei surge para remediar as consequências nefastas do fato e impedir novos transtornos psíquicos no decorrer da atuação da Justiça. Com este objetivo, a Lei n. 13.431/2017 introduziu formalmente o instituto do depoimento especial e determinou o caráter imperioso de uma atuação em rede, integrada e interdisciplinar com a necessária capacitação de todos os profissionais, com o fito de se criar um verdadeiro sistema de proteção integralmente eficiente.

5 DEPOIMENTO ESPECIAL

5.1 O depoimento de criança e adolescente vítima de violência sexual

Com a influência dos princípios da proteção integral e do melhor interesse, o ordenamento jurídico, por meio de diversas disposições normativas, determinou o direito de toda criança e adolescente de expressar livremente sua opinião e de ser ouvida nos processos judiciais que lhe dizem respeito, seja diretamente ou através de representante legal, observando-se as particularidades de seu desenvolvimento.

Por muito tempo entendeu-se que a declaração de crianças e adolescentes vítimas de violência fosse mero meio de prova regido e disciplinado pelo Código de Processo Penal, de modo que sua precípua finalidade fosse tão somente auxiliar na atividade persecutória do Estado. Nessa ordem de ideias, os órgãos integrantes do sistema de justiça, a sociedade, família e o próprio Estado não se atentavam às questões psicológicas e danos nefastos que tais declarações

poderiam gerar às vítimas, principalmente àquelas em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Não há dúvidas sobre a imprescindibilidade do depoimento de criança e adolescente vítima de violência para a apuração dos fatos e eventual punição do agressor, a fim de se concretizar a proteção integral e cumprir o mandado de criminalização estabelecido no artigo 227, § 4º, da Constituição Federal. Assim, diante da relevância de tais declarações, as reflexões sobre a necessária adequação da atuação do sistema de justiça passaram a ganhar espaço.

Com relação à violência sexual praticada contra criança e adolescente, tema do presente estudo, a relevância e imprescindibilidade do depoimento da vítima são incontestáveis, uma vez que tais abusos são praticados em circunstâncias envolvendo diversos fatores que apenas poderão ser compreendidos e analisados a partir do relato do ofendido. Embora eventuais lesões físicas ocasionadas pelo abuso sexual possam ser reveladas por meio de sinais objetivos, as consequências referentes ao abalo psíquico, violação à intimidade e delicadas questões familiares necessitam do relato da vítima para que haja uma análise e perquirição adequada sobre todo o contexto em que se deu a violência sexual, não sendo suficiente tão somente a realização de um exame psicológico.

Nesse contexto, e considerando que as tradicionais regras para a realização do depoimento de vítimas jovens não se mostram adequadas, surgiu a Lei n. 13.431/2017, com a finalidade de se evitar ou minimizar os efeitos da revitimização, bem como melhorar a qualidade dos relatos. Passou-se a entender a necessidade de se reduzir o número de vezes em que o ofendido relata o fato ocorrido, evitando-se o constrangimento de se reviver o episódio reiteradas vezes, com o acompanhamento de equipe multidisciplinar formada

por profissionais verdadeiramente capacitados e que atuem com sensibilidade e respeito pela condição de vulnerabilidade.

Entendeu-se, ainda, pela primordialidade de se implementar um ambiente adequado, menos inóspito e mais informal para a realização do depoimento de crianças e adolescentes que são vítimas de violência, devendo ser feitas indagações adequadas marcadas por uma linguagem compatível com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Vale ressaltar, ainda, que, embora o depoimento da criança ou adolescente vítima seja de extrema importância para a elucidação dos fatos, não se trata de um ato obrigatório, uma vez que as declarações são direitos das vítimas, de modo que podem se recusar a prestar tais depoimentos caso não desejem relatar a violência. No entanto, para que tal recusa não estimule a impunidade do agressor que muitas vezes influencia para o não comparecimento da vítima em juízo, é preciso uma avaliação da equipe multidisciplinar que ateste que eventual depoimento e consequente recordação dos fatos provoquem ou não a revitimização e danos nefastos à vítima criança ou adolescente, a fim de também se prevenir a chamada violência institucional, prevista na Lei n. 13.431/2017.

É possível concluir, portanto, que a nova legislação que inseriu formalmente o instituto do depoimento especial promove um adequado equilíbrio, com estrita observância ao direito de crianças e adolescentes de participar do processo, relatando os fatos e, ao mesmo tempo, evitando os danos da revitimização por meio do preparo e capacitação profissional, de sorte a melhorar a qualidade dos depoimentos e promover maior eficiência na busca de justiça.

5.2 Depoimento especial na Lei n. 13.431/2017

5.2.1 Antecedentes legais

Conforme já demonstrado acima, além das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito do jovem de ser ouvido, relatar fatos e participar do processo foi garantido pelo artigo 12, § 2º, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 ao dispor que “Para tanto, a criança deve ter a oportunidade de ser ouvida em todos os processos judiciais ou administrativos que a afetem, seja diretamente, seja por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

Posteriormente, em 25 de maio de 2000, adotou-se o Protocolo Facultativo para Convenção dos Direitos da Criança, promulgado pelo Brasil, que reconheceu a importância e a necessidade de se promover a proteção das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência, de modo a obrigar o Estado a proteger e resguardar a intimidade e segurança dos depoentes, respeitando sua condição de hipervulnerabilidade.

No Brasil, o projeto denominado “Depoimento sem Dano” surgiu em 2003 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por iniciativa do então juiz José Antônio Dalto Cezar (2007). Referido Projeto se iniciou em razão da percepção, por parte do magistrado, do constrangimento, da intimidação e aborrecimento causados às vítimas ou testemunhas crianças ou adolescentes ao relatarem sobre os episódios de violência. Para a efetivação de tal prática, houve a atuação de uma equipe técnica da própria Vara composta por psicólogos e assistentes sociais, bem como a utilização de métodos que proporcionassem maior acolhimento para vítimas por meio de linguagem compatível, ambiente informal e de devida atenção e sensibilidade.

Com o surgimento do Projeto “Depoimento sem Dano”, outros Tribunais estaduais passaram a colocá-lo em prática por meio de disposições normativas. Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça, ao reconhecer a importância da realização de um depoimento adaptado e compatível com crianças e adolescentes na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, editou a Recomendação n. 33/2010, que estabelece aos tribunais a criação de serviços especializados para oitiva de jovens vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais, de modo a aplicar os métodos do Projeto “Depoimento sem Dano”.

Embora a prática do depoimento sem dano pudesse ser extraída de normas e resoluções, discutiu-se a necessidade de haver uma lei, em seu sentido formal, que disciplinasse tal técnica. Nesse contexto, surgiu a Lei n. 13.431, em 04 de abril de 2017, para normatizar, organizar, disciplinar e estabelecer “o sistema de direitos e garantias da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.”

Portanto, a novel legislação, como reflexo da doutrina da proteção integral, passou a estabelecer expressamente, entre outros instrumentos, o instituto do depoimento especial com a finalidade de evitar e minimizar os efeitos da vitimização secundária de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, de modo a buscar maior resguardo e integralidade da sua proteção.

5.2.2 Depoimento especial e escuta especializada

Conforme já demonstrado ao longo do estudo, a Lei n. 13.431/2017 surgiu com a finalidade de promover e garantir a proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência da maneira mais completa

possível, levando-se em consideração todos os danos psicológicos que podem se estender durante a perseguição das práticas criminosas, bem como o cuidado que se deve ter diante da hipervulnerabilidade dessas vítimas. Dessa maneira, a novel legislação, além de definir as formas de violência, determina instrumentos para se evitar ou minimizar os efeitos da revitimização, dentre eles a escuta especializada e o depoimento especial.

O instituto da escuta especializada está previsto no artigo 7º da referida legislação e consiste em um procedimento extrajudicial de entrevista a ser realizada por profissionais de órgãos integrantes da rede de proteção. O conteúdo dessa entrevista é restrito, de modo que apenas se prestará ao estrito cumprimento de sua finalidade, qual seja, proteger a menina ou o menino, auxiliar na identificação de sinais de violência pelo órgão da rede de proteção e na aplicação de eventual medida protetiva.

Por sua vez, o depoimento especial, previsto no artigo 8º da Lei n. 13.431/2019, consiste em um procedimento de oitiva das declarações de crianças e adolescentes realizado por autoridade policial ou judiciária. Importante ressaltar que, embora haja omissão legal, o depoimento especial também poderá ocorrer perante o Ministério Público em investigação por ele conduzida.

O depoimento especial deve ser realizado o quanto antes e de uma única vez para evitar que a criança ou o adolescente seja revitimizada por relembrar reiteradas vezes durante o seu relato o episódio da violência, causando-lhe desnecessário sofrimento. Ademais, a própria lei determina que o depoimento especial produzido servirá como fonte de prova no processo judicial, nos termos do artigo 11, *caput*, da Lei n. 13.431/2017: “O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de

produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.”.

A lei determina, ainda, que ambos os procedimentos deverão ser realizados em local apropriado e acolhedor, de modo a evitar também o contato com o suposto agressor, preservando-se a intimidade e privacidade da vítima ou testemunha que serão asseguradas pela autoridade policial e judiciária. Além disso, poderão ser tomadas medidas protetivas nas hipóteses de risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha jovem.

É importante destacar que um fator importante para que seja proporcionado um ambiente acolhedor no momento da escuta protetiva é a necessária preparação da vítima ou testemunha. É fundamental que a criança ou o adolescente sejam orientados sobre o procedimento e a finalidade daquele momento, eliminando o seu temor natural e imaginações fantasiosas sobre a oitiva.

Ademais, entende-se que um ambiente mais acolhedor e menos hostil pode ser propiciado pelo próprio comportamento dos profissionais responsáveis pela oitiva a partir da criação de um certo vínculo, aproximação e confiança com a vítima ou testemunha, permitindo, inclusive, maior qualidade do próprio depoimento. Em suma, a relação de confiança entre a vítima e o entrevistador, possibilitando uma melhor qualidade das declarações, bem como a diminuição dos sentimentos de ansiedade.⁵

A atuação capacitada do profissional responsável pela realização da oitiva deve ser pautada também pela sensibilidade e cautela, levando-se em consideração as circunstâncias do fato, o contexto, a idade da vítima ou testemunha, além do seu grau de desenvolvimento (IULIANELLO, 2018, p. 261).

⁵ Nesse sentido, Iulianello (2018, p. 260).

No âmbito da violência sexual, os profissionais responsáveis pela realização da escuta especializada e do depoimento especial devem agir com cautela e objetividade para não exteriorizar juízos de valor que possam influenciar no tratamento dirigido à vítima e no exercício da importante função que lhe foi incumbida. O profissional da rede de proteção e do sistema de justiça deve ter zelo em sua conduta a fim de se evitar a revitimização e maior constrangimento à vítima ou testemunha jovem.

A escuta especializada e o depoimento especial são modalidades de escuta protegida que buscam a prevenção da vitimização secundária dos depoentes. São institutos que reconhecem a condição vulnerável da vítima ou testemunha, proporcionando maior acolhimento e proteção a partir da atuação de profissionais capacitados e preparados para compreenderem as delicadas circunstâncias que envolvem o cenário de violência praticada contra crianças e adolescentes.

6 CONCLUSÃO

Sem a pretensão de exaurir o tema, procuramos demonstrar no presente estudo as características e peculiaridades do instituto do depoimento especial como reflexo da doutrina da proteção integral, seu papel na atividade persecutória de violências praticadas contra crianças e adolescentes, bem como a sua importância na prevenção e redução dos efeitos da vitimização secundária. Crianças e adolescentes possuem a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, ao serem vítimas ou testemunhas de violência, apresentam maior vulnerabilidade, exigindo do sistema de justiça prudência e cuidado para lidar com esse cenário.

Como ficou assentado, a vitimização secundária gera a extensão dos danos causados às vítimas em razão da ocorrência da prática criminosa. Quando são submetidos a algum tipo de violência, as consequências não são adstritas apenas a danos físicos, suportando abalos psicológicos que interferem no próprio desenvolvimento. Em razão disso, é fundamental que o ordenamento jurídico estimule a adoção de instrumentos que evidenciem a peculiar preocupação que se deve ter com crianças e adolescentes que sofram ou testemunhem violência.

No presente artigo, pretendemos demonstrar que a Lei n. 13.431/2017 é um reflexo da doutrina da proteção integral, de modo a cumprir o mandado de criminalização que determina a severa punição de qualquer tipo de violência que é praticada contra crianças e adolescentes. Por essa razão, o depoimento especial tornou-se um importante instrumento, não apenas para a necessária reconstrução dos fatos, mas, principalmente, para proteger meninos e meninas e evitar que sejam revitimizadas pela atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça.

A técnica do depoimento especial mostra-se extremamente adequada e compatível com um modelo processual que se preocupa com a figura da vítima e, principalmente, reconhece a sua condição de hipervulnerabilidade. Nessa ordem de ideias, a novel legislação disciplinou um mecanismo que exige não só maior sensibilidade por parte das esferas de controle social, mas, também, maior capacitação e preparo por parte de seus profissionais responsáveis por lidarem com situações delicadas e mais graves envolvendo crianças e adolescentes.

Conclui-se, portanto, que o instituto do depoimento especial foi implementado por uma nova sistemática que busca reduzir os danos causados a vítimas jovens a partir de técnicas que lhes proporcionem maior acolhimento e, ao mesmo tempo, influenciem na melhoria da qualidade do depoimento para se

concretizar uma persecução efetiva dos delitos. É certo, no entanto, que uma plena e absoluta aplicação dessa sistemática exige um trabalho multidisciplinar e uma mudança de mentalidade que permitam uma atuação adequada e criação de ambientes acolhedores para a consecução da tutela e proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes vítimas e a potencial vitimização secundária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941.

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

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Conflito de Competência 134.471/PB**. Relator: Min. Raul Araújo, DJe 03.08.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no AREsp 771.087/DF**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 02.02.2016a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.497.628/DF**. Relator: Min. Moura Ribeiro, DJe 07.03.2016b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 1.567.812/SC**. Relator: Min. Raul Araújo, DJe 05.12.2016c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **HC 370.636/SP**. Relator: Min. Raul Araújo, DJe 21.02.2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.578.913/MG**. Relator: Min. Nancy Andrighi, DJe 24.02.2017b.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, 2017c.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

IULIANELLO, Annunziata Alves. **Vitimização Secundária**: o depoimento especial como instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018. 308p.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PÖTTER, Luciane. Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016 apud IULIANELLO, Annunziata Alves. **Vitimização Secundária**: o depoimento especial como instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

Submissão do artigo: 09/03/2020

Aprovação do artigo: 23/03/2021

**A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA
AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA**

***THE DECISION OF THE INDISPONIBILITY OF THE FAMILY GOOD IN IMPROBITY
ACTION AND THE POSSIBILITY OF HIS PAYMENT***

REINALDO PEREIRA

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia; Docente do Curso de Direito da FACIGA/AESGA.

GILBERTO BARROS

Bacharel em Direito pela Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns/PE.

MARIA CAROLAINÉ DE SOUZA E SILVA

Bacharela em Direito pela Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns/PE.

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a possibilidade de decretação de indisponibilidade e de penhora do bem de família na ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Fez-se uma pesquisa exploratória com técnica de coleta de dados bibliográfica, visando responder à seguinte pergunta de pesquisa: no bojo da ação civil pública decorrente de ato de improbidade administrativa é possível a realização da penhora e a decretação de indisponibilidade do bem de família? Através do estudo chegou-se ao resultado de que não existe contradição em se possibilitar a indisponibilidade do imóvel familiar no caso em análise, porém a sua penhora durante a fase de conhecimento apenas deverá ocorrer quando existir efetiva comprovação de que o referido bem fora obtido como proveito do ato de malversação da Coisa Pública.

Palavras-chave: Penhora. Bem de família. Improbidade. Possibilidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the possibility of decree of unavailability and garnishment of the family property in the public civil action of responsibility for an act of administrative improbity. Through the bibliographic studies and the examination of jurisprudence on the subject, through an understanding of general aspects of procedural institutes, such as the legal protection of family property, the concepts and legal nature of attachment and precautionary measures, the present work carries out a value-weighting judgment between the protection of administrative morality and the right to housing. It is understood that the legal protection of the family property succumbs to the attachment, but only in cases where the property is illegally acquired. Thus, an interpretation based on the principle of proportionality is reached, and understandings that reach the essential core of any of the fundamental principles under discussion are avoided.

Keywords: Garnishment. Family's house. Improbity. Possibility.

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2 Aspectos gerais da impenhorabilidade do bem de família. 2.1 Fundamentos jurídicos da proteção ao bem de família. 2.2 Impenhorabilidade do bem de família e as medidas cautelares. 3 A ação de improbidade administrativa. 3.1 Os direitos fundamentais em conflito. 3.2 A possibilidade da decretação de indisponibilidade de bens recair sobre o bem de família na ação de improbidade. 3.3 A penhora do bem de família por ato de improbidade administrativa. 4 Considerações finais. Referências.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se a Constituição da República (BRASIL, 1988), em seu art. 37, § 4º, assegurou a repressão eficiente aos atos de improbidade administrativa como direito fundamental da coletividade, prevendo punições severas para aqueles que desvirtuarem a legítima atuação estatal, também elevou a moradia a um status de igual envergadura, impondo ao Estado e à sociedade a garantia de que ninguém, sem uma justificativa legal e proporcional, poderá ser privado do conforto de seu lar, fazendo com que esses valores jurídicos eventualmente conflitem entre si.

É que o processo civil deve sempre ser efetivo, mormente quando visa à proteção de direitos coletivos. Todavia, pode acontecer de, em um cumprimento de sentença em ação civil pública de improbidade, o executado dispor apenas de seu bem de família para ser penhorado, não prevendo, a Lei nº 8.009/90 (BRASIL), a prática de atos de improbidade administrativa como hipóteses legitimadoras da expropriação judicial do imóvel familiar.

Indubitavelmente, tem-se o conflito entre dois valores basilares da atual ordem jurídica brasileira. De um lado, a proteção constitucional dada à moradia, de modo que todo indivíduo merece o devido refúgio contra atos que o inviabilizem de ter um local seguro, justo e suficiente para o seu abrigo, nos termos do art. 1º da lei nº 8.009/90 (BRASIL), dispositivo que concretiza o art.

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

6º, caput, da Carta da República. Do outro lado, a efetividade do princípio da moralidade, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal, a qual reprova de maneira contundente os atos de improbidade administrativa.

A resolução deste imbróglio é imprescindível para o sistema processual civil regente da Lei nº 8.429/92 (BRASIL). Não podendo o intérprete jurídico fazer uma interpretação demasiadamente restritiva da Lei de Impenhorabilidade, é-lhe defeso, também, ter entendimentos autoritários que, em última instância, representem um atentado a um direito social duramente conquistado ao longo de séculos.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo contribuir para a saudável discussão acadêmica relativa ao tema, não se tendo a pretensão, todavia, de esgotar a matéria e todas as minudências que a cercam, justamente em razão da complexidade do debate proposto.

Em um primeiro momento, ter-se-á a exposição geral de institutos processuais que precisam ser entendidos para a compreensão do objeto de estudo. Serão expostos os fundamentos constitucionais e legais da proteção ao bem de família, relacionando-se os aspectos da Lei nº 8.009/90 (BRASIL) com as medidas cautelares, a fim de saber-se se bens impenhoráveis podem sofrer constrição em sede de tutela de urgência. No mesmo sentido, a análise das exceções à regra de impenhorabilidade do imóvel residencial e do requisito de boa-fé do executado para a proteção legal não pode passar despercebida.

Posteriormente, será feita a relação entre os supramencionados institutos processuais e a Lei de Improbidade Administrativa, refletindo-se sobre o conflito do direito à moradia com a moralidade administrativa, a possibilidade de decretação de indisponibilidade do bem de família e se isso implica necessariamente na posterior penhora da residência do executado condenado por ato ímprobo.

Impõe-se examinar essas questões de maneira a se resguardar os valores em conflito, não se admitindo soluções simplórias que coloquem em xeque o bom funcionamento da ordem jurídica, sempre com a devida atenção e respeito ao devido processo legal – a razão de ser de todo o sistema processual.

2 ASPECTOS GERAIS DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

2.1 Fundamentos jurídicos da proteção ao bem de família

O bem de família pode ser estabelecido convencionalmente pelo regime do atual Código Civil (BRASIL, 2002), com fulcro no seu art. 1.711. Entretanto, foi antes mesmo do CC/02, com o advento da lei 8.009/90 (BRASIL), que se encontrou o respaldo necessário para alcançar a sua efetiva proteção legal: a forma de acolhimento do sistema normativo jurídico destinado a garantir um asilo residencial à família, tornando impenhorável o imóvel onde habita.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL) traz o direito fundamental à moradia como forma de proteção à família estampado expressamente no seu art. 6º, além de prevê-lo em diversos outros dispositivos constitucionais, como o art. 7º, IV, art. 23, IX, art. 226, caput etc.

Objetivando conferir efetividade à Constituição, a lei nº 8.009/90 (BRASIL) traz em seu rol as hipóteses de impenhorabilidade do bem de família. Diz-se que a proteção ao bem de família revela o aspecto negativo do direito à moradia: ninguém, seja por atitude do Estado ou de particulares, pode ser privado de sua moradia sem que haja uma justificativa legal para tanto, a qual seja consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2002).

O escopo da lei em realce encontra sua essência no resguardo do bem de família, consubstanciado, sobretudo, na proteção ao direito fundamental da dignidade humana e no direito à moradia de qualquer pessoa, atrelado aos princípios da solidariedade social, da igualdade substancial e do cumprimento da função social da propriedade.

Verifica-se, com isso, a proteção do bem de família como uma garantia de suma importância, sendo um meio de se fomentar a dignidade do indivíduo e a preservação do bem-estar familiar, ainda que em detrimento de interesses dos credores, principalmente nas ações de execução. Tal postulado também se relaciona com o princípio da menor onerosidade processual previsto no art. 805 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), advindo da acertada perspectiva de que o processo de execução não deve ser utilizado como instrumento de vingança.

Nesse contexto, "Não pode a execução ser utilizada para causar a extrema ruína, que conduza o devedor e sua família à fome e ao desabrigo, gerando situações aflitivas e inconciliáveis com a dignidade da pessoa humana" (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 485), eis que o processo deve ser sempre guiado pelos postulados mais comezinhos do devido processo legal.

2.2 Impenhorabilidade do bem de família e as medidas cautelares

Tendo em vista o caráter protecionista que a Lei nº 8.009/90 (BRASIL) estabeleceu em relação ao imóvel residencial, fato é que, em regra, o demandado não pode vir a sofrer nem sequer a constrição cautelar no seu bem familiar. Ora, se as medidas cautelares visam assegurar o resultado útil do processo (ou seja, garantir eventual satisfação do direito perseguido, normalmente em fase de cumprimento de sentença), e se o resultado útil quase

sempre não poderá ser satisfeito com a penhora do bem de família, é intuitivo afirmar que a residência, em regra, não poderá ser objeto de medida cautelar restritiva.

Nada obstante, faz-se necessário a demonstração de que a penhora e as tutelas cautelares são atos distintos, posto que, apesar das afinidades que esses institutos jurídicos têm em diversos aspectos, não devem ser confundidos.

Enquanto as medidas cautelares podem ser definidas como o “meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa” (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 576), é a penhora o ato judicial que busca, na efetividade da ação de execução, a satisfação do direito do exequente através da expropriação do bem. Possui, assim, natureza jurídica de ato executório, afirmando Theodoro Júnior (2016, p. 485) que a hipótese de natureza jurídica da penhora como medida cautelar deve ser desde logo desconsiderada, pois não é a penhora providência tomada como eventual recurso ou mecanismo de segurança do objeto posto em litígio, diferentemente do que de modo habitual ocorre com as cautelares típicas (arrolamento de bens, o sequestro, arresto e similares).

É verdade que a distinção desses institutos jurídicos não obsta a existência de similitudes entre si, mas é fato que as tutelas cautelares, sejam elas típicas ou atípicas, têm fundamentos e objetivos distintos da penhora.

Mesmo assim, tem-se que as medidas cautelares, em regra, não poderiam recair sobre os bens especificados em lei como absolutamente impenhoráveis, visto que inalcançadas, teoricamente, pela penhora na sua fase de execução, já que esta normalmente representa atos de constrição patrimonial com o desígnio de atingir diretamente o direito de propriedade do executado.

Entretanto, conforme se passará a expor, mesmo essa concepção admite relativização, podendo recair certas medidas cautelares e até mesmo a penhora

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

sobre bens considerados impenhoráveis. Isso se dá nas hipóteses expressamente previstas em lei e quando evidenciando o conflito de tal pressuposto com outros bens jurídicos igualmente relevantes.

2.3 Exceções à regra de impenhorabilidade dos bens de família

A Lei 8.009/90 (BRASIL), como já foi visto, tem como escopo efetivar o resguardo necessário ao bem de família, protegendo, além do direito de moradia, a real integridade do núcleo familiar. Contudo, essa mesma lei, considerando outros interesses de igual ou maior relevância, estabelece as exceções à impenhorabilidade do imóvel familiar, como se nota em seus arts. 2º e 3º (BRASIL, 1990).

Especificamente com relação ao inciso III, é interessante notar que protege o credor da pensão alimentícia, excepcionando a regra de impenhorabilidade nesse caso por se tratar de interesses jurídicos eleitos pelo legislador como essenciais para satisfazer as necessidades fundamentais e até mesmo de subsistência do credor, tendo em vista um outro valor jurídico de maior relevância: o direito à vida e a uma sobrevivência digna. O inciso VI, por sua vez, traz a exceção fundamentada na relação existente entre o Direito Civil e o Direito Penal, combatendo-se a má-fé do executado, de modo a não se consagrar o gozo do direito à moradia através de uma conduta ilícita, assegurando uma maior efetividade do sistema de justiça penal.

Além das hipóteses supracitadas prevista na Lei 8.009/90 (BRASIL), tem o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendido pela existência de outras possibilidades de penhora do bem de família. A Corte da Cidadania tem assentado que a presença da boa-fé é pressuposto processual determinante

para a referida proteção legal, afastando-se o manto da impenhorabilidade quando evidenciada a má-fé do executado diante do caso concreto.

Sendo assim, é possível a expropriação judicial quando caracterizada a má-fé do devedor para burlar execução ou mesmo para fraudar o legítimo direito de credores, podendo o bem de família ser penhorado e expropriado. É de se admitir também, quando comprovada, ainda que em sede de cognição sumária, a tentativa do devedor de se subtrair à execução, a possibilidade de constrição cautelar do imóvel residencial.

É notório, pois, que as regras de impenhorabilidade, assim como as demais garantias individuais existentes, não são consideradas direito absoluto, pois admitem relativização em face de interesses jurídicos maiores, a depender do caso concreto. Possibilita-se, com isso, a imposição de medidas cautelares e até mesmo a penhora sobre os bens de família, seja em função de enquadramento nas hipóteses legais, seja em razão da constatação de que o bem de família está viciado pela má-fé, atingindo princípios de igual ou superior relevância, aplicando-se, para alcançar a solução dos conflitos, o uso adequado e certamente medido do princípio da proporcionalidade.

Percebe-se que, a despeito do refúgio legal conferido ao imóvel residencial – que inexoravelmente decorre do direito de moradia –, o próprio legislador reconheceu bens jurídicos que merecem ser mais bem tutelados, em função de valores outros que não podem ser olvidados. Tal compreensão é deveras importante para compreender o objeto do presente trabalho, como passará a ser exposto.

3 A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Os direitos fundamentais em conflito

Passa-se, agora, à análise específica da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, exprimindo-se o ponto nevrálgico objeto deste artigo. É de suma importância discutir se e em quais hipóteses o bem de família pode ser objeto de constrição cautelar na ação de improbidade, e se a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º da Lei nº 8.429/92 (BRASIL) implica, necessariamente, em ulterior penhora dos bens constrangidos na tutela de urgência.

Viu-se que a proteção legal dada ao bem de família não surge por acaso, já que o direito à moradia é previsto pela Carta Magna como uma dentre várias outras garantias sociais que protegem valores básicos de qualquer sociedade civilizada, não sendo admissíveis restrições injustificáveis a direitos fundamentais. É perceptível, com isso, que, sendo o imóvel residencial imprescindível à proteção estatal da entidade familiar, não poderá, em princípio, ser penhorado em hipóteses além daquelas elencadas na legislação.

Por sua vez, o princípio da moralidade é basilar da atuação administrativa brasileira, equiparado que é aos fundamentos da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, inviabilizando que a atuação do gestor público seja destoante dos parâmetros existentes em um Estado Democrático de Direito honesto, justo, ético e probo. Tendo em vista que, quanto a esse aspecto principiológico, moralidade e probidade se confundem (DI PIETRO, 2017), é de se louvar o entendimento segundo o qual a sociedade tem, como decorrência dos postulados republicanos, direito de exigir que seus agentes públicos comportem-se em consonância com a boa-fé e com a honradez. Nas palavras de Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (2013, p. 6):

Tamanha é a importância da probidade administrativa – direito público subjetivo de caráter difuso pertencente à sociedade brasileira, que esse direito, a nosso ver, possui a natureza de um direito fundamental, sendo o centro, o âmago do microsistema jurídico em estudo, cuja extensão vem se alargando.

A honestidade e lisura no trato para com o erário são verdadeiros direitos fundamentais da coletividade, de modo que a atuação de qualquer agente que destoe desse postulado deve ser fortemente rechaçada pelo ordenamento jurídico pátrio, na forma prevista pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, daí por que o cumprimento de sentença na ação de improbidade não pode olvidar da efetividade jurisdicional, entendendo-se como tal, para Didier Jr., o direito fundamental à tutela executiva – neste caso, direcionado à sociedade (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Acontece que não foi prevista, no art. 3º da Lei nº 8.009/90 (BRASIL), a possibilidade de penhora do imóvel familiar em ação de improbidade. A partir de uma interpretação meramente literal, tem-se a possibilidade de esvaziamento das normas protetivas à moralidade pública previstas na Lei de Improbidade, já que, inexistindo outros, nem mesmo o bem de família poderia ser utilizado para fins de ressarcimento ao erário ou combate ao enriquecimento ilícito do agente ímprobo. Como se viu, a Lei do Bem de Família estabeleceu outros valores jurídicos relevantes para a permissão de penhora do imóvel habitacional, mas a ação de improbidade não se enquadra entre eles.

Nítido, pois, o conflito normativo aqui exposto. Tendo os direitos fundamentais natureza jurídica de princípios, constantemente conflitam entre si, cabendo ao aplicador do Direito, através do método de ponderação de interesses (ALEXY, 1999), realizar a interpretação no caso concreto que, a despeito de fazer prevalecer um sobre o outro, não atinja o núcleo essencial de qualquer um deles. É com a observância da proporcionalidade que se deve

alcançar tal desiderato, em consonância com o entendimento de Humberto Ávila (1999).

Por não haver previsão legal, o bem de família, em regra, não poderá ser penhorado em situações que não aquelas descritas no art. 3º da Lei nº 8.009/90 (BRASIL), ainda que o processo judicial trate de responsabilização do agente ímprobo. Se a todos é garantida uma série de direitos de ordem constitucional, sendo vedada, inclusive, a aplicação de sanções cruéis na esfera penal (Brasil (1988), art. 5º, XLVII), é evidente que aos indivíduos, como assevera Fachin (*apud* TARTUCE; SIMÃO, 2013), deve ter assegurado um patrimônio mínimo que faça jus à sua sobrevivência como decorrência da própria dignidade humana. Sendo a existência de direitos fundamentais o que distingue um Estado Democrático do estado de barbárie, não se pode conceber, *a priori*, que alguém seja privado do seu bem de família fora das previsões legitimamente eleitas pelo legislador.

Mas isso não pode ser compreendido como ideal pleno. Como foi exposto logo acima, a lei relativiza a impenhorabilidade do bem familiar quando esta colide com bens jurídicos igualmente relevantes, e o STJ tem admitido a penhora do imóvel residencial mesmo em hipóteses não previstas expressamente na legislação, levando-se em consideração a boa ou má-fé do executado. Faz-se mister, assim, uma análise perfunctória da jurisprudência para se definir em quais casos o bem de família poderá ser decretado indisponível e penhorado na ação de improbidade.

3.2 A possibilidade da decretação de indisponibilidade de bens recair sobre o bem de família na ação de improbidade

Atento a esse dilema, o Superior Tribunal de Justiça tem se debruçado sobre a questão. Apesar de aquela Corte ainda não ter analisado a

possibilidade de ser penhorado bem de família na ação em epígrafe, tem entendido que o imóvel residencial pode ser objeto da constrição cautelar de indisponibilidade prevista no art. 7º da Lei nº 8.429/92 (BRASIL). É importante frisar, todavia, que o deferimento de indisponibilidade patrimonial, como qualquer medida cautelar, se dá em momento e por fundamentos distintos da penhora – como já foi demonstrado –, significando que o simples fato de ser o bem decretado indisponível não conduzirá a uma obrigatória expropriação judicial.

A medida cautelar de indisponibilidade de bens visa resguardar o resultado útil do processo quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 7º da Lei nº 8.429/92 (BRASIL)), admitindo-a o STJ também para assegurar a execução de eventual multa civil.

Autores como Neves e Oliveira (2018) sustentam que, como o bem de família é impenhorável, não poderia recair sobre ele a cautelar de indisponibilidade, visto que, no momento executivo, o bem não poderia servir à satisfação do direito. Porém, com o máximo respeito ao mencionado autor, deve-se ressaltar que decretação de indisponibilidade não se confunde com a penhora.

Em outras palavras, a decretação de indisponibilidade de bens visa tão somente assegurar a efetividade de eventual condenação, para que, na hipótese de se julgar procedente o pleito condenatório, a execução possa ter utilidade fática. Conforme será visto, é de se admitir a penhora sobre bem de família cuja propriedade decorra da prática de ato de improbidade administrativa, sendo que é processualmente impossível aferir esse requisito em sede de cognição sumária. Logo, o melhor entendimento é o de se admitir a indisponibilidade do

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

bem de família como medida cautelar, mas ressaltar a penhora para a hipótese de efetiva comprovação de ilicitude na aquisição do bem.

É que o pedido de indisponibilidade, como já pacificou o STJ prescinde de individualização dos bens a serem objeto de constrição, bastando que haja proporcionalidade entre o valor de eventual execução e a medida cautelar a ser efetivada (MARQUES, 2017), devendo recair sobre tantos bens quantos sejam suficientes para combater o enriquecimento ilícito, o dano ao erário ou para garantir a execução de multa civil.

E mais: o fato de o bem de família ser impenhorável não constitui óbice para que seja decretado indisponível, pois a medida cautelar de indisponibilidade, repita-se, não se confunde com a penhora: esta é o ato judicial prévio à expropriação do bem, enquanto que aquela evita apenas que o agente aliene a coisa, desfazendo-se dela. Como a indisponibilidade não implica em expropriação judicial do imóvel, sua efetivação não constitui ofensa ao direito fundamental à moradia. Nas palavras do eminente Ministro Francisco Galvão (BRASIL, 2008), relator do REsp nº 956.039/PR:

[...] O eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas sim de impossibilidade de alienação. A Lei n.º 8.009/90 visa a resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar. No caso, o perigo de alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso seja julgado procedente o pedido formulado contra o agravante na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário.

Aliás, independentemente da possibilidade de penhora, a indisponibilidade do bem de família não será despida de utilidade: em primeiro

lugar, a situação patrimonial do demandado pode ser alterada no curso do processo, além de ser possível a produção de provas que revelem a real situação econômica do réu, o que justificaria, a depender do caso concreto, a expropriação judicial da coisa. Em segundo lugar, pode ficar demonstrado, após ampla produção probatória na fase de conhecimento, que o bem foi adquirido em decorrência da prática ímproba, sendo inevitável a posterior penhora da coisa, como será visto adiante.

Isso não significa, entretanto, que a simples narração dos fatos supostamente perpetrados e a mera propositura da ação automatizem a medida cautelar de indisponibilidade. Como qualquer decisão constritiva do patrimônio individual, mormente por se dar através de juízo de cognição limitada, deve a indisponibilidade de bens ser devidamente fundamentada e estar alicerçada em fatos concretos que indiquem a prática do ato ilícito.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça (2015b) entende também que o risco estampado no art. 7º da Lei de Improbidade é presumido, bastando ao autor da ação a demonstração da alta probabilidade de cometimento do ato ímprobo por parte do acusado para que seja deferida a tutela cautelar em destaque, embora não seja medida de adoção automática e deva ser adequadamente fundamentada pelo magistrado (MARQUES, 2017).

3.3 A penhora do bem de família por ato de improbidade administrativa

Analisada a jurisprudência do STJ acerca da medida cautelar de indisponibilidade, cabe examinar a aplicação do mesmo entendimento na execução de sentença condenatória por ato de improbidade. Para Mauro Campbell Marques (2017), o art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90 (BRASIL), em princípio,

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

não poderia ser aplicado aos casos de improbidade administrativa, vez que seria restrito à esfera penal. Com tal entendimento deve-se concordar parcialmente.

De fato, dado o caráter civil da ação de improbidade, a segunda parte do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90 (BRASIL) deve restringir-se à esfera criminal. De igual modo, ainda que tenha o agente praticado ato de improbidade que importe em enriquecimento ilícito ou dano ao erário, tais circunstâncias não podem ser suficientes para, por si só, legitimar a expropriação judicial do bem de família. É que não há previsão legal autorizando-a nesses casos, e não pode haver restrição a direitos fundamentais arbitrariamente pelo intérprete jurídico.

Mas uma exceção deve ser apontada: a hipótese de o imóvel residencial ter sido adquirido através do ato de improbidade. Se a própria Lei de Impenhorabilidade prevê a perda do bem de família quando for adquirido com produto do crime, não há razões para não se estenda a mesma regra para os casos em que a coisa for uma decorrência de ato ímprobo. Isso porque, possivelmente, adquirir o bem através de um ato que cause prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito também configurará um tipo na esfera penal, como concussão (art. 316 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317), tráfico de influência (art. 332), lavagem de capitais (art. 1º da Lei nº 9.613/98 (BRASIL)) etc.

Ainda que assim não seja, deve-se penhorar o imóvel ilicitamente adquirido com base no princípio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza, sendo absolutamente incoerente que alguém possa gozar de um direito fundamental através da prática de atos ilícitos.

Logo, a penhora sobre o bem de família deve ocorrer apenas quando restar comprovado, durante a instrução probatória, que o ato de improbidade causou enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º da Lei nº 8.429/92 (BRASIL)) ou prejuízo ao erário (art. 10 e 10-A), demonstrando-se que a própria existência do

imóvel familiar é consequência de uma prática ilícita. Naturalmente, se o ato causar apenas ofensa aos princípios da Administração Pública, nada haverá que ressarcir ou combater, pois, se o agente adquire o bem ilicitamente através de ato de improbidade, se estará diante de uma das hipóteses previstas nos arts. 9º a 10-A da Lei, apesar da previsão do art. 12, III – ressarcimento ao erário quando o ato ofender os princípios da Administração Pública (NEVES, OLIVEIRA, 2018).

Cumprido anotar que não há nenhuma contradição em se admitir, em tese, a indisponibilidade do bem de família amplamente, mas restringir a penhora às hipóteses em que a aquisição da coisa decorra de ilícito administrativo, configurando, por si só, um ato ímprobo. É que a medida cautelar, já se viu, tem como objetivo apenas o de garantir o resultado útil do processo, independentemente da culpa formada pelo acusado, enquanto que a penhora é o ato prévio à expropriação judicial, obviamente posterior à sentença condenatória.

Por não importar em expropriação judicial do bem, e por existirem motivos que justificam a decretação de indisponibilidade sobre o imóvel familiar – conforme visto no tópico anterior –, não há óbice ao acolhimento judicial da medida epigrafada. A penhora, entretanto, depende da comprovação de que o imóvel é oriundo de ilícito administrativo, já que é anterior à perda da propriedade. Pensar diversamente equivaleria a dizer que a indisponibilidade já antecipa uma futura execução condenatória, com grave violação à presunção de inocência, ao contraditório e ao devido processo legal.

Não se nega que as medidas cautelares não podem, em regra, ocasionar maiores ônus ao executado do que um eventual cumprimento de sentença. Entretanto, como não há valores absolutos no ordenamento jurídico, a cautelaridade ampla do magistrado em ação de improbidade, sobretudo em função do bem jurídico protegido (o princípio da moralidade administrativa), é

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

medida que se impõe, ainda que a expropriação do bem de família necessite de posterior comprovação da ilicitude supradescrita.

Uma última ressalva deve ser feita: em alguns precedentes (como no AgRg no AREsp 436.929/RS (BRASIL, 2014b), REsp 1.461.892/BA (BRASIL, 2015b), e REsp 1.164.037/RS (BRASIL, 2014a), o STJ decidiu que a indisponibilidade não poderia recair sobre bens absolutamente impenhoráveis. Acontece que esses casos são distintos da matéria aqui exposta, pois analisaram verbas de caráter alimentar, como salários e proventos de aposentadoria. Decretar sua indisponibilidade, de fato, atinge o patrimônio mínimo individual, vez que seu bloqueio importa em restrição ao uso e ao gozo de tais bens, cujo titular fica impossibilitado de sacá-los e, portanto, privado de suas necessidades mais básicas.

Não é o que acontece com o bem de família, que é coisa imóvel. Neste caso, dos quatro atributos inerentes ao direito de propriedade (mencionados no art. 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002), apenas a disposição é objeto de restrição, não havendo privação do acusado quanto ao seu direito de moradia, o que apenas acontecerá quando, na fase instrutória, verificar-se que o domínio da coisa está relacionado à prática do ato de improbidade administrativa. A partir dessa interpretação, consegue-se garantir o patrimônio mínimo individual, sem, entretanto, tornar ineficaz a proteção ao princípio da moralidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo quanto foi exposto no presente trabalho, procurou-se contribuir para uma discussão que, embora já suscitada pela doutrina e jurisprudência, ainda não se encontra resolvida, principalmente porque o STJ, responsável por

unificar a interpretação dada ao direito federal, ainda não analisou a hipótese de se penhorar o bem de família em ação de improbidade administrativa.

Viu-se que a proteção legal dada ao imóvel familiar é uma consequência lógica do direito constitucional à moradia, e que, a despeito de a Lei nº 8.009/90 (BRASIL) tratar apenas e tão somente da penhora da coisa, o bem familiar não pode também, em regra, ser atingido por medidas cautelares que visem resguardar o resultado útil do processo, já que não poderá ele, *prima facie*, ser expropriado na esfera judicial.

Contudo, nota-se que essas regras admitem exceções previstas na própria Lei nº 8.009/90 (BRASIL) em virtude de outros interesses jurídicos eleitos pelo legislador como igualmente relevantes, possibilitando a jurisprudência, no mesmo sentido, que tutelas cautelares e a penhora recaiam sobre o imóvel familiar quando evidenciada a má-fé do demandado ou executado na administração da sua residência.

Considerando-se que não existe previsão expressa na legislação que albergue a possibilidade de penhora do bem de família na ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, defendeu-se que a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º da Lei nº 8.429/92 (BRASIL) deve ser amplamente admitida, inclusive com a possibilidade de recair sobre o imóvel residencial, em razão da necessidade de cautelaridade máxima do magistrado com relação ao interesse jurídico coletivo a ser resguardado, sempre em observância ao devido processo legal.

Mas foi advogado que a decretação de indisponibilidade não resulta, necessariamente, na posterior penhora do objeto decretado indisponível, o que só se admite nas hipóteses em que este tiver sido adquirido em função dos atos de improbidade, justamente em razão da má-fé daquele que adquiriu o bem de família.

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLINE DE SOUZA E SILVA

Ressalte-se, como visto, que não existe contradição em se possibilitar a indisponibilidade do imóvel familiar de maneira geral, mas condicionar a sua penhora à efetiva comprovação, durante a fase de conhecimento, de ter sido ele adquirido como proveito do ato de malversação da Coisa Pública. Com essa solução, não se esvazia nem um nem outro princípio, garantindo-se a efetividade da ação de improbidade e respeitando-se o direito de todos a um patrimônio mínimo e digno.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais do Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 217, p. 55-66, jul./set. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>. Acesso em: 01 abr. 2018.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **Manual de improbidade administrativa**. direito material e processual: 6. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **O Microsistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania**. 2013. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/o_microsistema.pdf. Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.613%2C%20DE%203%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial-AgRg no Resp 956.039.** PR 2007/0115752-1. Relator: Ministro Francisco Galvão. DJ 03 jun. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790251/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-956039?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial-AgRg no AREsp 436929.** RS 2013/0388407-7. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ 21 out. 2014b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483550/agravo-regimental-no>

A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA PENHORA

REINALDO PEREIRA, GILBERTO BARROS E MARIA CAROLAINÉ DE SOUZA E SILVA

agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-436929-rs-2013-0388407-7?ref=juris-tabs. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.164.037**. RS 2009/0213987-08. Relator: Ministro Sergio Kukina. DJ 20 fev. 2014a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25143809/recurso-especial-resp-1164037-rs-2009-0213987-8-stj>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.461.892**. BA 2014/0148586-8. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJ 17 mar. 2015b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179453070/recurso-especial-resp-1461892-ba-2014-0148586-8?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 mar. 2018.

DIDIER JR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**: 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

MARQUES, Mauro Campbell. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, D. A. A.; OLIVEIRA, R. C. R. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**: 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

SARLET, I. W.; MARIONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 3.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito civil: direito das coisas**: 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013, v. 4.

Submissão do artigo: 31/07/2020

Aprovação do artigo: 25/07/2021

O MAL DO CRIME, O MAL DA PENA: RESSOCIALIZAÇÃO OU VINGANÇA DO ESTADO?

THE EVIL OF CRIME, THE EVIL OF PENALTY: RESOCIALIZATION OR REVENGE OF THE STATE?

LARISSA SANTOS DUARTE

Graduanda do 10^o semestre em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN.

WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA

Docente do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense/UNIPAR. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR. Advogado.

PAMELA LOUVERA FESTUGATTO

Docente do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Venda Nova do Imigrante/FAVENI. Aluna especial do programa de Mestrado da Universidade de Marília/UNIMAR.

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade a análise da aplicação da Justiça Restaurativa na solução das ações penais. Analisa-se se ela efetivamente resulta na ressocialização das partes envolvidas, tanto para o infrator, como também para a vítima. A aplicação da Justiça Restaurativa mostra-se relevante à aplicabilidade de práticas restaurativas nas ações penais, considerando que a realidade brasileira tem mostrado um quadro de violência e criminalidade intensificadas com um alto índice de desintegração social e de novos padrões de sociabilidade. Nesse ponto de vista, o presente artigo trata o modelo restaurativo como uma forma de perpetuar a proteção aos direitos humanos evitando as consequências provenientes de um processo criminal e abordando as relações entre os sujeitos sociais envolvidos.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Crime. Social. Aplicação. Sociedade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the application of Restorative Justice in the solution of criminal actions. It is verified whether this effectively results in the re-socialization of the parties involved, both for the offender and for the victim. The application of Restorative Justice is relevant to the applicability of restorative practices in criminal proceedings, considering that the Brazilian reality has shown a scenario of intensified violence and crime with a high rate of social disintegration and new standards of sociability. From this point of view, this article deals with the restorative model as a way of perpetuating the protection of human rights, avoiding the consequences arising from a criminal process and addressing the relationships between the social subjects involved.

Keywords: Restorative Justice. Offense. Social. Application. Society.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Justiça restaurativa e ressocialização: aspectos gerais 3 princípios da justiça restaurativa. 3.1. Princípio do voluntarismo das partes envolvidas 3.2. Princípio do consensualismo no acordo entre as vítimas 3.3. Princípio da complementariedade da justiça restaurativa 3.4. Princípio da confidencialidade das partes 3.5. Princípio da celeridade do processo 3.6. Princípio da economia no processo 3.7. Princípio da disciplina na execução dos acordos 4. Os impactos da justiça restaurativa e a conciliação do réu com a sociedade. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A análise que se faz no presente resumo se consubstancia nos efeitos da Justiça Restaurativa na solução das ações penais sob uma perspectiva de ressocialização tanto do infrator como também da vítima. Tratando-se de um processo de reintegração do réu que foi liberado no local de convívio que foi afetado por sua conduta criminosa, buscando sua conscientização sobre o mal causado. Por meio da Justiça Restaurativa, demanda-se reconhecer as razões em conflito através de uma conversa que busca fortalecer a identidade da pessoa humana entre as partes comprometidas, sem que haja a presença do Estado Juiz, mas apenas com a imagem de um simplificador. Trata-se, pois, de um recurso facultativo que busca preservar a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, sua avaliação apresenta-se essencial, abrindo uma oportunidade para aplicar as práticas restaurativas, visto que estas buscam uma resolução do conflito de maneira terapêutica e consensual, mostrando-se relevante pelo alto índice de violências e crimes e no nosso sistema penal apresentar uma forma retributiva como resposta do delito.

Para alcançar as hipóteses suscitadas, divide-se o presente artigo em três partes. A primeira parte tem como finalidade a conceituação da Justiça Restaurativa e da ressocialização, a fim de situar o leitor nos fundamentos básicos que norteiam o assunto que será tratado.

Na segunda parte faz-se uma abordagem sobre os princípios da Justiça Restaurativa. A terceira parte é dedicada a levantar os impactos que são advindos com a aplicação da Justiça Restaurativa.

No final, apresenta-se um apanhado do proposto na pesquisa, de que a Justiça Restaurativa é uma forma de reinserção social.

A pesquisa e redação do artigo se deram por intermédio de pesquisa bibliográfica doutrinária e em diplomas legislativos.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E RESSOCIALIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS

A Justiça Restaurativa é um método de tentar solucionar o conflito de maneira consensual. Pretende mudar a percepção que a sociedade tem do delito, não se consubstanciando em sugerir exclusivamente melhorias na ressocialização do apenado, mas também buscando assimilar o significado da transgressão para a sociedade.

É considerada uma infração entre o transgressor, o corpo social e a vítima, encarregando-se de fazer a justiça, de modo a identificar as dificuldades e deveres dessa infração, como também da lesão causada a fim de tentar restaurá-la, proporcionando e incentivando os indivíduos enredados a conversarem e atingirem um acordo, como partes principais do processo, constituindo-se a justiça, analisando de acordo com a sua aptidão de fazer a responsabilidade pela infração, ou seja, que assuma ela que as necessidades derivadas da agressão sejam adequadas e o desfecho tanto individual quanto social terapêutico seja contemplado (PINTO, 2005, p. 3).

Considera-se a Justiça Restaurativa como uma síntese de debate, pela sua capacidade de responder às exigências da sociedade obtendo um resultado do sistema, sem descuidar dos direitos e atribuições constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da restauração das vítimas e comunidade e, ainda, proteger-se de um necessário abolicionismo controlado. A justiça restaurativa é uma esperança diante da não eficiência do sistema de

justiça criminal e da intimidação de modelos de desconstrução dos direitos humanos (PINTO, 2005, p. 21).

Adentra-se, nesse contexto, a alusão aos Direitos Humanos e ao reconhecimento das complicações do injusto que foi causado pela justiça comum. A justiça restaurativa, além de enfatizar os direitos humanos, também vê a necessidade de verificar o impacto de injustiças sociais e de alguma maneira tenta resolver esses problemas, ao contrário de apenas oferecer aos transgressores uma justiça formal e, às vítimas, justiça alguma. O modelo restaurativo desperta as pessoas a ter respeito pelas diferenças, e não superioridade de uma cultura sobre outra. Dessa maneira, tem o objetivo de restituir à vítima a segurança, o autorrespeito e a dignidade. Além de devolver aos transgressores as respectivas consequências e responsabilidade pelo crime cometido; reparar a afeição de que podem consertar o mal que causaram e também ter a confiança de que foram corretos seu processo e resultado (MORRIS, 2005, p. 441).

A Constituição Federal de 1988, a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente e, principalmente, a Lei 9.099 de 1995, proporcionaram progressos na aplicabilidade do modelo restaurativo no sistema jurídico brasileiro em determinados casos. O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal proporcionou a reconciliação e operação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo (BRASIL, 1988). Também dispõe sobre o procedimento para a conciliação e julgamentos dos crimes menos graves a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de modo que esta proporciona a prática da justiça restaurativa mediante organizações da composição civil, transação e interrupção relativa do processo (BRASIL, 1995). Por meio do artigo 126, o Estatuto da Criança e do Adolescente também promove a realização do modelo restaurativo, vez que atende ao regimento da remissão. Assim, o processo

poderá ser excluído, suspenso ou extinto, de maneira que a composição do conflito seja de clareza entre as partes envolvidas, de forma independente e consensual (BRASIL, 1990).

A Justiça comum apresenta um progresso no processo civil, iniciado com a legislação. Contudo ela ainda hoje é demonstrada como vingança pública e exercida por meio do domínio estatal. É por carregar essa origem de violência que o programa de controle penal comum não dá conta de moderar a violência. No sistema de Justiça comum, o Estado dá o seu máximo poder de violência e coerção, em um conjunto de procedimentos que se articulam entre culpa, perseguição, imposição, castigo, equilíbrio e coerção mecanismos que acabam por estimular reações emocionais e atitudes negativas como o medo, a insinceridade, a mentira, a rivalidade, a hostilidade, e a transferência de responsabilidades.

De acordo com Eduardo Viana (2018, p. 299):

[...] na reação social, as investigações não se dirigirem a possíveis déficits de socialização ou patologia sociais, mas sim aos repressores, de modo que o desviante é produzido pelo controle social, daí porque se fala em uma sociologia da sociedade punitiva. O enfoque definitorial, portanto, questiona o processo de definição da criminalidade, e com isso, suprime as investigações sobre as causas.

O modelo restaurativo visa a promover valores humanos positivos, considerados preliminares e até mais importantes do que as leis. Valores como honestidade, solidariedade, interconexão e esperança são a base da autorresponsabilização e da restauração dos conflitos. Estes valores executam-se mediante um conjunto de práticas de resolução social de conflitos e problemas, expondo as iniciativas derivadas de tradições representativas da

máxima competência de aproximação humana e de pacificação social, analisando alguns pontos que se integram no tecido da conectividade humana e comunitária: a responsabilidade, o encontro, a afeição e, quanto à restauração do dano, o nível e a coerência.

De acordo com Barbara Hudson (2003, p.3, apud OLIVEIRA; SANTANA; NETO 2018, p.4), o modelo retributivista resguarda a ideia de que a meta da punição judicial é outorgar culpa moral ao infrator pelo crime que cometeu e que a conduta futura do infrator ou de outros integrantes da comunidade não é uma preocupação adequada da punição.

O crime é um delito cometido por pessoas, ou seja, uma violação, o qual cria uma obrigação de corrigir os erros. A justiça abrange a vítima, o infrator e a sociedade na procura de soluções que proporcionem a reparação, reconciliação e a proteção:

[...] O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para o que é exercido não pode submeter-se ao juízo da racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais. (ZAFFARONI, 2010, p. 88).

Ao invés de estabelecer a justiça como retribuição, define-se esta como uma forma de restauração. Se o crime é considerado como um feito lesivo, a justiça pode reparar a lesão causada e proporcionar a restauração. Atitudes de restauração, ao contrário de mais violência, deveriam contrapesar o dano advindo do crime. Não é possível assegurar recuperação total, mas a justiça tenta oferecer um conteúdo no qual esse processo pode começar. Se o feito

lesivo tem quatro dimensões, os atos reparadores deveriam tratar sobre todas elas.

Sendo assim, realizando uma comparação do modelo retributivista com o restaurativo, notamos que no primeiro o delito é considerado uma violação de lei, os danos são estipulados em abstrato, o delito está em um grupo diverso dos outros danos. Neste modelo, o Estado é considerado como a vítima e ele e o ofensor serão as partes no processo, as carências e direitos das vítimas são desprezados, a importância das pessoas insignificante, o caráter conflituoso do delito é ocluso, o mal causado ao criminoso é irrelevante e a ofensa sofrida será sempre fixada em teor técnico e jurídico. Já no método restaurativo o delito é determinado pelo mal ao relacionamento e à pessoa. Os danos são estabelecidos de forma concreta. O delito está associado a outros danos e a outras discussões. Neste método, as vítimas são consideradas as pessoas e os relacionamentos, as partes do processo serão a vítima e o infrator. Tem como preocupação principal os direitos e as precisões das vítimas, como também a relação entre as pessoas. O mal do delito é reconhecido e o mal causado ao ofensor também é relevante e, por fim, nesse modelo a ofensa será concebida de acordo com o seu contexto.

Em um texto clássico sobre Justiça Restaurativa, Pinto, (2005, p. 43) assinalou que:

[...] o modelo integrador se apresenta como o mais ambicioso plano de reação ao delito. Ele volta sua atenção não só para a sociedade ou para o infrator, mas pretende conciliar os interesses e expectativas de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituosa que o originou. Deste modo, pugna pela restauração de todas as relações abaladas, o que inclui, mas não se limita à

reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura positiva do infrator.

A recuperação das vítimas não quer dizer que se irá esquecer ou reduzir a violação. Resulta num critério de recuperação, numa forma de encerrar uma fase, onde a vítima teria que sentir que ela está segura e no controle e o agressor deveria ser estimulado a mudar. Eles deveriam receber a liberdade de recomeçar uma nova etapa, ou seja, uma vida nova. A melhoria inclui um entendimento de recuperação e esperança com referência ao futuro (ZEHR, 2008, p. 13).

A retribuição e restituição dizem respeito à restauração de uma estabilidade. Embora a restauração tenha importante valor representativo, a restituição é uma forma mais corpórea de remodelar a equidade. Assim, a retribuição procura o equilíbrio rebaixando o ofensor ao ponto onde foi parar a vítima. É uma experiência de vencer o malfeitor inutilizando sua argumentação de superioridade e assegurando o valor da vítima. A restituição, por outro lado, procura majorar a vítima a seu nível original. Para isso, reconhece o valor ético da vítima, percebendo ainda o papel do ofensor e a capacidade de arrependimento, assim autenticando também o valor do ofensor (ZEHR, 2008, p. 18).

O conceito de retribuição também pode ser considerado como absoluto, pois são conceitos que se encontram conectados ao conceito de que o cabimento da pena coincide em simples ressarcimento pelo mal ocasionado. A punição não executa encargo algum a não ser a usual retribuição pelo delito cometido pelo infrator. Por esse motivo, se se compara com um conceito absolutista da penalização em concordância a afirmação atual da pena, exonera-se e independe de qualquer desfecho que não seja o conserto ou a retribuição. (VIANA, 2018, p.345).

Expõe-se pedir ao ofensor que conceda a obrigação de corrigir o mal, podendo estimulá-lo a responsabilizar se e enfrentar suas vítimas. Porém, não se deve obrigá-lo a isso. Certamente, não se deve coagi-lo a participar, pois encontros involuntários raramente serão bons, tanto para o ofensor quanto para a vítima. Conseguimos pedir que o ofensor conserte seu erro, mas ele não pode ser completamente ajuizado sem algum estado de vontade (ZEHR, 2008, p. 21).

Considerando o argumento retribucionista atribuído à pena, o desfecho da penalização não é importunar o infrator para invalidar o mal que o crime cometido causou, porque o fato é que não o invalida, não irá provocar uma atual violência e arrisca-se a regressar ao estado antigo. A represália origina um facciosismo, e as leis, para preservar o direito, devem ser escusas a esse facciosismo.

Os infratores têm de responder pelos seus atos, assim como a sociedade. De modo que a sociedade deve atender às vítimas, colaborando para reconhecer e para servir às suas necessidades. Do mesmo modo, a sociedade deve atender às necessidades dos infratores, tentando não apenas restaurar, mas também modificá-lo (ZEHR, 2008, p. 23).

A pena, muitas vezes, é destinada a ser retributiva. Isso significa o mal pelo mal. Já em outros casos, atribui-se como um método preventivo, tentando evitar novos crimes. Mas também deve ser atribuída com o intuito ressocializador, visando a uma reintegração do infrator no meio social. Assim, os princípios constitucionais são os principais e mais importantes limites quando se fala dos limites ao funcionamento do *ius puniendi* estatal, de forma que essas normas colocam obstáculos na atuação do direito de punir.

A Lei de Execução penal viabiliza a ressocialização com o intuito de habilitar a pessoa para o convívio social, pois é essencial produzir meios de fazer com que a pena privativa de liberdade execute seu encargo social sem desrespeitar os direitos particulares da pessoa que cometeu o delito, de maneira que eles sejam ressocializados, reeducados e, por conseguinte, introduzidos na sociedade novamente.

O intuito da pena é ressocializar e reeducar o criminoso. Não por outra razão, no programa mínimo da sociedade internacional de defesa social, principalmente no tocante aos princípios essenciais deste movimento, o direito penal é um dos meios utilizados pela sociedade para que possa diminuir a criminalidade. Os meios de ação devem ser enxergados não só de modo a proteger a sociedade contra os criminosos, mas também como uma forma de preservar as pessoas para que também não caiam no mundo da criminalidade (ANCEL, 2018, p. 354).

Portanto, com a adoção do princípio da adequação social, faz-se com que o figurante não consiga exceder o obstáculo da tipicidade a fim de conseguir identificar a ilicitude ou até mesmo a culpabilidade. Assim, abre possibilidade da criação da figura típica e o aviso para necessidade de revogação dos tipos penais que não mais preveem comportamentos impróprios socialmente, atuando como instrumento para analisar e interpretar as figuras atípicas.

As convicções de empoderamento e contato direto entre vítima e infrator nem sempre podem ser confinados. Em alguns casos, decisões por terceiros são indispensáveis.

Casos que tenham consequências muito pertinentes para a sociedade não podem ficar exclusivamente nas mãos de vítima e infrator. Obriga-se haver algum tipo de fiscalização da sociedade. Mas esses casos não precisam ser a

regra de como enxergamos e reagimos ao crime. Ainda nesses acontecimentos, necessitamos manter diante dos olhos uma imagem da natureza verdadeira do delito e o que deveria efetuar-se idealmente (ZEHR, 2008, p. 27).

Exercer a justiça de acordo com o modelo restaurativo quer dizer dar a explicação de maneira organizada aos delitos e aos resultados causados por ele, visando a sanar os danos sofridos pela emotividade, pelo amor próprio ou reconhecimento, evidenciando o sofrimento, o ressentimento, a injúria, o gravame causados pelo dano, de forma que todos os comprometidos tenham presença na tentativa de solução da divergência cometida. As técnicas de justiça restaurativa reconhecem as malfeitorias impostas e induzem a sua correção incluindo as pessoas, de modo a modificar suas condutas e suas visões em uma relação de acordo, sem deixar de lado o sistema de justiça, mas colocando estes a exercerem atividades para sua restauração, para se recompor, para se reestruturar, de maneira que todos os envolvidos e confrangidos por um delito tenham a possibilidade de usufruírem, caso queiram, do método restaurativo.

No processo da Justiça Restaurativa, um ou mais mediadores ou facilitadores que realizam a prática, combinam os encontros entre as partes envolvidas no caso, e não o juiz que julgou o caso. São esses facilitadores que irão tratar sobre o assunto. Eles que exporão as consequências decorrentes do delito. Recebendo esses encontros o nome de Círculo Restaurativo, durante esses debates as partes serão orientadas pelos facilitadores ou mediadores, sempre com a proposta de estabelecer um programa restaurativo, visando a um acordo que possa atender à necessidade de todos, tanto das partes envolvidas como também da sociedade.

O acordo restaurativo, ao ser promovido, deve acatar os limites da lei e os princípios da justiça restaurativa para que conceba os resultados desejados no processo estabelecido, lembrando que o lugar em que é realizado o Círculo Restaurativo é um local que oferece segurança para a formação do resultado, garantindo o sigilo do conteúdo tratado no encontro.

Conseqüentemente, as vítimas e suas sociedades de suporte se reúnem e, com a ajuda de um facilitador ou mediador, tentam acordar sobre como enfrentar o delito, suas conseqüências e suas implicações no futuro. De modo abrangente, a justiça restaurativa proporciona um procedimento mais informal e privado sobre o qual têm controle as partes de forma direta afetadas pelo delito. Não significa que não existam normas a serem cumpridas ou que não há direitos que devem ser respeitados. Pelo contrário, quer dizer que dentro de um cenário particular há uma capacidade de maior maleabilidade, incluindo a destreza cultural.

A justiça restaurativa pode oferecer um conceito que afirma e legitima os modelos comuns de justiça, sendo que os dois métodos restaurativos mais importantes são encontros familiares e os círculos que tentam obter a paz. São ajustes dos modelos tradicionais.

São três os métodos que tendem a coordenar a justiça restaurativa, sendo eles os encontros entre a vítima e o infrator que oferece a oportunidade de se debater o fato e compreender as circunstâncias; os encontros familiares e os círculos restaurativos este utilizado quando há um processo já em andamento, sendo que será suspenso antes da prolação da sentença. Aqui, será observada qual a melhor solução para o delito. Essa prática vem se desenvolvendo e novas formas que aproveitam elementos de cada método surgem de acordo com cada necessidade e característica do caso material.

Faz-se necessário exibir os conceitos apresentados na Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas:

[...] 1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive resultados restaurativos. 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*). 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Sendo assim, esse conceito apresentado possibilita a compreensão de que a justiça restaurativa só poderá ser utilizada na medida em que o indivíduo confessar o delito, isto é, responsabilizar-se do crime que cometeu, comprovado o delito.

3 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.1 Princípio do voluntarismo das partes envolvidas

O método restaurativo não deve ser um método impositivo, ou seja, forçado e unilateral como é o sistema judicial. Deve ser um processo em que as partes sejam colaborativas, tenham uma vontade livre e demonstrada acerca

dos seus direitos. Esse caráter voluntário faz com que o infrator verifique e se responsabilize pelas consequências que a sua conduta produziu, como também o de evitar praticar mais delitos no futuro, sendo aplicada em todas as fases do método restaurativo, não somente no momento em que for aderido.

Esse é um dos princípios mais significativos, ainda que exista quem entenda que os métodos restaurativos devam se converter em obrigatórios, como parte integrante do processo criminal.

Nem todo benefício restaurativo será almejado, ou seja, fruto de um acordo entre as partes. Não se pode pressionar o infrator a assumir a autoria dos delitos, como também a realizar o acordo. Também não se pode determinar que a vítima tenha o contato direto, que ela não quer, com a pessoa que a agrediu, ocasionando uma vitimização de terceiros.

Tratando-se de um princípio de ampla importância na Justiça Restaurativa, ocasiona uma limitação, qual seja, a de que não possuindo as partes aptidão para debaterem, não conquistarão um trato.

Alguns autores afirmam que, para garantir o efeito positivo dos métodos restaurativos, quando envolver delitos mais graves, deve-se deixar de lado o princípio da voluntariedade, pois assumir a responsabilidade da forma com que a justiça restaurativa propõe não é aceito sem relutância.

Assim, diversos infratores resistem em voltar a ser vulneráveis ao invés de procurar entender as consequências de suas condutas. Afinal de contas, produziram esses tópicos e racionalizações com o intuito de se ocultarem justamente contra esse tipo de ideia. Submeter-se a uma punição é mais compreensível para eles por inúmeros motivos. Constantemente, os infratores necessitam de um caloroso incentivo ou até mesmo uma repressão para admitir suas obrigações (ZEHR, 2008, p.186).

3.2 Princípio do consensualismo no acordo entre as vítimas

Este princípio implica na realização de uma decisão, ou seja, um acordo no qual fixam-se as normas de atitudes a serem respeitadas. O acordo deve ser equilibrado. Deve conceder privilégios iguais para as duas partes devendo ser também acordos razoáveis. Minucioso, deve definir objetivamente as particularidades de quem fará o quê, como fará, quando irá acontecer e durante quanto tempo será realizado. Embora isto não seja absolutamente relevante, revela-se útil em termos de certeza, garantia jurídica e de segurança crítica.

Assim, a Justiça Restaurativa aposta em uma percepção do infrator, permite à vítima o ressarcimento, a recapacitação e um contentamento moral que lhe permita harmonizar os efeitos psicológicos do crime e recuperação da sua honra.

Nessa lógica, André Gomma de Azevedo (2005) diz que o método restaurativo refere-se a uma maneira de buscar a adequada mediação, com o intuito da reparação do dano moral e também material ocasionado, usando a comunicação efetiva entre o infrator, a vítima e os representantes da sociedade, de modo que seja capaz de cada vez mais incentivar o conserto do delito, e ofertando mais assistência à vítima, preponderando a solidariedade e apreço mútuo entre o infrator e a vítima, uma maneira de civilizar as relações processuais nas lides penais.

3.3 Princípio da complementariedade da justiça restaurativa

Nem sempre os métodos da Justiça Restaurativa impedem um processo criminal. Só que mesmo assim um método restaurativo poderá ser benéfico, pois o infrator conseguirá restaurar extrajudicialmente a vítima, sendo-lhe destinado, por conseguinte, uma pena de prisão de menor durabilidade.

Mesmo nos delitos de mais gravidade, os métodos da Justiça Restaurativa mostram-se possíveis, em assessoramento com as práticas penais estabelecidas, como, por exemplo, ao em vez de cumprir uma penalidade definitiva de 20 anos de prisão, o infrator poder conseguir uma penalidade de 10 anos, de modo que tenha se aplicado por retratar-se com a vítima.

Deste modo, verifica-se na resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas o caráter complementar do método restaurativo, visto que é compatível com nosso sistema jurídico e com o Estado Democrático de Direito.

3.4 Princípio da confidencialidade das partes

O princípio da confidencialidade outorga às partes a fundamental segurança para, de modo verdadeiro e aberto, enfrentarem seus interesses sem limitações, pois se o processo de mediação for frustrado, não ocorrer conforme o previsto, as alegações não podem ser transmissíveis em juízo. Desse modo, nas conversas as alegações não devem ser somente escritas, preponderando o princípio da oralidade, que proporciona a manifestação dos sentimentos dos envolvidos.

A confidencialidade na esfera criminal corresponde à impossibilidade de a vítima, agressor e mediador exibirem o teor das reuniões de mediação a terceiros pessoas, ou de que estes sejam prova em tribunal. Assim, a

confidencialidade protege os seus integrantes em caso de não haver acordo, impossibilitando serem aproveitadas em seu desfavor no processo judicial.

O compromisso de confidencialidade concentra-se não somente às partes, como também ao conciliador, ao mediador, e aos componentes de seu grupo, advogados, equipe técnica e outros indivíduos que possam ter de forma direta ou indireta integrado do procedimento.

Segundo Francisco Amado Ferreira (2006) é essencial que se enriqueça a confiança e o crédito negocial entre as partes, de maneira a amadurecer e tranquilizar caso necessitem dar pronunciamentos em outras sedes, evitando prováveis constrangimentos em qualquer momento do processo. Assim, qualquer publicidade no decorrer do processo deverá ser recusada, levando em conta que a mediação deve ocorrer no sigilo.

3.5 Princípio da celeridade do processo

A Justiça Restaurativa dá ao contratempo jurídico uma explicação ágil e eficaz, assim como estabelece o devido sentido de justiça. Assim, induz ao princípio da simplicidade, clareza dos feitos e das formas, impedindo mecanismos não necessários ou insignificantes, sem que se deixem de manter as regras, mas tão somente aquelas que sejam fundamentos para o seu seguimento.

Deste modo, “o princípio da celeridade significa que o processo deve ser rápido, e terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica” (ALVIM, 2002, p.14).

Neste método, são as partes que conduzem a duração do processo, de acordo com a natureza, com o tipo e com o enredamento de cada fato, o que nos leva a presumir, ainda que as partes careçam de um período maior para se compreenderem ou atingirem uma decisão ou acordo que este período não será maior do que o que demoraria na justiça comum.

A celeridade processual assegura o exercício das atividades e o prazo presumido em lei para examinar os processos que sejam cumpridos. Mas, na prática, é menos burocrática, de modo que podem ser separados em diferentes arquivos para favorecer o julgamento.

O indispensável da celeridade processual é comprometer-se ao cabível direito à justiça, que excede possibilidade de apresentar-se em juízo, incluindo também a tutela jurisdicional conivente e concreta. Dessa maneira, assegura a eficácia do âmbito jurídico, se tornando a melhor forma para finalidade processual.

3.6 Princípio da economia no processo

Em poucos casos este princípio não se convalidará, pois em cada caso, com sua complexidade, o Estado financiará ou não o relacionado centro, os honorários das pessoas da função administrativa e executiva, podendo os custos alterarem muito; muito embora não se possa dizer que este método é muito econômico, ele consegue ainda ser mais em conta que no sistema tradicional, conforme o período, advogados, o lugar a frequentar e custas.

O método restaurativo busca reduzir os custos, tanto para o judiciário quanto para as partes. Deste modo, “deve-se buscar os melhores resultados possíveis com o menor dispêndio de recursos e esforços” (GONÇALVES, 2009, p. 26).

3.7 Princípio da disciplina na execução dos acordos

O dever de obedecer à disciplina toca no infrator e na vítima no que tange à execução dos acordos. O conceito de disciplina associa-se a uma técnica de responsabilização das partes envolvidas no processo em ação e beneficia a aceitação social deste método restaurativo.

O procedimento restaurativo, com alto controle e auxílio, encara e combate as infrações à medida que admite e certifica os valores, e há cooperação do infrator. É da natureza da justiça restaurativa resolver os conflitos de forma colaborativa e disciplinada.

Nesse caso, para obter um resultado, necessitam de um processo restaurativo feito de maneira cooperativa, de modo a auxiliar as dificuldades coletivas e individuais, assim como as responsabilidades, ou seja, a disciplina das partes. Portanto, o respeito tem um valor muito relevante, que deve ser a base e argumento de toda prática restaurativa.

4 OS IMPACTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONCILIAÇÃO DO RÉU COM A SOCIEDADE

O processo e valores estão ligados na justiça restaurativa, ou seja, eles são inseparáveis, visto que são os valores que estabelecem o processo, e o processo é o que torna possível os valores. Se o método restaurativo favorece os valores de respeito e integridade, é de fundamental importância que as práticas utilizadas em um encontro restaurativo apresentem respeito por todas as partes envolvidas e concedam várias chances para todos falarem suas

verdades espontaneamente. No entanto, enquanto estes valores sejam honrados, há espaço para vários processos e uma versatilidade de práticas.

De acordo com Quintiliano Saldaña (2003, p.50), quando um integrante da sociedade pratica um delito, o Estado deve advertir o infrator por seu comportamento, utilizando uma pena como método repressivo. Ou seja, a repressão é o que se utiliza para o procedimento de cumprimento das leis, visto que para cada delito a lei estabelece uma medida a ser provida.

Portanto, esse método não procura compensar o fato anterior, e sim justificar a pena com o fim de precaver novas infrações do agente. Assim, difere da precaução global, em razão de o fato não se conduzir à sociedade. Ou seja, a ocorrência se conduz a uma determinada pessoa, que é o indivíduo culpado. Sendo assim, a pretensão deste método é evitar que aquele que errou volte a errar (NERY, 2012).

Desta forma, o vocábulo ressocialização, em relação à execução penal no Brasil, traz um imenso contrapeso à asserção da lei de execuções penais no Brasil, visto que não se pode falar em reintegração ao seio da sociedade de um sujeito que em nenhum momento cooperou com o sistema social presente. Uma considerável população carcerária nunca desfrutou de serviços essenciais como educação, saúde, assistência social. Tampouco gozaram da oportunidade de atividades remuneradas.

A ideia de ressocialização não é tão nova. Segundo Jorge Trindade (2010, p. 393), métodos restaurativos e de ressocialização encontram-se desde a Grécia Antiga, adquirindo a forma vigente no final do século XX nos Estados Unidos, lugar em que era o principal meio pelo qual os trabalhadores das estradas de ferro resolviam seus conflitos.

Tem o impacto de reparar o prejuízo de uma forma que não apresente sentimento de injustiça pelas partes. Surgindo através da falta de punição, que

não produz benefício e conforto às partes o crescimento de violência em um contexto mundial e a ausência de um modelo punitivo, direcionado no sistema crime-pena. O afastamento social do infrator pelo crime e o indivíduo do bem, na insolência ou na diminuição da parte da vítima no procedimento de solucionar o conflito em teor penal, no ponto de vista estrito do delito como contravenção à norma, auxiliaram para a pesquisa de medidas para enfrentar a criminalidade opcional à de prisão, como conserto e exercícios de benefício coletivo, desenvolvendo programas de justiça restaurativa em argumentos, conceitos e resultados próprios distintos dos de caráter punitivo.

As metas da justiça restaurativa estão ligadas, nos seus devidos princípios, particularmente no respeito, na responsabilidade e no relacionamento, de modo que estes princípios esteiam os objetivos do método restaurativo, no progresso do principal e na liberdade das pessoas que de modo direto foram envolvidas em caso de dano, constrangimento, discórdia ou violência. Ao conceber da Justiça, um processo inovador, reduzindo futuros conflitos e ofensas. Para isso, é significativo que se reconheçam os sentimentos da vítima e que as ações feitas por esse método prometam respeito às suas necessidades. É fundamental para a Justiça restaurativa que o infrator averigüe e assuma a responsabilidade sobre o quê seus feitos infligiram a outras pessoas e relacionamentos. O resultado do processo deve auxiliar a reparar os feitos e, também, dedicar-se às razões pelas quais levaram à ofensa e que vítima e infrator cheguem a um pacto de término do caso ou de resposta com participação da sociedade.

A chave da justiça restaurativa é a conciliação das partes, de modo que deixa de buscar por um culpado e passa a procurar soluções de forma consensual para a restauração das vítimas.

A Justiça Restaurativa visa a poupar de novas infrações, abrindo lugar para que o culpado perceba seus erros. Também expõe novas chances. Em especial, a explicação da justiça restaurativa é uma renovada forma de se sanarem os delitos na esfera criminal, visto que o que mais se pretende é realizar o encontro entre o infrator e a vítima para obterem uma prevenção positiva, isto é, para que o infrator seja capaz de extrair os adequados ensinamentos para o amanhã, de forma a se arrepender pelo mal que foi praticado e compreender quais foram seus danos para as vítimas, e, por fim, para que a vítima também tenha oportunidade de expressar-se, dizendo sobre suas mágoas e angústias, eventualmente demonstrando a ele a calamidade que lhe causou (ROBALO, 2008, p. 29).

Assim, é permitido perceber que o modelo restaurativo busca o resultado de fazer com que as partes que foram afetadas na sociedade consigam se reconciliar, ocasionando infinitos benefícios, de modo que se evite algum tipo de rancor entre eles. Oliveira comenta (2012, p. 62) que:

[...] as práticas restaurativas não são uma forma primitiva de realização de justiça, nem mesmo se equivalem à justiça pública oficial, visto que pressupõem um modelo consensual de resolução de controvérsias, em uma perspectiva menos punitiva, mais equilibrada e humana. Isso porque o crime deixa de ser concebido enquanto ofensa a um bem jurídico pelo desatendimento de uma norma abstratamente veiculada, para traduzir-se em uma ruptura do relacionamento entre os sujeitos.

Com o exercício de restaurar e conciliar, se reduz a aplicação de penalidades e logo, também, a massa carcerária. A Justiça Restaurativa conceitua-se por propor a devolução do infrator ao meio social, logo após solucionar o mal feito por ele, ou seja, a reconciliação não pretendia o cárcere

do infrator do delito, e sim recursos pelos quais ele será capaz de reparar os danos causados.

Nessa perspectiva, a intenção é olhar para o futuro e para o restabelecimento das relações, ao contrário de apenas focar no passado e no crime, ou seja, na culpa. A justiça tradicional enfatiza que se a pessoa cometeu um delito deverá ser castigado. Já na justiça restaurativa, faz-se um questionamento sobre o que o indivíduo consegue realizar para reparar isso (PINTO, 2005, p. 192).

O essencial foco é o da possibilidade das pessoas se modificarem diante do desenvolvimento das suas verdadeiras situações, tanto da vítima, como do ofensor, e também do cidadão ou do integrante de uma instituição. A organização da possibilidade de se transformar é a partir das perspectivas do modo restaurativo na mudança das visões, projetos e relações convencionais das redes de programas em que se inclui a situação. Esse método restaurativo traz ao seu lado uma incitação de benefício de uma nova técnica de ética de compromisso sociável, que reivindica uma nova colocação de respeito ao outro, principalmente de quem esteja promovendo uma ressignificação das relações pessoais em uma sociedade.

O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por normas sistemáticas (ZEHR, 2008, p. 171).

Apesar de o Estado responsabilizar-se em resolver os delitos e suas consequências, no método restaurativo o Estado dá alguns certos tipos de autoridade para seus representantes da sociedade civil, aqueles que melhor

irão intermediar no conflito, promovendo um ambiente mais acolhedor, ao contrário dos representantes da justiça.

Os impactos do método restaurativo, tanto para vítima como também para o infrator, sendo atribuída a cada parte uma feição socializante, como, por exemplo, a vítima, é a imagem principal tendo voz ativa no processo. É ela quem tem o controle sobre o procedimento que está sendo feito, obtém a devida assistência em relação à restituição sobre suas perdas materiais e reparos, suprimindo suas carências particulares e coletivas. Já o infrator é enxergado como aquele que deverá se responsabilizar pelos danos causados e suas devidas consequências no feito. Participando de maneira direta e ativa, é lhe dada à oportunidade de interagir com a vítima e a sociedade, podendo se desculpar com ela, sendo sempre informado sobre o que está acontecendo no procedimento restaurativo, podendo opinar na decisão, de modo que tem conhecimento das consequências.

Um reflexo muito significativo também tem a ver com a família do infrator, que por muitas vezes também é vista como delinquente, e a justiça restaurativa vem proporcionar que seja feito um diálogo entre eles, conseguindo resolver um conflito que existe internamente, podendo ser por conta dele que o infrator cometeu tal delito.

Na justiça retributiva, o conflito tenta ser solucionado por meio da punição, deixando a vítima perdida psicologicamente, sem compreender o real motivo de tudo aquilo estar acontecendo. Já a justiça restaurativa promove toda uma explicação entre eles, para que todas as dúvidas sejam tiradas, oferecendo o devido apoio.

Culpa e punição são fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocam. Somente pela dor terão sido acertadas as contas. O objetivo básico de nosso processo penal é a

determinação da culpa, e uma vez estabelecida, a administração da dor (ZEHR, 2008, p. 75).

A justiça restaurativa visa a enfatizar os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas ao invés de simplesmente oferecer aos ofensores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa maneira, seu objetivo é a restituir à vítima a segurança, o autorrespeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais, e não a preponderância de uma cultura sobre outra.

Uns autores enfocam que a inserção da entidade da escusa no programa legislativo brasileiro facilitou a integração da Justiça Restaurativa. Nas palavras de Karen Rocha da Silva (2007), nessa sistemática observamos que se exhibe de forma adequada a ascensão de uma postura de responsabilização dos jovens, que estavam em divergência com a lei, à concepção dos princípios restaurativos. O progresso do amadurecimento dos adolescentes criminosos, obtendo menor interferência do Estado, assume um caráter de responsabilização incorporado no método restaurativo de maneira ativa, para que eles tenham a brecha de aceitar as consequências de seus delitos; e que, de modo autônomo, assumam seus deveres, ou seja, suas obrigações com o auxílio do poder público, da sociedade e, sempre que possível, de sua família.

Sendo assim, crimes como os contra a propriedade, sem violência, crimes contra a honra, crimes contra a liberdade individual e seus impactos devem ser voltados mais para a restauração do que para retribuição.

5 CONCLUSÃO

O modelo restaurativo procura proporcionar a inclusão das partes envolvidas nas lides penais a partir de programas de assistência, permitindo, assim, que elas participem de processos colaborativos, visando a uma redução do dano ao mínimo possível e à reintegração à sociedade em lugar da pena punitiva.

Um método de justiça direcionado unicamente nos processos, sem ter consideração com finalidades restaurativas, não pode ser conceituado como restaurador. Com base no conhecimento da Justiça Restaurativa, deseja-se que a sociedade adote e que queira os métodos restaurativos para a resolução de seus conflitos, auxiliando na ressocialização de seus integrantes.

A Justiça Restaurativa põe os envolvidos na resolução do conflito para realizá-lo, para que o Estado influencie, ou seja, interfira de modo direto, empregando ações que, constantemente, fornecerão uma impressão astuciosa de justiça. Ao abordar o crime através do método restaurativo observamos de forma nítida que as partes passam a ter voz ativa, passando a ser facilitadoras na resolução do delito.

Ao analisar os princípios que norteiam a justiça restaurativa, tendo como exemplo os princípios da consensualidade no acordo entre as partes e voluntarismo das mesmas, podemos verificar que fica a critério facultativo delas adotar ou não o método restaurativo, do mesmo modo que podem retirar-se do processo que está em execução, expondo dessa maneira que o

desfecho a ser dado ao conflito acata a vontade das partes ao invés de impor uma lei, como no modelo retributivo que dispara uma sentença apenas com o intuito de sancionar o delito. É possível à justiça restaurativa no nosso país ser utilizada tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, pois o nosso ordenamento jurídico autoriza a utilização de tais técnicas.

Com efeito, o método restaurativo não tem a presunção de sobrepor o sistema penal, não sendo assim aplicada a todas as formas de crime, em razão de que se deve compreender que nem todos os feitos estão sujeitos a acordo, pela sua natureza e resultados.

É fundamental que a sociedade mude sua ótica sobre o crime e a justiça, de forma que afaste os preconceitos jurídicos e sociais, pois a violência não pode ser enfrentada com violência, ou seja, com vingança, vindo o sistema restaurativo se mostrar mais humano, com resultados mais práticos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais comentada e anotada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa: promulgada em 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Acesso em: 08 set. 2019.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. v. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HUDSON, Barbara. Understanding Justice. An Introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory. Philadelphia: University Press, 2003, *apud* OLIVEIRA, Samyle, SANTANA, Selma, CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 155-181.

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e Sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro**. EGOV, 2012.

OLIVEIRA, Cristina. Notas Sobre a Justiça Restaurativa. **Síntese**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

ROBALO, Teresa L. de G. de A. e Souza, **Justiça Restaurativa**: um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Karina Duarte Rocha da. **Justiça Restaurativa e sua Aplicação no Brasil**. 2007. 83f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em:
http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/1_con_Karina_Duarte.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nova Criminologia**. Campinas: Russel Editores, 2013.

SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. Livraria do advogado Editora, 2010.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v.1.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes** – Um novo foco sobre o crime e a Justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Submissão do artigo: 07/09/2020

Aprovação do artigo: 28/07/2021