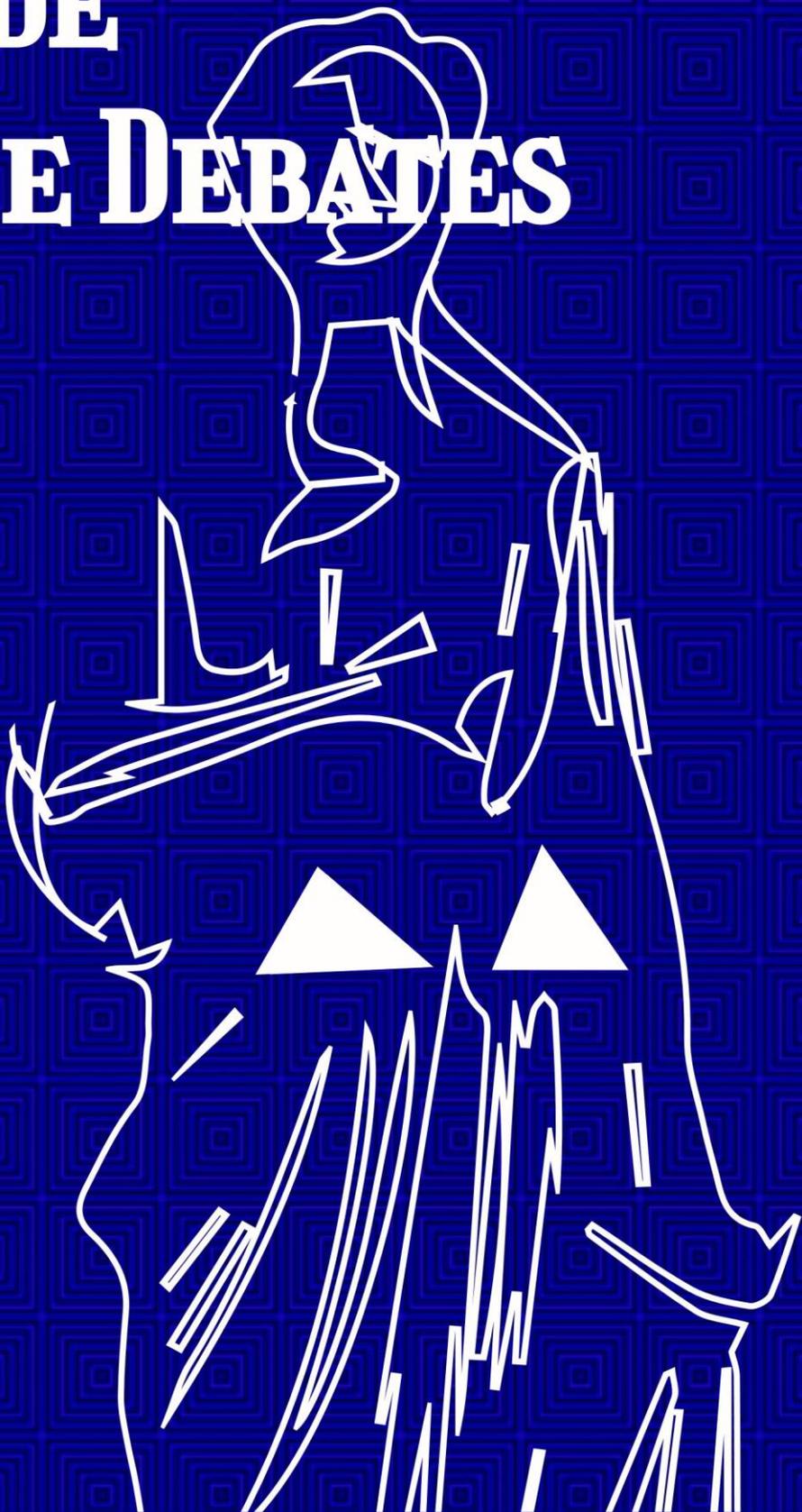

REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES



VOLUME 6. Nº 1
JAN. A JUN. 2022



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

ISSN 2525-2984

REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



CEDES

Centro de Estudos e Debates

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Diretor-Geral

Des. Luiz Noronha Dantas

Diretor da Área Cível

Des. Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva

Diretor da Área Criminal

Des. José Muiños Piñeiro Filho

Coordenador de Estudos Especiais

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Magistrados integrantes do CEDES

Des^a. Andréa Maciel Pachá

Juíza Maria Cristina de Brito Lima

Juiz Gerardo Carnevale Ney da Silva

Juiz Roberto Câmara Lacé Brandão (*in memoriam*)

Juíza Ana Cristina Nascif Dib Miguel

Juiz Mário Henrique Mazza

Juíza Elizabeth Machado Louro

Juiz Mário Cunha Olinto Filho

Juíza Maria Tereza Donatti

Juiz Paulo Mello Feijó

Juíza Ana Paula Monte Figueiredo Pena Barros

Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto

Juiz João Marcos de Castello Branco Fantinato

Juiz Leonardo de Castro Gomes

Juiz Paulo Roberto Sampaio Jangutta

Juiz Alberto Salomão Junior

Juiz Marcelo Oliveira da Silva

Juiz Marcello Rubioli

Juíza Lucia Mothé Glioche

Juíza Daniella Alvarez Prado

Juiz Afonso Henrique Ferreira Barbosa

Juíza Alessandra de Araújo Bilac Moreira Pinto

Juíza Anna Eliza Duarte Diab Jorge

Juíza Luciana Fiala de Siqueira Carvalho

Juíza Admara Falante Schneider

Juíza Renata Travassos Medina de Macedo

Juíza Juliana Cardoso Monteiro de Barros

Juíza Juliana Benevides de Barros Araújo

Juíza Roberta Barrouin Carvalho de Souza

Juiz Antonio Luiz da Fonseca Lucchese

Capa:

Laura Pinheiro Design

Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, 115, sala 413 - Bloco F – Lâmina I

Centro - 20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

(21) 3133-4456

cedes@tjrj.jus.br

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que entregamos ao leitor o presente volume da *Revista de Estudos e Debates*, no qual orgulhosamente se publica importante artigo de Sua Excelência, o Presidente do Tribunal de Justiça, o **Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira**. Marca de uma profícua administração, em diversos campos, o chefe do Poder Judiciário fluminense apresenta-nos breve síntese dos projetos levados a cabo durante sua incansável gestão, nos quais sobressaem esforços para o estabelecimento de relações interinstitucionais nas mais diversas esferas. Tendo como metas a ampliação dos canais de comunicação com a sociedade, a valorização das práticas sustentáveis e o cuidado na proteção daquelas populações em situação de risco, mas sem olvidar esforços para se obter uma prestação jurisdicional mais célere, há que se destacar, presentemente, os programas *Novos Rumos*, no campo do combate à violência contra a mulher, e *Justiça Itinerante*, que completou 16 anos de funcionamento e mereceu destaque na edição brasileira do jornal *El Pais* como exemplo de política de inclusão social.

Em sequência, o presente volume dá à estampa textos elaborados pelos magistrados integrantes do CEDES. Frutos dos debates então travados nas reuniões quinzenais dos Grupos Cível e Criminal, os trabalhos aqui reunidos constituem, por assim dizer, o primeiro enfrentamento àquelas questões tormentosas, fonte de angústia e que afligem demasiadamente o magistrado no exercício solitário da jurisdição.

Assim, o problema do momento adequado para oferecimento do acordo de não persecução penal (ANPP) foi abordado pelo **Juiz Marcos Augusto Ramos Peixoto**. Para o douto magistrado, titular da 37ª vara criminal, a formulação desse acordo durante uma audiência de custódia poderia criar algum vício de vontade no custodiado. Posta a situação, em que está em jogo a própria liberdade do indiciado, “verdadeira espada de Dâmocles”, forçosamente, irá despencar sobre o suspeito. A aceitação dos termos de um ANPP lhe seria então desfavorável nessas condições, inclusive, porque o instituto tem como requisito a exigência formal da confissão. Segundo o referido magistrado, este quadro, sob o prisma do direito civil, levaria inevitavelmente à nulidade do pacto então celebrado.

O **Juiz Alberto Salomão Junior**, compulsando diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), verificou a recente tendência jurisprudencial, no que se refere ao tema do reconhecimento fotográfico. Assunto de grande alcance – e atualíssimo –, porquanto tangencia a possibilidade de um erro judiciário de difícil reparação, o eminente julgador identificou nos arestos daquela corte superior posição segundo a qual não cabe prisão cautelar ou condenação de réu com base tão somente no reconhecimento fotográfico feito em sede policial. Para o juiz, titular da 33ª Vara Criminal e Auxiliar da Segunda Vice-Presidência, a recente orientação do STJ representa um alinhamento com os princípios constitucionais de defesa da dignidade da pessoa humana e vai em direção à segurança jurídica e ao primado do sistema acusatório.

A partir de uma perspectiva histórica, a **Juíza Lucia Mothé Glioche** analisa a trágica situação por que passam as entidades de assistência aos menores infratores, desde a Abolição

da escravatura, que instaurou uma cultura de exclusão social e relegou ao abandono grandes contingentes de população. Nesse panorama, a douta magistrada, titular da Vara de Execuções de Medidas Socioeducativas, apresenta-nos, ainda, uma radiografia do campo socioeducativo fluminense e as alternativas que encontrou para enfrentar as exigências postas pelas resoluções que tratam da Central de Regulação de Vagas (pelo princípio *numerus clausus*), sempre diante da perspectiva da superlotação e da falta de estrutura em que se agitam as entidades estatais, essas que, fora do Poder Judiciário, são as responsáveis pelo funcionamento do sistema menorista.

A **Juíza Renata Travassos Medina de Macedo** debruçou-se sobre questão das mais aflitivas, a qual está a demandar urgentíssima resolução. Entre os juizados de violência doméstica e as varas criminais comuns, qual seria o juízo competente para processar e julgar o crime de estupro de vulnerável, à luz da Lei nº 13.431/2017? A revelar dificuldade maior e considerando a criação de vara especializada cuja alçada abrange apenas a Comarca da Capital, aponta a ilustre magistrada, titular do I JVDFCM e Especial Criminal de São João de Meriti, que a segunda instância fluminense ainda não sedimentou entendimento sobre essa competência, o que tem sido causa de grande insegurança jurídica em assunto tão dramático e delicado.

Tendo em vista o tema da violência contra a mulher, em nosso país, a **Juíza Luciana Fiala de Siqueira Carvalho** expõe, em uma perspectiva multidisciplinar, uma síntese histórica dos movimentos feministas, sua luta contra a submissão das mulheres e pela equidade de gênero. Em trabalho que foi apresentado como requisito para a conclusão de curso de pós-graduação da EMERJ e gentilmente cedido para esta publicação, a insigne julgadora, que é titular do V Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, defende que, a partir de uma mudança nas bases da cultura do patriarcado, é possível engajar os homens nesse histórico e importante movimento pela igualdade de gênero e pelo combate à opressão.

A presente publicação traz também textos de três destacados autores, convidados a contribuir para o presente volume, o que para a comissão editorial é motivo de enorme satisfação.

Assunto dos mais instigantes foi enfrentado pela **Juíza Maria Aglaé Tedesco Vilardo**, em texto originalmente publicado na *Revista Julgar*, importante periódico português, a partir de caso concreto julgado quando atuava em vara de família. Seria possível o registro de nascimento, em cujo assento houvesse o nome de um pai e de duas mães? Circunstância em que o direito registral se aproxima do campo dos afetos, a questão enfrentada pela eminente juíza aponta para soluções possíveis e criativas, a partir da multiplicidade de faces que a estrutura familiar pode apresentar na atualidade. À luz da ideia de dignidade da pessoa humana, existe a noção de que o fim último da jurisdição será, no horizonte de normas de alcance constitucional, o de distribuir o maior bem possível, segundo os princípios da não maleficência, da beneficência e da justiça.

Já em texto de autoria do **Juiz Wladimir Hungria** encontramos solução para o problema da assunção das obrigações, antes impostas à CEDAE, pelas novas concessionárias de abastecimento de água. Valendo-se das teorias de Enrico Tullio Liebman e ancorado em sólida bibliografia, o preclaro juiz, titular da 5ª Vara de Fazenda Pública, estabelece que, como terceiras

interessadas, aquelas concessionárias não deixariam de sofrer os efeitos reflexos da coisa julgada material, portanto, responderiam pelas obrigações anteriormente impostas à antiga empresa, no que tange, principalmente, ao que fora fixado sobre a forma de cobrança das tarifas. A partir da elaboração deste importante artigo, os magistrados que atuam no contencioso cível puderam estabelecer proposições, no sentido de enfrentar o volumoso movimento de demandas cujo objeto é justamente a definição dos limites para o cumprimento das obrigações pelas novas concessionárias de abastecimento de água.

Por último, mas não menos importante, a presente edição se orgulha em publicar artigo inédito de autoria do **Dr. Juarez Cirino dos Santos**, em que discorre sobre a lógica do poder e o lugar de uma tecnologia da disciplina como estratégia de controle social. Escrito de cariz filosófico, a partir do clássico “Em defesa da sociedade” (“Il faut défendre la société”), curso proferido por Michel Foucault no Collège de France, em 1976, o eminente professor analisa a ideia da relação entre *poder* e *força*, seja à luz da economia, do direito, da biopolítica ou da guerra, dispositivos cruciais de violência sobre os sujeitos, e deixa nas entrelinhas de sua sofisticada análise a sugestão de que é urgente a retomada da leitura do filósofo francês para a compreensão dos tempos em que vivemos.

Desejamos a todos uma boa leitura, certos de que a **Revista de Estudos e Debates** cumpriu sua missão de dar voz à pluralidade de enfoques que constitui mesmo o Direito enquanto disciplina.

Os editores

SUMÁRIO

- 9 A RELAÇÃO DOS TRÊS PODERES E O ALINHAMENTO NA COMUNICAÇÃO - RESPEITANDO AS DIFERENÇAS E SUAS FUNÇÕES**
Henrique Carlos de Andrade Figueira
- 15 DA INCONVENCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA OFERTA DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**
Marcos A. R. Peixoto
- 26 RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO ACUSADO - ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**
Alberto Salomão Junior
- 41 CENTRAL DE VAGAS NO SISTEMA ESTADUAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO**
Lucia Mothé Glioche
- 53 UM FEMINISMO COM PARTICIPAÇÃO MASCULINA: MASCULINIDADE FEMINISTA**
Luciana Fiala de Siqueira Carvalho
- 73 O JUÍZO COMPETENTE PARA O JULGAMENTO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, COM A ANÁLISE DA LEI Nº 13.431/2017**
Renata Travassos Medina de Macedo
- 82 QUESTÕES SOBRE A BIOÉTICA E OS PROBLEMAS DE DIREITO DE FILIAÇÃO: RECONHECIMENTO DE DUPLA MATERNIDADE**
Maria Aglaé Tedesco Vilaro
- 100 LICITAÇÃO DA CEDAE: A RESPONSABILIDADE DA NOVA CONCESSIONÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO**
Wladimir Hungria
- 112 FOUCAULT: PODER POLÍTICO, BIOPODER E GUERRA**
Juarez Cirino dos Santos

A relação dos três Poderes e o alinhamento na comunicação Respeitando as diferenças e suas funções

Henrique Carlos de Andrade Figueira¹

Desde o momento em que fui empossado na Presidência do Tribunal de Justiça, em fevereiro de 2021, estabeleci como uma das prioridades da gestão o estreitamento dos laços e a intensificação do diálogo com os demais órgãos de Estado. O objetivo é claro: empreender esforços para diminuir o volume de processos judiciais em andamento e modernizar estruturas, a fim de que se tornem compatíveis com os novos tempos, para melhorar o atendimento à população.

Neste sentido, em meio a um cenário de profunda crise sanitária, econômica, social e política, agravada pela pandemia, a relação com o Executivo e o Legislativo tem se pautado pela rigorosa observância dos postulados constitucionais da harmonia e separação entre os Poderes, conforme preceitua o artigo 2º da Constituição brasileira. Mas com a intenção clara de construir um estado pós-pandemia, aproveitando todas as oportunidades para pôr de pé uma agenda positiva para a sociedade.

Dessa forma, temos buscado o efetivo fortalecimento das atividades de comunicação social do Judiciário, juntamente com o trabalho essencial da Ouvidoria, para melhor atender à interlocução com a sociedade civil, que, penso eu, deve usar todos os

¹ Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

novos canais, aí se incluindo as redes sociais, para fortalecer essa interação tão essencial à democracia.

Acredito que quanto mais informação e transparência melhor a orientação para o público em geral. E tenho certeza que a independência do Judiciário e a liberdade de imprensa são, com todas as suas limitações, irmãs siamesas no processo permanente de construção da democracia e de aprimoramento das instituições republicanas.

O Plano Estratégico que vai orientar a caminhada do Poder Judiciário fluminense pelos próximos seis anos não deixa dúvidas. Entre os objetivos estão a garantia dos direitos fundamentais; o fortalecimento da relação institucional com a sociedade; a agilidade e a produtividade na prestação jurisdicional; o enfrentamento à corrupção e à improbidade administrativa; a promoção da sustentabilidade e o aperfeiçoamento da justiça criminal.

Contempla-se, ainda, um crescente investimento na área de TI e de proteção de dados, bem como o aperfeiçoamento da gestão de pessoas. Diversos objetivos estão alinhados ao cumprimento de metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e ao Prêmio CNJ de Qualidade, como é o caso do fortalecimento da Política Judiciária de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher e o desenvolvimento de Plataforma de Resolução de Conflitos.

Seguindo esse propósito, temos procurado avançar no alinhamento de acordos que produzam os resultados que almejamos. Uma de nossas principais parceiras tem sido a Procuradoria Geral do Estado. Tanto assim, que, em 2021, assinamos um convênio de cooperação para que possamos ter um calendário forense, com a criação de semanas e datas específicas, para a solução de litígios envolvendo a administração direta e indireta estadual. Além da PGE, participam dessa iniciativa o Detran e a Defensoria Pública do Estado.

Outra parceria marcante consiste na digitalização dos feitos da Dívida Ativa, quando a PGE se põs à disposição com equipamentos e material humano. Ainda no campo da Dívida Ativa, os convênios firmados com as prefeituras têm garantido aos contribuintes a oportunidade de renegociação de seus débitos relativos a tributos e taxas municipais.

É o caso, por exemplo, de Búzios, São Gonçalo e Maricá, que aderiram ao Programa Concilia. Os acordos foram divulgados no site do Tribunal e pelos das Prefeituras e também ganharam repercussão através da imprensa, contribuindo para a mobilização da população de cada uma dessas cidades. Em 2021, iniciativa semelhante também beneficiou moradores de Nova Friburgo e Três Rios, tendo ampla divulgação.

O Tribunal também se fez presente na solidariedade aos moradores de Petrópolis, na Região Serrana do Estado, quando em fevereiro os magistrados trabalharam em mutirão para a identificação das vítimas da tragédia que se abateu sobre a cidade. Naquela ocasião, o Fórum de Petrópolis chegou a abrigar os bombeiros de Minas Gerais destacados para ajudar nas buscas.

Em outro giro, numa ação de enfrentamento à pandemia, em março do ano passado, o TJRJ e a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro abriram um novo posto de vacinação contra a Covid-19, no antigo Palácio da Justiça, em campanha contou com o apoio da Secretaria Municipal de Saúde (SMS). A partir do dia 25 de novembro, o posto no Museu da Justiça também começou a aplicar a vacina contra a Influenza, recebendo cerca de 500 pessoas por dia.

No dia 1º de julho de 2021, o TJRJ assinou o Pacto de Cooperação pelo Enfrentamento às Violências contra as Mulheres na Cidade do Rio de Janeiro, com a participação de diversos órgãos públicos. O pacto tem como objetivo a conjugação de esforços para a realização, o compartilhamento e a sincronização de ações voltadas à prevenção e ao combate às diferentes formas de violência contra as mulheres.

São signatários o TJRJ, o Conselho Nacional de Justiça, a Prefeitura do Rio, a Secretaria Especial de Políticas e Promoção da Mulher, a Guarda Municipal, o Conselho dos Direitos da Mulher, a Câmara de Vereadores, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, o Conselho Estadual dos Direitos da Mulher, a Secretaria de Estado da Polícia Civil, a Secretaria de Estado da Polícia Militar e a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Rio de Janeiro.

Ainda em relação ao combate à violência doméstica contra a mulher, foi assinado protocolo de intenções para o desenvolvimento do projeto Novos Rumos. A iniciativa é

uma parceria com o Município do Rio para inserir no mercado de trabalho mulheres vítimas que, em muitos casos, não têm condições de sair deste ciclo violento em função da dependência econômica do agressor.

Já o programa Justiça Itinerante, criado há 16 anos pelo Tribunal de Justiça com o objetivo de levar juízes e membros do Ministério Público e da Defensoria ao encontro dos cidadãos fluminenses com dificuldade de acesso à Justiça, retomou o trabalho presencial.

Importante instrumento de erradicação do sub-registro no país, o Justiça Itinerante foi tratado na edição brasileira do jornal espanhol *El País*, de 28/11/21, pela jornalista Fernanda da Escóssia. A reportagem relata como o projeto social do TJRJ transforma tantos homens e mulheres à margem da própria existência em cidadãos de fato.

Ainda no campo social, o Judiciário fluminense, conseguiu efetivar a maior cota de jovens aprendizes do país - com 918 vagas, oferecidas pela Comlurb. Em média, 40 jovens são inseridos mensalmente nos cursos profissionalizantes, tendo, assim, a chance de um futuro melhor. Um Termo de Cooperação assinado com o Município de Petrópolis incentiva também o Programa Jovens Aprendizes na cidade da Região Serrana.

Através da Comissão de Articulação de Programas Sociais (Coaps), o Tribunal promoveu, em 26/11/21, a entrega do Selo de Responsabilidade Social a 13 colaboradores por auxiliarem a Coaps na inclusão e acesso ao trabalho de adolescentes em situação de vulnerabilidade social.

Foram agraciadas as prefeituras do Rio de Janeiro, de Maricá e de Petrópolis; a Comlurb; a Companhia Municipal de Desenvolvimento de Petrópolis (Comdep); o 4º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca do Rio de Janeiro; o Cartório do 4º Registro Civil das Pessoas Naturais-Catete; A Nossa Drogaria; Casa e Vídeo; Supermercado Vianense; Banco Itaú; Escritório Fabio Azevedo e Bragança e Firjan/ SENAI.

Em outra frente, o Tribunal está envidando esforços para a construção do Núcleo de Atendimento Integrado (NAI), um centro em que o adolescente que cometer um ato infracional terá, de forma unificada, o atendimento integrado do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Polícia Civil, com assistentes sociais e psicólogas que auxiliarão a esclarecer o que levou àquele ato infracional.

No mesmo espaço, o jovem terá a oportunidade de passar por uma capacitação profissionalizante e, assim, abrir caminho para um futuro promissor. O NAI será erguido em área de 14.800m², localizada na Rua Ceará, na Leopoldina, em terreno cedido pelo Governo do Estado ao TJRJ.

Em 2021, inauguramos o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada da Central de Audiências de Custódia de Benfica. O espaço é composto por salas destinadas ao atendimento dos presos por psicólogos e assistentes sociais, antes ou depois das audiências de custódia. O objetivo é que os presos sejam entrevistados por esses profissionais. Eles vão ajudá-los, inclusive, na busca de contato com as famílias.

A Central de Custódia de Benfica passou a contar também com uma sala de biometria para identificação civil dos custodiados que passarem pelo sistema de audiência de custódia, incluindo aqueles que não ingressarem no sistema prisional por ter sido concedida a liberdade durante a audiência. A iniciativa é uma parceria do TJRJ com o Detran-RJ e também vai abranger as centrais de custódia de Volta Redonda e de Campos dos Goytacazes.

Através da Justiça Itinerante no Sistema Penitenciário, o Tribunal de Justiça está levando aos presídios e penitenciárias do Rio de Janeiro serviços de identificação civil à população carcerária.

Promovemos ainda a assinatura do contrato atual da Cedae com a Fundação Santa Cabrini para a contratação de gerenciamento de mão de obra do sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro. O projeto da Cedae chamado “Replantando Vida” é realizado com o apoio da Vara de Execuções Penais e oferece a oportunidade de um novo futuro para egressos do sistema penitenciário.

O alinhamento na comunicação dos Poderes, contudo, não enfraquece a autonomia do Judiciário. Pelo contrário. Em decisão histórica no Estado do Rio de Janeiro, no dia 30/04/21, o Tribunal Especial Misto (TEM) - composto por cinco desembargadores e cinco deputados estaduais - julgou, por unanimidade, precedente a denúncia contra o então governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel por crime de responsabilidade. Com a condenação, Witzel perdeu o cargo de governador e fica inabilitado para o exercício de função pública pelo prazo de cinco anos.

Recentemente, conseguimos dar outro passo importantíssimo. Depois de muitos estudos e negociação com todos os setores, foi aprovado o novo Plano de Cargos dos Servidores, que há anos esperavam por isso.

Enfim, as atribuições do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vão além da prestação jurisdicional, que deve ser ágil e efetiva. Diversas ações são implementadas com a finalidade de tornar a Justiça mais acolhedora e conectada à sociedade, como constatamos nas realizações em destaque e em muitas outras que não foram aqui citadas. Por isso, a comunicação é instrumento estratégico em nossa estrutura de governança. E precisamos estar atentos a ela.

Da inconveniência e ilegalidade da oferta de proposta de acordo de não persecução penal em audiência de custódia¹

Marcos A. R. Peixoto²

Em artigo escrito no ano de 2017 sobre a temática da justiça penal consensual, atualmente disponível em meu site www.marcospeixoto.com, tive o ensejo de lembrar que segundo a lenda (relatada originalmente por Timeu de Tauromênio e, depois, eternizada por Cícero em suas *Tusculan Disputationes*), Dâmocles, um dos melhores amigos e conselheiro de Dionísio, tirano de Siracusa, costumava sempre dizer a este que o monarca possuía uma vida invejável e plena de fortuna. Certo dia, Dionísio convidou Dâmocles a assumir seu trono por um dia. Sentado no trono, Dâmocles desfrutava de todos os prazeres da corte quando, ao olhar para cima, viu que pendia exatamente sobre sua cabeça uma pesada espada suspensa por um único fio de rabo de cavalo. Assustado, de pronto Dâmocles se levantou e se afastou do trono. Dionísio, então, explicou-lhe que via aquela espada todos os dias pendente sobre sua cabeça, pois sempre haveria a possibilidade de alguém ou algo partir o fio.³

Assim é que (aqui repito) pode ser entendida a chamada justiça penal negocial. Onde alguns veem, sem maiores reticências e muitas vezes com louvores, “consenso”, o

¹ Trabalho apresentado ao Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aos 16 de maio de 2022

² Juiz Titular da 37ª Vara Criminal da Capital e integrante do CEDES

³ Informações retiradas da internet em <http://www.brasilescola.com/biografia/damocles.htm>, consultado aos 03 de setembro de 2015.

que existe na verdade é um “acordo” celebrado de um lado pelo Estado e de outro por um cidadão que tem sobre sua cabeça a pesada Espada de Dâmocles, ali posicionada pelo próprio Estado, representativa da ameaça seja de um processo criminal, seja de condenação. De tal modo, diuturnamente dezenas de avenças que seriam consideradas inválidas por qualquer bom civilista por vício de vontade são homologadas acriticamente pelos penalistas ao argumento de que a alternativa de correr o risco da condenação criminal seria pior – quando este é justamente o fundamento a viciar o “acordo”.

Mais recentemente, através do chamado Pacote Anticrime (nomenclatura de todo infeliz posto que incogitável partisse do Congresso Nacional algum pacote de leis “pró-crime”, mas enfim...), foi enxertado no ordenamento processual penal pátrio mais um instrumento da dita justiça penal negocial, intitulado acordo de não persecução penal (ANPP), regulamentado pelo artigo 28-A e parágrafos do Código de Processo Penal – acordo este de *nomen juris* igualmente criticável, como destaca Marcos Paulo Dutra Santos ao sustentar que melhor seria chamá-lo de “acordo de não deflagração da ação penal” pois, diz o doutrinador, “a persecução, em si, encontra-se em curso já desde a formalização da investigação pela autoridade policial ou pelo Ministério Público”.⁴

Idealizado para ser aplicado em conformidade e concomitância com o também novel instituto do juiz de garantias (como veremos mais à frente), este lamentavelmente suspenso por liminar concedida por Ministro do Supremo Tribunal Federal, decisão que também lamentavelmente não é levada a Plenário daquele órgão para ratificação ou exame de mérito há mais de dois anos, o ANPP prevê a possibilidade de, não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante algumas condições ajustadas cumulativa e alternativamente (aqui mais um exemplo de má redação, pois ao que parece se disse “e” quando se queria dizer “ou”...).

⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro : Forense / São Paulo : Método, 2020, p. 150.

Como se percebe, prioriza o texto legal a celebração do ANPP na fase inquisitorial, ainda que se admita o acordo já após o recebimento da denúncia, sobretudo em processos em tramitação à época da entrada em vigor do instituto, em aplicação da retroatividade benéfica em prol do réu por se tratar de instrumento despenalizador que afastaria a própria propositura da ação penal. Portanto, o momento idealizado para as tratativas de acordo seria, sem dúvida, a fase pré-processual, anterior mesmo à mera oferta da inicial acusatória.

O problema vem à tona quando alguns pretendem antecipar ainda mais a oferta do benefício, não para a fase de análise quanto ao arquivamento ou não do inquérito, como dita claramente a lei, mas para o momento da realização da audiência de custódia (AC).

Portanto aqui, de pronto, se verifica um primeiro vício de qualquer intenção que vise antecipar a oferta de ANPP para o momento da AC: sua ilegalidade. Isto porque reservando a análise quanto ao cabimento do ANPP para o momento de oferta da denúncia ou arquivamento do inquérito policial (ou quaisquer peças de informação), o fez sabiamente o legislador porquanto somente então, encerradas as investigações, poderá o órgão acusatório aferir a existência de justa causa para a oferta ou não da inicial e, assim, de justa causa também para, presentes os demais requisitos, ofertar o acordo, já que incogitável a aplicação concreta de qualquer instituto de justiça penal negocial sem que se tenha um mínimo de certeza quanto à autoria dos fatos e existência de crime.

Ocorre que não raro constatamos na prática forense a seguinte situação: preso um cidadão em flagrante, é apresentado em AC quando, mantida a prisão cautelar, remetem-se os autos à livre distribuição a determinada vara criminal onde, aberta vista ao promotor natural, este pleiteia a revogação da prisão para a elaboração de novas diligências.

Também não raro deparamo-nos com outra situação: remetidos os autos com o indiciado mantido preso na AC à vara competente, posteriormente chegam aos autos novas diligências encetadas neste meio tempo (entre a prisão e a distribuição do feito) seja pela autoridade policial, pelo próprio Ministério Público ou por decorrência de investigação defensiva (Provimento nº188/2018 do Conselho Federal da OAB), levando

o Ministério Público a pleitear, afinal, o arquivamento do inquérito policial com o relaxamento da prisão (exemplo: vem à tona informação quanto à insignificância da conduta, ou ter sido o fato praticado sob contínuo monitoramento a ensejar o reconhecimento de crime impossível, etc.).

Como ficaríamos se, nestas duas situações meramente exemplificativas, já se tivesse açodadamente celebrado e, pior, integralmente cumprido um ANPP (na hipótese, v.g., de uma prestação pecuniária plenamente adimplida dias depois)?

Não obstante tais dificuldades aqui trazidas já em caráter preambular em torno da (i)legalidade da ideia, o e. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ)⁵ editou em março do corrente ano a Resolução n. 05/2022 que “disciplina a celebração e a homologação, ou não, do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito das Centrais de Audiências de Custódia - CEAC'S - a envolver os custodiados presos em flagrante delito”, cujos dispositivos abaixo transcrevo:

Art. 1º Acrescentar o Art. 4º-A e seus parágrafos na Resolução TJ/OE nº 17, de 23/07/2021 que passa a ter a seguinte redação:

(...)

Art. 4º-A Nas hipóteses de fato criminalmente tipificado passível de formulação de proposta do acordo de não persecução penal - ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, e sendo lavrado o auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, com o encaminhamento do flagranciado e do auto de prisão em flagrante às Centrais de Audiências de Custódia, o representante do ministério público com atuação junto às CEAC'S poderá ofertar proposta do acordo ao custodiado, que deverá estar assistido por sua defesa técnica. As tratativas ocorrerão antes da audiência de custódia e, em caso de celebração do Acordo, a homologação ou não do ANPP se dará pelo juiz em atuação junto às CEAC'S.

§1º. A autoridade policial, caso seja arbitrada fiança, e o flagranciado tenha sido posto em liberdade antes de se submeter a audiência de custódia, e o fato ilícito for criminalmente tipificado e passível de formulação de proposta do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, deverá cientificar o envolvido ao órgão do ministério público

⁵ Na esteira do parágrafo 7º do artigo 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada profundamente pela Resolução n. 183/18), e do item 4.5 da Orientação Conjunta 03/2018 do Ministério Público Federal – percebe-se: dois órgãos da persecução criminal, não jurisdicionais.

com atribuição junto ao juiz natural para processo e julgamento da causa, visando o início das tratativas para o acordo, que obrigatoriamente dependerá da presença da defesa técnica, sendo imperiosa a adequada orientação do envolvido e esclarecimento de eventuais dúvidas.

§2º. Homologado o acordo, o membro do ministério público celebrante, nos termos da Resolução GPGJ n° 2.429/2021, extrairá dos autos os arquivos necessários à instrução da execução e os encaminhará:

I - ao promotor de justiça com atribuição junto ao juiz natural competente, caso o acordo se restrinja à prestação pecuniária;

II - na comarca da capital, caso o acordo envolva outras medidas previstas nos incisos do art. 28-A, do CPP, ao promotor de justiça, com atribuição para a execução e fiscalização perante a Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), que promoverá o necessário cadastramento no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU);

III - nas comarcas do interior, caso o acordo envolva outras medidas previstas nos incisos do art. 28-A, do CPP, ao promotor de justiça com atribuição junto ao juízo vinculado à Central de Penas e Medidas Alternativas - CPMA, que promoverá a sua execução e fiscalização.

§3º Descumprida quaisquer das condições estipuladas no acordo homologado, o Juízo da Execução Penal deverá promover a intimação judicial do investigado para apresentar justificativa no prazo a ser fixado.

§4º Em caso de concordância com a justificativa apresentada será determinado o prosseguimento da execução do acordo.

§5º Se o investigado, regularmente intimado, deixar de apresentar justificativa no prazo regulamentar, ou não haja anuência à justificativa apresentada, será promovida a rescisão do acordo.

§6º O juízo da execução penal extinguirá o feito ao decretar a rescisão do acordo de não persecução penal, encaminhando a decisão de extinção ao juiz natural competente para que seja promovida a intimação do ministério público com atribuição junto ao respectivo juízo, visando o oferecimento da denúncia.

Art. 2º Esta Resolução começará a vigor a partir da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Inadequada ao texto expresso do Código de Processo Penal, como já aqui demonstrado, tampouco adequada à Convenções firmadas pelo nosso país podemos reputar a Resolução do TJRJ.

Dita o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 7.5 que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais (...)”, restando assentado ter por objetivo tal condução a pronta análise da situação prisional inclusive (e talvez sobretudo) sob o prisma da aferição da regularidade da prisão visando coibir torturas ou abusos de autoridade.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, traz em seu artigo 9.3 regra quase idêntica, *verbis*: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

O Pacote Anticrime corroborou tal natureza das ACs ao trazer ao Código de Processo Penal as seguintes alterações:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de

fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

A natureza precípua das ACs também resta estampada na Resolução n. 213/2015 do e. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao estatuir, já em seus *consideranda*, “que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”.

Não por outra razão estatuí o parágrafo 1º do artigo 8º da citada Resolução do CNJ que “após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação” (grifei).

O próprio CNJ já teve o ensejo de se debruçar em específico sobre a tormentosa questão ora analisada quando, em Despacho proferido pelo colega Carlos Gustavo Vianna Direito (então juiz auxiliar da Presidência daquele Conselho) em autos de Consulta (Processo n. 0884169, de 27/05/2020) formulada por Juíza de Direito perante o DMF (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas), concluiu: “Assim, à luz do quanto exposto, não há de se conceber a audiência de custódia como momento adequado para ato complexo como o Acordo de Não Persecução Penal previsto no novel art. 28-A do CPP” (cabe ressaltar que o entendimento é adotado e citado literalmente no “Manual

sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos”, do mesmo Conselho Nacional de Justiça, logo, foi adotado como política e posicionamento do próprio órgão superintendente e de governança do Poder Judiciário).⁶

Como se percebe nitidamente, todos estes dispositivos convencionais, legais e regulamentares apontam no sentido de que o momento da realização das ACs deve ser resguardado com exclusividade para aferir a regularidade e necessidade da prisão cautelar, inclusive sendo vedadas indagações em torno do mérito dos fatos em apuração, o que torna de todo incompatível com tal sistemática que, naquele momento e sob tamanha pressão e carga emocional, seja submetida ao indiciado ainda preso (ressalto: a Resolução do TJRJ afirma expressa e claramente que “as tratativas ocorrerão antes da audiência de custódia” [grifei], logo, estando o indiciado ainda detido) proposta de ANPP que, como bem se sabe, tem como prerrequisito *sine qua non* nada mais nada menos que ter “o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal” (*caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal).

Assim, ofertado ANPP no contexto da AC, sobretudo antes de sua realização (como preconiza a Resolução do TJRJ), poderá não estar expressa, mas certamente estará implícita a seguinte insinuação: “sabe essa espada pendente sobre sua cabeça? Envolvendo sua prisão em local desumano e eventual denúncia com possibilidade de condenação criminal? Podemos retirá-la aqui e agora bastando que você confesse e aceite o acordo que te propomos”.

Tal situação ganha um potencial gravoso ainda maior se levarmos em conta que o ANPP foi idealizado para ser realizado perante os juízes de garantia (inciso XVII e parágrafo 1º do artigo 3º-B do Código de Processo Penal) e, nesta situação, eventualmente rescindido o acordo e recebida a denúncia por aquele (parágrafo 1º do artigo 3º-C do Código de Processo Penal), teríamos o desapensamento dos autos que abarcam as matérias de competência do juiz das garantias (parágrafo 3º do artigo 3º-C do Código de

⁶ A bem da verdade vale lembrar que o CNJ, excepcional e especificamente durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19, admitiu a realização de AC com a oferta de ANPP em seu artigo 19 parágrafo 3º (com a redação atribuída pela Resolução n. 357/2020) dispondo: “A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal”.

Processo Penal), pelo que o magistrado competente para julgar o mérito da demanda jamais teria contato com a prévia confissão do então indiciado, sobretudo se exarada em condição tão delicada como numa AC, arcabouço legal que restou fortemente abalado pela já mencionada liminar que, no Supremo Tribunal Federal, suspendeu aparentemente *sine die* os artigos 3º-B e 3º-C (dentre outros), dando ensejo a que o juiz da causa tome contato direto com aquela prévia confissão, sendo (talvez) desnecessário salientar os gravames daí decorrentes para o exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada.

“Há outro fundamento para o rechaço do ANPP na audiência de custódia”, como lembram Nathalia Parente de Azevedo e Tiago Abud da Fonseca:

O órgão do Ministério Público carece de atribuição e o órgão jurisdicional não tem competência para, respectivamente, propor e homologar o ANPP. Isso porque, quando se remete o auto de prisão em flagrante ao juízo para realização da audiência de custódia, encerrado o ato, os autos são remetidos para o juízo criminal competente, que aguarda a vinda da denúncia ou proposta do ANPP, ofertada pelo promotor natural, seguindo-se, com isso, as regras de competência fixadas pelo CPP no artigo 69 e seguintes.⁷

Sob tal ótica, não nos parece minimamente razoável que mera Resolução de um Tribunal altere regra de competência firmada em Lei, isto sem mencionar em pormenores a incontornável inconstitucionalidade (por violação ao princípio da separação dos poderes) de Lei Estadual que delegou ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a indelegável função legislativa em torno da fixação e alteração de competências de órgãos jurisdicionais – o que, todavia, seria matéria para outro (longo...) artigo.

Voltando ao nosso tema, Vinicius Gomes de Vasconcellos entende viável a oferta de ANPP em AC excepcionalmente, em casos de menor complexidade nos quais

⁷ AZEVEDO, Nathalia Parente de; FONSECA, Tiago Abud da. *O ANPP na audiência de custódia e o teatro dos horrores*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/opiniao-anpp-audiencia-custodia-teatro-horrores>, consultado aos 15 de maio de 2022.

claramente já esteja presente a justa causa para a oferta da denúncia e, assim, do acordo, salientando contudo que (grifei)

[...] no caso excepcional em que o ANPP possa ser aventado já no momento da audiência de custódia, a sua negociação e formalização deve ocorrer depois de encerrada a análise sobre a legalidade do flagrante e a necessidade de decretação de prisão cautelar. Ou seja, após a realização da audiência de custódia. Isso é relevante para evitar o desvirtuamento de tal ato e a utilização do juízo sobre as medidas cautelares como pressão para o aceite do imputado ao acordo.⁸

Nessa esteira sustentam informalmente alguns nobres colegas magistrados que, ao contrário do que restou expresso na Resolução do TJRJ, o ANPP não será celebrado antes da AC mas, sim, após sua realização, estando o réu já solto e em outro ambiente que não aquele em que momentos antes realizada a audiência: dos males o menor, o que não quer dizer que deixe de ser um mal, pois mesmo que realizada nestas circunstâncias e não como preconizado literalmente pela Resolução, ainda assim estaremos em contexto de abalo psicológico e de ansiedade acerca de se ver livre o indiciado daquela situação opressora a ensejar profundo vício de vontade, e potencialmente sem que se tenha ainda em mãos todos os subsídios indispensáveis à aferição de eventual arquivamento do inquérito policial, pelo que se, por aquela via (da oferta do ANPP logo após a AC), se tenta salvar a inconveniência da Resolução, paira no ar, a meu modesto sentir, como aqui fundamentado, sua intransponível ilegalidade.

A Resolução do TJRJ, assim, de uma maneira ou de outra fatalmente dará ensejo à celebrações de ANPPs viciadas, quase que meros contratos de adesão, ora açodadas, ora emocionais, ora draconianas, ora inexequíveis, a serem mais adiante infelizmente rescindidas não pelo juiz natural a quem distribuído o processo (que poderia, antes da rescisão, por exemplo, designar audiências especiais inclusive para eventual repactuação da avença) mas, pelo que consta também de forma expressa e clara daquela

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo : Thomson Reuter, 2022, p. 154.

Resolução, pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA), Juízo notoriamente assoberbado de trabalho, composto por poucos magistrados e que dificilmente terá condições de realizar, antes da rescisão, tantas audiências especiais quantas forem indispensáveis à manutenção ou repactuação de tão importante instituto despenalizador que, mais que isto, tem o condão de afastar a própria propositura da ação penal.

Em suma, resguardadas todas as ressalvas à assim chamada justiça penal negocial, não merece a mesma ser potencializada justamente em seus deméritos e é exatamente, com todas as vênias, o que faz a Resolução n. 05/2022 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, portanto, de impositiva e urgente revogação ou, assim não ocorrendo, de imperioso afastamento a sua aplicação pelos sujeitos processuais envolvidos na realização de audiências de custódia em nosso Estado seja pela clara incompatibilidade com as orientações normativas do Conselho Nacional de Justiça, seja pela indisfarçável ilegalidade, seja pela flagrante inconveniência.

Reconhecimento fotográfico do acusado Artigo 226, do Código de Processo Penal

Alberto Salomão Junior¹

Introdução

O reconhecimento fotográfico, no direito processual penal, é matéria geradora de grandes debates no cenário jurídico. Trata-se de instituto previsto no artigo 226, do Código de Processo Penal, mas que não pode ser visto apenas sob o prisma infraconstitucional.

Não podemos olvidar que os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, insculpidos na Constituição da República, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, e artigo 5º, inciso LIV são garantias inafastáveis. Dessa forma, todo estudo acerca do reconhecimento fotográfico como prova, deve ser balizado por tais princípios, bem como de outros que lhes são correlatos.

Assim, não podemos deixar de ter em vista que todos os instrumentos legais se curvam aos mandamentos maiores, explícitos e implícitos na Constituição da República.

¹ Titular da 33ª Vara Criminal, Juiz Auxiliar da Segunda-Vice-Presidência e integrante do CEDES

A partir dessas afirmações, faremos breve análise da matéria, que, repita-se, tem causado grandes debates no meio jurídico, dada a alta relevância para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito.

Para conhecer um pouco mais sobre o assunto tratado, será imprescindível analisarmos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual deu novo rumo à jurisprudência, no que tange à aplicação do disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Desenvolvimento

O reconhecimento de pessoas, um dos meios de provas mais utilizados no sistema processual penal brasileiro, principalmente nos crimes patrimoniais, está no centro de debates jurídicos de alta relevância e tem larga aplicação no âmbito do poder judiciário.

Dispõe, sobre o reconhecimento de pessoa e coisas, o Código de Processo Penal:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

No sistema processual penal brasileiro, a matéria é tratada no texto original da lei, ou seja, a disciplina legal está hígida desde a primeira metade do século passado, não obstante o desenvolvimento da sociedade, criminalidade e tecnologia, entre outros.

Daí, torna-se indubitável constatar que a legislação aplicável à espécie está ultrapassada. Esta afirmação não decorre do largo lapso temporal de vigência da norma, e sim da sua não atualização frente à evolução ocorrida, como dito alhures.

Com o advento da Constituição da República, promulgada em 1988, diante da afirmação dos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório e Devido Processo Legal, o ordenamento jurídico pátrio se viu em constantes questionamentos acerca da matéria em comento.

Trata-se, portanto, de tema controvertido, sendo constatadas algumas mudanças no entendimento, por parte dos Tribunais Superiores, à medida que o Estado Democrático de Direito foi se aperfeiçoando, à luz da própria Constituição da República.

Enquanto segue em tramitação projeto de lei visando trazer ao ordenamento jurídico novel legislação sobre a matéria objeto do presente estudo, temos que a jurisprudência tem relevante papel na aplicação da norma. Neste ponto, vale ressaltar, é imprescindível que os operadores do direito façam releitura do texto legal do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República, promulgada em cinco de outubro de 1988.

De forma sucinta, podemos afirmar que o STJ adotava entendimento no sentido de que o reconhecimento fotográfico e o reconhecimento pessoal não estavam totalmente vinculados aos ditames do artigo 226 do Código de Processo Penal, sendo, por muito tempo, considerado como “mera recomendação” legal. Para tanto, transcrevo aqui, algumas ementas, a título de exemplificação, de julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, naquele momento histórico:

RECURSO ESPECIAL. LATROCINIO.

1. **RECONHECIMENTO DE PESSOA (ART. 226 DO CPP).**

2. **INEXISTENCIA DE PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO (ART. 386, INC. VI, DO CPP).**

3. ACUMULAÇÃO, NO MESMO FATO DELITUOSO, DO PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157, DO CODIGO PENAL (ROUBO COM EMPREGO DE ARMA E LATROCINIO). 1.1 - **O RECONHECIMENTO DE PESSOA NÃO ESTÁ VINCULADO, NECESSARIAMENTE, A REGRA DO ART. 226, DO CODIGO DE PROCESSO PENAL.** SE O CRIMINOSO E RECONHECIDO PELA TESTEMUNHA, DE PLANO, AO CHEGAR A DELEGACIA DE POLICIA, ONDE AQUELE SE ENCONTRAVA, ENTRE VARIAS PESSOAS, NÃO SE HA DE ANULAR O RECONHECIMENTO, DESDE QUE INTEGRADO NO CONJUNTO DAS PROVAS QUE INCRIMINARAM O ACUSADO. 2.1 - O TRIBUNAL "A QUO" JAMAIS CONSIDEROU INSUFICIENTE A PROVA DOS AUTOS PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO DO REU (ART. 386, INC. VI, DO CPP). E DO VOTO DO ILUSTRE RELATOR, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "DESTARTE, NÃO ME PARECE QUE SEJA NECESSARIO MAIS NADA PARA SE CONCLUIR, SEM SOMBRA DE DÚVIDA E SEM MENOR TEMOR, TER SIDO APELADO O AUTOR DO LATROCINIO QUE CEIFOU A VIDA DE..." 3.1 - ACORDÃO RECORRIDO QUE OPTOU PELO EMPREGO SIMULTANEO DO PARAGRAFO 2., INCISO I, E PARAGRAFO 3., DO ART. 157 DO CODIGO PENAL. DECISÃO QUE SE AJUSTA A JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADOTADA NO JULGAMENTO DE RE NO. 93754-SP, NO SENTIDO DE QUE O EMPREGO CONCORRENTE DAS DUAS QUALIFICADORAS RESULTA EM "BIS IN IDEM". E A HIPOTESE DE UM UNICO FATO NÃO COMPORTAR, SIMULTANEAMENTE, A TIPIFICAÇÃO DE ROUBO QUALIFICADO, COM EMPREGO DE ARMA, E LATROCINIO (PARAGRAFO 2., INC. I, E PARAGRAFO 3., DO CP). A TESE DA MINORIA SUSTENTAVA O ACORDÃO RECORRIDO, POR ENTENDER, ENTRE OUTRAS RAZÕES, QUE, "EMPRESTANDO NOSSA LEI PENAL AUTONOMIA AO LATROCINIO E COLOCANDO-O NO CAPÍTULO DOS CRIMES PATRIMONIAIS, ESTÁ FORA DE DUVIDA QUE NÃO EXCLUIU A APLICAÇÃO DO PARAGRAFO 2., DO ART. 157, ONDE O ROUBO APARECE COM MAIOR PUNIBILIDADE". ISSO NÃO IMPORTA EM DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO DELITUOSO. (REsp nº 1.955/RJ, relator Ministro Jose Candido de Carvalho Filho, Sexta Turma, julgado em 18/12/1990, DJ de 08/4/1991, p. 3892.)

“PROCESSUAL PENAL. HC. **RECONHECIMENTO. RÉU POSTO SOZINHO**. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. DECRETO NÃO JUNTADO AOS AUTOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

I. **Não se reconhece ilegalidade no posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento, pois o art. 226, inc. II, do CPP, determina que o agente será colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança "se possível", sendo tal determinação, portanto, recomendável mas não essencial.**

II. A manutenção, pelo Tribunal de 2º grau, de custódia cautelar anteriormente decretada, não exige nova fundamentação.

III. Torna-se impossível o exame da legalidade do decreto constritor, se o mesmo não se encontra juntado aos autos.

IV. Primariedade, bons antecedentes, profissão definida e residência fixa, não garantem, por si sós, direito subjetivo à liberdade provisória.

V. Ordem denegada”.

(HC nº 7.802/RJ, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 20/5/1999, DJ de 21/6/1999, p. 172.)

A principal causa, a nosso ver, da inexigibilidade do cumprimento integral das normas do artigo 226, do Código de Processo Penal, é a falta de estrutura, por parte do Estado, especialmente das Polícias Judiciárias e do Poder Judiciário em muitos pontos do território nacional.

Não se descuida do fato que, hodiernamente, a falta de estrutura permanece nas Delegacias de Polícia em quase todo Brasil. Todavia, não se pode admitir que a falta de estrutura estatal possa importar em afastamento das mais caras garantias do devido processo legal. Inclusive, o momento histórico antes assinalado, não serve de fundamento para se admitir violações a direitos ligados aos princípios constitucionais aqui referidos.

Consigne-se, por oportuno, não devemos afastar a possibilidade de haver um reconhecimento em sede policial, mediante apresentação ao ofendido e testemunhas, de álbum fotográfico. O que deve ser feito é uma atualização de meios, mediante a inclusão de métodos tecnológicos seguros no reconhecimento de pessoas, em sede policial.

Neste diapasão, é possível afirmar que, se por um lado não se admite condenação pautada em reconhecimento fotográfico viciado, por outro lado, não podemos deixar de

considerar o reconhecimento fotográfico como meio de prova, desde que efetuado dentro da lei e corroborado por outro(s) meio(s) de prova(s), submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, com o fito de garantir efetividade ao princípio do devido processo legal, garantia inafastável ínsito a qualquer pessoa.

Mais uma vez, ressaltando olhar pessoal acerca do tema, entendemos que houve, por parte dos Tribunais Superiores, uma verdadeira ponderação de interesses em relação à mitigação das normas aplicáveis ao reconhecimento de pessoas.

De um lado, estavam sendo sopesados os interesses da sociedade, como as políticas criminais, o controle e a repressão ao crime, tudo em favor da coletividade e da ordem pública. Do outro lado, não menos importante, estavam em jogo as garantias individuais, asseguradas pela Constituição da República e pelo Sistema Acusatório.

Dessa forma, podemos verificar que, progressivamente, com o desenvolvimento das estruturas do Estado e o aprimoramento das ciências criminais, os Tribunais Superiores vêm recrudescendo as exigências em relação ao reconhecimento de pessoas, para a constituição do acervo probatório. É imperativo imposto por garantias constitucionais.

Quanto ao reconhecimento fotográfico, em sede de inquérito policial, verifica-se que os requisitos legais vêm sendo cada vez mais exigidos pelos Tribunais Superiores, sob pena de reconhecimento de nulidade das provas produzidas, com efetiva negativa de possibilidade de convalidação do vício anterior, em sede judicial.

Para demonstrar este entendimento, ressaltamos a decisão recente do E. Superior Tribunal de Justiça, tendo como relator, o eminente **Ministro Rogério Schietti Cruz**, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 712.781 - RJ, em que concedeu a ordem para absolver o paciente, uma vez que não houve respeito às normas atinentes ao reconhecimento, estipuladas no artigo 226, do Código de Processo Penal.

Salientamos, ainda, que no sistema legal pátrio, mencionado artigo, traz a reboque a exigência do cumprimento do artigo 155, da mesma Lei Adjetiva, uma vez que somente o reconhecimento do investigado, sem o esteio das demais provas necessárias para a composição do conjunto probatório, não é suficiente para a prolação do édito condenatório.

Para destacar as notáveis mudanças ocorridas no âmbito jurisprudencial, colaciono as ementas de decisões recentes emanadas pelos Tribunais Superiores, *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. ROUBO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE. VÍTIMA QUE AFIRMOU NÃO CONSEGUIR IDENTIFICAR COM SEGURANÇA O SUSPEITO. MANIFESTA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

2. Posteriormente, em sessão ocorrida no dia 15/3/2022, a Sexta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do HC n. 712.781/RJ (Rel. Ministro Rogerio Schietti), avançou em relação à compreensão anteriormente externada no HC n. 598.886/SC e decidiu, à unanimidade, que, mesmo se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal, embora seja válido, não possui força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica. Se, todavia, o reconhecimento for produzido em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválido, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao standard probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.

3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo em habeas corpus, por ser medida excepcional, somente é cabível quando ficarem demonstradas, de maneira inequívoca e a um primeiro olhar, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou a existência de causa extintiva da punibilidade.

4. "Em razão do caráter infamante do processo penal em si, em que o simples fato de estar sendo processado já significa uma grave 'pena' imposta ao indivíduo, não é possível admitir denúncias absolutamente temerárias, desconectadas dos elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual. Aliás, uma das finalidades do inquérito policial é, justamente, fornecer ao acusador os elementos probatórios necessários para embasar a denúncia. A noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal. A justa causa passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. A ausência desse lastro probatório ou da probable cause autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal, caracterizando constrangimento ilegal apto a ensejar a propositura de habeas corpus para o chamado 'trancamento da ação penal'. A razão de exigir a justa causa para a ação penal é evitar que denúncias ou queixas infundadas, sem uma viabilidade aparente, possam prosperar" (BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210).

5. Se, por um lado, o standard probatório exigido para a condenação é baseado em juízo de certeza que exclua qualquer dúvida razoável quanto à autoria delitiva, por outro lado, para o início de uma investigação, exige-se um juízo de mera possibilidade. A justa causa para o oferecimento da denúncia, a seu turno, situa-se entre esses dois standards e é baseada em um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor ou partícipe do delito.

6. No caso dos autos, é manifesta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, porque o único indício de autoria existente em desfavor do acusado decorre de um reconhecimento fotográfico absolutamente inválido, feito em desconformidade com o rito legal e no qual a vítima afirmou que, apesar de o réu ter características muito semelhantes às do criminoso, não tinha condições de afirmar que foi ele o autor do roubo. A rigor, portanto, nem sequer houve efetivo reconhecimento. Além disso, houve evidente induzimento na realização do ato, uma vez que, depois de não ter reconhecido nenhum suspeito na primeira oportunidade em que ouvida, quinze dias depois a vítima foi chamada novamente à delegacia para reconhecer especificamente o denunciado.

7. Tendo em vista que o primeiro reconhecimento contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por influenciar futuros reconhecimentos (fotográfico ou presencial), não pode ser oferecida nova denúncia sem a existência de outras fontes de prova, diversas e independentes do

reconhecimento, o qual, por se tratar de prova cognitivamente irrepitível, não poderá ser convalidado posteriormente.

8. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, determinar o trancamento do processo, sob a ressalva do item anterior.

(HC n. 734.709/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/6/2022, DJe de 10/6/2022.)

“Recurso ordinário no habeas corpus. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria”.

(RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Assim, podemos afirmar que os Tribunais Superiores vêm, em sintonia com o Estado Democrático de Direito, se debruçando sobre os temas sensíveis às garantias

constitucionais e processuais, rechaçando as distorções existentes no complexo sistema jurídico pátrio.

No que tange ao cabimento da prisão preventiva fundada em reconhecimento fotográfico, o STJ tem admitido desde que este não seja o único fundamento para decretação da segregação cautelar. Dessa forma, vale a pena trazer à colação ementa do recente julgado de relatoria do eminente Ministro Joel Ilan Paciornik:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. OUTROS ELEMENTOS A CORROBORAR OS INDÍCIOS DE AUTORIA. SUFICIÊNCIA PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em razão da exigência de revolvimento do conteúdo fático-probatório, a estreita via do habeas corpus, bem como do recurso ordinário em habeas corpus, não é adequada para a análise das teses de negativa de autoria e da existência de prova robusta da materialidade delitiva.

2. Em que pese a jurisprudência desta Corte Superior ter sido firmada no sentido da impossibilidade de condenação amparada exclusivamente em reconhecimento fotográfico realizado sem a observância do 226 do CPP, tem-se que ficou sedimentado o entendimento de que, para a decretação da prisão preventiva são necessários apenas prova da materialidade e indícios suficientes de autoria delitiva, que, de início podem ser evidenciados pelo reconhecimento fotográfico, ainda que não obedecidos os parâmetros legais. Dessa forma, o reconhecimento do ora paciente, em primeiro momento, é instrumento apto a ensejar o decreto prisional, ante a demonstração de indícios de autoria, sobretudo quando presentes outros elementos que o corroborem, como no caso concreto.

3. Presentes elementos concretos para justificar a manutenção da prisão preventiva, para garantia da ordem pública. As instâncias

ordinárias afirmaram que, em liberdade, o agravante representava risco concreto à ordem pública em razão de sua periculosidade e da gravidade concreta da conduta, evidenciadas pelo *modus operandi* da conduta criminosa, na medida em que o paciente, juntamente com outro corréu, utilizando-se de grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, anunciaram o assalto em plena via pública, subtraindo objetos pessoais das vítimas, merecendo destaque a violência real exercida pelo paciente, que teria agredido uma das ofendidas com diversos chutes, que fraturaram o seu punho esquerdo, o que demonstra o risco ao meio social e recomenda a manutenção da custódia. Ademais, a prisão também se mostra necessária para evitar a reiteração na prática delitiva, uma vez que, conforme destacado, o paciente ostenta extenso histórico de atos infracionais pretéritos.

4. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

5. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 724.757/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

Devido à incomensurável importância no tratamento da matéria, deve ser trazido à colação os seguintes julgados, emanados do Superior Tribunal de Justiça, em que a condenação foi admitida em hipótese que o reconhecimento fotográfico foi corroborado por outro meio de prova. Assim, vejamos:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL REALIZADOS EM SEDE POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. INVALIDADE DA PROVA. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUTORIA ESTABELECIDADA COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O pleito de concessão da prisão domiciliar não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o exame de tal matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

2. Esta Corte Superior inicialmente entendia que "a validade do reconhecimento do autor de infração não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no art. 226 do Código de Processo Penal, porquanto tal dispositivo veicula meras recomendações à realização do procedimento, mormente na hipótese em que a condenação se amparou em outras provas colhidas sob o crivo do contraditório

3. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de roubo não tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico, o que gera distinguishing em relação ao acórdão paradigma da alteração jurisprudencial. No caso, além do reconhecimento da vítima, verifica-se prova testemunhal do policial civil Miguel, bem assim todos os indícios inferidos das circunstâncias corpo de delito que apontam para a autoria do recorrente. Há, pois, elementos probatórios suficientes para produzir cognição com profundidade adequada para alcançar o juízo condenatório.

5. Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no HC 612.588/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021)

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. SENTENÇA QUE SE APOIOU EM OUTRAS PROVAS PARA ENTENDER PELA AUTORIA DO ACUSADO. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO LIMINAR QUE SE IMPÕE.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática na qual se indefere liminarmente a inicial quando não evidenciado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

2. Este Superior Tribunal firmou a compreensão de que o reconhecimento de pessoal, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (HC n. 598.886/SC, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

3. No caso, observa-se que a condenação se encontra consubstanciada não apenas no reconhecimento fotográfico, mas em outras provas, em especial no fato de que uma das testemunhas declarou que, após o roubo, o ora agravante foi até a sua casa e ofereceu vinte mil para “deixar quieto” e não o reconhecer. Alcançar conclusão inversa, demandaria reexame de provas, inviável na via eleita.

4. Agravo regimental improvido”.

(AgRg no HC n. 734.611/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. OFENSA AO ART. 226 DO CPP. INEXISTÊNCIA. AUTORIA DELITIVA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA IDÔNEOS E INDEPENDENTES DO ATO VICIADO. FILMAGENS E DEPOIMENTO DE UM DOS ACUSADO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é possível a utilização das provas colhidas durante a fase inquisitiva - reconhecimento fotográfico - para embasar a condenação, desde que corroboradas por outras provas colhidas em Juízo - depoimentos e apreensão de parte do produto do roubo na residência do réu, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal." (AgRg no HC 633.659/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 5/3/2021).

2. Nesse contexto, o reconhecimento das vítimas não constituiu o único elemento de prova, sendo, na realidade, apenas um dentre vários elementos, os quais são independentes do reconhecimento tido por viciado, tais como: as imagens produzidas pelo circuito de segurança do estabelecimento empresarial, os objetos presentes no momento do flagrante (moto, arma e vestimentas), coincidentes com aqueles filmados pelas câmeras, bem como o próprio

interrogatório do réu, que admitiu a intenção de dedicar aquele dia à prática de assaltos, não se constatando, assim, a alegada nulidade.

3. Constatado que a condenação encontra-se devidamente fundamentada nas provas colhidas nos autos, a pretensa revisão do julgado, com vistas à absolvição do recorrente, não se coaduna com a estreita via do especial, dada a necessidade de reexame de fatos e provas, a teor do disposto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp n. 1.961.534/TO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022.)

O que se pode extrair dos julgados acima expostos, é que a jurisprudência do STJ deixa clara a adoção da ponderação de interesses no caso concreto. Isto porque, se por um lado não pode ser admitida uma condenação fundada exclusivamente em reconhecimento fotográfico, por outro, não se afasta que o reconhecimento fotográfico, quando corroborado por outros meios de prova, tem recepção pela Corte Superior.

A matéria aqui tratada nos remete ao princípio *in dubio pro reo*, na medida em que seja qual for o entendimento adotado pelo operador do Direito, é inadmissível que uma condenação tenha por fundamento meio de prova que se mostra vacilante na sua produção. Entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*, este deve prevalecer como mais nobre expressão da Justiça.

Desse modo, em cada caso concreto deve ser feito um cotejo entre as disposições constitucionais, legais, o reconhecimento fotográfico e demais meios de prova coligidos aos autos. Somente com a adoção de tal procedimento pode ser conferida proteção à pessoa do acusado, sem descuidar da persecução penal, interesse também protegido pelo legislador constituinte como meio de proteção à sociedade, na vertente segurança pública.

Conclusão

Sem ter a pretensão de ter esgotado o tema nestas breves linhas, podemos concluir que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, ainda vai desafiar muitos estudos e

controvérsias, o que é saudável para o direito como ciência e recomendável para todos os operadores do direito.

Enquanto a lei não for atualizada, de forma a prever expressamente a utilização de meios modernos de documentação do reconhecimento fotográfico, temos que a mudança de entendimento adotada pelos tribunais tem colaborado de modo significativo para não permitir que pessoas inocentes venham a ser levadas ao cárcere e condenadas, por delitos cometidos por outrem.

Assim, a ponderação dos interesses postos em conflito, consistente no direito de punir do Estado e o direito ao devido processo legal, na vertente da pessoa humana, é o que deve prevalecer nos julgamentos em que houve reconhecimento fotográfico como uns dos meios de convicção utilizados na formação da *opinio*.

Por fim, não pode preponderar nenhum entendimento que dê suporte à prisão e condenação de alguém, com fundamento exclusivo no reconhecimento fotográfico. Isto porque o meio de prova aludido está sujeito à falibilidade humana e, portanto, somente pode ser acolhido quando analisado dentro de um conjunto probatório íntegro.

Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo

*Lucia Mothé Glioche*¹

Área do Direito: Direito da Criança e do Adolescente e Direito Penal

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo. 3. A superlotação como uma realidade estadual. 4. O julgamento da superlotação pelo Supremo Tribunal Federal. 5. Principais regramentos da Central de Vagas. 6. Conclusão.

1. Introdução

A proposta do presente texto é expor os antecedentes que ensejaram a elaboração da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550, em 26 de maio de 2021 que dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo e as principais regras para o seu funcionamento, numa perspectiva jurídica, reflexiva e crítica.

¹ Lucia Mothé Glioche é juíza titular da Vara de Execução de Medidas Socioeducativas da Comarca da Capital – TJRJ. Integrante do CEDES

2. Evolução histórica do Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo

A abolição da escravatura ocorreu em 1988. Considerando que o regime servil abolido tinha força de trabalho predominantemente rural e que não houve política pública para a reinserir negros e negras em liberdade na sociedade, a presença de pessoas recém-libertas pelas ruas passou a ser uma realidade crescente, inclusive com crianças, todos em pobreza. Os trabalhos que surgiam eram informais e precários, estando estas pessoas sujeitas à exploração e à criminalidade, assim como aos maus-tratos.

Surgia uma classe perigosa e que exigia intervenção do Estado, particularmente no que tange aos menores.

Neste cenário, veio o primeiro Código de Menores do Brasil datado de 1927.

Os menores eram objeto de intervenção do Estado e a prática concebida foi a da institucionalização, ou seja, a privação da liberdade dos menores abandonados e delinquentes, como meio de resolver os riscos. Não havia proposta pedagógica para fortalecer a autonomia dos menores e de suas famílias.

Nesta época, menores em situação de pobreza, abandono ou criminalidade eram retirados de suas famílias – consideradas estas incapazes de prestar educação adequada – e objeto de assistência estatal, através da institucionalização.

Durante a ditadura militar, em 1979, um grupo de juristas reformulou o Código de Menores, adotando a doutrina da situação irregular², mais uma vez associando criminalidade e pobreza, focando a política de atendimento na institucionalização³.

Este modelo – que mesclava a assistência social e a responsabilização por atos criminosos – estava insustentável, com a multiplicação de unidades de internação, recebimento cada vez maior de menores, com superlotação das unidades de internação,

² Art. 2º Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

³ A institucionalização ocorria através da internação nas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor FEBEMs).

ausência de profissionais especializados, falta de infraestrutura e altos índices de violência.

Neste mesmo tempo, no cenário internacional, existiam movimentos que debatiam os direitos humanos, inclusive na infância.⁴

Com a vinda do momento político de redemocratização, originando a Constituição da República de 1988⁵, o Brasil alinhou-se à comunidade jurídica internacional, reconhecendo os menores – crianças e adolescentes – como sujeitos de direitos, o que ensejou, em 1990, o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶.

Adotando a doutrina da proteção integral, a nova lei reconheceu que os menores, para o seu desenvolvimento pleno e harmonioso devem crescer no seio de sua família.

Neste viés, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabeleceu medidas socioeducativas como responsabilização dos adolescentes que incorrem em atos infracionais e construiu as mesmas com base nos princípios da convivência familiar e comunitária. Surgiram as medidas socioeducativas em meio aberto, deixando a internação de ser a intervenção prioritária, valorizando-se a liberdade, sobretudo por atender ao princípio constitucional de respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Com o fito de elaborar diretrizes para o atendimento socioeducativo, foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA⁷) que instituiu, em 2006, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE⁸), vindo a ser regulamentado pela Lei do Sinase⁹.

Assim surge, no âmbito estadual, o Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo¹⁰.

⁴ Em 1959 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos da Criança pela UNICEF.

⁵ Arts. 227 e 228.

⁶ Lei 8078/90.

⁷ Lei 8242/1991.

⁸ Resoluções 119/2006 e 160/2013 do CONANDA.

⁹ Lei 12.594/2012.

¹⁰ Pelo art. 4º, inciso I da Lei 12.594/2012, compete aos Estados formular, instituir, coordenar e manter Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União.

3. A superlotação como uma realidade estadual

A modificação legislativa¹¹ na forma de tratar o adolescente e a prática do ato infracional não foi suficiente para alterar a realidade do Estado do Rio de Janeiro, no que tange à falta de estrutura para o desenvolvimento¹² de programa para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e de internação.

Dados oficiais publicados em estudos e pesquisas utilizados para a elaboração do SINASE¹³ demonstraram que 71% (setenta e um por cento) dos programas de atendimento socioeducativo estaduais de internação pesquisadas em 2002 afirmaram que o ambiente físico das unidades não era adequado para as necessidades da proposta pedagógica estabelecida pelo ECA.

As inadequações iam desde a inexistência de espaços para atividades esportivas e de convivência, até as péssimas condições de manutenção e limpeza, passando pelo funcionamento de muitas unidades em prédios adaptados que eram antigas prisões. Dessas, várias estavam com problemas de superlotação.

Destaca-se que a Resolução CONANDA nº 46, de 29/10/1996, por já ter naquele tempo concluído que medidas de internação vinham sendo aplicadas em desobediência ao disposto no artigo 122, incisos e parágrafos do ECA, o que gerava como consequência, em alguns Estados, um exorbitante número de adolescentes internados, estabeleceu¹⁴ que, nas unidades de internação seriam atendidos um número de adolescentes não superior a quarenta e que as unidades de internação deveriam ser distribuídas de forma regionalizada.

Na Comarca da Capital, o Ministério Público ajuizou ação civil pública em face do Estado¹⁵ para que fosse limitado em 90 (noventa) o número de socioeducandos nas

¹¹ Pelo Art. 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as unidades de internação têm obrigações, entre elas as de oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos (III) e oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal (VII).

¹² Pelo art. 4º inciso III da Lei 12.594/2012, compete aos Estados criar, desenvolver e manter programas para a execução das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação.

¹³ IPEA/DCA-MJ (Rocha, 2002); IBGE, (2002, 2003); UNICEF (2002a, 2002b, 2004); Fuchs, (2004); Murad (2004) Mimeografado e Relatório da Auditoria do Tribunal de Contas da União (2003) Mimeografado.

¹⁴ Arts. 1º e 2º.

¹⁵ Processo n. 0457018-18.2014.8.19.0001.

unidades de internação existentes (Educandário Santo Expedito, Escola João Luiz Alves e CEMSE Professor Antônio Carlos Gomes da Costa), priorizando o ingresso e a permanência nas unidades daqueles do município da Capital, abstendo-se de receber número além do limite e transferindo todo o excedente para instituição análoga.

O ajuizamento da ação não foi suficiente¹⁶ para impedir que as unidades de internação da Comarca da Capital permanecessem e para que fosse atendido ao número estabelecido pelo SINASE.

4. O julgamento da superlotação pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 17 de maio de 2017, a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo impetrou Habeas Corpus junto ao Supremo Tribunal Federal¹⁷, em busca de providências contra a superlotação de unidade de internação situada em seu Estado.

Em 16 de agosto de 2018, o Ministro Edson Fachin, na qualidade de Relator, concedeu liminarmente a ordem requerida para: (i) determinar que a unidade de internação tivesse sua taxa de ocupação de internos limitada em 119%; (ii) a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%; (iii) subsidiariamente, caso a transferência não fosse possível, determinou que o magistrado atendesse ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação; (iv) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas anteriores, que fosse feita a conversão de medidas de internação em internações domiciliares.

Em 26 de setembro de 2018, a Defensoria Pública do Estado da Bahia, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Estado do Ceará, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de Tocantins, integrantes do GAETS - Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores requerem o ingresso

¹⁶ Em razão da interposição de recurso, atualmente, a ação encontra-se no Superior Tribunal de Justiça (dado colhido em 16 de maio de 2022).

¹⁷ Habeas Corpus Coletivo n 143.988/ES.

no Habeas Corpus, na qualidade de *amici curiae*, e, em 23 de maio de 2019, lograram a extensão dos efeitos da liminar para todos os adolescentes internados em tais Estados.

Encerrou em 21 de agosto de 2020, a sessão virtual de julgamento do mérito do citado Habeas Corpus (2ª Turma) e, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, restou decidido que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação e de semiliberdade, em todo o país, não poderiam ultrapassar a sua capacidade projetada, fixando-se o limite de ocupação em 100%.

No voto proferido, o Ministro destacou que “os direitos fundamentais dos adolescentes internados estão a sofrer graves violações motivados pela superlotação, razões pelas quais não podem permanecer na situação degradante que se encontram”.

Neste julgamento, restou determinado que os Magistrados deveriam observar, como primeiro parâmetro nas unidades de internação que operam com taxa de ocupação de adolescentes superior à capacidade projetada, a adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça¹⁸, uma vez que foi criado pela Emenda Constitucional número 45/2004 com a missão de zelar pela legalidade e eficiência do Poder Judiciário e de desenvolver políticas judiciárias no âmbito nacional, com o fito de garantir os direitos dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, de modo a desenvolver e fomentar a adoção de medidas para reequilibrar a ocupação dos espaços socioeducativos, de modo a dar cumprimento ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, através do voto¹⁹ do Ministro Luiz Fux, propôs e ensejou a criação da Resolução 367.

A Resolução 367 do Conselho Nacional de Justiça, datada de 19 de janeiro de 2020²⁰, estabeleceu diretrizes e normas gerais para a criação da Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, fixando prazo de um ano, a contar de sua publicação²¹, para que o Poder Judiciário envidasse esforços a fim de que todas as unidades federativas disponham de Central de Vagas regulamentada, criada e implantada.

Em atenção ao estabelecido na Resolução 367 do CNJ, o Tribunal de Justiça do

¹⁸ 79a Sessão Virtual, realizada em 18 de dezembro de 2020,

¹⁹ Ato Normativo n. 0010268-45.2020.2.00.0000.

²⁰ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3679> Acesso em 16 de maio de 2022.

²¹ Pelo art. 19 da Resolução, ela entrou em vigor 120 dias, contados da publicação.

Estado do Rio de Janeiro e a Secretaria Estadual de Educação assinaram a Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550, em 26 de maio de 2021 que dispõe sobre diretrizes e normas gerais para a Central de Vagas no Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo do Rio de Janeiro²².

5. O processamento do pedido de vaga

No julgamento do Habeas Corpus 143.988/ES, foi determinada a adoção do princípio *numerus clausus* como estratégia de gestão para que a taxa de ocupação de adolescentes, nas unidades de internação e de semiliberdade, não restasse superior à capacidade projetada.

A Central de Vagas é o serviço que permite tal gestão porque a ela compete analisar os pedidos de vagas, assegurando que a ocupação dos estabelecimentos socioeducativos não ultrapasse o número de vagas existente²³.

O funcionamento da Central de Vagas é atribuído ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas (DEGASE)²⁴ e tem início com o pedido de vaga.

Quando o juiz profere decisão de internação provisória, de internação definitiva ou de semiliberdade, precisa efetuar o pedido de vaga à Central de Regulação de Vagas, encaminhando o mesmo por correio eletrônico, instruído com documentos, tais como cópia da decisão judicial que aplicou a medida e da guia de execução extraída do Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL) mantido pelo CNJ²⁵.

Além de efetuar o pedido de vaga, deve o juiz preencher o formulário de pontuação do adolescente do Sistema de Identificação e Informação do Adolescente (SIIAD)²⁶.

Se o pedido de vaga não contiver os documentos ou não for acompanhado do preenchimento da pontuação, a Central de Vagas devolve o mesmo ao juiz requisitante,

²² Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/boletimdosatosoficiais/2021/05/atos-oficiais-do-PJERJ-27-05-2021.pdf Acesso em 16 de maio de 2022.

²³ Art. 6º, inciso II da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

²⁴ Art. 1º da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

²⁵ Art. 7º da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

²⁶ Art. 8º, inciso XII da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

para fins de adequação²⁷.

Recebido o pedido de vaga pela Central de Vagas, esta dispõe de 24 horas para analisar o mesmo e comunicar ao juiz requisitante da vaga sobre a sua disponibilidade.

Em existindo vaga, a Central de Vagas informará ao juiz requisitante para qual unidade o adolescente será destinado e comunicará à Direção da Unidade Socioeducativa, a fim de que se organize para receber o mesmo²⁸.

Inexistindo vaga, a Central de Vagas incluirá o adolescente em lista de espera e informará ao juiz requisitante sua posição na mesma²⁹. Nesta hipótese, o juiz requisitante dispõe de 24 horas para determinar alguma providência cabível ao adolescente ou inserí-lo em lista de espera, devendo expedir o mandado de desinternação, caso o adolescente esteja internado³⁰.

Quando o adolescente for inserido em lista de espera, o juiz da execução pode avaliar medida socioeducativa a ser cumprida até que se alcance o prazo de 150 dias³¹.

Neste prazo de 150 dias, surgindo vaga, a Central de Vagas comunicará ao juiz competente, que determinará o cumprimento da medida. A vaga concedida fica disponibilizada pelo prazo de sete dias. Não sendo encaminhado o adolescente para o cumprimento da medida, a Central de Vagas poderá disponibilizar a vaga para outro adolescente, respeitando a lista de espera³². Em sendo requerido pelo juiz, em razão de situações que dificultem o encaminhamento do adolescente, a Central de Vagas pode conceder mais sete dias de disponibilidade de vaga³³.

Se o pedido de vaga não for atendido em 150 dias, a Central de Vagas solicitará ao juiz que reavalie, após ouvir o Ministério Público e a Defesa, a pertinência da manutenção da medida imposta ou sua revogação. Se, em 30 (trinta) dias, não for mantida ou revogada a medida, o adolescente será excluído da lista de espera pela Central de Vagas³⁴.

²⁷ Art. 9º da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

²⁸ Art. 15 da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

²⁹ Art. 16 caput da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³⁰ Art. 16, parágrafo primeiro da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³¹ Parágrafo terceiro do art. 16 da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³² Art. 17 caput da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³³ Art. 17 parágrafo primeiro da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³⁴ Art. 19 da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

6. Outras regras importantes

A Lei do Sinase prevê³⁵ a possibilidade de, a qualquer tempo, a direção do programa de atendimento, solicitar a reavaliação da medida socioeducativa. Assim, como forma de evitar a falta de vagas nas unidades de internação e de semiliberdade, sendo atingida a proximidade do limite de 100% da ocupação de vagas³⁶, a Direção da Unidade pode enviar os relatórios de avaliação dos adolescentes em condições de ter a medida progredida ou extinta, para fins de reavaliação.

Com a mesma finalidade, a Direção da Unidade pode atuar³⁷ para que o juiz realize audiências concentradas³⁸ que reavaliem as medidas dos adolescentes passíveis de extinção ou progressão de medida, principalmente dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa; das adolescentes gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até doze anos de idade ou por pessoa com deficiência; dos adolescentes com deficiência ou debilitados por motivo de doença grave; dos que são imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Se o adolescente se evadir ou fugir, durante o cumprimento da medida socioeducativa de internação ou de semiliberdade, sua vaga fica vinculada ao seu nome pelo prazo de 5 (cinco) dias, sendo possível que o juiz determine o retorno, sem a necessidade de formular pedido prévio de vaga³⁹. Decorrido este prazo, a vaga será disponibilizada para outro e será necessário formulado novo pedido de vaga para encaminhar o adolescente ao cumprimento da medida⁴⁰.

Para que não haja estímulo aos maiores de 18 anos de praticarem crime durante o cumprimento de medida socioeducativa, caso em que, com a decretação da prisão preventiva são inseridos no sistema prisional, com a revogação desta, eles gozam de prioridade sobre os demais na obtenção de nova vaga em unidade de cumprimento, a fim

³⁵ Art. 43 caput.

³⁶ Art. 20 parágrafo primeiro da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³⁷ Art. 20 parágrafo segundo da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

³⁸ Vide Recomendação N° 98 de 26/05/2021 do CNJ.

³⁹ Art. 18 caput da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

⁴⁰ Art. 18 parágrafo único da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

de darem concinuidade ao cumprimento da medida⁴¹.

Quando da análise do pedido de vaga, a Central de Vagas leva em consideração o local do ato infracional e a proximidade familiar⁴². Inobstante, a vaga disponibilizada pode não ser próxima de nenhum destes locais, pois é disponibilizada em razão da lotação das unidades existentes.

A partir da vigência da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21, adolescentes ou jovens que precisem cumprir medida socioeducativa em meio fechado só podem ser encaminhados para as unidades do DEGASE após este, através da Central de Vagas, informar sobre a existência de vaga⁴³.

Uma vez que o Estado do Rio de Janeiro não dispõe de Núcleo de Atendimento Integrado⁴⁴, o adolescente encaminhado pela Polícia Civil (porque apreendido em flagrante pela prática de ato infracional ou porque houve o cumprimento de mandado de busca e apreensão) ao DEGASE é mantido provisoriamente em unidade de acautelamento⁴⁵, enquanto aguarda o processamento do pedido de vaga ou sua liberação.

Só existem unidades de acautelamento na Comarca da Capital. Em Volta Redonda, em Campos dos Goytacazes e em Nova Friburgo, os adolescentes são encaminhados para as unidades de internação, permanecendo separados do convívio com os demais internos. Estes são os únicos locais do Estado do Rio de Janeiro onde os adolescentes apreendidos podem aguardar pelo deferimento da vaga.

Por isso, a Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21 estabelece que o prazo do acautelamento é de até 72 (setenta e duas) horas.

Para a observância deste prazo, mister que o processamento do pedido de vaga seja tratado como prioridade pelos juizes e pela Central de Vagas.

Inobstante, em mão inversa à esta prioridade de tratamento, a Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21 é omissa ao prever o prazo de que dispõe o juiz para efetuar o pedido de vaga para a Central de Vagas. Também é omissa em prever o prazo que o

⁴¹ Art. 26 da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

⁴² Art. 12 da Resolução Conjunta SEEDUC/TJRJ N. 1550/21.

⁴³ Como visto, há exceção para o socioeducando que evade ou foge porque, nestas hipóteses, sua vaga fica mantida por cinco dias.

⁴⁴ Art. 88 V da Lei 8069/90.

⁴⁵ Art. 6º

juiz dispõe para efetuar a adequação do pedido de vaga devolvido por falta de requisitos.

Assim, na prática, o que pode ocorrer é o adolescente permanecer na unidade de acautelamento – que não possui limite de vagas e nem infraestrutura de unidade socioeducativa – por tempo maior do que o prazo fixado.

7. Conclusão

Atualmente, o Estado do Rio de Janeiro conta com 11 (onze) unidades de cumprimento de medida socioeducativa de internação – Cai Baixada, Cense Campos, Cense Dom Bosco, Cense Friburgo, Cense GCA, Cense Ilha, Cense Maria Luiza, Cense PACGC, Cense Volta Redonda e Escola João Luiz Alves – não ocorrendo falta de vagas.

No momento de redação destas linhas, esta é a situação:

O Cai Baixada possui 137 vagas e tem 111 internos. O Cense Campos conta com 96 vagas e tem 75 internos. O Cense Dom Bosco possui 105 vagas e tem 96 internos. O Cense Friburgo conta com 50 vagas e tem 34 internos. O Cense GCA possui 94 vagas e tem 16 internos. O Cense Ilha conta com 38 vagas e tem 23 internos. O Cense Maria Luiza tem 89 vagas e 17 internos. O Cense PACGC tem 44 vagas e 30 internos. O Cense Volta Redonda tem 90 vagas e 83 internos e a Escola João Luiz Alves tem 61 vagas e 57 internos nas unidades de internação.

Para o cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade, no momento, também não há falta de vagas. São 16 (dezesesseis) locais para cumprimento de medida.

A capacidade é de 32 vagas no Criaad Bangu e estão em cumprimento de medida 11 adolescentes. A capacidade é de 36 vagas no Criaad Barra Mansa e estão em cumprimento de medida 18 adolescentes. A capacidade é de 30 vagas no Criaad Bonsucesso e estão em cumprimento de medida 17 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Cabo Frio e estão em cumprimento de medida 3 adolescentes. A capacidade é de 60 vagas no Criaad Campos e estão em cumprimento de medida 20 adolescentes. A capacidade é de 16 vagas no Criaad Duque de Caxias e estão em cumprimento de medida 11 adolescentes. A capacidade é de 12 vagas no Criaad Galeão e estão em cumprimento de medida 2 adolescentes. A capacidade é de 20 vagas no Criaad

Ilha e estão em cumprimento de medida 5 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Macaé e estão em cumprimento de medida 5 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Nilópolis e estão em cumprimento de medida 9 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Niteói e estão em cumprimento de medida 6 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Nova Iguaçu e estão em cumprimento de medida 6 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Santa Cruz e estão em cumprimento de medida 10 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad São Gonçalo e estão em cumprimento de medida 11 adolescentes. A capacidade é de 16 vagas no Criaad Teresópolis e estão em cumprimento de medida 3 adolescentes. A capacidade é de 32 vagas no Criaad Volta Redonda e estão em cumprimento de medida 20 adolescentes.

Considerando que a vigência da Central de Vagas no Estado do Rio de Janeiro ainda está em vias de completar um ano, não é possível concluir que foi a mesma a responsável pela existência de vagas no sistema estadual de atendimento socioeducativo.

Inobstante, ela impedirá que a superlotação que já existiu nas unidades de atendimento volte a ser realidade para o cumprimento de medidas socioeducativas, o que já representa avanço em busca do tratamento digno que a Constituição da República visa dar a todo ser humano, inclusive o adolescente autor de ato infracional.

Um feminismo com participação masculina: masculinidade feminista¹

Luciana Fiala de Siqueira Carvalho²

Resumo - Este artigo apresenta argumentos que visam amparar a participação dos homens como coadjuvantes na difusão dos ideais feministas calcados na equidade entre os gêneros. Traça-se breve histórico acerca do papel da mulher na sociedade e o surgimento dos movimentos feministas que inicialmente buscaram afastar a participação dos homens. Elenca-se as práticas sociais que perpetuam desigualdade e inferioridade da mulher, reforçando estereótipos e privilegiando cultura machista e patriarcal. Estimula-se a reflexão sobre como o novo modelo de masculinidade pode legitimar o reconhecimento de um feminismo com participação masculina.

Palavras-chave – Direito constitucional. Equidade de gênero. Participação masculina. Igualdade de gênero. Hegemonia.

Sumário – Introdução. 1. Movimento feminista contemporâneo e as facções contra e a favor da participação dos homens no movimento. 2. O verdadeiro problema: cultura patriarcal, machismo e sexismo. 3. Masculinidade alternativa: busca da identidade masculinidade e ressignificação da masculinidade. Conclusão. Referências.

¹ Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores: Lucas Tramontano e Rafael Mario Iorio Filho

² Juíza Titular do V Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e integrante do CEDES

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a questão da participação dos homens como coadjuvantes na busca da igualdade e equidade entre os gêneros. Seu objetivo é identificar as possibilidades de inserção de uma nova e alternativa masculinidade nos anseios dos movimentos feministas resultando na constituição de uma sociedade mais justa.

O reconhecimento e efetivação dos direitos das mulheres e o empoderamento feminino levaram à re colocação da masculinidade, direcionada para a quebra do padrão patriarcal e sexista que se opõe às conquistas femininas.

Dentro desse contexto, é cada vez mais necessária a ressignificação da masculinidade, exercendo o homem, o papel de disseminador e apoiador dos direitos das mulheres.

Homens e mulheres reproduzem estereótipos fomentados pela sociedade machista e sexista. A ideia de que o feminismo afasta e repele os homens pode representar maneira de desacreditar o movimento. Além disso, o sistema machista também marca com violência os homens em relação aos quais é exigido comportamento apartado de sentimento, sensibilidade e expectativa de que sempre sejam bem-sucedidos. Visa-se questionar a violência que é imposta aos homens e se reflete em violência contra mulheres, em um diálogo de humanização e responsabilização do homem na construção de um modelo mais igualitário de sociedade.

Inicia-se o primeiro capítulo com a apresentação de um panorama dos movimentos feministas, em especial a equivocada “facção anti-homem” que impregnou parte do movimento em determinado período histórico.

Segue o segundo capítulo com as ponderações acerca das práticas reiteradas e estimuladas pela sociedade machista e patriarcal que aprofundam o binarismo de gênero e estimulam as desigualdades.

O terceiro capítulo é dedicado ao estudo das novas formas de masculinidade e a re colocação do papel ante o novo cenário de empoderamento feminino. Visa-se perquirir

se a masculinidade alternativa é apta a articular o homem como difusor dos ideais do feminismo.

A pesquisa guiou-se pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger uma série de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto de pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar sua tese.

1. MOVIMENTO FEMINISTA CONTEMPORÂNEO E AS FACÇÕES CONTRA E A FAVOR DA PARTICIPAÇÃO DOS HOMENS NO MOVIMENTO

Sabe-se que ao longo da história da civilização as mulheres tiveram vilipendiados seus mais elementares direitos: foram escravizadas, tomadas como ‘coisas’, objetos de propriedade de homens, relegadas ao papel de serviçais, quando muito sendo consideradas tão somente pelo aspecto reprodutivo, mais especificamente ante a possibilidade de gestarem e darem à luz a um varão para dar continuidade ao nome da família paterna.³

Na melhor das hipóteses, ainda que tratadas como absolutamente incapazes, eram promovidas ao papel de esposas obedientes e subservientes. Submissas, viviam circunscritas ao ambiente privado, cuidavam da prole e de tornar tudo favorável e agradável ao senhor marido desde a alimentação, os cuidados com a casa e a disposição do próprio corpo, utilizado pelo homem quando bem lhe aprouvesse muitas vezes de forma violenta e sem qualquer preocupação com a satisfação feminina.⁴

O lar era ao mesmo tempo seu templo e seu castigo, pois tudo que ali se passava era sigiloso e estava longe dos olhares de terceiros que não se atreviam sequer a perquirir

³ BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em: <https://onumulheres.org.br/wpcontent/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

⁴ Ibid., nota 1.

eventuais abusos e até mesmo mortes de mulheres perpetrados por seus donos, digo maridos, no caso de alguma imperdoável transgressão.

Mulheres, assim como silvícolas e crianças, eram relegadas aos papéis de absolutamente incapazes e, assim, não podiam tomar decisões mais curiais sobre a própria vida. Não lhes era dado trabalhar, estudar, viajar sem autorização do marido ou do pai, não podiam administrar seus próprios bens, seu domicílio era obrigatoriamente o paterno ou do marido, eram proibidas de escolher representantes políticos, o que se dirá de se candidatar a cargo político.

A opressão e a exploração cotidiana a que estavam submetidas às mulheres levaram ao caminho da subversão, única forma de conquistarem direitos. A conscientização da situação de inferioridade fez surgir o movimento feminista nos fins do século XVIII com fortalecimento no século XIX, principalmente na Europa e nos Estados Unidos.

Na definição de Bandeira e Melo⁵ “o movimento feminista nasceu das lutas coletivas das mulheres contra o sexismo, contra as condições de aversão e inferiorização do feminino, transformadas em práticas rotineiras de subordinação”. Na visão de Hooks⁶ “é um movimento para acabar com o sexismo, exploração sexista e opressão” de certo que representou poderoso planejamento para abalar a estrutura patriarcal e a opressão calcada na desigualdade historicamente perpetuada.

Caracterizou-se, assim, pela pluralidade, englobando múltiplas vertentes através de ações coletivas voltadas à emancipação e conquistas de direitos vetados pelas injustiças da sociedade patriarcal contra a qual se chocava buscando a transformação social. Neste ponto, observa-se que vários estudos sobre a história do movimento feminista nomeiam como ‘onda’ alguns momentos históricos em que houve uma sequência de movimentos e organizações feministas com a mesma pauta de reivindicações. No Brasil, assim como no mundo ocidental, a primeira onda se refere ao movimento sufragista, a segunda onda, se caracteriza pela crítica radical, teórica e prática, ao modelo de mulher e de família vigente,

⁵ BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. Memórias das lutas feministas no Brasil. In: BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Tempos e memórias do feminismo no Brasil*. Brasília: SPM, 2010. p. 8.

⁶ HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. p. 17.

e a terceira onda, evidencia novas mulheres: as negras, as homossexuais, as mulheres do terceiro mundo, as transgêneros, entre outras conforme define Rabay e Carvalho⁷.

Paulatinamente, com influência de algumas mulheres que excepcionalmente conseguiram clandestinamente adquirir algum conhecimento científico começaram a surgir reclames femininos buscando o direito ao voto, como forma incipiente de iniciar o alcance de outros direitos basilares. Surgia, assim, o que convencionou-se chamar de primeira onda do movimento feminista, segundo a qual, sem ao direito ao voto, nada se lograria, na medida em que se as mulheres não podiam eleger seus representantes políticos jamais existiriam leis prevendo e prestigiando seus anseios por direitos mais assemelhados aos que os homens há muito já gozavam.

Mesmo com a implementação do voto feminino verificou-se frustração das expectativas até então cultivadas. Foi assim porque inobstante a possibilidade de votar, as mulheres o faziam obrigatoriamente em prol de homens que evidentemente não estavam interessados em perder os privilégios que detinham em razão do patriarcado e do sexismo para atender ao eleitorado de saias. Assim, muito embora o direito ao voto tenha sido uma importante conquista, até porque abriu portas para reconhecimentos posteriores, não modificou substancialmente a realidade das mulheres à época. A exploração feminina causada, por muitas vezes, violenta dominação masculina continuava a se perpetuar no interior dos lares, nos ambientes privados, sem que as mulheres tivessem a quem recorrer para escapar de uma esfera degradante e pacificamente aceita pela sociedade de então.

Em meados dos anos 1960, com o advento da pílula anticoncepcional e a possibilidade de controle reprodutivo com reflexo na liberdade sexual eclodiu nos Estados Unidos a chamada segunda onda dos movimentos feministas com o slogan ‘o pessoal é político’, com o escopo de justamente trazer a público aquilo que era invisível e só podia ser visto dentro das relações privadas. As mulheres participantes do movimento acreditavam que era necessário trazer a atuação à política para o reconhecimento de liberdade e direitos igualitários às mulheres com a constatação do sexismo internalizado fomentado pelo patriarcado institucionalizado.

⁷ RABAY; Glória de Lourdes Freire; CARVALHO, Maria Eulina P. de. Participação da mulher no parlamento brasileiro e paraibano. *Organização & Democracia*, Marília, v. 12, n. 1, p. 81-94, jan./jun., 2011.

Este momento do feminismo tem especial importância no presente trabalho. Foi neste ponto que se identificaram duas correntes: uma denominada feminismo reformista, que prima pela igualdade entre homens e mulheres em termos de gênero, voltada ao mercado de trabalho, e outra conceituada como feminismo revolucionário com visão libertadora, transformista e estrutural rumo à constituição de uma sociedade antissexista. O primeiro acabou por ofuscar o segundo na medida em que promovia a mobilidade de classe para as mulheres com redução da dominação masculina permitindo escolha mais livre do estilo de vida dentro de um modelo onde o sexismo ainda predominava e mulheres trabalhadoras e pobres continuavam em regime de subserviência, o que fortalecia o patriarcado.

O feminismo revolucionário ficou circunscrito aos círculos acadêmicos e não ecoava para o público em geral, revelando-se como um discurso privilegiado. A mídia de massa patriarcal tinha interesse em divulgar o feminismo reformista que não rompia completamente com os privilégios abarcados pela sociedade sexista, mas passava para a população a ideia equivocada de que a mulher pretendia ocupar o lugar do homem, fomentando com isso a noção de que o movimento feminista tinha um caráter anti-homem.

Formou-se a rivalidade dentro do movimento, posto que as feministas reformistas tinham interesse em silenciar as vozes do feminismo visionário que não era anti-homem, mas que buscava transformações mais profundas do que postular o que os homens já detinham, as feministas revolucionárias queriam mais: aprender sobre o patriarcado como sistema de dominação institucionalizado, disseminado e perpetuado e instituir estratégias, atitudes e crenças voltadas à conformação de uma política feminista transformadora.

Verificou-se carência de discussões sobre comportamentos das próprias mulheres acerca da reprodução de padrões sexistas com escopo de fecundar um verdadeiro pensamento revolucionário e transformador comprometido com políticas feministas.

Neste diapasão, grupos que disseminassem entre homens e meninas ideais de transformação do sexismo teriam sido essenciais para os primórdios do feminismo além de impedirem a mídia de massa de passar a falsa noção de que o movimento excluía os homens.

Para Hooks⁸ “Sem ter homens como aliados na luta, o movimento feminista não vai progredir”. Para a autora é necessário, primeiro, que as próprias mulheres estejam dispostas a confrontar o sexismo internalizado, as reiteradas repetições de comportamentos machistas e patriarcais que impedem a correta compreensão do feminismo e a adoção das políticas feministas. Deve-se, portanto, enfrentar o inimigo interno – o pensamento e o comportamento sexista – para, depois, confrontar o inimigo externo. O feminismo é, sobretudo antissexista.

2. O VERDADEIRO PROBLEMA: CULTURA PATRIARCAL, MACHISMO E SEXISMO

Segundo a historiadora norte-americana Joan Scott, que estuda a história das mulheres a partir da perspectiva de gênero, o patriarcado é uma forma de organização social – que se estende para além da família, em que as mulheres são subordinadas aos homens, e os jovens são subordinados aos homens mais velhos, os patriarcas da comunidade⁹.

Esse patriarcalismo se caracteriza como a supremacia masculina, a valorização do masculino em prol do desvalor da identidade feminina, o que evidentemente estimula a desigualdade entre gêneros, anula a mulher como sujeito de direitos relegando-a ao papel relacionado à procriação. O impacto nos estereótipos de gênero é automaticamente incrementado na medida em que o patriarcado encontra-se enraizado na sociedade preestabelecendo padrões socialmente aprovados e esperados dos corpos masculinos e femininos.

Importante observar que o espaço privado sempre esteve associado à família e o público à ordem política e econômica com o escopo de demonstrar a construção desigual de gênero e sua ligação com a dicotomia artificialmente arranjada entre público-privado de molde a evidenciar a diferenciação entre homens e mulheres, replicando as diferenças e excluindo as segundas do ambiente público. Assim, na história das relações sociais, a trincheira do afetivo é o privado, campo das relações interpessoais; já o processo de

⁸ HOOKS, op. cit., p. 31.

⁹ SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Cidadania*, Rio Grande do Sul, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

dominação do masculino sobre o feminino está intrinsecamente relacionado na dicotomia entre o público e o privado.

Célebre entre as camadas burguesas no século XIX, a delimitação de espaços entre homens e mulheres serviu para afastá-los ainda mais e preestabelecer funções sociais. As atribuições voltadas ao privado, eminentemente feminino, estavam ligadas à maternidade, criação de filhos, cuidados com a casa, além de disponibilidade e boa vontade de servir ao chefe da família, inclusive em termos sexuais. Já o espaço público era destinado às relações econômico-industriais; cidadania política; aos negócios; ao patrimônio e suas propriedades materiais, ligadas ao masculino as quais se conferia supremacia.

É inegável que esses estereótipos de gênero tenham perdido o caráter linear até então vigente ao longo do século XX. Mas incontestável que o patriarcado vive nas entranhas de nossa sociedade e representa obstáculo à efetiva igualdade de direitos entre os homens e mulheres.

Fenômeno que intersecciona o patriarcado, o machismo relaciona-se a verdadeiro preconceito com e contra o que é feminino se opondo à igualdade de direitos entre os gêneros, favorecendo o masculino em detrimento do feminino. Representa opressão nas mais diferentes facetas, traduzida em convicção de que homens e mulheres têm papéis distintos na sociedade e que elas não podem se portar ou ter os mesmos direitos que eles por serem inferiores física, intelectual e socialmente.

Obviamente trata-se de pseudo inferioridade, mas basta para naturalizar comportamentos submissos, dependentes que atrelam a realização plena de uma mulher necessariamente à figura de um homem. Certo é que a cultura machista consiste em menosprezo à mulher e vem sendo reiterada há milênios. Induvidoso que todos somos coniventes quando silenciemos ou reproduzimos comportamentos discriminatórios. Simone de Beauvoir¹⁰, na obra *O Segundo Sexo*, já afirmava que “o opressor não seria tão forte se não tivesse cúmplices entre os próprios oprimidos”.

¹⁰ BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo sexo*: volume 2: a experiência vivida. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. p. 9.

Na medida em que todos são criados dentro desta moldura, a liberdade é valor escasso para as mulheres educadas para atenderem a atributos pessoais advindos de crenças e senso comum calcados em condicionamentos sociais que relegam o feminino à condição subalterna compatível com exploração e opressão. Crianças são adestradas desde cedo acerca do papel que meninas e meninos devem desempenhar na vida social e, ao crescerem reproduzem e perpetuam o machismo estrutural.

Neste âmbito, o machismo exclui, subjuga e violenta o que é feminino. Esta violência se irradia em diversos aspectos: através de um padrão de beleza inalcançável; dentro do ambiente de trabalho em que número insignificante de mulheres consegue galgar cargos de chefia; no território político, onde a representatividade feminina é ínfima se comparada à porcentagem da população brasileira de mulheres. Rotineiro, nesses ambientes, o hábito conhecido como *mansplaining*, verificado quando um homem tenta explicar o que a mulher domina melhor do que ele, desmerecendo o conhecimento dela e buscando retirar-lhe a confiança, autoridade e respeito, inferiorizando-a intelectualmente. Situação similar ao *maninterrupting* quando a fala da mulher é interrompida por um homem, sem conseguir concluir sua colocação, porque ele acredita saber mais sobre o assunto. É a subtração do lugar de fala com objetivo de silenciá-la.¹¹

Note-se, por oportuno, que muitas mulheres veem as outras, bem-sucedidas com preconceito ou alimentam reprovação pelo comportamento sexual de outra mulher que exercita sua sexualidade de forma mais livre. Cunhou-se o termo “*slut shaming*” como aquele destinado a rebaixar, criticar a sexualidade principalmente das mulheres por não corresponderem às expectativas de conduta tradicionais. Representa reprodução do sexismo e estereótipos que associam determinadas condutas femininas a falta de vergonha, moral e libertinagem.¹²

Novamente necessário trazer a baila a notável Simone de Beauvoir ao pontuar que desde a infância a menina experimenta o corpo diferente de como se deixa o menino

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Brasília: CNJ; Enfam, 2021. p. 114. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021final.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

¹² GERALDO, Nathália. Ao julgar vida sexual de Yasmin Brunet, sogra faz ‘slut shaming’. Entenda. *Universia UOL*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/16/ao-julgar-vida-sexual-de-yasminbrunet-sogra-faz-slut-shaming-entenda.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

experimentar. O mesmo ocorre na puberdade. Portanto, verifica-se que enquanto a vida sexual do homem é pautada na afirmação dos desejos; a da mulher é baseada na contenção¹³.

Os conceitos cultuados pelo machismo e patriarcado dão aval à violência contra as mulheres que colocam a liberdade e o respeito à própria sexualidade como prioridade, rompendo o modelo. Há a violência simbólica ao rotular a mulher como libertina, fora do padrão da “mulher honesta”, elemento normativo do tipo na maioria dos “crimes contra os costumes” - que, aliás detinham esta nomenclatura porque não havia preocupação em tutelar a liberdade sexual da mulher e sim a honra da sociedade patriarcal. Autorizada também estaria a violência objetiva na medida em que, aos olhos da sociedade machista, a mulher que vive plenamente sua sexualidade estaria mais exposta ao estupro e morte, casos em que argumentar-se-ia que teria fomentado o crime que a vitimou invertendo-se o papel de vítima para culpada.¹⁴

Fato é que no espectro do patriarcado mulheres julgam mulheres dentro da visão sexista que enxerga a mulher como objeto passivo e submisso ao homem e quem não se enquadra é alvo de reprovação, inclusive de outras mulheres. O reforço de estereótipos de gênero e julgamentos sobre a vida, a aparência ou as escolhas de outras mulheres replicam padrões machistas de comportamento. Em nossa sociedade isso ocorre de forma banalizada quando, por exemplo, se pede que as meninas ajudem nas tarefas domésticas permitindo que, enquanto isso os meninos brinquem na rua.

O machismo, assim, representa uma ideologia de dominação que pressupõe superioridade masculina, poder. Eles são o centro da sociedade. A mulher não tem o poder de oprimir o homem e quando reverbera atitudes machistas o faz porque foi construída assim.

O véu do machismo se descortina sobre todos que vivem em sociedade e o feminismo, ao abordar a questão pontua que a luta é pela igualdade. Neste prisma, a mulher deve se posicionar ao lado de outras mulheres, o que é fundamental para a sororidade.

¹³ Ibid., p. 10.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao código penal*: volume 8: arts. 197 a 249. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 150.

O machismo é uma forma de sexismo, atitude de discriminação baseada no sexo ou gênero de uma pessoa. Já misoginia consiste em um sentimento de ódio e desprezo à mulher externando repulsa e aversão e comumente é voltado às mulheres que não se comportam da maneira esperada por quem a pratica. Manifestam-se por diferentes formas de violência como assédio moral, verbal, sexual; violência doméstica e sexual e feminicídio, muitas delas recém positivadas no direito penal pátrio.

É fato que o direito é eminentemente masculino. As leis, em esmagadora maioria, são feitas por homens e para homens a quem coube escolher quais mulheres seriam merecedoras da proteção da lei penal. Desde muito antes do Código Penal de 1940¹⁵, somente a mulher cuja moral sexual e padrão de comportamento irrepreensível correspondessem ao caráter ilibado delas socialmente esperado tinham guardada no que se refere à proteção de seus direitos sexuais e reprodutivos e, até mesmo do direito fundamental mais precioso: a vida.

A expressão “mulher honesta” mencionada em vários dispositivos do Código Penal, especialmente no título referente aos crimes contra os costumes, especificamente nos crimes sexuais praticados mediante fraude, deixa evidente que estavam descobertas da tutela penal as então denominadas “mulheres fáceis”, as prostitutas ou que se entregavam a uns e outros por interesse ou mera depravação, gozo, volúpia ou luxúria e as que não ostentavam um mínimo de decência. Argumentava-se que o coito fraudulento nestas hipóteses não teria relevância a ensejar o ilícito penal. Ressalte-se que quem estabelecia e balizava este elemento normativo do tipo eram juízes, majoritariamente homens à época, ficando a cargo deles circunscreverem as mulheres distintas que mereceriam a proteção do direito penal, dentro dos padrões aceitos pela sociedade vigente.

O machismo permeando os tipos penais chegava ao ponto de não considerar crime o estupro praticado por marido contra a esposa quando aquele a constrangia à prestação sexual aduzindo que o estupro teria como pressuposto o que chamavam de cópula ilícita (fora do casamento). Portanto, formalizado o pacto conjugal, o marido

¹⁵ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022.

violentador estava em exercício regular de direito ao instar a mulher à prática sexual mesmo contra a sua vontade.

Causa repulsa que a expressão “mulher honesta” só tenha sido abolida do Código Penal em 2005 através da Lei 11.106¹⁶, anotando-se que pela primeira vez desde as Ordenações Filipinas, o direito penal brasileiro deixou de diferenciar as mulheres vítimas de crimes sexuais. A mesma lei também revogou a extinção de punibilidade pelo casamento nos crimes sexuais. Pontue-se que a correção da evidente discrepância ocorreu somente dezessete anos após a Constituição Federal de 1988¹⁷ que explicitamente reconheceu a igualdade entre homens e mulheres em seu artigo quinto, inciso primeiro. Até a supracitada revogação, ficava a critério de cada juiz aplicar ou não os dispositivos que colocavam a mulher em situação de extrema desvantagem em relação ao homem.

Outro ponto em que se vislumbrava a gritante vulnerabilidade chancelada pelas mais altas Cortes Brasileiras até pouco tempo atrás, diz respeito à tese da legítima defesa da honra que permitia ao marido limpar a honra com o sangue da mulher infiel, equiparando a honra do marido traído à vida da mulher adúltera, supervalorizando a reputação masculina desfrutada na sociedade. Apenas em 2021, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 779/DF¹⁸, entendeu pela inconstitucionalidade da tese arcaica e sexista que dava amparo a crimes violentos contra mulheres, em prestígio à dignidade da pessoa humana e repisando os compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil com ênfase no reconhecimento dos direitos das mulheres como Direitos Humanos.

Extreme de dúvidas que o direito deve acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade. A emancipação feminina tornou inadmissível o subjetivismo do conceito de honestidade e sua valoração com evidente carga de discriminação à mulher. A

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 27 dez. 2021.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 dez. 2021.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 779/DF*. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de março de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?Seqobjetoincidente=6081690>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

“honestidade” que rotulou a mulher por longos anos, e ainda pesa como uma pecha deveria ser a mesma exigida dos homens.

Ocorre que o formal afastamento da tese da legítima defesa da honra com assento nos Tribunais do Júri não surtirá o efeito necessário caso não se opere na prática e de forma incisiva o princípio da igualdade material entre homens e mulheres. É assim porque a decisão dos jurados é soberana e não carece de fundamentação, decidem com base na íntima convicção que abrange valores relativos à formação, educação e àqueles atinentes ao meio social. Portanto, mais do que nunca, é o momento da imprescindível conscientização e colocação em prática da igualdade de gênero, com a deserção da repetição de costumes e padrões que excluem a mulher do papel de sujeito de direitos.

3. MASCULINIDADE ALTERNATIVA: BUSCA DA IDENTIDADE MASCULINA E RESSIGNIFICAÇÃO DA MASCULINIDADE

Historicamente a sociedade impõe significados e expectativas em relação aos corpos femininos e masculinos, delimitando espaços que cada qual deve ocupar, cabendo à mulher o ambiente privado, o lar, a casa, o cuidado com a prole (*mater* está ligado a maternidade), idosos e enfermos. Já para o homem destinou-se o espaço público, a liberdade, a imposição do papel de provedor (*pater* vincula-se a patrimônio), atributo de procriador, viril, detentor de poder sobre o corpo das mulheres. Destas últimas eram esperadas submissão e emotividade contrapostas à razão e à objetividade masculinas.

A sociedade categorial sobre os corpos implicou em restrição de oportunidades e direitos das mulheres com evidente vantagem para os homens o que passou a levantar questionamentos que refletiam o descontentamento com a posição subalterna relegada às elas. O gênero passa a ser encarado como fator de distribuição desigual de recursos sociais, econômicos, de poder e participação nas instituições formais.

Fato é que a par das mulheres terem sido ensinadas a agir e se comportar nos moldes do que se espera de um corpo feminino, o mesmo ocorre em relação aos homens que são exaustivamente treinados a incorporarem os padrões socialmente impostos apartados de sentimentalidades e vinculados ao sucesso profissional e sustento da família,

até para que continuassem gozando dos privilégios que o patriarcado os proporcionava. No entanto, o machismo também é pernicioso para os homens. Eles são presos a narrativas que remetem a nunca expressarem nada que os vincule ao universo feminino. Existe um raso senso comum de que homens precisam ser caracterizados pela brutalidade, virilidade, força, poder, agressividade, sexualidade, fora de cogitação a possibilidade de demonstrar qualquer vulnerabilidade, sentimentos, fraquezas, pedir ajuda ou exercer função de cuidado, incluído aí o chamado autocuidado.

Denomina-se Alexitimia a dificuldade de expressar sentimentos com palavras muito comuns nos homens que vivenciam masculinidade moldada em estereótipo tóxico que produz posturas errôneas, inadequadas e agressivas. O machismo coloca o masculino como superior ao feminino. As mulheres tratam com naturalidade de emoções, de sentimentalidades ao passo que os homens são adestrados a evitarem esses atributos posto que inerentes ao universo feminino. Poder, controle e propriedade representam aspectos hegemônicos de masculinidades, mas que descortinam, na impossibilidade de alcançá-los, frustrações que se refletem em tristeza, solidão, abandono e medo. Outras vezes, extravam-se por meio de atitudes violentas que vitimizam outros homens ou, pior, de forma severa as mulheres, esposas, companheiras.¹⁹

Como consequência, índices alarmantes de suicídio entre homens se comparados às mulheres, isso sem falar nas mortes decorrentes de violência, que têm os homens como principais atingidos foram mapeados pelo Ministério da Saúde, através do Boletim Epidemiológico de 2021²⁰ e pelo IPEA, através do Atlas da Violência de 2021²¹. A Política Nacional de Atenção integral à saúde do homem, de 2008, mapeou que em 2005 o total de óbitos do sexo masculino por causas externas 40,3% foram por homicídios, 30%

¹⁹ VICENTE, Álex. Ivan Jablonka: “O patriarcado nos envenena tanto quanto às mulheres”. *El País*, 6 Dic. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-06/ivan-jablonka-o-patriarcado-nos-envenena-tantoquanto-as-mulheres.html>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Mortalidade por suicídio e notificações de lesões autoprovocadas no Brasil. *Boletim Epidemiológico*, v. 52, n. 33, set. 2001. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-deconteudo/publicacoes/boletins/boletins-epidemiologicos/2021>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

²¹ CERQUEIRA, Daniel; FERREIRA, Helder; BUENO, Samira. *Atlas da Violência: 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2021.

por acidentes de transporte, 7,4% por suicídios e 22,3% por outras causas²². Falham também nos cuidados com a própria saúde e, em decorrência, vivem menos que as mulheres. Logo, são ensinados a serem violentos, a reagirem de maneira irascível, como ideais machistas, bem como crescem convictos que se cuidar é coisa de mulher.

Verifica-se que o homem é mais vulnerável à violência, seja como autor, seja como vítima e o processo de socialização interfere decisivamente ao incutir uma expectativa e que o homem deve ser combativo, provocativo, agressivo e fazer valer a sua posição, nos moldes do que prega a masculinidade hegemônica que ainda prevalece. Não há aqui intuito de colocar o homem no papel de vítima, mas sim de lançar luz para a possibilidade da construção de uma masculinidade heterogênea. Através do movimento organizado, a transformação das mulheres em protagonistas de suas demandas envolveu seu relativo empoderamento. No caso dos homens, o protagonismo implica justamente o contrário, isto é, assumir sua fragilidade e vulnerabilidade, aprendendo a enunciar suas demandas.²³

Necessário se faz a desconstrução desta masculinidade em prol dos homens bem como das mulheres na medida em que os conceitos arraigados e reproduzidos nesse contexto propiciam e favorecem a perpetuação da violência contra a mulher baseada no gênero e todo o cenário de degradação, conseqüência da desvalorização do feminino. Isso se reflete em toda a sociedade que se vê distante dos ideais de equidade e representatividade tão necessários ao desenvolvimento salutar da coletividade.

Forçoso reinventar a noção de hombridade para adequá-la aos direitos das mulheres afastando-a do modelo de obrigatório para conciliá-la com o direito das mulheres e os ideais do feminismo. A masculinidade patológica e perversa que aprisiona os homens dentro estrutura social deve ceder lugar à masculinidade transformadora, também denominada de contramasculinidade, um contrapoder que permita lutar contra a hipertrofia do masculino.²²

²² BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem: princípios e diretrizes*. Brasília: nov. 2008. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_saude_homem.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²³ CARRARA, Sérgio; RUSSO, Jane A.; FARO, Livi. A política de atenção à saúde do homem no Brasil: os paradoxos da medicalização do corpo masculino. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 659-678, 2009. ²² VICENTE, op. cit., nota 17.

Diante da crise da masculinidade talhada pelo patriarcado é imperioso que os homens se conscientizem que devem ceder espaço e poder às mulheres e à nova masculinidade que se afasta da tirania patológica e representa o renascimento do significado do ser homem, redefinindo-o com o atributo do “homem justo” tão enaltecido pelo historiador Jablonka.²⁴

Esse caminho passa pela responsabilização acerca dos danos causados pelo comportamento voltado à tirania machista, aprendizado e interiorização das noções de compaixão e resiliência emocional e ações que trabalhem o campo afetivo, território tão melindroso no universo masculino.

Como resultado destas práticas teremos homens evoluídos afetiva e intelectualmente de forma perene, resultando numa paternidade diferente com ênfase na educação voltada ao respeito das diferenças e nos consectários de igualdade almejados pelos movimentos feministas. Assim, os homens serão verdadeiros parceiros das mulheres na difusão dos ideais feministas com vistas à uma sociedade mais justa, equânime e menos violenta.

Nem se diga que os defensores desse modelo pretendem eclipsar as mulheres que visam defender. Para Jablonka, que se opõe à “biologização do feminino”, na realidade “trata-se de um pensamento crítico que busca maximizar os direitos das mulheres em um contexto de violência e discriminação. Nada impede que um homem assuma esse combate”. O historiador pontua que inexistente apropriação do lugar de fala feminino pelos homens, lembrando que se pode ser “egiptólogo sem ter conhecido Cleópatra”. Verifica-se que o maior risco que os homens correm é ficar calados, desligando-se dos avanços trilhados pela história e desperceber que a vanguarda está com as mulheres.

Neste contexto, urge valorizar a masculinidade dissidente²⁴ caracterizada por modelo alternativo à masculinidade hegemônica²⁵ reproduzida pelo homem branco heterossexual, que não admite a divisão do poder. Busca-se modelos diversificados que desafiam a dominação masculina, com visão libertadora da masculinidade como base

²⁴ Ibid., nota

17. ²⁴ Ibid.,
nota 17.

²⁵ CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista Estudos Feministas*, v. 21, n. 1, abr. 2013.

identitária. O homem reconectado com sentimentos e livre das amarras do patriarcado é o parceiro ideal para alcançar e difundir os ideais de justiça e liberdade almejados pelo feminismo.

Bell Hooks lembra que “feministas são formadas, não nascem feministas. Uma pessoa não se torna defensora de políticas feministas simplesmente por ter o privilégio de ter nascido do sexo feminino”²⁶. A autora enfatiza que a mulher, primeiro deve “confrontar seu sexismo internalizado

como processo para se tornar feminista”²⁷. Quanto aos homens, extremamente beneficiados pela cultura machista e patriarcal, espera-se o que Bell Hooks chama de “conscientização feminista para homens”²⁸, ou seja, sensibilidade para sair da zona de conforto e privilégio, soltando as amarras da masculinidade tóxica e se despindo dos estereótipos que aprisionam, através de desconstruções internas do machismo reproduzido e naturalizado.

Nesta visão, o feminismo é libertação tanto para a mulher quanto para o homem.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou trazer à baila questões relacionadas ao dualismo produzido pelo gênero e reiteradas através de comportamentos socialmente normalizados.

Apurou-se que os significados socialmente impostos aos corpos femininos e masculinos têm caráter auto excludentes, criando verdadeiro óbice à comunhão de direitos de homens e mulheres como seres igualitários.

O artigo perpassa pelos movimentos feministas, desde os primórdios em que estampavam verdadeira aversão ao masculino, relacionado à opressão das mulheres e fomentado pela mídia capitalista. Caminha-se em direção à evolução do pensamento feminista revolucionário que almejou a conformação da política feminina transformadora entendendo o patriarcado como sistema de dominação institucionalizado e que, ao mesmo tempo, admitiam a participação masculina.

²⁶ HOOKS, op. cit., p. 25.

²⁷ Ibid., p. 29.

²⁸ Ibid., p. 30.

A par deste aspecto foi discutida a necessidade de repensar o sexismo internalizado e reiterado através de práticas machistas perpetradas não só pelos homens, mas também, por parte das mulheres. Comportamentos estes que reforçam inferiorização e exclusão do que é feminino, replicando padrões machistas e maculando a busca pela igualdade como pilar do movimento feminista.

Em seguida, a partir de perspectiva feminista crítica lança-se luz em um novo identitário masculino e nas masculinidades subjacentes oriundas do novo papel do homem ante o engrandecimento das conquistas femininas. Esta nova ótica mostra-se propícia a inserir os homens dotados de masculinidade ressignificada como coadjuvantes no reconhecimento e efetivação dos direitos das mulheres no contexto de concretização da justiça social.

REFERÊNCIAS

- ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 95-117, jan./abr. 2012.
- BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira de. Memórias das lutas feministas no Brasil. In: BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. *Tempos e memórias do feminismo no Brasil*. Brasília: SPM, 2010.
- BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Org.). *O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em: https://onumulheres.org.br/wp-content/themes/vibecom_onu/pdfs/progresso.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.
- BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo sexo: volume 2: a experiência vivida*. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero 2021*. Brasília: CNJ; Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 dez. 2021.
- _____. *Lei nº 11.106*, de 28 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm. Acesso em: 27 dez. 2021.
- _____. Ministério da Saúde. Mortalidade por suicídio e notificações de lesões autoprovocadas no Brasil. *Boletim Epidemiológico*, v. 52, n. 33, set. 2001. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletimsepidemiologicos/2021>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- _____. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem: princípios e diretrizes*. Brasília: nov. 2008. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_saude_homem.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 779/DF*. Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. “Legítima defesa da honra”. Não incidência de causa

excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada.

Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6081690>. Acesso em: 22 fev. 2022.

CARRARA, Sérgio; RUSSO, Jane A.; FARO, Livi. A política de atenção à saúde do homem no Brasil: os paradoxos da medicalização do corpo masculino. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 659-678, 2009.

CERQUEIRA, Daniel; FERREIRA, Helder; BUENO, Samira. *Altas da Violência: 2021*. São Paulo: FBSP, 2021.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista Estudos Feministas*, v. 21, n. 1, p. 241-282, abr. 2013.

GERALDO, Nathália. Ao julgar vida sexual de Yasmin Brunet, sogra faz ‘slut shaming’. Entenda. *Universia UOL*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/16/aojulgar-vida-sexual-de-yasmin-brunet-sogra-faz-slut-shaming-entenda.htm>. Acesso em: 22 fev. 2022.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao código penal: volume 8: arts. 197 a 249*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RABAY; Glória de Lourdes Freire; CARVALHO, Maria Eulina P. de. Participação da mulher no parlamento brasileiro e paraibano. *Organização & Democracia*, Marília, v. 12, n. 1, p. 81-94, jan./jun., 2011.

SANTOS, Bruno Antonio Barros. A importância do feminismo na desconstrução da estrutura de poder patriarcal e sexista. *Justificando: mentes inquietas pensam Direito* [2017]. Disponível em:

<https://www.justificando.com/2019/03/28/a-importancia-do-feminismo-na-desconstrucao-daestrutura-de-poder-patriarcal-e-sexista/>. Acesso em: 16 out. 2021.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Cidadania*, Rio Grande do Sul, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

VICENTE, Álex. Ivan Jablonka: “O patriarcado nos envenena tanto quanto às mulheres”. *El País*, 6 Dic. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-06/ivan-jablonka-opatriarcado-nos-envenena-tanto-quanto-as-mulheres.html>. Acesso em: 27 dez. 2021.

O Juízo competente para o julgamento do crime de estupro de vulnerável, com a análise da Lei nº 13.431/2017

Renata Travassos Medina de Macedo¹

O crime de estupro de vulnerável guarda grande controvérsia no tocante ao juízo competente para o seu julgamento, especialmente em razão do disposto no artigo 23, parágrafo único, da Lei nº 13.431/2017, que determinou que até a implementação das varas especializadas para crimes contra crianças e adolescentes, o julgamento e a execução de tais crimes ficariam a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.

A controvérsia surge ante a necessidade de se compatibilizar o disposto neste artigo com nosso ordenamento constitucional.

Analisando os julgados das oito câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, verifico que não há um consenso sobre o tema.

A **Segunda, Quinta e Sexta Câmaras Criminais** entendem que a competência é da Vara de Violência Doméstica. A **Primeira, Terceira, Quarta, Sétima e Oitava Câmaras Criminais** entendem que a competência é da Vara Criminal.

¹ Juíza do I Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher e Especial Criminal de São João de Meriti. Integrante do CEDES

Para os que entendem que a competência é da vara criminal, justificam que não há violência de gênero e o artigo 23, parágrafo único da Lei nº 11.431/2017 trouxe apenas uma sugestão que deve ser objeto da Lei de Organização Judiciária local. Além disso, importante registrar que a **Oitava Câmara** modificou o seu entendimento com base nos recentes julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, seguem os arestos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LEI MARIA DA PENHA. ARTIGO 23, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº. 13.431/17. CRIAÇÃO DOS JUIZADOS OU VARAS ESPECIALIZADAS EM CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE É FACULTATIVA. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA DAS VARAS CRIMINAIS PARA OS JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER É PREFERENCIAL E NÃO OBRIGATÓRIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO. DELITO COM CONOTAÇÃO SEXUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA VIOLÊNCIA EM RAZÃO DO GÊNERO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO. Inicialmente, a par do teor do Parágrafo Único do artigo 23 da Lei nº. 13.431/17 que, assim, estabelece: Art. 23. Os órgãos responsáveis pela organização judiciária poderão criar juzizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente. Parágrafo único. Até a implementação do disposto no caput deste artigo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das práticas de violência ficarão, preferencialmente, a cargo dos juzizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins, extrai-se que a criação dos Juzizados ou Varas Especializadas em crimes contra a criança e o adolescente é facultativa, porquanto aduziu o legislador - PODERÃO CRIAR - e, igualmente, não há obrigatoriedade para, no caso, de sua não implementação que ocorra deslocamento da competência das Varas Criminais para os Juzizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, uma vez que consta alusão à PREFERENCIALMENTE. Noutro giro, o objetivo da Lei Maria da Penha é combater a violência no âmbito familiar, decorrente da discriminação de gênero e consistente no fato do homem entender que está em situação de superioridade em relação à mulher, que, por sua vez, acredita estar em posição inferior, assim, a submissão, o medo, além de outros sentimentos negativos que assolam a vida da mulher que sofre violência, quer física, ou moral, no âmbito familiar, levou o legislador infraconstitucional a regulamentar o §8º

do artigo 266 da Constituição Federal, criando-se os juizados especializados, com a finalidade de julgar de forma mais célere os casos concretos. No entanto, não são todos os injustos penais cometido contra pessoa do sexo feminino, no esteio familiar, que devem ser julgados pelos juizados especializados, pois para que esteja caracterizada a competência criminal dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher devem estar presentes os seguintes pressupostos: a) que a violência tenha ocorrido pela desproporcionalidade de forças entre a vítima - mulher -, e o agressor; b) que aconteça no âmbito doméstico, familiar ou em relação íntima de afeto; c) que seja uma das modalidades previstas no artigo 7º da Lei 11.340/06. E, *in casu*, foi imputada ao autor do fato a conduta descrita no artigo 217-A, caput, do Código Penal, inexistindo relação de parentesco entre ele e a vítima, porquanto era o sujeito ativo pedreiro na morada da menor, a indicar que a empreitada criminoso não foi perpetrada no âmbito doméstico/familiar aliado ao fato de que bem se visualiza, neste momento, um verdadeiro delito com conotação, eminentemente, sexual, razão pela qual não se verifica a violência em razão do gênero, sendo competente para julgar a ação penal em seu desfavor o Juiz suscitado. Precedentes do TJ/RJ e STJ. PROCEDÊNCIA DO CONFLITO.

(CONFLITO DE JURISDIÇÃO 0035183-61.2022.8.19.0000.

Des(a). DENISE VACCARI MACHADO PAES - Julgamento: 21/06/2022 - **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ARTIGO 217-A, C/C ARTIGO 226, II, N/F ARTIGO 71, (7X) TODOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU, TIO MATERNO DA VÍTIMA DE 11 (ONZE) ANOS À ÉPOCA. INOCORRÊNCIA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CRIME SUPOSTAMENTE PRATICADO A INDICAR CUNHO ESTRITAMENTE SEXUAL. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI 11.431/17 NO CONTEXTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. Denúncia que versa sobre a prática, em tese, de estupro de vulnerável, 7 vezes, praticado por DRS, contra a menor TSL, sua sobrinha, com então 11 anos. Não são todos os casos de violência doméstica que merecem a proteção da referida lei, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino". Alcance do conceito de violência doméstica que encontra-se sumulada no verbete nº 253 deste E. Tribunal de Justiça, julgado em 07/11/2011 e no Informativo de Jurisprudência nº 524 do Superior Tribunal de Justiça. Diante do tratamento mais rigoroso trazido pela legislação especial, forçosa uma interpretação mais restritiva, ou se admitiria que diante de qualquer crime entre

parentes, em que a vítima fosse do sexo feminino, a incidência da referida lei, o que não se coaduna com os seus objetivos. Na espécie, em que pese tratar-se de vítima do sexo feminino e caracterizada a nítida situação de vulnerabilidade da ofendida, criança à época com 11 anos de idade, frente ao seu tio materno, a violência contra a ofendida não foi decorrente da fragilidade proveniente de gênero, mas de uma suposta finalidade de satisfação de lascívia, que não decorre da condição de "vulnerabilidade" da mulher de que trata a Lei Maria da Penha. Não se nega que menores são também vítimas de violência no âmbito familiar, doméstica, mas as normas de proteção são afetas às de proteção à infância. Visualização de crime com conotação eminentemente sexual que se mostra notória, in casu. Solução para o conflito que não se encontra na Lei nº 13.431/2017 que, no seu artigo 23, parágrafo único facultou a criação de Juízos especializados em crimes contra a criança e adolescente, sendo que até a implementação dos referidos juízos, a execução das causas ficará, preferencialmente, a cargo dos juizados da violência doméstica. Mera autorização para criação de juizados ou varas especializadas em crimes praticados contra crianças e adolescentes, além de sugestão no sentido de que as causas que envolvam violência contra menores fiquem a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica, até a implantação dos juízos especializados descritos em seu caput. Texto legal que não faz qualquer diferenciação entre as vítimas, o que abarcaria delitos envolvendo também crianças e adolescentes do sexo masculino, a impedir o julgamento pelos Juizados da Violência Doméstica. CONFLITO QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DETERMINAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 3ª VARA CRIMINAL DE DUQUE DE CAXIAS, ORA SUSCITADO.
(CONFLITO DE JURISDIÇÃO 0020217-93.2022.8.19.0000.
Des. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO -
Julgamento: 12/04/2022 - **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**)

A **Segunda Câmara Criminal** entende que a competência é da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher simplesmente pela aplicação do artigo 23, parágrafo único, da Lei nº 13.431/2017, independentemente do gênero da vítima, aduzindo que a vara de violência doméstica pode oferecer um tratamento mais adequado. A **Quinta** e a **Sexta** câmaras entendem que a competência é da vara de violência doméstica pois há violência de gênero e busca proteger a mulher em sentido amplo.

Destaquem-se os julgados:

Conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal Regional de Santa Cruz e o Juízo de Direito do II Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Regional de Bangu. Crimes de estupro de vulnerável e maus-tratos praticados por pai contra seus filhos, crianças de 05 (cinco) e 07 (sete) anos de idade. Alegação de incompetência absoluta em razão da matéria, por se tratar de crimes cometidos contra vítimas, que, por seu gênero e idade, apresentam-se extremamente vulneráveis frente ao agressor, pessoa do seu convívio residencial e familiar. Conflito que merece acolhimento. A Lei n.º 11.340/06 previu a criação do Juizado da Violência Doméstica e Familiar, que tem por escopo inibir a violência contra a mulher, configurada sob qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Com a vigência da Lei n.º 13.431/2017, sobretudo seu artigo 23, parágrafo único, a situação concreta de vulnerabilidade dos ofendidos (criança e adolescente vítima ou testemunha de violência) enseja, preferencialmente, o julgamento das causas decorrentes das práticas de violência pelos Juizados ou varas especializadas em violência doméstica. Clara intenção legislativa de dar prioridade ao julgamento das ações nos juizados ou varas especializadas em violência doméstica, nas quais, independentemente do gênero da vítima, seja observada a condição etária dos ofendidos (criança e adolescente vítima ou testemunha de violência). No caso dos autos, imputa-se ao denunciado a prática de crimes de estupro de vulnerável e maus-tratos, cujas vítimas são seus filhos de 05 (cinco) e 07 (sete) anos de idade, o que motiva o julgamento da ação perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Regional de Bangu, ora suscitado, nos moldes do artigo 23, parágrafo único, da Lei n.º 13.431/2017. Precedentes desta Câmara Criminal. Conflito que se julga procedente.

(CONFLITO DE JURISDIÇÃO 0029893-

65.2022.8.19.0000. Des(a). ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA - Julgamento: 28/06/2022 - **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**)

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO DO IV

JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA REGIONAL DE BANGU QUE MANTEVE SUA COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DO FEITO QUE APURA PRÁTICA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA A VÍTIMA G., QUE CONTAVA COM 13 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS, AO ARGUMENTO DE QUE ESTA É ATRAÍDA PELO ENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA, INDEPENDENTE DE CIRCUNSTÂNCIAS DE GÊNERO - PRETENSÃO À LIMINAR QUE CONSTITUI EM REALIDADE UMA ANTECIPAÇÃO DO MÉRITO, QUE SERÁ APRECIADO NO MOMENTO PRÓPRIO, E PELO COLEGIADO - AGRAVANTE SUSTENTANDO QUE NÃO HOUVE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO, REQUISITO PARA A INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/06, POIS EMBORA A VÍTIMA SEJA SOBRINHA DO SUPOSTO AUTOR DO FATO, NÃO HÁ INDÍCIOS DE QUE O CRIME TENHA OCORRIDO POR DESPREZO À SUA CONDIÇÃO DE MULHER, REALÇANDO QUE A SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA DECORREU, TÃO SOMENTE, DE SUA MENORIDADE; E QUE A LEI FEDERAL Nº 13.431/2017, QUE ALTEROU O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, TRAZENDO EM SEU ART. 23, SUGESTÃO LEGISLATIVA DE CRIAÇÃO DE JUIZADOS OU VARAS ESPECIALIZADAS EM CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE, PREVIOU QUE ATÉ A IMPLANTAÇÃO, O QUE NÃO OCORREU ATÉ O PRESENTE MOMENTO, O JULGAMENTO E EXECUÇÃO DESTAS CAUSAS FICARIAM "PREFERENCIALMENTE" A CARGO DOS JUIZADOS OU VARAS ESPECIALIZADAS EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA; EVIDENCIANDO MERA FACULDADE DO JULGADOR E NÃO UMA OBRIGAÇÃO; DEVENDO SER ANALISADO, NO CASO CONCRETO, A PRESENÇA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO, A JUSTIFICAR A REMESSA DOS AUTOS À VARA ESPECIALIZADA - ART. 7º DA LEI MARIA DA PENHA PREVENDO QUE MÚLTIPLAS NATUREZAS QUE DÃO CAUSA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, INCLUSIVE A DE NATUREZA SEXUAL, COMO NO CASO EM TELA, EM QUE, NO ÂMBITO FAMILIAR, A VÍTIMA SOFREU SUPOSTO ABUSO DE SEU TIO, HIPÓTESE ELENCADE NO ARTIGO 5º, INCISOS I E II DA LEI 11.340/06 - VÍTIMA E SUPOSTO AGRESSOR QUE RESIDIAM NO MESMO LOTE RESIDENCIAL, SENDO QUE A OFENDIDA MORAVA NA CASA ACIMA COM SUA GENITORA E O SUPOSTO

AGRESSOR COM A FAMÍLIA NO IMÓVEL ABAIXO - REPRESENTANTE LEGAL DA VITIMA, OUVIDA EM SEDE POLICIAL, RELATANDO QUE O SUPOSTO AGRESSOR ACARICIAVA AS PARTES ÍNTIMAS DE "G." E, FAZENDO O USO DE UMA ESCADA, ACESSAVA A JANELA DO QUARTO DA MENOR, PARA OBSERVA-LA - C. STJ QUE POSSUI ENTENDIMENTO PELA IRRELEVÂNCIA DA IDADE DA VÍTIMA, PARA FINS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA E INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA, POIS O QUE IMPORTA É A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER (DE QUALQUER IDADE), NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA, DA FAMÍLIA OU EM QUALQUER RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. NESTE SENTIDO: (RESP 1652968/MT, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, JULGADO EM 15/12/2020, DJE 18/12/2020) - PRESENÇA DE INEQUÍVOCA INFERIORIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DA VÍTIMA, MENOR, EM RELAÇÃO INTRAFAMILIAR COM O SUPOSTO AGRESSOR, COM QUEM POSSUI PARENTESCO CIVIL, O QUE CONFIGURA A VIOLÊNCIA DE GÊNERO - COMPETÊNCIA DO IV JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA REGIONAL DE BANGU PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. À UNANIMIDADE, FOI DESPROVIDO.

(AGRAVO 0068106-77.2021.8.19.0000. Des(a). ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO - Julgamento: 25/11/2021 - SEXTA CÂMARA CRIMINAL)

O tema é instigante e bem controvertido, fonte de volumoso movimento na segunda instância, bastando para comprová-lo a simples consulta aos mecanismos de busca de jurisprudência no portal corporativo do PJERJ. Para se ter uma ideia, utilizando-se apenas as palavras-chaves “estupro”, “vulnerável” e “competência”, a resposta obtida para os anos de 2021 e 2022 é de 236 julgados.

Destarte, considerando que a organização judiciária deverá ser objeto de lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça, conforme preceitua a Constituição da República, em seu artigo 125, parágrafo primeiro² e o Capítulo V, do Código de

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Organização Judiciária do Rio de Janeiro, Lei nº 6.956/2015³, que dispõe em seu artigo 61 que compete aos juízes de direito em matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher as causas “descritas na lei específica”⁴ (que é a Lei Maria da Penha) e que tal violência seja baseada no gênero, verifica-se que a Lei nº 13.431/2017, em seu artigo 23, parágrafo único, apenas apresenta uma sugestão e não uma imposição quanto à competência. Do contrário, caso entendida como uma imposição, há de se reconhecer sua inconstitucionalidade formal, eis que em se tratando de lei federal, esta não poderia dispor de matéria a ser tratada única e exclusivamente por lei estadual. Além disso, não há qualquer compatibilidade com a Lei nº 11.340/2006⁵, que determina que além da vítima ter que ser mulher, a violência deverá ser baseada no gênero.

Embora a Alta Administração tenha editado a Resolução TJ/OE nº 19, de 21 de junho de 2022, criando a *1ª Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente* (VECA), para atender ao que dispõe o art. 23, da Lei nº 13.431/2017, a nova serventia, no entanto, quando instalada, terá sua competência limitada apenas à Comarca da Capital e suas regionais⁶. A medida resolve parte do problema. Como a criação de novas serventias especializadas, nas demais comarcas do estado, demandaria tempo, gastos consideráveis e a reestruturação da organização judiciária local, uma uniformização da jurisprudência do TJRJ, no que toca ao juízo competente, poderia ser parte da solução a curto prazo. Enquanto a dúvida persistir, será fonte de insegurança jurídica em matéria de grande apelo social e causa de enorme sofrimento humano.

Sigo, portanto, firme no entendimento segundo o qual em tais crimes cometidos contra criança e adolescente não há violência de gênero, mas sim uma violência praticada diante da vulnerabilidade etária da vítima.

³ RIO DE JANEIRO (Estado). *Lei nº 6.956*, de 13 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/7954a68a437095b983257dcf00599dda?OpenDocument>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁴ Art. 61 Compete aos juízes de direito em matéria de violência doméstica e familiar contra a mulher:
I - Processar e julgar as causas **descritas na lei específica**, além da execução penal de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direito, bem como nos casos de sursis ou medida de segurança não detentiva;

⁵ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶ Art. 3º, Resolução OE nº 19/2022.

Assim é o abuso sexual cometido contra crianças, mediante o uso de poder, quando se aproveita de sua vulnerabilidade etária, de sua pouca força física, de sua incapacidade de entendimento da ilicitude do ato, sendo praticado através da ameaça de castigo, físico ou psicológico. Estão presentes as relações são de força e poder, dominação e submissão. Tanto meninas quanto meninos são vítimas de abuso sexual, embora estes últimos em menor número.

Pesquisas revelam que o percentual de meninas sexualmente vitimizadas representa o dobro do de meninos. Todavia, esse dado não é suficiente para se concluir, por si só, que a violência contra as meninas também é de gênero. Sabe-se que a relação adulto e criança é permeada pelo poder e pela ideia de que toda criança deve se submeter aos desígnios dos adultos. O adulto em geral, independentemente de seu sexo, detém poder sobre a criança.

Assim, a relação contém hierarquias, nas quais os adultos figuram como dominadores-exploradores e as crianças como os elementos mais dominados-explorados, não havendo violência de gênero ou qualquer justificativa para o tratamento diferenciado entre meninos e meninas, devendo ambos figurar na mesma categoria.

Questões sobre a bioética e os problemas de direito de filiação: Reconhecimento de dupla maternidade¹

Maria Aglaé Tedesco Vilarado²

Resumo: a autora introduz o debate, no direito brasileiro, sobre o reconhecimento da dupla maternidade, tomando como pano de fundo uma ação declaratória de maternidade/filiação socioafetiva cumulada com alteração de registro de nascimento para acrescentar o nome materno em assento de nascimento. Examina as condições para concessão de registro de nascimento com tripla filiação. Equaciona a razoabilidade de pretensões desta natureza, perante o direito e a bioética, num contexto de mudança, em que novas formações familiares vêm sendo reconhecidas pelos tribunais, centrando-se, em particular, nos princípios bioéticos do respeito pela autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça, sem deixar de buscar projeções constitucionais destas ideias. Concluindo, deixa um espaço de apreciação irredutível à casuística, que permita verificar a efetiva participação da mãe afetiva no papel materno e a intensidade dessa participação, a fim de justificar a presença do nome de duas mães, ou outro motivo que confira boas razões para assim se decidir.

Palavras-chave: maternidade; multiparentalidade; reconhecimento da maternidade; dupla maternidade; bioética; direito constitucional; filiação; respeito pela autonomia; não-maleficência; beneficência; justiça.

¹ Texto originalmente publicado em *Revista Julgar*. Nº 37 – 2019 – pp 97-108, e gentilmente revisado pela autora para a presente publicação.

² Juíza de Direito e Doutora em bioética, ética aplicada e saúde coletiva pelo PPGBIOS em associação da UERJ, UFRJ, UFF e FIOCRUZ com doutorado sanduíche com bolsa da CAPES no Kennedy Institute of Ethics, Georgetown University, Washington- DC

Introdução – o aspecto plural do afeto

A filiação vem sendo modificada em situações da vida real. Um pai e uma mãe podem se transformar em dois pais, duas mães, ou mesmo em maior número quando se fala do dia a dia na rotina de uma criança. Por vezes, o duplo papel é exercido por uma única pessoa. O que importa são os bons cuidados para com a criança.

No exercício da magistratura, encontramos situações de fato que buscam a tutela jurisdicional para conferir legalidade ao que acontece no mundo. Citando Pessoa³, indagamos: “[s]abe acaso alguém o que é certo ou justo? Quantas coisas, que temos por belas, não são mais que o uso da época, a ficção do lugar e da hora”?

Um dos processos inusitados que chegaram à Vara de Família respeito à ação declaratória de maternidade/filiação socioafetiva cumulada com alteração de registro de nascimento para acrescentar o nome materno em assento de nascimento.

Três adultos requereram a inclusão do nome de M. como mãe dos mesmos, justificando o pedido em razão de terem sido criados por ela, após o falecimento da mãe biológica. O inusitado do pedido seria que apenas fosse acrescentado o nome desta mãe que os criou sem a exclusão do nome da mãe biológica. Nesta ação não atuou o representante do Ministério Público, por serem todos maiores e capazes.

Trata-se, ainda, de um pedido raro no Poder Judiciário Brasileiro. Não estava sendo requerida a adoção dos adultos, o que legalmente seria possível, mas o reconhecimento jurídico de maternidade socioafetiva, em acréscimo desta maternidade ao registro civil.

Os três adultos estavam, então, na faixa dos quarenta anos de idade, eram profissionais bem-sucedidos. Filhos da falecida T. e de S, quando do falecimento de T., em abril de 1976, os filhos contavam dez, cinco anos, e três meses de vida. Em junho de 1977, o pai S casou-se com M., que passou a cuidar das crianças. Alguns registros de memória devem ter sido preservados de maneira diferente, face à idade de cada um.

Os autores declararam, de próprio punho, os cuidados que receberam de M., a quem chamavam carinhosamente de X., evidenciando o forte afeto e a relação filial. O

³ Fernando Pessoa (Bernardo Soares), *Livro do Desassossego*, V. II. Lisboa: Ed. Presença, 1990.

pai dos requerentes também declarou, do próprio punho, que M. ocupou o lugar de mãe na vida dos filhos. Esta relação se estendeu, inclusive, aos netos.

Este era o exemplo clássico de família constituída por laços afetivos. Da leitura de todas as declarações juntadas aos autos, inclusive da própria M. e de amigos, depreende-se que os vínculos de M. e dos três autores eram fortes o suficiente para caracterizar a maternidade.

Em outros casos, poderia ser aplicado o processo de adoção, previsto no Código Civil Brasileiro, no artigo 1.619, próprio aos adotados maiores de 18 anos. Entretanto, o pedido vinha no sentido de que, além de reconhecida a maternidade afetiva, fosse mantido o nome da mãe biológica, permanecendo os dois nomes, como mães, ao lado do nome do pai. É este o aspecto pelo qual a ação se diferenciava das demais, no sentido de que essas apenas requeriam a dupla maternidade ou paternidade. Para tanto, necessário compreender o texto normativo de acordo com o caso concreto, conforme Gadamer⁴ afirma:

“...tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto — da lei ou do anúncio — e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto — lei ou mensagem de salvação —, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”.

Já há algum tempo, novas formações familiares vêm sendo reconhecidas pelo Judiciário, como, por exemplo, para que casais do mesmo sexo constem na filiação de crianças concebidas por técnicas de reprodução assistida. A jurisprudência é pacífica em autorizar o registro em nome de duas mulheres ou dois homens, tanto que, desde 2019, está em vigor o Tema 622, do STF, cuja tese é a seguinte:

⁴ Hans-George Gadamer, *Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005; pp. 407-408.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

No caso em análise, no entanto, não se tratava de reprodução assistida e sequer as duas mulheres se conheceram. A mãe biológica havia falecido há mais de 35 anos, tendo deixado forte impressão de afeto sobre os filhos, sobretudo nos mais velhos, antes de falecer. A mãe que os criou imprimiu sua marca de afeto, da mesma forma, a ponto de os autores desejarem ter reconhecida a importância de M. em suas vidas, porém, sem que deixassem de prestigiar a mãe que lhes deu a vida.

Não obstante as mudanças recentes, ainda vigora na sociedade brasileira uma tradição de que há apenas um pai e uma mãe. A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), que trata do registro de nascimento nos artigos 50 a 66, faz referência aos pais e ao pai e à mãe, mas não cuida do assunto de maternidade ou paternidade múltipla. Em significativo avanço da legislação, acrescentou-se o §8º, ao artigo 57, autorizando que o enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável, requeira a averbação do nome de família de seu padrasto ou madrasta, com a concordância destes e sem prejuízo dos apelidos de família. O legislador reconheceu que a relação afetiva pode se instalar com o convívio, criando a família socioafetiva. Este avanço tem respaldo no reconhecimento constitucional das múltiplas formas de constituição da família, algumas previstas no artigo 226 da Carta. Mas nem todas são previstas em lei.

Não devemos esquecer que mesmo com a configuração de filiação de um representante de cada gênero, há milhares de crianças sem o registro civil paterno. No Brasil, ao homem não se obriga ao registro paterno, exceto se casado civilmente. Portanto, somente registra civilmente o homem que assim o quiser. Caso não o faça, caberá à própria criança requerer judicialmente o reconhecimento.

Os fatos têm dinâmica diferente da lei. A sociedade evolui, a moralidade se modifica, os indivíduos passam a pleitear reconhecimento de novas relações e cabe ao Judiciário analisar estas mudanças sob a luz da ética. No dizer de Engelhardt⁵: “...quanto

⁵ H. Tristram Engelhardt, Jr., *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 2008, Capítulo I.

mais essas comunidades diferirem em relação aos cânones aceitos de probidade moral, mais explícitas leis e regulamentos burocráticos precisarão ser produzidos”. Como as relações de família têm se revelado na multiplicidade, novas leis vêm sendo publicadas em tentativa de um norte normativo. O Direito de Família evolui de forma célere e se apresenta como uma das especializações mais dinâmicas. Destaco trecho do artigo do Juiz António José Fialho⁶ sobre tal evolução:

“se quisermos fazer uma breve reflexão sobre algumas mudanças ocorridas no Direito da Família e das Crianças, basta pensar que, há cinquenta anos, a adoção não era solução para as crianças em estado de abandono, há pouco mais de quarenta anos, o divórcio não era permitido nem a mulher podia exercer certos direitos sem que o fizesse através da figura paterna ou do marido, certas profissões necessitavam de autorização do Estado para contrair matrimónio, há cerca de vinte anos, os divórcios apenas poderiam ter lugar mediante decisão judicial, há menos tempo ainda, não era possível aos pais, em caso de divórcio ou separação, manifestarem a sua intenção de manter o exercício conjunto do poder paternal (assim era chamado na altura), a determinação biológica do pai ou da mãe dependiam exclusivamente da prova (falível) testemunhal, “entre marido e mulher não se devia meter a colher” (silenciando as situações de violência doméstica que ocorriam no seio dos casais) ou, há pouco mais de quatro anos, o casamento apenas era possível entre um homem e uma mulher.”

Falamos, portanto, de um novo direito que reflete a necessidade de acompanhar esta evolução. Neste tom, podemos nos apropriar do conhecimento da ética aplicada. Da ética da vida, para analisar o melhor caminho a seguir, mediante justificativa da conduta moral a ser tomada diante da situação posta.

De um lado, temos a justificativa no sentido de que, pelas leis da biologia, os filhos são concebidos por um homem e uma mulher, daí o registro deste nascimento somente poder ser feito para constar um homem e uma mulher. Logo, quanto a este primeiro argumento, temos que levar em consideração que há inúmeros registros em nome apenas da mãe, sem que conste o nome paterno. O registro não está ferindo a lei da natureza, mas refletindo a realidade social, onde muitos homens deixam de assumir a

⁶ António José Fialho, (Novos) *Desafios Para os Juízes das Famílias e das Crianças*, in Revista Julgar, nº 24, setembro-dezembro de 2014.

responsabilidade sobre a criança que geraram. Assim, a argumentação da lei natural cai por terra, pois nenhuma das crianças registradas somente em nome da mãe deixou de ter um pai biológico.

Um segundo argumento seria no sentido de que pode este pai biológico ser investigado e, quando encontrado, passaria a constar do registro, completando o ciclo natural. Mas existe a oportunidade de que outro homem, sem vínculo biológico, passe venha a ocupar o lugar do pai biológico no registro, através da adoção. O ciclo biológico é rompido quando o vínculo afetivo é reconhecido. O mesmo pode ocorrer com a mãe biológica, substituída pela mulher que adota, passando a existir a família por força do afeto que motivou a adoção e não pelo vínculo biológico.

Não obstante, além da possibilidade de adoção, existem laços criados ~~por~~ pelo afeto, sem que ocorra a adoção, como por exemplo, a possibilidade de que o enteado ou a enteada passe a utilizar o nome de família do padrasto ou da madrasta, como mencionado acima. Neste aspecto, há o reconhecimento do afeto, mas é conferida grande importância do direito ao nome, como direito de personalidade. Quando, por algum motivo, a adoção não ocorre, existe a possibilidade do reconhecimento da família afetiva pelo sobrenome, mantido o sobrenome da família biológica. Esta forma reconhece a relevância do vínculo biológico sem descuidar da proteção da família de fato, com a presença de um padrasto ou madrasta em pleno convívio afetivo.

Há algum tempo, a jurisprudência tem caminhado no sentido de permitir a filiação para duas mães ou dois pais em decorrência do reconhecimento das famílias compostas por pessoas do mesmo sexo que desejam criar filhos comuns. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui acórdãos nesse sentido, como a decisão no REsp 1281093/SP — Terceira Turma — Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em dezembro de 2012:

“Recurso Especial. União Homoafetiva. Pedido de Adoção Unilateral. Possibilidade. Análise Sobre a Existência de Vantagens para a Adotanda. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de

planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido”.

E ainda, recentemente, o REsp 1608005/SC, Terceira Turma – Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/5/2019:

Recurso especial. Direito de família. União homoafetiva. Reprodução assistida. Dupla paternidade ou adoção unilateral. Desligamento dos vínculos com doador do material fecundante. Conceito legal de parentesco e filiação. Precedente da suprema corte admitindo a multiparentalidade. Extrajudicialização da efetividade do direito declarado pelo precedente vinculante do STF atendido pelo CNJ. Melhor interesse da criança. Possibilidade de registro simultâneo do pai biológico e do pai socioafetivo no assento de nascimento. Concreção do princípio do melhor interesse da criança.

Pensando na proteção da criança adotada ou concebida por fertilização assistida, o Judiciário declara o casal de pessoas do mesmo sexo como conjuntamente responsável pelo poder familiar da criança comum, algumas vezes filho/a biológico/a de um/a dos componentes do casal e que estaria sendo adotado/a pelo/a outro/a. As decisões judiciais são no sentido de declarar que ambas ou ambos são mães ou pais daquela criança, rompendo definitivamente com o ciclo biológico e com a lei da natureza, para conferir direitos e deveres para pessoas do mesmo sexo que a criem e a eduquem. A partir daí, podem ser exigidos, de cada um dos indivíduos que compõem o casal, toda a proteção para aquela criança e o cumprimento das responsabilidades parentais de forma absoluta. São decisões avançadas e já consolidadas, mas que continuam prevendo o número de dois indivíduos para constar como filiação.

No caso analisado, foi requerido o reconhecimento da existência de duas mães, uma biológica já falecida e outra afetiva, sem que formem um casal, com a manutenção do nome do pai, em novo desafio apresentado pela dinâmica social.

O registro público existe para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, como disposto no artigo 1º, da Lei nº 6.015/1973. O registro de pessoas naturais tem a responsabilidade de retratar a situação de estado das pessoas, o que de fato ocorre,

tornando o registro mais seguro e autêntico. O reconhecimento dos fatos não gera insegurança jurídica ou constrangimentos, porque o fato é pré-existente e apenas passa a ser declarado publicamente. Seria mais fácil para a sociedade se as situações de fato se tornassem públicas, como, por exemplo, um registro civil de união estável, declarada como estado de fato e alçada a estado civil, onde todos teriam acesso a essa informação, o que evitaria inúmeros problemas quando da compra e venda de bens imóveis. O que se pretende é exatamente a declaração pública de uma situação de fato, em que costumes, anteriormente mantidos em segredo, se tornem públicos. A abordagem sobre os costumes é bem traçada por Nietzsche⁷, ao observar que:

“[n]ão se sabe que o mesmo grau de bem-estar também pode existir com outros costumes e que até é possível alcançar graus mais elevados. Mas aquilo que se percebe bem é que todos os costumes, até os mais austeros, com o tempo se tornam mais agradáveis e suaves e que até o modo de vida mais severo se pode tornar um hábito e, portanto, um prazer”.

Não podemos assumir a posição da lei naturalística de que filho/a somente pode ser registrado/a por duas pessoas, e não por três, porque concebido somente por duas pessoas, um homem e uma mulher. Primeiro, porque este ciclo, como se demonstrou, já está rompido há muito tempo, segundo, porque a prevalência do vínculo biológico deixou de ser o aspecto relevante no direito, que tem enorme consideração pelas relações de afeto.

Mas como justificar que passe a constar, no registro de nascimento, o nome de três pessoas, duas mães e um pai?

Foi preciso analisar as razões para permitir ou vedar que constassem o nome das duas mães no registro, em razão de as duas serem consideradas mães pelos autores, apesar de a legislação não ter proibição específica⁸, nem autorização expressa e sem

⁷ Friedrich Nietzsche, *Humano, Demasiado Humano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

⁸ Tramita na Câmara dos Deputados o PL 5423/2020, de autoria da Dep. Maria do Rosário, cuja ementa é a seguinte: *Acréscena o Art. 60-A a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, para garantir o registro de dupla maternidade ou paternidade aos casais homoafetivos que tiverem filhos e dá outras providências*. O Projeto se encontra pronto para a pauta na Comissão de Seguridade Social e Família, desde 29/10/2021.

desconsiderar toda a tradição histórica de filiação por duas pessoas, tradicionalmente um homem e uma mulher e, contemporaneamente, duas mulheres ou dois homens, mas sempre limitado ao número de duas pessoas. A sociedade vinha reconhecendo a filiação como *par* e não como *ímpar*.

Para desenvolver uma decisão adequada, diante de fatos reais e da insuficiência legislativa, foi necessária a utilização de metodologia própria para questões da área jurídica com fundo ético e moral. O que é certo ou errado fazer, deve ser respondido com argumentação coerente e justificada, como a bioética o faz.

Memória afetiva e a não-maleficência

Fazendo apropriação de teoria bioética desenvolvida por Beauchamp & Childress⁹, foram considerados os Princípios que estão sendo evocados no caso. A análise tomou por base os Princípios bioéticos do respeito à autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da Justiça.

Tais Princípios foram desenvolvidos pela filosofia para a ética biomédica e se aplicam perfeitamente à análise porque um julgamento desta ordem não poderia ter suporte exclusivamente jurídico, por se tratar de uma discussão com forte conteúdo moral, portanto, tratado pela ética. A teoria foi escolhida porque os quatro Princípios possuem forte conteúdo ético e podem ser depreendidos da legislação Constitucional vigente, atendendo ao sistema jurídico brasileiro. A relação da bioética com o tema está no fato de que, na ordem da psique humana, da vida, a tomada de decisão com base na moral irá repercutir em cada ser humano envolvido, de forma positiva ou não. Portanto, fundamental que se tenha um bom caminho para encontrar a resposta adequada.

A Constituição Federal Brasileira determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. É direito fundamental previsto no artigo 5.º que no seu *caput* assegura o direito à liberdade. Da mesma forma preserva a inviolabilidade da vida privada, onde estabelece que o indivíduo pode viver sua vida da

⁹ Beauchamp & Childress, *Princípios da Ética Biomédica*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.

forma que desejar, sem interferências além daquelas que o próprio indivíduo permita, observadas as limitações legais.

Percebeu-se a necessidade de respeito à autonomia de cada um dos três adultos, autores da ação judicial. Constituíram relações familiares sólidas e requereram o reconhecimento do Estado sobre elas. Certamente cresceram em ambiente familiar almejado por todos. Harmonioso, respeitoso, amoroso e repleto de valores positivos. Um dos valores patentes é o respeito à figura materna, que é a mãe que os gerou e que por motivo de doença faleceu precocemente, deixando a filha ainda bebê e os outros dois filhos ainda muito pequenos. Certamente a memória desta mãe foi preservada não só pelo pai dos autores, como também pela mulher que os criou, junto com o pai, após a morte da mãe biológica. Os espaços ocupados foram distintos no tempo, mas nem por isso representaram uma substituição, e sim uma soma de sentimentos e afetos. Isso se diz, inclusive, com relação ao terceiro filho, que por ocasião do falecimento da mãe biológica tinha meses de vida. A memória afetiva transmitiu-se através dos irmãos e, certamente, com a ativa participação de M..

Se uma mulher, que não gerou um filho/a, é considerada mãe, somente quem pode fazer esse julgamento é quem foi por ela criado. Quando os autores declaram que M. é a mãe deles, o fazem com simples narrativas como a que destaco, na qual um dos filhos assim se referiu:

“[f]oi ao lado dela que aprendi a andar, ler, escrever. Foi ela que me botava para dormir, todas as noites, contando histórias maravilhosas. Ela esteve — e está — comigo em todos os momentos. Festas de escola, ballet, natação, aulas de recuperação. Nas crises da adolescência foi ela que me aturou, me deu colo, ombro e limite”.

Este depoimento emotivo pode justificar que M. fosse considerada a mãe, mas não dá argumentos para que se mantenha o nome da mãe biológica no registro. Por isso destaco a declaração de outro dos filhos:

“[t]inha 5 anos quando a minha mãe T. faleceu. Apesar da minha pouca idade tenho lembranças como sofri e de como ela era especial. Ela era quem preparava as nossas festas de aniversário,

em cada detalhe, lembro de como ficava feliz de sentir o amor dela por nós refletido em cada detalhe de nossa casa, brinquedos, roupas e vida... X. chegou na nossa vida, justamente durante a minha alfabetização e como tive problemas de aprendizado, pela falta de minha mãe, X. assumiu este papel... não trabalhou mais para poder ter seu tempo dedicado a cuidar de mim e de meus irmãos... Ela foi presente na minha educação, nas consultas médicas, nas viagens e também, nas festas de aniversários, que fazia com muito amor e carinho. Enfim, ela foi, é e será sempre minha mãe...”

O filho mais velho declarou:

“[e]u tinha 9 anos quando T., minha mãe biológica, morreu. Minha mãe era uma mãe exemplar. Se dedicava inteiramente à família. Tudo em nossa casa era extremamente bem cuidado, nossas roupas impecáveis. Ela torcia loucamente por mim a cada competição de natação. Eu adorava nossas viagens... até hoje essas lembranças são doloridas. Algum tempo depois do falecimento dela, meu pai começou a namorar a X... fiquei satisfeito de vê-lo sorrindo de novo.... X. estava do meu lado em todos os momentos importantes da minha vida, desde a infância, até os dias de hoje....”

Era evidente o vínculo afetivo de mãe construído por X. Mas, especialmente, para os dois filhos mais velhos, T. não deixou de ocupar imenso espaço na vida dos três filhos. A mais nova, que perdeu a mãe biológica antes de um ano de vida, vivenciou toda a história afetiva preservada pelo pai e pela própria M. e foi contagiada pelos irmãos. Esse é o diferencial do caso. Há dupla maternidade afetiva ou, no dizer de Fernando Pessoa, “*a dupla existência da verdade*”.

Não há dúvidas de que ambas podem ser consideradas mães. Uma biológica/afetiva e a outra afetiva. Tirar o nome da mãe biológica para colocar o nome da mãe afetiva causaria mal aos autores, pela memória da mãe biológica. Deixar o nome da mãe biológica e não reconhecer a mãe afetiva é imposição de dano aos autores porque deixaria de conferir o reconhecimento de tudo o que viveram e vivem até hoje com M.. Pelo Princípio bioético da não-maleficência deve ser evitado todo dano desnecessário.

Esse é um princípio obrigatório, baseado na ideia de que não se pode causar mal a outrem, sem justificativa legitimamente plausível.

O princípio encontra suporte no artigo 5.º, II da Constituição Federal, onde se prevê, como direito fundamental, que ninguém será submetido à tortura ou a tratamento degradante. Deixar de conceder algum direito, que não é vedado por lei, é uma forma de causar mal a alguém e se equipara a tratamento degradante. Portanto a não-maleficência também se apresenta como direito fundamental.

Perguntas importantes devem ser formuladas e debatidas. Haveria algum mal a ser causado à sociedade? Qual seria o prejuízo de se reconhecer publicamente a ambas? Que insegurança tal reconhecimento traria à sociedade?

Para a sociedade, não se verifica qualquer prejuízo no reconhecimento simultâneo. O que temos é uma tradição de séculos, no sentido de considerar que somente pai e mãe constem no registro civil, tradição que deixa de ser seguida porque a própria sociedade criou novas formas de relacionamento, sem deixar de preservar o respeito por quem participou desta construção. É uma formação familiar diferente, que o Estado de Direito, caracterizado exatamente por respeitar as diferenças sem qualquer forma de discriminação, deve reconhecer.

O argumento de que poderia gerar constrangimento para a pessoa que se apresenta com documento que contém duas mães e um pai não procede porque partiu da vontade destas pessoas. Também não gera insegurança social porque simplesmente acrescenta um nome aos documentos, sendo certo que existem documentos sem nome algum na filiação, com apenas um dos nomes e, recentemente, com nome de duas mulheres ou de dois homens. A sociedade deverá apenas se acostumar a ver três nomes no campo *filiação*. Nenhum prejuízo real à coletividade que possa limitar o direito individual pleiteado. É o “prazer dos costumes” pontuado por Nietzsche: “*todos os costumes, até os mais austeros, com o tempo se tornam mais agradáveis e suaves...*”.

Na concessão de uma interpretação baseada nos direitos, como proposta por Dworkin¹⁰, no livro “Uma questão de Princípios”, é possível se admitir que o direito em que os autores baseiam seu pedido é legítimo e deve ser respeitado. Esta concessão vai

¹⁰ Ronald Dworkin, *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

além do texto legal, respeita os direitos individuais onde não há vedação expressa. Se reconhece o direito personalíssimo relativo ao vínculo da maternidade biológica/afetiva interrompido de forma involuntária, reconhece também o vínculo da maternidade afetiva/não-biológica que perdura até hoje.

O Princípio da Justiça

No mundo de hoje, as tradições estão sendo desconstruídas pelo fato de que os indivíduos estão assumindo seus desejos, que não ficam escondidos dentro de casa. A narrativa acima certamente aconteceu com muitas outras famílias, ainda em tempos longínquos. Contudo, as pessoas sequer cogitavam de fazer um pedido judicial desta natureza. E se procurassem um advogado para isso, dificilmente o encontrariam com a mesma ousadia dos patronos que assinaram a petição inicial desta causa. Somente pela construção argumentativa deles é que os autores puderam ter uma resposta do Judiciário sobre tema ainda inexplorado. Este é o papel da advocacia. Colaborar na construção e reconhecimento dos direitos. Contribuir para construir e ampliar a jurisprudência.

Sendo possível, deve o Poder Judiciário beneficiar os autores. Embora o Princípio da beneficência não seja obrigatório, em geral, para o Judiciário há obrigação em beneficiar, em razão da relação criada entre o Estado-Juiz e as partes, desde que não ultraje direitos de terceiros. Não ocorrendo isto, o direito postulado deve ser concedido em benefício de quem pede. O Princípio da beneficência tem este propósito, mas sempre do ponto de vista de quem será beneficiado e não de quem concede o benefício.

Neste sentido a Constituição determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, previsão do artigo 5º, XXV. Com este direito fundamental reconhecido, a ameaça ou a lesão a direito podem ser analisadas pelo Judiciário, a fim de que cesse a ameaça ou que se desfaça a lesão ou haja o ressarcimento adequado. Diante disso é obrigatório ao Judiciário conceder o benefício requerido em Juízo, caso o indivíduo tenha o direito reconhecido pela construção interpretativa.

Quanto ao Princípio da Justiça, distribuir direitos que são devidos a alguém, a Constituição assegura todos os direitos fundamentais, garantindo a inviolabilidade da

vida, da liberdade, da igualdade, os direitos sociais, enfim uma gama de direitos a serem preservados, concedidos e protegidos, observada a adequada distribuição de recursos. O Brasil tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. Distribuir justiça é propósito específico do Estado Democrático de Direito. Por isso deve ser analisada a justificativa que nega pedidos como esse sob o enfoque do Princípio da Justiça.

Em decisão de 2013, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, decidiu negar direito semelhante por impossibilidade jurídica do pedido:

“...o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai e mãe não pode buscar o reconhecimento simultâneo de outra paternidade e maternidade, salvo se buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral...”

O que indago é porque um pedido se torna juridicamente impossível, quando a situação fática é corresponde exatamente ao que está sendo requerido e produz efeitos no mundo jurídico com repercussão na vida dos envolvidos. Duas mulheres assumem o papel de mãe e o exercem concomitantemente ou o exerceram sequencialmente. Somente seria impossível o pedido se não existisse a possibilidade de repercutir juridicamente no mundo concreto. Por isso, é possível o mérito ser analisado. Imagine se M. necessitar de alimentos e requerer em Juízo em face dos filhos afetivos. Seria relevante o fato de constar como mãe dos autores para que postulasse o direito em Juízo. Imagine se há direitos sucessórios pendentes com relação à mãe biológica falecida. Permanece relevante o liame biológico. Ambos são importantes. A ausência de previsão legal não é justificativa plausível, porque somente não se pode fazer o que a lei veda expressamente, o que não é era o caso.

Ao consultar jurisprudência em alguns sites de Tribunais de Justiça, há notícias de decisões que concederam o direito ao triplo registro. Nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Rondônia, do Distrito Federal. Neste último, foi reconhecida a tripla filiação de uma mulher de 54 anos, a quem foi autorizado acrescentar o nome do pai de

criação, que faleceu há dois anos, ao lado do nome do pai biológico, que morreu quando ela ainda era ainda uma menina, conforme consta do *site* do próprio Tribunal de Justiça daquela unidade federativa.

Com intervalo de quase uma década, são significativos dois julgados, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujas ementas seguem:

APELAÇÃO CÍVEL — Processo n. 0006422-26.2011.8.26.0286
Comarca: Itu (2.^a Vara Cível)

Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família — Enteadado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no artigo 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes — A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL – Processo nº 1003932-14.2020.8.26.0281
Comarca: Itatiba

Relator(a): Des. Issa Ahmed

Órgão julgador: Câmara Especial

Data do julgamento: 06/05/2022

Data de publicação: 06/05/2022

RECURSO DE APELAÇÃO. Estatuto da Criança e do Adolescente. (i) Ação declaratória de multiparentalidade. Padrasto que busca ver reconhecido o vínculo de parentesco socioafetivo estabelecido com a enteada, contando, para isso, com a anuência dos pais biológicos da criança. Insurgência contra a r. sentença de primeiro grau que decretou a improcedência do pedido. (ii) Reclamo que prospera. (ii.1) Pretensão encartada nos autos que, a despeito do nome jurídico atribuído à lide, traduz nítido pedido constitutivo de adoção unilateral pelo padrasto, com aquiescência da esposa e mãe da criança, e sem destituição do poder familiar do pai biológico da adotanda. Demanda que, nessa qualidade, deve ser examinada à luz dos artigos 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, lei nº 8.069/1990). (ii.2) Sobeja comprovação da relação de parentesco socioafetivo estabelecida

entre padrasto e enteada nos quase 08 (oito) anos de convivência. Vínculo de filiação socioafetivo verificado na prática que exige o devido reconhecimento na esfera jurídica, para que, no melhor interesse da menina, ela possa continuar sendo protegida por quem há tempos lhe faz, no dia-a-dia, as vezes de pai. Medida fundada em motivos legítimos e que apresenta reais vantagens para a adotanda, comportando, portanto, deferimento (artigo 43 do ECA). (ii.3) Petiz que, lado outro, embora não mantenha proximidade com o pai biológico, sabe da verdade sobre suas origens genéticas, bem como reconhece e aceita o fato de ter dois pais simultâneos. (ii.4) Possibilidade de reconhecimento do fenômeno da multiparentalidade na espécie, na linha do já resolvido pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, paradigma do Tema de Repercussão Geral nº 622. (iii) Recurso ao qual se dá provimento, com determinação.

Conclusão

Após a análise bioética, a decisão proferida considerou o respeito à autonomia de vontade dos requerentes; não causar mal aos autores, obrigando-os a retirar o nome de uma das mães do registro, após verificar que não havia qualquer prejuízo para os envolvidos e nem mesmo para a sociedade, evidenciada a beneficência na concessão do pedido, porque uma vez que traria conforto aos autores no reconhecimento, como mãe, da mulher que os criou, sem deixar de preservar a memória da mãe biológica. Por fim, aplicou-se o Princípio da justiça, pois retirar o nome da mãe biológica, neste caso, macularia sua memória, tão importante para os filhos, e não acrescentar o nome da mãe afetiva deixaria de conferir o reconhecimento que os três autores desejavam fazer de forma pública.

A resposta dependerá sempre do caso concreto, dos detalhes de cada situação. Aqui temos duas maternidades afetivas, uma biológica e a outra sem vínculo biológico. Não significa que sempre serão reconhecidas duas mães quando uma tiver falecido e a outra a substituir. O que importa é verificar a efetiva participação no papel materno e a intensidade dessa participação, a fim de justificar a presença do nome das duas ou outro motivo que confira boas razões para assim se decidir. Não se trata de banalizar regras jurídicas antigas, mas adequar as regras existentes a situações que podem modificar a vida

das pessoas envolvidas. Protegendo os direitos dessas pessoas. Isso implica que sejam alcançados todos os direitos e deveres advindos do reconhecimento. Para efeitos sucessórios, para responsabilidade quanto ao dever de cuidado do idoso, para efeitos previdenciários pertinentes, enfim, de todos os direitos decorrentes.

Também não é o caso de se permitir tantos pais e tantas mães, que as partes manifestem o desejo de ter reconhecidos judicialmente. Cada indivíduo exerce seu papel nas relações e este papel será analisado de acordo com a lei vigente e com os princípios. Uma avó, mesmo que substitua a mãe biológica, criando os netos e realizando o papel de mãe, não poderá figurar no registro como mãe, porque há impedimento legal expresso no Estatuto da Criança e Adolescente, por exemplo.

Seguindo os quatro Princípios bioéticos e realizada a ponte entre a ética e o direito, preconizada pelo biodireito, reconheceu-se a procedência daquele pedido inicial para acrescentar o nome de M., como mãe dos três requerentes, ao lado do nome de T., que deve ser mantido, além de acrescentados os nomes dos avós maternos por parte de M.. Mediante a alteração do registro, os demais documentos públicos deverão conter o nome do pai e das duas mães. O sobrenome dos três autores não foi alterado porque M. utiliza o sobrenome do pai deles, comum à família. Uma família de um pai e duas mães, distanciadas no tempo, mas não no afeto comum aos três filhos.

Bibliografia

- BEAUCHAMP & CHILDRESS, *Princípios da Ética Biomédica*. São Paulo: Ed. Loyola, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGELHARDT, JR., H. Tristram, *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 2008.
- FIALHO, António José, *(Novos) Desafios Para os Juizes das Famílias e das Crianças*, in Revista Julgar, nº 24, setembro-dezembro de 2014.
- GADAMER, Hans-George, *Verdade e Método - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005.
- NIETZSCHE, F., *Humano, Demasiado Humano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.
- PESSOA, F. (Bernardo Soares), *Livro do Desassossego*, V. II. Lisboa: Ed. Presença, 1990.

Licitação da CEDAE: A responsabilidade da nova concessionária pelas obrigações decorrentes de sentença transitada em julgado

Wladimir Hungria¹

1. Introdução

A análise da reponsabilidade da concessionária que assume serviços públicos, em virtude de um processo licitatório, alcança significativa relevância jurídico-social diante da necessidade da conjugação dos postulados da segurança jurídica, dos limites da coisa julgada e da eficácia das decisões judiciais, diante dos efeitos da privatização de empresa estatal prestadora de serviços essenciais.

A harmonização dos institutos jurídicos em comento é fundamental para a preservação das relações jurídicas já estabilizadas, em respeito aos efeitos reflexos da coisa julgada, bem como a prestação contínua do serviço público em proveito do cidadão - consumidor final.

Nesse aspecto, a abordagem proposta objetiva superar a aparente dicotomia entre a preservação das situações jurídicas sedimentadas e protegidas pelos efeitos naturais de sentença transitada em julgado e a forma originária de assunção do serviço público pela nova concessionária mediante o processo licitatório.

¹ Juiz Titular da 5ª Vara de Fazenda Pública

2. Do limite da coisa julgada e a sucessão

Inicialmente, consigne-se que a empresa que não participou da fase de conhecimento no processo judicial não pode suportar a fase de cumprimento da sentença, na forma do art. 513, §5º do CPC, como mera sucessora da anterior empresa.

Nesse viés, é assente o entendimento jurisprudencial no sentido de não subsistir a responsabilidade da nova concessionária, vencedora do processo licitatório.

Confira-se:

“Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Cumprimento de sentença. Redirecionamento da execução. Suposto conglomerado econômico. Descabimento. Art. 513, § 5º Código de Processo Civil. Cinge-se a controvérsia a definir se empresa que não participou da fase de conhecimento pode integrar o polo passivo da demanda na fase de cumprimento da sentença, em razão do inadimplemento da obrigação pela ré. No caso em análise a ação originária foi ajuizada, apenas, em face da empresa agravada, não sendo cabível a inclusão de terceiro em sede de cumprimento de sentença, uma vez que este não participou da fase de conhecimento do processo. O parágrafo 5º do artigo 513 do Código de Processo Civil veda a promoção de execução em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento. Note-se que no caso em análise a agravante não comprovou a natureza da relação das empresas Hynove Odontologia Brasília Ltda., Hynode Ondotologia Barra da Tijuca Ltda., Hynove Odontologia São Paulo Ltda., Hynove Odontologia RJ Ltda. e Hynove Odontologia Curitiba Ltda. e, conseqüentemente a existência de conglomerado. Embora alegue se tratar de grupo econômico não esclareceu se há coincidência de sócios ou franquia. Não demonstrou, ainda, ocorrência de sucessão empresarial ou de prática de fraude visando prejudicar o consumidor. Assim, tratando-se de pessoas jurídicas distintas, tendo o contrato sido assinado especificamente com uma delas, não tendo as demais participado do processo desde seu início, correta a decisão que indefere a inclusão destas no feito, apenas na fase de cumprimento de sentença. Recurso ao qual se nega provimento”
(0008510-65.2021.8.19.0000, Des(a). MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 25/08/2021 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

“Agravado de instrumento. Ação indenizatória. Cumprimento de sentença. Redirecionamento da execução. Consórcio. Descabimento. Art. 513, § 5º Código de Processo Civil. Cinge-se a controvérsia a definir se o Consórcio Santa Cruz pode ser integrado no polo passivo da demanda, na fase de cumprimento da sentença, em razão do inadimplemento da obrigação pela empresa agravada. A previsão de solidariedade entre empresas consorciadas previstas nos artigos 33, V da Lei 8.666/93 e 28, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não afasta os limites subjetivos da coisa julgada fixados no artigo 506 do Código de Processo Civil, ou seja, a sentença vincula às partes entre as quais é dada, não podendo prejudicar terceiros. De fato, a referida solidariedade permite à parte autora ajuizar a demanda em face de qualquer das empresas consorciadas, mas não admite o redirecionamento da execução, sob pena de violação ao devido processo legal. No caso em análise a ação originária foi ajuizada, apenas, em face da empresa agravada, não sendo cabível a inclusão de terceiro, especificamente do Consórcio Santa Cruz, em sede de cumprimento de sentença, uma vez que este não participou da fase de conhecimento do processo. O parágrafo 5º do artigo 513 do Código de Processo Civil veda a promoção de execução em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento. Assim, inexistindo evidências de sucessão empresarial e não tendo o consórcio participado do feito desde seu início, correta a decisão que indefere sua inclusão no feito. Recurso ao qual se nega provimento”

(0089747-58.2020.8.19.0000. Des. MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 19/05/2021 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Por pertinente, cumpre destacar, ainda, trecho do voto do Superior Tribunal de Justiça no REsp. n.º 1.095.447/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, no seguinte sentido:

“Cabe observar também que não houve sucessão empresarial entre a condenada e a recorrente, pois essa investiu-se na categoria de concessionária de serviços públicos por meio de licitação, sendo que sua investidura foi originária, e não por efeito de sucessão, de forma que, exceto se previsto contratualmente, não cabe a ela responder por danos ocasionados pela antiga exploradora.

Deve-se considerar, por outro lado, que as regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo - como é o caso da Flumitrens - respondem objetivamente e, na hipótese de sua impossibilidade patrimonial ou financeira, o Estado responde subsidiariamente. Diante de eventual insolvência da Central ou da Flumitrens em liquidação, é o Estado do Rio de Janeiro que deverá ser chamado a responder subsidiariamente pelas obrigações não honradas. O que penso ser defeso é atribuir-se o cumprimento de obrigação à empresa que efetivamente não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora de serviços públicos, mesmo que sejam os mesmos serviços antes executados pela pretensa responsável. Ora, se a empresa que responde objetivamente ainda existe e se a responsabilidade subsidiária cabe ao Estado, atribuir a outra empresa o cumprimento de obrigações contraídas pela antiga concessionária, somente porque ostenta a condição de nova concessionária de serviços públicos, constitui uma indevida atribuição de responsabilidade, haja vista a ausência de vínculo entre ambas”.

O aludido julgado ficou assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. SUCESSÃO POR OUTRA EMPRESA. RESPONSABILIDADE PELO ILÍCITO.

1. A Supervia não é sucessora da Flumitrens e não responde por ilícitos por esta praticados.
2. É defeso atribuir a responsabilidade por ato ilícito a empresa prestadora de serviços públicos se o evento danoso foi praticado por empresa diversa e não exista relação de sucessão entre uma e outra.
3. Recurso especial provido”.

(REsp 1095447/RJ. Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 21/02/2011)

Ademais, se não há cláusula contratual prevendo a responsabilização da nova concessionária vencedora do processo licitatório por fatos anteriores ao novo contrato, em um primeiro momento, emerge a impossibilidade de se opor a existência da coisa julgada para o cumprimento das obrigações preexistentes acobertadas pelo seu manto, uma vez que não configurada a sucessão de empresas.

Enalteça, em consequência, que não ficou superado o entendimento previsto nos Temas Repetitivos 467 e 468, ambos do Superior Tribunal de Justiça, no que tange à sucessão empresarial, porquanto a investidora na categoria de concessionária de serviços públicos, por meio de licitação, afigura-se como **forma originária de assunção dos serviços**, consoante se infere das teses seguintes:

Tema Repetitivo 467: “A concessão da exploração do serviço de transporte ferroviário de passageiros em favor da SUPERVIA, mediante prévio procedimento licitatório, não implicou sucessão empresarial entre esta e a FLUMITRENS”.

Tema Repetitivo 468: “A SUPERVIA não tem legitimidade para responder por ilícitos praticados pela FLUMITRENS à época em que operava o serviço de transporte ferroviário de passageiros”.

3. Coisa julgada reflexa: da responsabilidade da nova concessionária em virtude da eficácia natural da sentença

Ultrapassada a questão da sucessão, cumpre verificar se subsiste a responsabilidade da nova concessionária, vencedora do processo licitatório, em virtude da obrigação de fazer ou não fazer prevista no julgado, que não implique em dispêndio financeiro imediato (obrigação de pagar ou restituir valores).

Neste particular, é preciso fazer a distinção entre os efeitos da sentença e os limites subjetivos da coisa julgada.

Com efeito, é sabido que a coisa julgada vincula somente as partes, não atingindo os terceiros, que não são beneficiados ou prejudicados, sendo sua eficácia *inter partes*.

Nesse sentido, a doutrina estabelece que:

“A eficácia *inter partes* justifica-se em razão dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não sendo plausível que a sentença de mérito torne-se imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo. Essa justificativa só tem algum sentido quanto aos terceiros interessados (que têm interesse jurídico na

causa), porque no tocante aos terceiros desinteressados (não mantêm nenhuma relação jurídica interdependente com a relação jurídica objeto da demanda), número infinito de pessoas, faltará interesse processual para discutir a decisão transitada em julgado, de forma que a sua imutabilidade torna-se uma consequência natural da impossibilidade processual de modificar a decisão."

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2015. Págs. 631/632).

Por sua vez, os efeitos da sentença a todos atingem, independentemente da legitimidade ou participação no processo (não encontram a mesma limitação subjetiva destinada à coisa julgada), conferindo eficácia *erga omnes*, ou seja, atingindo direta ou indiretamente, terceiros que não participaram da relação jurídica processual.

A aludida distinção não passou despercebida na doutrina, que conceituou:

"Importante distinção diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada e os efeitos da sentença. Apesar da coisa julgada só atingir as partes que litigaram no processo (exatamente os limites subjetivos ora analisados), os efeitos da sentença a todos atingem, independentemente da legitimidade ou participação no processo. Contudo, apenas foi possível traçar essa distinção quando, com LIEBMAN, passou-se a diferenciar os efeitos da sentença da coisa julgada. Assim, após a sistematização da posição dos terceiros e dos efeitos advindos da sentença, admitiu-se que, em regra, os efeitos da decisão podem atingir terceiros, ao passo que a coisa julgada atinge apenas as partes."

(DELLORE, Luiz. Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Págs. 65/66).

"O avanço mais notável da teoria da coisa julgada, nesse percurso de cerca de um século de investigações sob a concepção publicística, foi resultado de um curto ensaio publicado em 1935 por Enrico Tulio Liebman, o já referido *Efficacia ed autorità della sentenza*. A originalidade desse trabalho, ao mesmo tempo simples e revolucionário, está na premissa que o seu autor enuncia logo nas primeiras páginas: a de que a coisa julgada não se confunde com os efeitos da sentença, em geral, nem tampouco com o seu efeito declaratório, como propunha a doutrina dominante. Segundo essa

concepção, a coisa julgada se constitui em algo diferente, externo à sentença, que a ela se agrega pela conveniência social de que o julgado se torne estável. Na sistematização proposta anteriormente por Jaime Guasp, pode-se dizer que essa distinção se refere a duas ordens de efeitos irradiados pelo processo: efeitos jurídico-materiais (as alterações produzidas pela sentença, considerada um fato jurídico) e efeitos jurídico-processuais (a coisa julgada)." (OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014. Págs. 146/147).

"Como qualquer outro fato ou ato jurídico, a sentença ingressa no mundo jurídico e produz seus efeitos indistintamente. Mais ainda, como ato jurídico do poder estatal, a sentença tem igual eficácia e valor de preceito perante todos os sujeitos da ordem jurídica. Reveste-se, como todo ato estatal, de presunção de legitimidade – a qual independe da coisa julgada e, portanto, se põe também para os terceiros. Na edição original de sua obra, Liebman referiu-se a esse fenômeno como sendo a 'eficácia natural' da sentença como ato do Estado. No prefácio da reimpressão italiana de 1962, ele reconheceu tratar-se do mesmo fenômeno que os administrativistas denominam, mais propriamente, de 'imperatividade' do ato público. Assim, a sentença de divórcio, que desconstitui o casamento, faz com que o casamento deixe de existir perante todos, e não apenas em relação aos cônjuges, que figuraram como partes no processo; a condenação obtida pelo autor em face do réu põe-se como tal diante de qualquer terceiro; a declaração de nulidade de um ato vigora igualmente perante os terceiros – e assim por diante. Mesmo porque as relações jurídicas entre as várias pessoas não têm existência isolada. Elas 'subordinam-se', conectam-se, relacionam-se, umas com as outras, de diferentes modos e em diversos graus. Por isso, as vicissitudes a que se submete cada uma delas – inclusive as acarretadas por pronunciamentos judiciais – tendem a interferir sobre outras. Desse modo, a eficácia natural da sentença (i. e., a potencialidade de produzir efeitos), subjetivamente ilimitada, irá produzir efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do decisum." (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 97.)

É notório que os efeitos da sentença, conquanto assim em princípio limitados às partes, poderão atingir com maior ou menor intensidade a esfera de direitos de quem não foi sujeito da relação

jurídica processual. Surgem então os efeitos reflexos da sentença, como consequência da vida em sociedade e dos intrincados modos como pessoas e as próprias relações jurídicas interagem e reciprocamente interferem umas nas outras. Daí ser natural também que a regra da limitação da coisa julgada às partes do processo seja somente um enunciado de princípio, conforme sábia lição de Eduardo Couture, não sendo formulada de modo unânime das diversas legislações. [...]Em relação ao direito brasileiro, desprovido de disposições assim específicas, é preciso atender à recomendação de Eduardo Couture, de que 'los principios arriba enunciados, y los son su consecuencia natural, puenden contribuir a una solución sistemática e eficaz'. É preciso valer-se dos conceitos inerentes ao sistema de direito positivo e dos aportes doutrinários pertinentes para a descoberta dos modos e diferentes graus de intensidade com que os efeitos da sentença atingem terceiros e a sua autoridade os vincula.

(DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 15-16; grifou-se)

Feitas as distinções e seguindo as diretrizes doutrinárias sobre eficácia natural da sentença, repise-se: - “a potencialidade de produzir efeitos, subjetivamente ilimitada, irá produzir efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que estejam em conexão com aquela que seja objeto do decisum.” -, impõe-se reconhecer, na hipótese em exame, o efeito reflexo da coisa julgada, a fim de se acolher que, embora a nova concessionária não tenha integrado a relação jurídica processual antecedente, deve se sujeitar à norma jurídica concreta formada no julgado anterior na condição de terceira interessada. Nesta esfera, **opera-se a distinção quanto a incidência dos Temas 467 e 468, ambos do Superior Tribunal de Justiça.**

Nesse caminhar, Liebman no seu "Eficácia e Autoridade da Sentença" (Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., p. 80), já ensinava que:

"O princípio tradicional, segundo o qual se produz a coisa julgada entre as partes e só entre as partes, não pode bastar a exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença. (...) é necessário completá-lo, dado ao fato que não adianta negar e muito menos se pode suprimir, isto é, o da coexistência ao lado da relação jurídica que foi objeto de decisão e sobre a qual incide a coisa julgada, de inúmeras outras

relações a ela ligadas e modo variado. (...) Todos os efeitos que uma sentença produzir sobre partes ou (enquanto for possível) sobre terceiros, produzem-se sempre e unicamente porque quer a lei que se verifiquem".

(...)

"Assume esse princípio dois aspectos diversos, segundo a posição do terceiro em confronto com a relação decidida: a) o terceiro, que é sujeito de relação praticamente compatível com a decisão pronunciada entre as partes, não pode desconhecer-lhe a eficácia como coisa julgada; b) o terceiro, que é sujeito de relação praticamente incompatível com a decisão, não deve sofrer em consequência da sentença aquele prejuízo que ela, por exclusão implícita tenderia a proporcionar-lhe a direito seu. (pag. 89 e 92)

Em decorrência, não havendo a sucessão de empresas, é necessário afastar a responsabilidade da nova concessionária referente a obrigação de pagar (ou restituir valores), bem como qualquer condenação por ato ilícito, em atenção ao equilíbrio contratual e a forma de aquisição originária.

Não obstante, quanto a obrigação de fazer ou não fazer, concernente ao cálculo de tarifa (fato jurídico), emerge o efeito natural da sentença, tendo em vista que a situação fática já foi pacificada no mundo jurídico, com efeito expansivo em face de todos, em homenagem à segurança jurídica.

Nessa quadra, a nova concessionária moldura-se **perfeitamente na condição de terceira juridicamente interessada**, sujeita aos efeitos reflexos da coisa julgada, uma vez que a relação jurídica então estabelecida produziu efeitos concretos sobre todas as outras relações e situações que possuem conexão com aquela que foi objeto do *decisum*, notadamente ante a continuidade da prestação dos serviços ocorrida entre a CEDAE e a nova concessionária, serviço que, diga-se, envolve bem essencial para toda a sociedade.

À propósito, confira-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FIDEICOMISSO. FIDEICOMISSÁRIO PREMORIENTE. CLÁUSULA DO TESTAMENTO ACERCA

DA SUBSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSÁRIO. VALIDADE. COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTITUIÇÃO FIDUCIÁRIA E A SUBSTITUIÇÃO VULGAR. CONDENAÇÃO DE TERCEIRO AFASTADA. EFEITOS NATURAIS DA SENTENÇA.

1. (..)

2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros.

(...)

(REsp 1221817/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013) (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO INTERESSADO. EFICÁCIA NATURAL E IMUTABILIDADE DA SENTENÇA. DISTINÇÕES. EFEITOS PERANTE TERCEIROS. ART. 472 DO CPC. SÚMULA 202/STJ.

1. Não há dúvida de que a coisa julgada, assim considerada "a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença" (CPC, art. 467), embora tenha efeitos restritos "às partes entre as quais é dada" (art. 472 do CPC, primeira parte), não inibe que essa sentença produza, como todo ato estatal, efeitos naturais de amplitude subjetiva mais alargada.

2. Todavia, conforme estabelece o mesmo art. 472 do CPC, a eficácia expansiva da sentença não pode prejudicar terceiros. A esses é assegurado, em demanda própria (inclusive por mandado de segurança), defender seus direitos eventualmente atingidos por ato judicial produzido em demanda inter alios. Aplicação da Súmula 202/STJ.

3. Precedente: REsp 1.251.064/DF, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.03.2012.

4. Recurso improvido.

(REsp 1281863/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 16/04/2012)

4. Conclusão

Inequívoco, pois, que a nova concessionária está vinculada aos efeitos reflexos da coisa julgada formada quanto a forma de cobrança, **na condição de terceira juridicamente interessada**, diante das consequências jurídico-materiais propagadas (as alterações produzidas pela sentença, considerada um fato jurídico), que não caracterizam fato novo ou estranho aos serviços prestados, mas a mera continuidade de uma situação inerente à obrigação já sedimentada na ordem jurídica. Caso contrário, seria admitir que, a cada licitação, fatos jurídicos que sequer poderiam ser objeto de ação rescisória deixassem de possuir eficácia.

Por fim, saliente-se que se revela temerário que a nova concessionária não cumprisse sentenças já transitadas em julgado, referente a fato jurídico já pacificado no mundo jurídico, como o cálculo de tarifas, fazendo ressuscitar infundáveis demandas (por questões já preclusas e algumas com prova pericial irrepetível) que já estavam estabilizadas, afastando a segurança jurídica e econômica processual, além da previsibilidade nas relações sociais, com potencial prejuízo aos consumidores, que são vulneráveis por definição legal (art. 4º, inciso I, do CDC).

5. Bibliografia básica

DELLORE, Luiz. *Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença* (Trad. Alfredo Buzaid). 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2015

OLIVEIRA, Marco Antonio Perez de. *Coisa julgada sobre a sentença genérica coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2014

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

Foucault: poder político, biopoder e guerra

Juarez Cirino dos Santos¹

Foucault é conhecido pelo conceito de disciplina, definido em *Surveiller et punir* (1975)² e pelo conceito de biopolítica, desenvolvido em *Il faut défendre la société* (1976) e outros trabalhos. O conceito de *disciplina* apresenta a tecnologia do poder para produção de corpos *dóceis* e *úteis*, capazes de fazer *o que* queremos e de operar *como* queremos, mediante recursos de adestramento (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame), cujo modelo exaustivo é a prisão³. Em *Il faut défendre la société* Foucault define poder como *relação de força*, estuda o poder político como *guerra*, mostra que a guerra é o *princípio de análise* do poder político, define o direito como *dominação brutal*, fala da *fabricação de sujeitos* por relações de assujeitamento, mostra que o *sujeito da fala* é partidário, discute a verdade como *arma* da relação de força, apresenta a biopolítica como nova *tecnologia do poder*, conceitos revolucionários que precisam ser conhecidos e trabalhados por intelectuais e agentes políticos da sociedade brasileira⁴.

¹ Professor de Direito Penal da UFPR, Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, Advogado Criminal e autor de vários livros nas áreas de Direito Penal e de Criminologia.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *30 anos de vigiar e punir (Foucault)*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58 (Jan./Fev. 2006), p. 289-298.

³ FOUCAULT. *Surveiller et Punir*. Hautes Etudes. Gallimard/Seuil 1975, p. 26-27 e 228 s.

⁴ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*.

1. O conceito de poder (político). A pesquisa de Foucault tem por objeto os mecanismos, os efeitos, as relações e os dispositivos do poder, começando com a pergunta: o poder político é uma dedução do econômico? Verificando as diferenças/identidades entre poder e economia estuda a concepção jurídica e a concepção marxista de poder: a) na concepção jurídica, poder é direito: posse ou alienação de um bem como ato jurídico de contrato - portanto, analogia do poder com riqueza; b) na concepção marxista, o poder tem função econômica, no papel de manter as relações de produção, ou reconduzir a dominação de classe, conforme o desenvolvimento das forças produtivas - logo, o econômico é a razão de ser do poder político⁵. A partir dessa noção, novas perguntas: a) o poder é secundário em face do econômico? b) o poder existe para assegurar ou reproduzir as relações econômicas? b) o poder é modelado pela mercadoria, como algo que se possui, adquire ou aliena pelo contrato? E conclui: o poder tem vinculação profunda com as relações econômicas, porque economia e política são indissociáveis, mas tem natureza diferente. Uma análise não econômica mostra que o poder se exerce como ato e, primariamente, existe como *relação de força*. E complementa: o poder é, essencialmente, o que reprime - a natureza, os instintos, uma classe, indivíduos⁶.

2. Poder como relação de força. A definição do poder como *relação de força* exclui as hipóteses (i) do poder como direito e (ii) do poder como simples reprodução da economia, para mostrá-lo na dimensão de combate, de confronto, de guerra. Mais: entre as hipóteses do poder como *repressão* e do poder como *guerra*, agora prevalece a hipótese da guerra: o poder político é a continuação da guerra por outros meios - invertendo o aforismo de Clausewitz, da guerra como continuação da política por outros meios⁷. Nessa perspectiva, destaca três coisas: a) as relações de poder são relações de força determinadas *na e pela* guerra: a paz social seria a reinscrição das relações de força nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem e nos corpos, consolidando a política como guerra por outros meios; b) a paz interior da sociedade civil é apenas a continuação das lutas, dos confrontos, da guerra *no poder, pelo poder e com o poder* - e não a suspensão

⁵ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 14.

⁶ FOUCAULT. *id.* p. 15.

⁷ FOUCAULT. *id.* p. 16.

dos efeitos da guerra; c) enfim, a decisão final é a guerra, como prova de força das armas: segundo Foucault, a última batalha é o fim da política⁸.

3. Poder político como guerra. A análise não econômica do poder passa pelo poder como *repressão* (Wilhelm Reich) e pelo poder como *confronto de forças* (Nietzsche). Para Foucault, essas concepções seriam integráveis: a *repressão* como consequência política da guerra; a *opressão* como abuso da soberania política⁹. Mas Foucault descarta a ideia do poder como *repressão*, para conceber o poder como *guerra*, o novo fundamento da sociedade civil, ou o princípio motor do exercício do poder político. O poder político como guerra por outros meios introduz os conceitos de *tática* e de *estratégia* nas relações de força sociais. O esquema de guerra nas relações de força do poder político é o princípio do funcionamento do poder, que explica a luta de raças, subsumida na luta de classes - e agora Machiavel e Hobbes não são mais os teóricos da guerra na sociedade civil¹⁰.

4. A guerra, princípio de análise do poder político. Foucault pergunta se a guerra é o princípio de análise do poder político, ou se a guerra é o critério de inteligibilidade do poder político - em suma, se o poder político seria compreensível como guerra, luta, enfrentamento? A resposta retoma o conceito de *disciplina* para explicar o *como* do poder, definindo as regras do Direito como delimitação formal do poder. Mas continuam as perguntas: a) o poder produz efeitos de verdade nas relações sociais? b) os efeitos de verdade reproduzem o poder político? c) como pensar a relação entre poder, Direito e verdade?¹¹ A sociedade constituída ou atravessada por relações de poder, representadas por um *discurso de verdade*, é outra novidade de Foucault. O exercício do poder é um processo de produção de verdade, em que poder, Direito e verdade estão em relação intrínseca: a) o **poder** exige a produção da verdade (somos constrangidos a invocar a verdade), a pesquisa da verdade institucionalizada, ou profissionalizada - breve, a produção da verdade como produção da riqueza; b) a **verdade** existe como submissão (a verdade em face da lei) e como discurso verdadeiro, com efeitos de poder: somos

⁸ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 16-17.

⁹ FOUCAULT. *id.* p. 17.

¹⁰ FOUCAULT. *id.* p. 18.

¹¹ FOUCAULT. *id.* p. 21.

julgados, condenados, classificados pelo discurso verdadeiro; c) **as regras do Direito** funcionam como mecanismos de poder, efeitos de verdade e formas do discurso verdadeiro¹².

5. O Direito como dominação brutal. Nas sociedades medievais o poder real é o direito fundamental, a armadura jurídica do rei é o corpo vivo da soberania. Nesse contexto, a teoria jurídica transforma o Direito no discurso de dominação do poder: os direitos legítimos da soberania, por um lado, e as obrigações legais de obediência dos súditos, por outro lado¹³. O projeto de Foucault não é o discurso jurídico, mas o Direito como dominação brutal: o Direito como instrumento de dominação, por seus aparelhos, instituições e regras - ou o Direito como operador de relações de dominação, mediante *técnicas de assujeitamento* em procedimentos de dominação, com práticas efetivas de assujeitamento que dominam corpos, dirigem gestos, regem comportamentos. A grande pesquisa de Foucault: como os sujeitos são constituídos - ou a constituição progressiva dos sujeitos por uma multiplicidade de forças, de energias, desejos e pensamentos¹⁴. Ainda mais: compreender o poder não como dominação de um indivíduo por outro, de um grupo por outro, de uma classe por outra, mas como algo que circula, funciona em cadeia, é exercido em rede e, assim, produz o indivíduo como principal efeito do poder. Logo, os corpos, gestos, discursos e sujeitos são constituídos como indivíduos pelo poder - um poder que transita pelo indivíduo na função de um *relais* no processo de constituição do sujeito¹⁵. Segundo Foucault, o poder se exerce, circula, forma rede, não de forma descendente, no sentido centro/periferia, mas de forma ascendente, no sentido periferia/centro: na loucura, por exemplo, não se trata de excluir um corpo humano incapaz de força de trabalho, mas da capacidade de aprendizagem do corpo humano como força de trabalho melhor. Afinal, o interesse da burguesia não seria excluir, mas descobrir técnicas, procedimentos ou mecanismos de controle, de medicalização da loucura, da sexualidade infantil e da delinquência¹⁶. A formação/ampliação do saber por métodos de

¹² FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 21-23.

¹³ FOUCAULT. *id.* p. 24-25.

¹⁴ FOUCAULT. *id.* p. 25-26.

¹⁵ FOUCAULT. *id.* p. 26-27.

¹⁶ FOUCAULT. *id.* p. 28.

observação, técnicas de registro e procedimentos de pesquisa - o poder como exercício de saber em sistemas de assujeitamento concretos: as técnicas e táticas de dominação do poder psiquiátrico, da sexualidade infantil e do sistema punitivo. Os novos mecanismos de poder têm por objeto os corpos humanos: o que fazer dos corpos, como extrair tempo e trabalho dos corpos. O poder disciplinar do capitalismo industrial existe como exercício de vigilância capaz de ampliar as forças assujeitadas e a força do poder assujeitador¹⁷.

6. Os discursos jurídico e disciplinar nas sociedades modernas. A simultaneidade dos discursos jurídico e disciplinar marca as sociedades modernas: a) a legislação, o discurso e as práticas do direito público, princípio da soberania do corpo social; b) o discurso disciplinar próprio dos aparelhos de saber, sintetizados em campos de conhecimento: a regra da norma, no sentido de código de normalização, ou de saber clínico. Nesse contexto, o esforço de compreender a conduta humana se constrói como confronto de dois discursos: o discurso da soberania, organizado pelo Direito, e o discurso disciplinar, constituído por mecanismos de coerção. Os processos de exercício do poder configuram o direito do soberano, mas as técnicas disciplinares invadem o Direito, instituindo a *sociedade da normalização*: a normalização disciplinar conforma a neutralidade científica do poder/saber da medicina, com a medicalização geral do comportamento, dos discursos, dos desejos do indivíduo, no encontro dos sistemas da disciplina e da soberania. Na perspectiva de Foucault, a luta contra o poder disciplinar ocorreria pelo manejo do poder não disciplinar de um novo direito, fundado na repressão, como um conceito jurídico-disciplinar¹⁸.

7. Poder, dominação e fabricação de sujeitos. Foucault comunica o abandono do conceito de *repressão*, com base em Freud e Marx, para introduzir um projeto geral de poder como relação de dominação, ou dos operadores de dominação. O objetivo é a extração histórico/empírica de uma teoria da dominação, que não se funda no sujeito, com perguntas *como* ou *por que* são assujeitados, mas uma teoria da dominação fundada nas relações de poder factual e efetivo, para mostrar como as *relações de assujeitamento*

¹⁷ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 32-33.

¹⁸ FOUCAULT. *id.* p. 34 s.

determinam ou fabricam o sujeito¹⁹. A valoração do poder passa pela multiplicidade dos *operadores de dominação*, na relação recíproca de apoio, reforço e convergência dos grandes aparelhos de poder, nas estratégias globais e táticas locais de dominação, conforme aparecem no jogo de estratégias de dominação e de assujeitamento da criança aos adultos, dos filhos aos pais, do ignorante ao sábio, do aprendiz ao mestre etc.²⁰. Portanto, trata-se de descobrir as relações de dominação nos processos e tramas das relações de poder, como instrumentos técnicos para determinar efeitos de assujeitamento. O tema geral é a *fabricação de sujeitos* por relações de dominação, somente explicáveis pela análise dessas relações. O trabalho de Foucault prossegue com novas hipóteses: **se** devemos compreender os operadores de dominação, **então** precisamos saber (i) como as relações de dominação constituem relações de força e (ii) como as relações de força existem como relações de guerra²¹. A partir da noção de guerra surgem outras perguntas: a) a relação de poder pode ser valorada como matriz de técnicas de dominação? b) as relações de poder configuram relações de guerra? c) a guerra primitiva teria produzido a ordem, a riqueza, a autoridade, a subordinação, o Estado, os aparelhos de Estado, a lei? d) a guerra é a origem, ou a determinação primária, das desigualdades e assimetrias sociais, da divisão e da exploração do trabalho - ou seja, dos antagonismos, das rivalidades, dos afrontamentos e das lutas entre indivíduos, grupos sociais e classes? d) a arte da guerra é suficiente para analisar as relações de poder das instituições militares, núcleo nodal das relações políticas (de poder)? e) como, quando e por que a guerra funciona sobre as relações de poder? f) afinal, a ordem civil é uma ordem de batalha - e a paz social é uma situação de combate interrompido? E conclui: quem teria percebido que o fragor da batalha é o princípio da ordem, do Estado, das instituições e da história?²²

8. A política como guerra por outros meios. O desenvolvimento do poder do Estado, por transformação das instituições em práticas de guerra, aparece no fenômeno definido por *estatização*: a guerra como instrumento de poder do Estado, nas práticas de guerra nas fronteiras, como violência real ou potencial entre os Estados. A estatização é a

¹⁹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 37-38

²⁰ FOUCAULT. *id.* p. 39.

²¹ FOUCAULT. *id.* p. 40.

²² FOUCAULT. *id.* p. 41.

tendência profissional/técnica do aparelho militar controlado como força do Estado: a hipótese histórica é o surgimento do Estado pela multiplicação de práticas guerreiras internas na Idade Média. Na linguagem de Foucault, o novo discurso social não é filosófico/jurídico, mas histórico/político, da guerra como relação social permanente, desde as guerras civis/religiosas da Inglaterra (a revolução burguesa do Século 17) e na França (as lutas contra a monarquia absolutista do Século 17). O poder político não começa com a cessação da guerra; ao contrário, a guerra determina a organização e a estrutura jurídica do poder do Estado, que nasce no fragor das batalhas, no sangue dos massacres, das conquistas, das políticas de terra arrasada. O significado do Estado não é o armistício, mas a guerra, como motor das instituições e da ordem, a paz como continuação da guerra, ou a guerra como o código da paz, a sociedade como um campo de batalha permanente, em que não há neutralidade possível, nem podem existir sujeitos neutros, porque todos precisam tomar posição no campo de batalha. A sociedade não é uma pirâmide social, mas um modelo binário de dois grupos armados: o corpo social não é determinado por necessidades naturais ou exigências funcionais, mas pela guerra permanente, sem término, a batalha decisiva está sempre à frente - porque não há reconciliação possível com o inimigo: a pacificação, somente se vencermos, quando vencermos²³.

9. O sujeito da fala é partidário. O sujeito da fala, no discurso histórico/político de guerra, não é neutro, mas partidário, na perspectiva da guerra até a vitória, porque a relação de força do poder exige tomar partido. O sujeito da fala usa a verdade como arma da relação de força do poder, porque o desequilíbrio ou a assimetria da relação de força determina a vitória. O papel do sujeito da fala não é o papel do legislador/filósofo do armistício/ reconciliação, mas o papel do guerreiro, na imposição de um Direito assimétrico, com a verdade como princípio maior da relação de força. O objetivo do estudo de Foucault não é ordenar a história conforme princípios fundamentais, nem julgar a violência ou o abuso dos governos conforme esquemas ideais (a natureza, os princípios ou Deus), mas descobrir o passado nas suas lutas reais, com vitórias e derrotas, a origem

²³ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 43-44.

do “justo institucional”, o sangue das batalhas secado nos códigos. O campo histórico é relativístico, dissolvendo-se em mecanismos e eventos de força, poder e guerra²⁴. A dialética é o discurso do movimento universal da contradição, é o discurso da guerra: a lógica da contradição é a codificação das lutas e guerras, na constituição histórica do sujeito universal, colonizado pelo discurso histórico/político da guerra social. A guerra, essa trama não interrompida da história, elemento fundamental de manutenção e desenvolvimento das desigualdades étnicas: a força, o vigor, a energia, a violência, a barbárie na escravidão de uma raça por outra raça. A teoria da guerra de raças é a transcrição biológica do discurso materialista da guerra social, que apagou os traços de conflito de raças, para ser redefinida como luta de classes. A retomada da análise dialética da luta de raças, no racismo biológico social, da raça superior contra a raça inferior, mas não do simples combate entre raças, e sim da luta da raça verdadeira, que está no poder, que é titular da norma, contra a raça como perigo biológico: é o discurso biológico, racista, contra o perigo de degeneração. O aparelho de Estado como defesa da sociedade, contra os perigos biológicos da raça inferior: o racismo de Estado como racismo social contra a sociedade²⁵.

10. A biopolítica como nova tecnologia do poder. Na teoria de Foucault, a guerra é o critério de inteligibilidade dos processos históricos, concebidos como guerra de raças: o racismo de Estado é o maior fenômeno do Século 19, com o aprisionamento da vontade pelo poder do Estado e a consequente estandardização biológica do homem vivente. A teoria da soberania se funda no direito de vida e morte, segundo a fórmula *fazer morrer e deixar viver*, do sujeito nem vivo, nem morto, mas neutro, na relação com o poder. A nova tecnologia do poder não tem por objeto a *disciplina* do corpo humano, pela vigilância, o treinamento, a utilização e a punição, mas a *biopolítica* da espécie humana, como conjunto de processos de nascimento, mortalidade, longevidade e doenças, na determinação de efeitos de redução da produção e de custos sociais. Nesse aspecto, a medicina é a primeira área de intervenção do saber/poder, responsável pela coordenação dos conteúdos, pela centralização de informações e pela normalização do saber. As

²⁴ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 48.

²⁵ FOUCAULT. *id.* p. 52-53.

formas de intervenção nos mecanismos de regularização dos processos biológicos do homem-espécie abrangem a redução das taxas de morbidade, o prolongamento da vida, o estímulo da natalidade, os mecanismos de seguridade etc.²⁶. A biopolítica, como nova tecnologia do poder, tem por objeto a população, do ponto de vista da regularização dos processos biopolíticos, segundo a fórmula *fazer viver e deixar morrer* - ao contrário da fórmula *fazer morrer e deixar viver*, própria da disciplina. Em avaliação comparativa, as tecnologias do poder são assim definidas: a) a **disciplina** tem por objeto a vigilância e o adestramento do corpo, para produzir efeitos individuais de utilidade e de docilidade, na escola, nos ateliês, na caserna, nos hospitais, instituições disciplinares; b) a **biopolítica** tem por objeto fenômenos globais da população, incidindo na regularização de processos biosociológicos das massas humanas, com o controle de eventos aleatórios da massa vivente e a segurança contra perigos externos. Não obstante, a disciplina e a biopolítica não estão em oposição absoluta, mas podem atuar de forma articulada: na Polícia, aparelho disciplinar e estatal, e nas instituições supra estatais, como instituições médicas e caixas de seguros. Exemplos: a) na cidade obreira, atuam (i) mecanismos disciplinares de controle do corpo (a conduta, por exemplo) e (ii) mecanismos de regularização da população (poupança, sistema de seguros, regras de higiene, proteção da sexualidade, escolarização da criança etc.); b) na sexualidade, o controle disciplinar pela vigilância da masturbação (evitar doenças), e o controle biológico pela procriação (evitar descendência degenerada), em que a medicina é o saber/poder nos dois casos. A sociedade de normalização contém elementos comuns do corpo e da população, com o entrecruzamento de normas disciplinares e biopolíticas²⁷.

11. O racismo como guerra de raças. Se o poder regularizador da biopolítica protege a vida, então por que expõe a vida do inimigo e do cidadão? A resposta de Foucault: pelo racismo, como mecânica do poder no Estado moderno. O racismo é um *continuum* biológico de raças diferentes, importante para determinar quem vive e quem morre. Primeiro, a divisão da população como mistura de raças; segundo, uma relação guerreira: se você quer viver, então precisa matar o inimigo. A relação *eu vivo, eles morrem* não é

²⁶ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 213-17.

²⁷ FOUCAULT. *id.* p. 222-25.

guerreira, mas uma relação biológica de biopoder: eliminar o inimigo, não como adversário político, mas como perigo para a população. A morte não é a vitória sobre o adversário político, mas a eliminação do perigo biológico da raça: o racismo, como acessibilidade da morte na sociedade de normalização, a sociedade do biopoder - em suma, a indispensável função de matar do Estado, existente como racismo. As várias formas de morte do biopoder: a morte direta e a morte indireta, esta como (i) exposição à morte (prisões), (ii) a multiplicação do risco de morte (a disputa do mercado ilegal da droga), e (iii) a morte política pela expulsão ou pela rejeição²⁸ (o caso Lula?). O racismo, como guerra para destruir a raça adversa, perigo biológico: reforçar a nossa raça pela regeneração. O Estado nazista, o Estado racista mais mortífero, armado com o poder disciplinar e o biopoder máximos: controle biológico da procriação, da hereditariedade e das doenças; poder de vida e morte do Estado sobre o cidadão, através das SS e das SA (a denúncia do vizinho). No nazismo, a guerra não só contra outras raças, mas a guerra contra a própria raça (alemã), pelo risco de morte (a) do cidadão, pelo dever de obediência ao Estado racista mortífero, suicida (a ordem de Hitler de destruição das condições de vida do povo, pelo Telegrama 71, de 1945), ou (b) da raça superior, protegida pela regeneração, ou da raça considerada inferior, na solução final de extermínio, ou de subordinação²⁹. A pergunta inquietante: o racismo atinge todos os Estados modernos? A resposta é sim, para o Estado capitalista. Em relação ao Estado socialista, Foucault fala da dificuldade de avaliar: não há problematização da economia e do Direito - por exemplo, as relações de propriedade, o modo de produção, áreas afetadas pelos mecanismos de poder do Estado. Por último, a pergunta: como fazer funcionar o biopoder de guerra? E a resposta: pelo racismo³⁰.

²⁸ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 227-229.

²⁹ FOUCAULT. *id.* p. 230-232.

³⁰ FOUCAULT. *id.* p. 233-234.