

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Auditorium

Justiça em Debate

v.28, n 62

nov. 2024/fev. 2025

e-ISSN 2177-8337



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

Prof. Andre Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM;

Profa. Dra. Carmen Silvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Profa. Dra. Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Prof. Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Prof. Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Carolina Paes de Castro Mendes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Prof. Dr. Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Prof. Dr. Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Prof. Dr. Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;
Profa. Dra. Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;
Profa. Dra. Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Profa. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Profa. Dra. Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Profa. Dra. Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Prof. Dr. Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Profa. Dra. Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Profa. Dra. Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Prof. Dr. Osvaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Prof. Dr. Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Prof. Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Adriano Rosa, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Bruno Matos de Farias, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Cláudia Luiz Lourenço, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;
Edna Raquel R. S. Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO Brasil;
Otavio Ribeiro Coelho, Departamento Jurídico XI de Agosto (USP), DJ, Brasil;
Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil;
Rodrigo Almeida Cruz, Universidade Veiga de Almeida, UVA/RJ, Brasil;
Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, USP, Brasil;
Thiago Thielmann de Araújo, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2 e Seção de Publicações e Comunicação Visual | SECOMV/EMARF/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Yolanda Elisa Santos de Menezes (estagiária de Marketing/EMARF)

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.fjrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 8** **PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA**
Daniel Guerra
- 35** **AGRAVO DE INSTRUMENTO E INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS**
Luísa Mercedes Cazé
- 57** **O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA**
Lara Cruz de Almeida, Debora Maria Martins
- 83** **O REQUISITO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
Deangelis Lacerda, Reis Friede
- 110** **GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E EDUCAÇÃO AMBIENTAL**
Neide De Souza Laurindo, Juliana Caruliny De Miranda, Maria Geralda de Miranda

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 62ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro-Auditorium, intitulada "*Justiça em Debate*", divulgando ao público artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

O artigo **Pluralismo Jurídico: contribuições de António Manuel Hespanha** se propõe a organizar, por meio do método descritivo, a partir de revisão de sua bibliografia, as suas contribuições de António Manuel Hespanha para o estudo do pluralismo jurídico.

Agravo de instrumento e indeferimento de produção de provas tem como finalidade analisar a possibilidade de interposição de agravo de instrumento diante do indeferimento da produção probatória.

O acordo de não persecução penal como instrumento de justiça restaurativa: o problema da falta de participação da vítima no processo de negociação, homologação e fiscalização do anpp tem como objetivo expor a importância da participação da vítima no processo de negociação, homologação e fiscalização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

O artigo **O requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** visa analisar o requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a entender como o Tribunal tem decidido sobre a questão.

Em **Gestão dos resíduos sólidos e educação ambiental** o objetivo foi refletir sobre a importância da Educação ambiental aplicada à gestão de resíduos sólidos. Para tanto realizou-se uma revisão de literatura.

Agradecemos a todos que participaram do processo como autores e avaliadores e também a toda a equipe editorial da revista. Desejamos a todos uma ótima leitura.

Os Editores

PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

LEGAL PLURALISM: CONTRIBUTIONS OF ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Daniel Dias Carneiro Guerra¹

Resumo: António Manuel Hespanha foi indiscutivelmente um dos maiores historiadores do direito do séc. XX. Mas a sua obra não se restringe ao campo historiográfico. Há inúmeras contribuições para a própria teoria do direito. O objetivo deste artigo é o de organizar, por meio do método descritivo, a partir de revisão de sua bibliografia, as suas contribuições para o estudo do pluralismo jurídico, que consiste na admissão de uma pluralidade de fontes de regras jurídicas, em contraposição ao monismo jurídico que identifica o direito com a lei editada pelos estados nacionais. O estudo tem o objetivo de descrever a concepção de Hespanha sobre a origem e as razões do ocaso do paradigma monista, as correntes que se formaram em torno do pluralismo jurídico, a sua teoria do direito dentro de um paradigma pluralista e as balizas teóricas para assegurar a democraticidade e a juridicidade das normas dentro desse novo paradigma. Não é objetivo deste trabalho contrapor as contribuições de Hespanha às lições de outros doutrinadores, mas simplesmente inventariar descritivamente as suas contribuições.

Palavras-chave: Teoria do direito. Direito constitucional. Pluralismo jurídico. Democracia. Consenso.

Abstract: António Manuel Hespanha was arguably one of the greatest legal historians of the 20th century. However, his work is not limited to the historiographical field. There are numerous contributions to the very theory of law. The aim of this article is to organize, through a descriptive method, based on a review of his bibliography, his contributions to the study of legal pluralism, which consists of admitting a plurality of sources of legal rules, as opposed to legal monism, which identifies law with the statutes issued by nation-states. The study aims to describe Hespanha's conception of the origin and reasons for the decline of the monist paradigm, the currents that have formed around legal pluralism, his theory of law within a pluralist paradigm, and the theoretical frameworks to ensure the democratic and legal nature of norms within this new paradigm. It is not the objective of this work to oppose Hespanha's contributions to the lessons of other scholars, but simply to descriptively inventory his contributions.

Keywords: Legal theory. Constitutional law. Legal pluralism. Democracy. Consensus.

¹ Advogado. Sócio do Basilio Advogados. Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

*PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES DE
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA*

Daniel Dias Carneiro Guerra

Recebido em: 25/10/2023
Aceito em: 15/04/2024

1 INTRODUÇÃO

A imagem se repete a cada semestre nas faculdades de direito: cedo se aprende que o Estado é a ficção consensualmente criada para administrar os interesses públicos e que detém o monopólio para editar e fiscalizar as leis que regem a vida em sociedade.² Identifica-se o direito com a lei promulgada pelo Estado, cuja soberania se confunde com a própria capacidade de construir uma ordem jurídica autônoma e unificada (HESPANHA, 2019, p. 45). Mas nem sempre se esclarece que não deve ser necessariamente assim. Nem que já vigoraram outras formas de definir o que é o direito e que, atualmente, há inclusive quem defenda que esse paradigma já está superado.

Em sua última aula magna antes da aposentadoria do Supremo Tribunal Federal, o ministro RICARDO LEWANDOWSKI³ destacou, com base na obra do professor alemão KLAUS PETER BERGER, que a globalização acelerou o processo de descentralização do direito, que deixou de ser obra exclusiva dos estados nacionais para ser fruto, cada vez mais, de arranjos transnacionais, muitas vezes sob a condução de atores exclusivamente privados. Quatro grandes ramos desse direito transnacional comprovariam essa tendência: a nova *lex mercatoria*, que é o conjunto de regras que regem o comércio internacional de grande impacto econômico, submetido a tribunais arbitrais escolhidos pelas partes; a *lex sportiva*, que disciplina os esportes de alta performance e contém inúmeras regras para evitar que os seus conflitos sejam submetidos a jurisdições estatais; a *lex digitalis*, que é o conjunto de regras que regula o uso da internet, a cargo da associação privada Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); e a *lex humana*, que é

² "(...) o Estado passou a ser considerado como um fator, neutral e acima dos interesses privados, de racionalização dos múltiplos interesses setoriais em conflito na sociedade. Essa visão do Estado – que nasceu da dialética hegeliana entre o real (a sociedade) e o racional (a ideia de Estado e de direito) -, foi ulteriormente teorizada pela doutrina do direito público alemão da segunda metade do séc. XIX, para a qual competiria ao Estado (ao soberano) a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade das pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional e a fazer prevalecer o interesse do todo (o interesse público, nacional)" (HESPANHA, 2019, p. 45).

³ Foi ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro de 2006 a 2023.

promovida pela mundialização da semântica das normas de proteção dos direitos fundamentais.⁴

É essa pluralidade de fontes de regras jurídicas que se designa pelo conceito de *pluralismo jurídico*, em contraposição ao monismo jurídico que identifica o direito com a lei editada pelos estados nacionais.

Não há um uso unívoco do conceito. Apesar de estar presente na investigação de muitos juristas, não há consenso sobre as raízes e a extensão dessa pluralidade de fontes normativas, nem como elas devam ser aplicadas, interpretadas e harmonizadas com as ordens jurídicas dos estados nacionais que ainda vigoram.⁵ Um diagnóstico, no entanto, perpassa todas as meditações sobre o tema: a tradicional teoria do direito que continua a ser ensinada nas faculdades, porque centrada no paradigma monista, não é mais suficiente para dar conta do atual estágio da experiência jurídica ou para fornecer os critérios de aplicação desse direito plural.⁶

Daí a importância de o tema ser constantemente problematizado. Um dos que o fez foi o historiador e pensador do direito ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, catedrático da Universidade Nova de Lisboa. O pluralismo jurídico esteve presente desde a sua tese

⁴ É o que se extrai da transcrição da aula magna proferida pelo ministro na abertura do II Seminário França-Brasil, divulgada na revista JUSTIÇA & CIDADANIA de maio de 2023. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/hoje-o-pluralismo-juridico-e-uma-realidade-inafastavel/>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁵ Em sua monografia dedicada ao tema, ANTONIO CARLOS WOLKMER sublinha que “[s]e inúmeras doutrinas podem ser identificadas no pluralismo de teor filosófico, sociológico ou político, o pluralismo jurídico não deixa por menos, pois compreende muitas tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. Não é fácil consignar uma certa uniformidade de princípios essenciais, em razão da diversidade de modelos e de autores, aglutinando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais, moderados e radicais até espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc.” (WOLKMER, 2015, p. 13.)

⁶ “Há duzentos anos – e em boa parte ainda hoje, malgrado a percepção de algumas consciências vivas e culturalmente vigilantes durante o decorrer do século XX – o jurista viveu e vive docilmente o papel que lhe foi destinado pelo poder político, completamente inclinado a um breviário de verdades indiscutíveis esculpidas por aquele poder por meio de um de tipo tábua sagrada de Moisés: o Estado, como representante e intérprete da vontade popular, com o conseqüente corolário do primado da lei como voz do Estado e obviamente como manifestação genuína da vontade geral; rigidíssimo princípio da legalidade; o extremamente rígido e efetivado princípio da divisão dos poderes, com a absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção do direito” (GROSSI, 2004, p. 6).

de doutoramento – *Às vésperas do Leviathan* (1994)⁷ – até a obra reeditada meses antes de seu falecimento – *Pluralismo Jurídico e direito democrático* (2019). A sua grande inquietação, retratada no próprio título de sua última obra, consistia na construção de balizas teóricas que preservassem o caráter democrático do direito num contexto pluralista. Como assegurar a natureza democrática e consensual de um direito nascido de outras fontes que não as instituições representativas dos Estados democráticos? Como harmonizar esses outros direitos com o modelo atualmente vigente na maioria das nações ocidentais: o Estado Democrático de Direito de matriz constitucional? A constituição terá ascendência sobre o direito pós-estatal?

Este trabalho tem o objetivo de apresentar, descritivamente, com base na revisão de sua bibliografia, as principais contribuições de HESPANHA sobre esse espinhoso (e atual) tema, com a provocação preliminar de que, se não há respostas fáceis a essas perguntas, a solução certamente não passará pela negação do pluralismo jurídico que, como reconheceu o ministro RICARDO LEWANDOWSKI, “é uma realidade inafastável.”⁸ Para isso, o trabalho enfrentará, em seu primeiro tópico, as razões históricas do monismo jurídico e as razões de sua crise; no segundo tópico, as correntes doutrinárias que surgiram em torno da invocação de um paradigma pluralista; no terceiro tópico, os fundamentos teóricos para assegurar a democraticidade e a juridicidade das normas dentro desse novo paradigma; e, no último tópico, a relação existente entre as normas jurídicas criadas pelo Estado e àquelas provenientes de outras fontes.

⁷ Nesse livro, HESPANHA estudou o sistema político existente em Portugal entre os séculos XVI e XVIII por meio de uma análise extensa de duas fontes especiais: lista dos oficiais do reino e doutrina jurídica da época. Com base nesse estudo, HESPANHA revelou um sistema político bastante plural e com uma experiência jurídica igualmente plural, contrariando a visão mais corrente do Antigo Regime como um sistema político altamente centralizado. Esse regime político plural, também característico de outras unidades políticas do período, foi designado de “monarquia corporativa”.

⁸ Conforme transcrição da aula magna proferida pelo ministro na abertura do II Seminário França-Brasil, divulgada na revista JUSTIÇA & CIDADANIA de maio de 2023. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/hoje-o-pluralismo-juridico-e-uma-realidade-inafastavel/>. Acesso em: 29 set. 2023.

2 A LOCALIZAÇÃO HISTÓRICA DO MONISMO JURÍDICO E AS RAZÕES DE SUA CRISE

O direito é, ensina-nos HESPANHA, fruto de seu contexto cultural e político. Nos capítulos introdutórios de *Cultura Jurídica Europeia*, HESPANHA denuncia o uso da história do direito como discurso legitimador do regime jurídico corrente (e, portanto, também do *status quo*), utilizada ora para revelar categorias eternas da justiça ou da razão jurídica (atemporalidade do direito), ora para demonstrar a linearidade da evolução de conceitos jurídicos e o caráter necessário e sacralizado da estrutura jurídica atual (progressividade do direito). A essas visões apologéticas, escatológicas, cronocêntricas e anacrônicas da história, HESPANHA contrapõe uma missão crítica: justamente a de “problematizar o pressuposto implícito e acríptico das disciplinas dogmáticas” (2012, p. 21), de modo a demonstrar que, antes de ser racional, necessário e definitivo, o direito de nossos dias é contingente, e as suas soluções são necessariamente provisórias.

O monismo jurídico, portanto, isto é, a identificação do direito com a lei promulgada pelos estados nacionais, também tem uma história e surgiu num contexto social, cultural e político específico. HESPANHA localiza sua constituição no “trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX, tendo a sua expressão mais notável na obra de C.F. VON SAVIGNY (1779-1861)” (2010, p. 139). É o momento de transição da estrutura social do Antigo Regime – caracterizado por um pujante pluralismo jurídico no qual o direito do rei convivia com uma “infinidade de direitos espontaneamente gerados na sociedade” (2010, p. 139) e também com iníquos privilégios e discriminações (GROSSI, 2021, p. 41) – para a reorganização da Europa sob grandes unidades políticas (Estados absolutos). A Revolução Francesa manteve esse ideal de um poder unificado e absoluto, substituindo apenas a sua fonte primária: do rei soberano para o povo soberano. Coube à teoria política alemã – sobretudo a PH. ZORN, 1850-1928; G. JELLINEK, 1851-1911; e P. LABAND, 1838-1918 – a tarefa de

designar uma natureza normativa a essa soberania: “um Estado soberano é aquele que pode produzir uma ordem jurídica autónoma e unificada” (HESPANHA, 2010, p. 139). O direito passa, então, pela primeira vez na tradição jurídica europeia, a ser inteiramente identificado com o direito criado pelo Estado.⁹ Esse *absolutismo jurídico*, como já foi classificado por PAOLO GROSSI (GROSSI, 2006), tem duas principais consequências sobre a teoria do direito: reduz as suas fontes à lei e a atividade interpretativa à aplicação subsuntiva da norma.¹⁰ Esse reducionismo ganhou a sua mais notável expressão na “escola da exegese” e está presente, em maior ou menor grau, nas inúmeras escolas que são agrupadas sob o que se designa como “positivismo jurídico” (BOBBIO, 1995), caracterizado por um forte formalismo que teve na obra de HANS KELSEN (1881-1973) a sua mais perfeita formulação.¹¹

As críticas a esse reducionismo são bem conhecidas: o poder legislativo, nesse cenário, assume uma preponderância determinante na definição do que é o direito,

⁹ MIGUEL REALE identifica duas tendências na apreciação da “estatalidade” do direito: “apresentando o Estado como personificação do Direito ou como criador do Direito, excluindo toda e qualquer ideia de garantia jurídica fora do Estado. Esta doutrina pode ser chamada de monismo absoluto (Estado = Direito), de estatalismo geral (o Estado cria o Direito) ou de estatalismo parcial (o Estado só produz o Direito positivo). A tese da estatalidade apresenta, num segundo prisma, uma feição especial, relativista e pragmática, quando não vai além da verificação de que não é possível ordem e segurança sem o primado de um sistema de Direito, apresentando o Estado não como idêntico ao Direito ou criador do Direito, mas como ‘lugar geométrico da positividade jurídica’” (REALE, 1984. p. 232).

¹⁰ HESPANHA condensa muito bem toda a influência desse pensamento sobre a teoria do direito: “Na teoria das fontes, consagrou o monopólio regulador da lei, cuja feitura apenas tinha que obedecer aos preceitos da constituição. Na teoria da interpretação, declarou que o sentido mais relevante da lei é o que se possa saber da vontade do legislador ou dos critérios de justiça que este adotou. Na teoria da aplicação do direito, proclamou que tudo consistia em submeter à lei os casos concretos, tal como a premissa menor se submete à premissa maior no silogismo (silogismo judiciário, teoria da subsunção). Na teoria da integração das lacunas, o único modo de as superar era estender o sentido das leis existentes a casos análogos aos que elas previam, ou formular uma norma nova, de acordo com o espírito que presidia às já formuladas pelo legislador. Na teoria da construção jurídica, atribuindo ao direito de um Estado a natureza de um sistema dominado por princípios harmônicos entre si, já que todo ele derivava do mesmo sujeito regulador. E à doutrina, um caráter apenas descritivo. Na teoria da constituição, apenas se realçava que esta partilhava das características da lei, acrescentando, porventura (mas não necessariamente), que a lei constitucional tinha uma hierarquia superior às outras leis, pelo que a interpretação e aplicação destas tinha que decorrer de acordo com a constituição” (2019, p 189-190).

¹¹ “(...) o formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos, mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado” (GROSSI, 2004. p. 14.)

restringindo a atividade hermenêutica da comunidade jurídica à exata repetição da vontade do legislador, representante, por sua vez, da própria vontade do povo soberano.¹² No entanto, apesar de todas as teorizações democráticas, esse legislador permanecia a expressão da vontade de uma única classe social: a burguesia vitoriosa. Mais especificamente do homem, burguês e proprietário (GROSSI, 2021, p. 41). Reduzia-se o próprio direito, desse modo, à expressão de uma única maneira de interpretar e organizar o mundo. A essa crítica se acrescenta outra, já ironicamente designada como *reductio ad Hitlerum*¹³: a compreensão formalista de que o direito se resume às leis positivas do Estado teria permitido a ascensão de regimes totalitários dentro da mais estrita legalidade, sem que houvesse no sistema legal meios para obstar a execução de leis imorais e injustas.¹⁴ Hoje já se discute essa assertiva, pois o discurso jurídico desses regimes totalitários estava amparado, em grande medida, em inúmeras concepções metajurídicas (como o espírito da nação, o espaço vital do povo, a vontade do líder etc.), enquanto a resistência a eles jamais seria viável num ambiente estritamente jurídico, por meio da simples invocação de princípios morais suprapositivos, mas sim pela militância com as armas da política e mesmo da guerra.¹⁵

¹² Restrição que, contudo, jamais retirou o papel preponderante dos juristas na sociedade europeia, inclusive como artífices dessa compreensão monista do fenômeno jurídico: "Apesar deste alegado apagamento da dogmática – como discurso dos juristas cultos sobre o direito – perante a lei, os juristas ditos 'exegetas' conservaram muito do seu papel decisivo na declaração do direito. Preservando, assim, o domínio que os juristas têm tido sobre o direito, na tradição jurídica ocidental" (HESPANHA, 2019, p. 190).

¹³ Trocadilho com a expressão latina *reductio ad absurdum* (HESPANHA, 2010, p. 147).

¹⁴ "A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do anti-legalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo)" (HESPANHA, 2019, p. 46).

¹⁵ "Falou-se então de 'totalitarismo da lei', insinuando que os totalitarismos políticos decorriam, antes de tudo, de uma submissão de todo o direito à lei do Estado. Porventura, a questão estava mal diagnosticada; e também a terapêutica não era necessariamente o combate à legitimidade da lei, ou sequer um combate a travar no plano do direito. Por um lado, a característica principal desses regimes jurídicos – nazismo, fascismo, estalinismo, franquismo, salazarismo, etc. – não era a idolatria da lei, pois a teoria política que os sustentava, tal como a prática que os mantinha, se baseava antes na existência de ordens jurídicas superiores ao direito do Estado: ou a vontade supralegal do Chefe, ou um direito supra positivo provindo de valores vitais de um povo e do seu Estado ou a organização

Essas, de todo modo, foram as duas críticas mais difundidas ao *absolutismo jurídico* e que pautou, naturalmente, as estratégias assumidas pelos países da tradição do direito continental ao longo do século XX. À feição monoclássista do legislativo, contrapôs-se um alargamento do sufrágio para a inclusão paulatina de cada vez mais setores da sociedade civil (mulheres, minorias, analfabetos, imigrantes etc.), fazendo com que o processo de produção das leis, ainda que com os vícios inerentes ao jogo político, tenha ganhado em diversidade. À concepção formalista do direito, contrapôs-se a positivação de inúmeros princípios jurídicos abertos de feição democrática e solidarista (sobretudo por meio de tratados internacionais de direitos humanos e nos respectivos textos constitucionais de cada nação), à luz dos quais todo o ordenamento jurídico passou a ser interpretado e aplicado. O juiz, nesse contexto, deixou de ser a “boca da lei”, conforme a expressão clássica de MONTESQUIEU, para se tornar o *criador do direito segundo a sua boca*, para usar a expressão cunhada por MARIA CELINA BODIN DE MORAES (2013). Esse deslocamento trouxe à teoria do direito maior pluralidade e aderência à realidade social, já que amplificou o número de atores na elaboração das normas e garantiu ao intérprete maior liberdade ao conformá-las aos valores constitucionais partilhados pela sociedade no momento de sua aplicação.

Não se saiu, porém, do paradigma monista. Se os princípios jurídicos garantiram uma maior abertura às necessidades concretas da pessoa humana (em toda a sua diversidade), essa abertura não foi suficientemente grande para garantir o reconhecimento da legitimidade de normas provenientes de outros mecanismos de produção que não as estruturas típicas do Estado. Por exemplo, no Brasil, a pluralidade democrática esculpida na Constituição da República de 1988 garantiu a

natural de comunidades anteriores ao Estado, como as famílias, as comunidades ou as empresas. Pelo que a hostilidade à lei, ao princípio da legalidade e aos juristas legalistas, foi um traço comum destas ditaduras. E, assim, o combate mais eficaz contra elas não foi feito por juristas, nos tribunais ou nas escolas, recusando as leis inumanas em nome de princípios suprapositivos, mas por militantes democráticos, na clandestinidade ou no exílio, combatendo as ditaduras, com as armas da política e mesmo da guerra” (HESPANHA, 2019, p. 46-47).

proteção dos direitos e dos interesses dos povos originários, mas não foi longe a ponto de reconhecer a autonomia de seus sistemas de normatização e de resolução de disputas. Essa abertura principiológica, inclusive, está na base de parte da crítica contemporânea à legitimidade exclusiva do direito estatal, porque ampliou o poder do intérprete – sobretudo das cortes constitucionais – na definição do que é o direito, o que, na visão de muitos, teria afastado a produção das normas de sua fonte democrática e consensual, encastelando-a num saber hermético partilhado pela boa consciência dos juristas.¹⁶

A globalização, como antes delineado, também contribuiu para a erosão do paradigma monista, pois aumentou a necessidade de espaços normativos transnacionais, muitos deles ao largo das estruturas tradicionais dos estados nacionais. Ao lado disso, inúmeros juristas passaram a sublinhar que a identificação do direito às normas estatais nunca passou de um mito, na medida em que há, em qualquer sociedade, sempre mais regras de conduta do que as oficialmente aceitas, o que alguns autores têm designado como “‘direito vivo’ (*lebendiges Recht*), ‘*sperienza giuridica*’ (CESARINI-SFORZA; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS), ‘direito do cotidiano’ (‘*everyday life law*’, A. SARAT; A.M. HESPANHA), ‘direito do jeito’”¹⁷⁻¹⁸. Eis – na precisa

¹⁶ “Estas ideias de um direito baseado na autoridade doutrinal assentam em concepções do direito e do saber jurídico hoje mais do que controversas: a de que existe uma natureza das coisas independente das situações e contextos concretos, a de que as normas têm sentido fixos e herméticos e a de que os juristas se podem libertar das pré-compreensões, limitações e componentes corporativas ou subjetivas dos saberes e obter um saber neutro, objetivo e generalizável que as transcenda” (HESPANHA, 2015, p. 4-53).

¹⁷ “(...) é esta revalorização de práticas quotidianas revestidas de um sentimento de autoridade que deu origem ao conceito, hoje corrente, de *pop law*, ou ‘direito do cotidiano’ (*everyday life law*). Esta expressão parece dever a sua notoriedade ao título de um livro de dois professores da Universidade de Michigan, AUSTIN SARAT e THOMAS R. KEARNS, em que se destacava como o direito é também constituído por práticas, expressões e, até, objetos triviais, incorporados na vida cotidiana, que remetem para deveres a cumprir. Muito frequentemente, o seu nível de normatividade é tão leve que nem nos damos conta do modo como eles nos condicionam, muito menos do carácter não necessário, não forçoso, dos comandos que eles nos murmuram” (HESPANHA, 2009, p. 566-567).

¹⁸ “As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar o direito ‘autêntico’ noutros lugares: na organização da vida corrente (por exemplo, na vida das famílias, nas regras comunitárias do convívio quotidiano); nas práticas estabelecidas ou nas inevitáveis leis dos negócios (v.g., as ‘leis do mercado’, a nova *lex mercatoria*); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividade – as chamadas ‘regras da arte’ (dos médicos, da comunidade académica ou científica) –; naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as ‘boas práticas’ (na administração pública,

síntese de HESPANHA – os fatores relacionados à invocação de um novo paradigma pluralista:

- “1. O direito oficial ou do Estado (leis, regulamentos oficiais, bem como a sua realização oficial (justiça oficial), constituiriam modalidades periféricas (ou marginais) e subordinadas de realização da ordem social [*the law in the books*, para usar uma expressão tradicional], muito diferentes daquela constelação de normas – de várias origens e com diferentes graus de intensidade (“de força”) – que efetiva e primordialmente regem uma sociedade [*law in action, everyday life law*].
2. A mobilidade do mundo de hoje não daria aos processos estaduais de criação de direito tempo para acompanhar os ritmos das mudanças e da complexificação das sociedades, pelo que o direito do Estado estaria condenado a chegar sempre atrasado em relação aos estados de coisas a regular.
3. A globalização (sobretudo dos negócios, mas não apenas essa) apontaria forçosamente para uma ordem jurídica supranacional, tendencialmente global.
4. O desajustamento e a lentidão do direito (e da justiça) estadual corroeria a sua aceitabilidade pelas pessoas, que progressivamente os considerariam alheios à vida, impostos à sociedade de forma autoritária e artificial, dando a impressão de serem, por isso, menos legítimos do que os mecanismos de regulação que funcionam autónoma e automaticamente.
5. Os mecanismos de resolução de conflitos escolhidos por compromisso entre as partes interessadas seriam os mais idóneos para uma solução justa dos litígios, tanto mais quanto menor fosse a sua regulação por normas imperativas do Estado.
6. A doutrina ou dogmática jurídica, elaborada pelos juristas com base no modelo de um direito estadual, raramente se adequaria bem a este novo direito fracamente ligado ao Estado, pois os princípios que orientavam esses saberes tinham justamente como axioma a ligação indissolúvel entre Estado e Direito; a alternativa desejável seria uma nova doutrina, baseada em *standards* prudenciais muito autónomos e apenas dependentes da particular visão do mundo dos juristas” (2019, p. 30-31).

na escola, nas relações entre uma organização e os seus utentes); nas normas que são estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (normas de ‘autorregulamentação’: no desporto, na regulação da concorrência, da atividade bancária ou, mais latamente, financeira; da comunicação social, da internet, da distribuição do espectro de frequências de comunicação radiofónica); nas normas de direito supra estadual (estabelecidas ou não por tratados entre os Estados); nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas (contratos, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou estabelecidos pelos costumes ou por rotinas); nas rotinas e usos comuns e assentes; na comunidade de especialistas em direito (a doutrina, o direito ‘contra maioritário’, etc.)” (HESPANHA, 2019, p. 24-25).

O pluralismo jurídico, nesse contexto, não é fruto de uma construção teórica, mas parte da observação empírica de que há – e sempre houve – vários complexos de normas que pretendem ser direito e que os próprios tribunais dos estados nacionais (ou internacionais) com alguma frequência reconhecem como tal: normas técnicas (internet, distribuição de energia, regulação das telecomunicações); regras de arte (práticas prudenciais dos médicos, enfermeiros, advogados, engenheiros, contadores etc.); normas surgidas das práticas bancárias financeiras, de setores cartelizados ou fortemente corporativos (combustíveis, transporte aéreo, seguros, energia, escolas superiores etc.); normas do mundo do esporte (com o afastamento, por exemplo, de normas de direito penal, civil, laboral); normas de organizações supranacionais (G8, G20, OPEP, Fórum Social Mundial etc.); normas estabelecidas por movimentos não governamentais (*Fair value, Fair price, Green Peace* etc.); normas estabelecidas em setores de grande dinamismo e mobilidade (indústria, comércio); normas de grupos com uma forte identidade cultural ou religiosa (imigrantes, minorias étnicas ou religiosas); normas do mundo doméstico etc (2019, p. 40-41).

O grande desafio, nesse mosaico plural de normatização, é justamente desenvolver balizas teóricas e metodológicas que permitam o reconhecimento e o controle da legitimidade de todas essas fontes. Mais do que isso: que garantam uma *pluralidade* efetiva, e não somente o reconhecimento da legitimidade do direito espontaneamente gerado e praticado no seio de setores dominantes da sociedade.

3 A DISPUTA SOBRE OS CONTORNOS DO PLURALISMO JURÍDICO

HESPANHA identifica três gerações de autores ligadas ao pluralismo jurídico. A primeira, surgida sobretudo a partir dos anos 50 do sec. XX, forjou-se em torno de antropólogos jurídicos que tinham como objeto principal de investigação a situação do direito nas colônias e posteriormente nos países pós-coloniais, nas quais o direito

oficial do colonizador convivia – de forma mais ou menos harmônica – com uma infinidade complexa de direitos de povos originários (2010, p. 151). Evidenciava-se o discurso monista do direito estatal como ferramenta de colonização, responsável pelo silenciamento e periferização de outras formas de organização da vida comunitária, de solução dos conflitos e de relação com o território. A essa primeira abordagem se somou outra de cunho sociológico que buscou evidenciar, mesmo em sociedades mais desenvolvidas, a existência de “ilhas de direito não oficial” (2010, p. 151), como o direito das comunidades imigrantes na Europa e nos Estados Unidos e “o direito das favelas brasileiras”, estudado principalmente por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (1988, p. 14). Apesar do amplo espectro de autores identificados nessa “primeira geração”, a sua nota comum era uma forte consciência crítica a respeito do caráter homogeneizante do direito estatal oficial e o seu distanciamento dos valores partilhados por setores “invisíveis” da sociedade.¹⁹

A segunda geração identificada por HESPANHA tem um perfil político diametralmente oposto. Usualmente identificados com o projeto neoliberal, esses autores defendem o pluralismo jurídico no contexto de crescente pressão exercida pelos mercados financeiros globais em torno da descentralização dos estados nacionais. A ênfase de sua análise envolve os processos de desregulamentação estatal, globalização, acumulação flexível de capital, formação de blocos econômicos, políticas de privatização, flexibilização do trabalho, regulação social reflexiva e supranacional (ALBERNAZ; WOLKMER, 2010, p. 67); enfim, todas as agendas neoliberais em torno da criação de novos regimes de produção de normas e de

¹⁹ CAMILO BORRERO e FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE, por exemplo, ao disporem sobre o direito consuetudinário e insurgente de indígenas da Colômbia, afirmam que “é necessário questionar o privilégio do Estado para determinar o que é e não é direito. Explicitar que, dentro do direito consuetudinário, acha-se a luta pela diferença e pela diversidade. (...) [deve-se] demonstrar que a norma [positivada] não é o único caminho para a regulação social. Deduzir que não existem critérios claros para valorizar o direito positivo acima do direito dos usos e costumes dos povos. (...) mais importante do que reconhecer em termos legais a existência de um direito consuetudinário, seria preferível estimular sua aplicação real no interior das comunidades. (...) [é essencial que] este direito consuetudinário corresponda efetivamente aos padrões de vida cultural atuais desejados pelas coletividades, respeitando e integrando a tradição aos desafios colocados pela transformação do meio social e técnico” (BORRERO; AGUIRRE, 1991, p. 53).

resolução de conflitos afastados das estruturas burocráticas e ineficientes dos estados nacionais. O compromisso em torno da resolução de conflitos por meio de procedimentos arbitrais é uma forte característica dessa tendência liberalizante. O Fundo Monetário Internacional, por exemplo, ao celebrar o acordo de auxílio financeiro a Portugal em 2011, exigiu como uma das contrapartidas a promulgação de uma lei que favorecesse a arbitragem, cujas decisões são sigilosas e quase inteiramente imunes ao controle estatal (HESPANHA, 2019, p. 31).

A esses autores liberais HESPANHA acrescenta os “cultores do direito europeu” que, após a criação da União Europeia, “têm necessidade de superar uma concepção estadualista e legalista do direito para explicarem a natureza e a legitimidade do direito comunitário” (2010, p. 152-153), sobretudo daquelas normas criadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades que, mesmo sem ter essa atribuição no instrumento constitutivo da comunidade, passou a criar “direito com validade interna na ordem jurídica de cada Estado-membro” (2010, p. 152). O direito estatal, nesse contexto, deixou de ser suficiente para explicar a obrigatoriedade dessas normas comunitárias, de modo que a discussão em torno do pluralismo jurídico ganhou notório relevo no continente europeu.²⁰ Mas esses autores não ampliam a noção pluralista do direito para reconhecer a legitimidade de práticas jurídicas de setores subalternos da sociedade europeia, como ciganos, imigrantes, minorias religiosas etc.

A terceira geração identificada por HESPANHA corresponde àquela que postulou o reconhecimento no âmbito do direito oficial de ordens normativas que decorrem de valores universalizados e cosmopolitas, “como os direitos humanos, os direitos das

²⁰ Destaca-se, nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO: “A ‘internacionalização’ e a ‘europeização’, no caso português, e a internacionalização e a ‘mercosulização’, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’” (CANOTILHO, 2008, p. 110).

comunidades nativas, o equilíbrio ecológico, a liberdade de informação, muito ligada à *internet* ou às chamadas redes sociais, etc” (2019, p. 62). Esses valores cosmopolitas, de acordo com HESPANHA, teriam o potencial de “complementar” as ordens jurídicas nacionais e de enriquecer o seu processo democrático, desde que compatíveis com “os consensos valorativos das comunidades nacionais e locais” (2019, p. 63). O risco, porém, nesses casos, é que muitos valores alegadamente cosmopolitas são fruto da tradição jurídica ocidental e acabam sendo utilizados, na prática, para assegurar a ascendência dos “interesses hegemónicos ao nível do Estado ou de grupos de interesses globalizados” sobre os valores comunitários (2019, p. 63). “Um bom exemplo, formalizado na constituição de Angola, é o da intervenção do Estado, negando validade das ordens jurídicas ‘tradicionais’ contrárias à dignidade da pessoa humana” (2019, p. 63).²¹ Toda a retórica dos direitos humanos – da qual o princípio da dignidade da pessoa humana é um corolário – foi desenvolvida no seio dos países colonizadores, tanto que, como demonstra BARTOLOMÉ CLAVERO em sua *história verossímil dos direitos humanos*, a Declaração Universal das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos de 1948 não só deixou incólume a cláusula colonial, como lhe conferiu plena legitimidade (2017). O desafio, portanto, nessas situações, está numa concretização plural e sensível aos valores comunitários desses princípios cosmopolitas.

Por isso que, como ressalta HESPANHA, o “facto de o pluralismo estar aí não nos força (...) a ser sociologicamente ingénuos” (2009, p. 524). O reconhecimento ou não de certa constelação de normas “mexe com interesses sociais e políticos e, por isso, é objecto de confrontos socio-políticos. Uns desejam esse reconhecimento, porque ele lhe é favorável. Outros não, pelas razões opostas” (2019, p. 524)²². Cabe

²¹ Idem. p. 63. Eis a redação do dispositivo constitucional angolano: Artigo 7.º (Costume) É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana.

²² RENATA O. ALBERNAZ e ANTONIO CARLOS WOLKMER caracterizam essa disputa sobre os contornos do pluralismo jurídico nos seguintes (e um tanto maniqueístas) termos: “Há que se distinguir, no entanto, alguns dos principais contrastes constatados sobre o Pluralismo Jurídico. Segundo a análise de WOLKMER, é necessário, primeiramente, distinguir o *Projeto Conservador* e o *Projeto Emancipatório* de

aos juristas a construção de uma nova teoria de reconhecimento dessas *constelações de normas* que, de um lado, harmonize-se quanto ao dado de que o pluralismo jurídico é um fato e, por outro, assegure que somente as normas construídas que correspondam a consensos sociais alargados e adequados (e sejam, por isso, estáveis e estabilizadoras) (2019, p. 79) tenham a sua juridicidade reconhecida.²³

4 A NOVA TEORIA DO DIREITO EM CONSTRUÇÃO

HESPANHA parte de uma compreensão de *direito* tributária da contribuição de três autores: H. L. HART, JÜRGEN HABERMAS e NIKLAS LUHMANN. De H. L. HART, HESPANHA colhe a compreensão *realista* de que “o direito é aquilo que os tribunais (as instâncias que a comunidade reconhece como competentes para dizer o direito, instâncias jurisdicionais) reconhecem como direito” (2019, p. 129). De JÜRGEN HABERMAS, “a ideia de que por detrás do reconhecimento pelos tribunais de uma norma como direito deve estar, não uma lei do Estado, mas consensos comunitários inclusivos e justos” (2019, p. 129). De NIKLAS LUHMANN, “as ideias de que é o próprio direito – e não o Estado, a sociedade, a economia, a necessidade, a oportunidade – que estabelece o direito, bem como a de que o estabelecimento do direito visa a redução da complexidade e a criação de situações de estabilização das expectativas” (2019, p. 129).

Pluralismo Jurídico. No primeiro, de cunho neoliberal, a ênfase se dá sobre processos como a desregulamentação estatal, a globalização e a acumulação flexível de capital, a formação de blocos econômicos, as políticas de privatização, a flexibilização do trabalho, a regulação social reflexiva e supranacional; neste projeto conservador, seu cunho individualista gera, como resultado, a dispersão da identidade e da força política dos grupos e movimentos sociais, o que diminui o poder de organização das massas e acaba por dificultar o exercício de uma participação democrática ampla, autêntica e real. Contrariamente, o Projeto Emancipatório de Pluralismo Jurídico sugere a sua edificação com base em práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação de necessidades humanas essenciais, e em uma reordenação, desconcentração e descentralização do espaço público no sentido de multiplicar os seus *locus* e ampliar seu cunho democrático (...)” (ALBERNAZ; WOLKMER, 2010, p. 68-69).

²³ Como destaca PAULO GROSSI, “seria uma desgraça, porém, caso este comportamento de disponibilidade [para outras fontes jurídicas] se convertesse em um fácil entusiasmo e, saltando emoções e humores, em uma aceitação acrítica” (GROSSI, 2009, p. 169).

Ou seja, direito é aquilo que, originado de consensos comunitários inclusivos e justos, é reconhecido como tal pelas instâncias jurisdicionais, com capacidade de reduzir a complexidade da vida em sociedade e de criar situações de estabilização das expectativas. Três, portanto, são os critérios para que um conjunto de normas seja qualificada como direito segundo HESPANHA: *i*) reconhecimento; *ii*) consensualidade; e *iii*) eficácia estabilizadora (2019, p. 189).

O critério do *reconhecimento* inverte a concepção original da teoria do direito de que é o processo de produção das normas que lhes garante validade e democraticidade.²⁴ Numa concepção realista, direito é aquilo que, na prática, utiliza-se para resolver os conflitos surgidos em uma determinada comunidade, independentemente de sua fonte imediata. Num contexto pluralista, as instâncias jurisdicionais responsáveis por esse reconhecimento não serão, naturalmente, somente aquelas reconhecidas formalmente pelo Estado (pois encerraria verdadeira petição de princípio), mas sim – e aqui também se adota um critério realista – aquelas entidades que assumem a função de dizer qual é o direito, por consenso da comunidade atingida por suas decisões.²⁵ Todas as sociedades conhecidas dispõem de atores sociais que têm como missão *dizer o direito* (chefe, cacique, bruxo, ancião, especialista, juiz etc.) (CORREAS, 1996, p. 75), já que é inviável que os agentes diretamente envolvidos em determinado conflito tenham a neutralidade necessária para decidir.

O critério da *consensualidade* exige que, dentro daquilo que realisticamente se passa em determinada comunidade, todos os interesses e pontos de vista envolvidos sejam considerados e ponderados na enunciação das normas reconhecidas pelas

²⁴ O fundamento místico da autoridade das leis, como definido por PAOLO GROSSI: “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis” (GROSSI, 2004, p. 43).

²⁵ “A natureza ‘jurisdicional’ não pode ser autoproclamada, mas antes produto da observação. Uma perspectiva realista lida com a “realidade” do direito; ou seja, com o seu efetivo reconhecimento (para evitar objeções epistemológicas ... com aquilo que estipulámos como sendo o seu efetivo reconhecimento ...). Este reconhecimento verifica-se em dois planos: (i) reconhecimento das normas por uma instancia jurisdicional, cuja creditação para dizer o direito decorre do seu (ii) reconhecimento comunitário como entidade jurisdicional” (HESPANHA, 2019, p. 144).

instâncias jurisdicionais. HESPANHA sublinha a necessidade de que esse consenso seja o mais forte, amplo, refletido e inclusivo possível, mas admite que qualquer diálogo – mesmo dentro de um paradigma democrático – é passível de inúmeros enviesamentos (por grupos sociais dominantes, opinião pública, escritos técnicos de especialistas etc.), de modo que os critérios de produção de consenso apontados por HABERMAS – neutralidade, rigor, não manipulação, lealdade (*fairness*) e igualdade – não devem ser idealizados (HESPANHA, 2019, p. 155).

O critério da *eficácia estabilizadora*, por sua vez, está intimamente relacionado ao da *consensualidade*: quanto mais forem frutos de consensos fortes e refletidos mais as normas terão aptidão para gerar soluções duradouras e capazes de orientar as condutas, reduzindo a complexidade da vida em sociedade e aumentando a confiança de seus participantes nos mecanismos de seu funcionamento, o que, naturalmente, garantirá na prática social uma base consensual continuamente renovada em torno das normas vigentes. Esse ideal – destaca HESPANHA – “nunca se atinge, mas não apenas deve constituir o ponto de referência (...), como deve ser estimulado por regras do processo de elaboração de normas que fomentem” o consenso (2019, p. 177).

“Esta perspectiva – a que poderemos chamar realista (por oposição à perspectiva formalista do estadualismo clássico) – permite compatibilizar (i) uma noção de direito que se mantém atenta ao evoluir do modo como, na vida real, se identifica o direito com (ii) uma legitimação democrática deste. Porém, esta compatibilização entre pluralismo e princípio democrático implica uma certa reformatação de um e de outro conceito. O conceito de pluralismo tem que sofrer uma restrição: nem todas as normas que se observe vigorarem na comunidade são direito, pois a vigência tem que ser genericamente reconhecida como jurídica (como vigência de direito válido, suscetível de uma aceitação generalizada) pela comunidade. Mas o conceito de democracia também teve que ser enriquecido e flexibilizado, no sentido de abranger mais do que os processos formais de expressão da vontade popular que conduziam à lei ou à constituição; incorporando agora também processos de consensualização que decorrem fora do Estado, a diferentes níveis e segmentos da vida comunitária, mas que esta vai reconhecendo

como adequados a identificar o direito; assim como outros que o Estado vai incorporando, com os da democracia participativa” (2015, p. 28)

Essa proposta – de acrescentar à observância da vigência efetiva das normas a observação do seu efetivo reconhecimento comunitário alargado como direito (critério de validade) – garante uma “abordagem do direito que respeita a vida, mas apenas na medida em que esta vida seja, tendencialmente, a vida de todos, atenta aos pontos de vista, interesses e valores de todos” (HESPANHA, 2015, p. 28), reconhecendo-se como direito apenas o conjunto de normas estabilizadoras e consensuais para toda a comunidade afetada. A proposta permite reconhecer, por exemplo, a ilegitimidade de todo conjunto de normas proveniente de simples relações de força e de dominação, como os sistemas normativos impostos pelo narcotráfico em territórios latino-americanos que, embora vigorem na prática comunitária, não podem ser considerados como direito, justamente por lhes faltar base consensual e eficácia estabilizadora. Por outro lado, permite o reconhecimento como direito de práticas consuetudinárias de povos originários e quilombolas, mesmo que não produzidas dentro dos processos formais de produção das leis instituídos pelos estados nacionais.²⁶

5 DA PIRÂMIDE À REDE?

Qual a função da constituição dos estados nacionais nesse contexto pluralista? Ela continua a ocupar o topo de uma pirâmide de normas que, agora, também incluem normas de origem não estatal? HESPANHA admite que essa “questão comporta ainda um grau elevado de indecisão” (2019, p. 207). No plano teórico, torna-se difícil explicar como e onde é que as normas não estaduais estariam incluídas nessa pirâmide cujo topo seria a constituição do Estado. Numa visão pluralista, a superfície

²⁶ O que, aliás, já é uma realidade – em maior ou menor grau – em muitos países latino-americanos: Colômbia, Bolívia, Peru, Equador, México e Guatemala reconhecem, em suas respectivas constituições, a legitimidade das jurisdições indígenas e de seu conjunto de normas (GONÇALVES, 2019).

do direito deveria ser descrita não tanto como uma pirâmide de normas, mas antes como uma “cordilheira” ou uma “rede” de várias pirâmides, das quais uma seria a do direito oficial, enquanto as outras corresponderiam a conjuntos – eventualmente também hierarquizados – de normas não estaduais (2019, p. 208-209).

HESPANHA rejeita, no entanto, essa visão meramente conceitualista. Impondo-se novamente a exigência de partir de uma *perspectiva realista*, HESPANHA observa que, “na atual situação jurídica dos Estados democráticos, as normas de reconhecimento da generalidade das instâncias jurisdicionais não admitem com facilidade o afastamento das constituições nem do direito legislativo por direitos não estaduais” (2019, p. 210). E isso porque a “ideia da legitimidade democrática está muito ligada à legitimidade dos parlamentos constituintes e legisladores e isso atribui uma autoridade geralmente reconhecida ao direito deles derivado” (2019, p. 210). Ou seja, o direito oficial, apesar de todas as suas limitações e críticas, possui uma base consensual que não pode ser ignorada, fruto, nos países democráticos, de um processo de produção “mais regulado, mais igual e mais transparente de auscultação da comunidade” (2019, p. 210). Por isso que, em geral, o direito estatal atende aos critérios de vigência e validade antes propostos (*reconhecimento, consensualidade e eficácia estabilizadora*).²⁷ Daí porque o conflito entre a ordem jurídica constitucional e outra ordem jurídica não estatal deve ser resolvido, igualmente, por meio dos critérios da *consensualidade* e da *eficácia estabilizadora*. Deve ser “decisivo para a sustentabilidade de uma norma de conflito sobre o primado ou não da constituição que ela possa ser consensual e, por isso, estabilizadora” (2019, p. 210). Essa consideração, de acordo com HESPANHA, “pode promover a vigência do direito constitucional, relativamente a ordens jurídicas não oficiais pelo facto de ele concitar um consenso muito generalizado e reforçado” (2019, p. 210).

²⁷ “A defesa do dirigismo constitucional está estreitamente ligada à crença de que as constituições dos Estados democráticos expressam formas avançadas da democracia, entendida esta como a possibilidade dada aos cidadãos de exprimirem a sua vontade sobre a organização da república, estabelecendo as normas básicas do seu direito, de acordo com um processo regulado, transparente e controlado, de expressão dessa vontade – a democracia representativa” (HESPANHA, 2019, p. 212).

“Como conclusão. O sistema de direito de uma comunidade no seu conjunto (nacional) consagrou na constituição – de forma particularmente solene, regulada e, presume-se, refletida – as suas mais plausíveis regras de consenso e de estabilização sociais. Daí que uma norma sensata de reconhecimento – que aponte para formas plausíveis de conferir consensualidade e estabilidade geral às relações sociais, tanto como para a perturbação de consensos paroquiais, holísticos ou insuficientemente inclusivos – deva prudentemente conferir um lugar de destaque a este normativo constitucional, pelo capital de autorreflexão e de prudência prospetiva que ele encerra” (2019, p. 215)

Nesse cenário, os valores constitucionais terão sobretudo a função de fornecer elementos para o controle democrático – com base nos três critérios de vigência e validade antes enunciados – dos direitos não estatais, constituindo um “elemento perturbador (irritante) de consensos normativos setoriais (ou paroquiais), ao introduzir a necessidade de estes se abrirem à consideração de pontos de vista mais cosmopolitas” (HESPANHA, 2019, p. 213-214).

Mas essa ascendência dos valores constitucionais tampouco pode ser idealizada. Sabe-se que, embora parta de uma verdade que não pode ser ignorada, essa ideia de que o direito constitucional representa formas mais avançadas de consenso e de estabilidade também é “parcialmente mítica, porque o processo de regulação constitucional (...) é passível de muitos enviesamentos, tanto na escolha dos representantes, como na forma como estes levam a cabo o seu mandato” (HESPANHA, 2019, p. 212). Além disso, o principialismo (ou neoconstitucionalismo) alargou a noção de constituição a normas implícitas, provenientes de princípios abertos, o que, segundo HESPANHA, tornaria “difícil defender que ela contém, muito provavelmente, aquilo que corresponde a um consenso geral e que forma parte das expectativas jurídicas de toda a gente” (2019, p. 214). Por isso HESPANHA reforça três questões fundamentais para a preservação da consensualidade estabilizadora da constituição: a primeira é o fortalecimento dos mecanismos de legitimidade democrática para além da lógica representativa parlamentar (plebiscito, referendo, lei

de iniciativa popular, audiências públicas, orçamentos participativos, conselhos de políticas públicas etc.); a segunda é a contenção do processo interpretativo, que não pode ser fruto de um *principlismo sem limites*, mas deve estar amparado num processo hermenêutico que promova um *plebiscito diário* acerca da democraticidade da norma (estatal ou não) como conjunto de sentidos vivos em uma sociedade; a terceira é um chamado aos juristas a um *projeto de humildade*, no qual trabalhem como *servidores da sociedade* e não como demiurgos dos comportamentos alheios, fechados em seus respectivos círculos (NUNES, 2020, p. 15-27).

O processo hermenêutico, aliás, num mundo pluralista, também deve estar aberto para o seu caráter *contextual* num sentido suplementar: “[j]á não se trata apenas de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso” (HESPANHA, 2019, p. 233). Muito provável que cada ordem jurídica tenha a sua própria lógica específica de avaliar argumentos: a discussão sobre o interesse público, por exemplo, é mais forte na ordem jurídica estatal, mas pode ser irrelevante na *lex mercatoria* ou na *lex sportiva*; por isso, deve-se evitar qualquer interpretação: i) assente na visão do mundo do intérprete ou numa escala alegadamente objetiva de valores; ii) assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação; iii) assente na opinião de um grupo limitado de especialistas; iv) assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial, por uma corrente judicial ou por uma decisão judiciária hierarquicamente superior. A interpretação correta deve levar em conta todos os elementos de contextualização da norma para encontrar o seu sentido mais estabilizador, levando em consideração: i) expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos quanto ao sentido da norma que irá estabilizar as relações sociais naquele domínio; ii) experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma; iii) tradição interpretativa e modo como tem influído no sentido da criação de um consenso estabilizador; iv) dados normativos da constituição como moldura

consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que ela aponta (HESPANHA, 2019, p. 233-235).

Em sua tese de doutorado, MARCELO BARBI GONÇALVES apresenta um julgado da Corte Constitucional da Colômbia que pode ser considerado representante desse novo paradigma interpretativo. A Colômbia – assim como Bolívia, Peru, México e Guatemala – reconhece a legitimidade da jurisdição de seus povos originários. Diferentemente desses outros países, no entanto, a Colômbia realmente leva a sério essa previsão de sua própria constituição e se tornou “atualmente o mais qualificado fórum de deliberação dos conflitos inerentes a uma sociedade pluriétnica.” (2019). Na sentença nº 523/1997, a Corte Constitucional reafirmou que o limite mínimo em relação aos direitos humanos é determinado pelo consenso intercultural sobre o que é inaceitável, como o direito à vida, a proibição da escravidão e da tortura, e o devido processo legal (este com as especificidades dos ritos indígenas). Fora desse mínimo consensual, e que é controlado por meio dos mecanismos democráticos previstos na constituição, os povos originários têm ampla liberdade para definir as suas regras jurídicas de acordo com a sua cosmovisão de mundo.

No caso citado por MARCELO BARBI GONÇALVES, a Corte Constitucional admitiu punições físicas moderadas como parte da tradição de determinada comunidade, pois, naquele caso específico, o chicote aplicado tinha o simbolismo religioso de purificação, e não o intuito de gerar sofrimento. Para a sua conclusão, a Corte se pautou no fato de que (i) as lesões infligidas não eram graves e que (ii) as punições físicas estavam inseridas num contexto social-religioso consensualmente praticado há anos pela comunidade, de modo que não configuravam a prática de tortura (2019). Trata-se de uma discussão difícil – e que tem como pano de fundo o velho embate sobre relativismo cultural e o universalismo dos direitos humanos – , mas, independentemente de se concordar ou não com a solução adotada, ela reflete um processo hermenêutico propriamente pluralista, pois aberta aos processos consensuais de produção normativa da comunidade afetada, e não simples aplicação

mecânica das concepções valorativas dos próprios julgadores.

6 CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico é uma realidade, um dado, antes de ser objeto de reflexão. HESPANHA procurou, por meio de uma metodologia que se pode designar *realista* ou *pragmática*, estabelecer referenciais teóricos para uma nova teoria que assegure a democraticidade do direito num contexto pluralista: *reconhecimento*, *consensualidade* e *eficácia estabilizadora* são os seus três critérios de vigência e validade.

O direito estatal, embora não esteja mais sozinho numa pirâmide, é o que melhor reúne, nas tradições democráticas, esses três critérios, razão pela qual ainda deve ter – sobretudo o direito constitucional – papel de destaque numa hermenêutica pluralista, quando menos para fornecer os elementos de controle do caráter *consensual* e *estabilizador* dos direitos não estatais.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata O. WOLKMER, Antonio Carlos. **As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico**. [S. l.], v. 29, n. 57, p. 67–94, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n57p67. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p67>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições da Filosofia do Direito. Trad. e notas de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone editora, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, vol. 56. São Paulo: RT, out-dez/2013.

BORRERO, Camilo; AGUIRRE, Francisco Ballón. **Qual direito?** Trad. Cândida Diaz Bordenave. Rio de Janeiro: Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global**: por uma história verossímil dos direitos humanos. 1ª ed. Goiânia: Palavrear, 2017.

CORREAS, Óscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos Paradigmas da Jurisdição**: Conceito. Princípios. Funções. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2019.

GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Ricardo M. Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hordieno “repensamento” epistemológico. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito**

da UFPR, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência jurídica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009, p. 169.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **O mundo das terras coletivas: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã**. Trad. Fernando Coelho. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

HESPANHA, António Manuel. **Às vésperas do Leviathan**. Instituições e poder político. Portugal, século XVIII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. São Paulo, Alameda, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neo-republicanismo: perplexidades dos nossos dias. In: WOLKMER, Antônio Carlos, et al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139-172.

HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do Estado constitucional? **IUS GENTIUM**, [S. l.], v. 12, n. 6, p. 4–53, 2015. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/195>. Acesso em: 8 ago. 2023.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no Século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Diego. O Pluralismo Jurídico Democrático de António Manuel Hespanha: Uma Introdução. In: NUNES, Diego; SANTOS, Gustavo Ferreira; ALVES, Jonatan de Jesus

Oliveira. (Org.). **Linhas Jurídicas do Triângulo**: estudos em homenagem ao Professor António Manuel Hespanha. 1ed.Uberlândia/MG: LAECC, 2020, v. 1.

PERLINGERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva., 1984.

SANTOS. Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique**. Disponível em:
https://media.law.wisc.edu/s/c_360/jm5nj/boa_pluralism.pdf. Acesso em: 29.05.2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO E INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS

INTERLOCUTORY APPEAL AND THE REJECTION OF EVIDENTIARY PRODUCTION

Luísa Mercedes Cazé¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a possibilidade de interposição de agravo de instrumento diante do indeferimento da produção probatória. Para tanto, foi utilizada metodologia qualitativa, informada por bibliografias e por jurisprudências sobre o tema. Sistemáticamente, o artigo teve início com considerações sobre a relevância da produção de provas no processo civil, seguidas pela evolução histórica do agravo de instrumento no Direito Brasileiro. Em seguida, foram apresentadas questões relativas à taxatividade do rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015, ilustradas por meio de julgados pertinentes ao tema. Por fim, concluiu-se pelo cabimento, em situações específicas, de agravo de instrumento, de forma a garantir os princípios do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade da jurisdição, da celeridade e da economia processual, observado o requisito da urgência, na forma do precedente fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, no tema 988.

Palavras-chave: Agravo de Instrumento. Produção de provas. Tema 988 STJ.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the possibility of filing an interlocutory appeal in the event of the rejection of evidentiary production. To this end, a qualitative methodology was used, informed by doctrinal positions and jurisprudence on the topic. Systematically, the article began with considerations about the relevance of producing evidence in civil proceedings, followed by the historical evolution of the interlocutory appeal in Brazilian Law. Next, questions were presented regarding the art. 1,015 of the 2015 Code of Civil Procedure, illustrated through precedents on the topic. Finally, we concluded that it is possible, in specific situations, to file such appeal, in order to guarantee the due process of law, non-defeasibility of jurisdiction, speed and procedural economy, observing the requirement of urgency, in form of the precedent set by the Superior Court of Justice, in topic 988.

Keywords: Interlocutory; Appeal; Evidence.

Recebido em: 08/03/2024

Aceito em: 14/10/2024

¹ Mestranda em Relações Internacionais na PUC-Rio e residente jurídica na PGE-RJ. Especialista em Processo Civil pela UERJ. Bacharel em Direito pela UFF.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC)², promulgado em 16 de março de 2015, trouxe diversas modificações na lógica processual cível. Dentre as alterações mais notáveis, destaca-se a extinção do agravo retido como recurso voltado a impugnar decisões interlocutórias. Em substituição, foram instituídos o agravo de instrumento ou a preliminar de apelação ou de contrarrazões. Mais especificamente, quando da concepção do projeto de lei, foi estabelecido um rol de decisões interlocutórias que seriam agraváveis de instrumento, quedando o restante para apelação ou para contrarrazões.

Entretanto, com a prática forense, essa configuração recursal mostrou-se insuficiente para atender as necessidades dos jurisdicionados, ocasionando diversos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o tema repetitivo 988, entendeu ser o rol do art. 1.015 de taxatividade mitigada, ou seja, a Corte ampliou o cabimento do agravo de instrumento diante de urgência passível de tornar o julgamento na apelação inútil.

Paralelamente, insta sublinhar a importância da produção de provas para o processo civil. Embora sejam consideradas como um instrumento processual, as provas são de fundamental relevância para o procedimento cognitivo do magistrado. Por seu intermédio, é oportunizado às partes demonstrar a veracidade dos fatos que alegam e, por conseguinte, ter seu pedido mais bem apreciado. Ainda, sob a perspectiva crítica do processo civil, as provas são reputadas como direito público subjetivo da parte, constitucionalmente garantido, assegurando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

Nessa esteira, analisando os incisos e o parágrafo único do art. 1.015 e tendo em mente a relevância das provas para o processo, nota-se que o agravo de

² Ao longo do presente trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 será denominado de Novo Código de Processo Civil (NCPC), Código de Processo Civil (CPC) ou Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Como forma de diferenciação, os demais códigos serão seguidos de seus respectivos anos.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

instrumento não é cabível contra decisões interlocutórias que indeferem a produção de provas. No entanto, considerando a decisão do STJ e a pertinência das provas para a boa prestação jurisdicional, depreende-se haver urgência em reavaliar certas decisões interlocutórias que indeferem a produção probante, visto que, contrário fosse, princípios constitucionais como celeridade, eficiência, economia processual poderiam ser violados.

À vista disso, o presente trabalho tem como fulcro analisar a flexibilização das hipóteses constantes no art. 1.015 do NCPC idealizada pelo STJ, de forma a incluir decisões que indefiram a produção de provas no curso do processo de conhecimento, em situações nas quais fique evidenciada a urgência do provimento.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho versa sobre o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que indeferem a produção de provas, de forma a ampliar o rol do art. 1.015 do CPC/2015. Para responder a esse problema, foi desenvolvida uma pesquisa teórica de caráter exploratório, objetivando contribuir na compreensão do tema e ampliar suas discussões (Gil, 2019). A análise dos dados seguiu o método qualitativo, pautado em uma interpretação das informações teóricas obtidas em bibliografias e documentos.

O objetivo geral avalia a possibilidade de ampliar o rol do agravo de instrumento, de forma a abarcar interlocutórias que indeferem provas. Os objetivos específicos analisam a importância das provas para o julgamento de mérito, a avaliação de eventuais prejuízos causados às partes quando de seu indeferimento, a análise das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e a identificação dos requisitos jurisprudenciais que permitem a ampliação do rol do art. 1.015.

3 PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL

Sem desconsiderar as inúmeras controvérsias que circundam o tema, o processo civil pode ser definido como uma relação jurídica processual, que se exterioriza por um procedimento e que respeita o contraditório (Neves, 2018a). Seu objeto principal está pautado no pedido, o qual se relaciona com o direito material a ser dirimido pela *iuris dictio*. Esse direito, por sua vez, é identificado por intermédio de fatos constitutivos relatados pelas partes, os quais serão comprovados pelos meios probatórios pertinentes (Theodoro Júnior, 2014). Nesse sentido, Theodoro Júnior (2005) afirma que o “processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes”.

Desta feita, a produção de provas mostra-se como uma etapa fundamental no processo civil, pois permite que os fatos narrados sejam materialmente conhecidos e comprovados. De acordo com Cambi (2000), “não haveria sentido em se procurar obter decisões justas, se o mecanismo processual não estivesse voltado à correta reconstrução das questões de fato que integram o objeto do processo”, o que oportuniza que “as partes influam na formação do convencimento do juiz, [para contribuir com uma] cognição mais fiel dos fatos relevantes para a justa solução dos conflitos de interesses”.

Assim, destaca-se que, sob a perspectiva do direito processual crítico, as provas passaram a ser analisadas como um direito público subjetivo³. Essa nova concepção permitiu a ampliação da atuação do autor e do réu, de forma que pudessem influir no convencimento do magistrado ao demonstrar os fatos alegados (Cambi, 2000). Acrescenta-se que o direito à prova passou a ser considerado como um desdobramento dos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo um dos caminhos para chegar à ordem jurídica justa.

³ De acordo com Eduardo Cambi (2000), o estudo das provas realizado pelo direito processual civil clássico restringia-se a seu ônus probante, isso é, “possibilidade da parte agir na expectativa de obter o efeito jurídico que está condicionado à sua prévia atuação”, mas sem a garantia da “efetiva obtenção do efeito jurídico pretendido”. Com a nova concepção crítica, as provas passaram a ser o instrumento para compreender o direito material como pacificador de conflitos. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

No mais, repisa-se que o processo de conhecimento visa buscar a verdade mediante a produção de provas com o intuito de prestar às partes uma tutela jurisdicional efetiva e de qualidade. Entretanto, essa verdade não pode ser considerada como absoluta, mas sim como verdade possível. Diante das limitações físicas e biológicas que se impõem ao refazimento dos fatos, o magistrado deve buscar a verdade permitindo a mais ampla produção de provas (Neves, 2018a).

Contudo, ao ingressar no Judiciário, autor e réu pretendem ver seus argumentos vencedores, o que os faz apresentar os fatos da forma que melhor lhes convêm (Limeira, 2001). Desse modo, não obstante a qualidade de direito fundamental conferida às provas, deve-se recordar que não pode ser considerado como um direito absoluto, não sendo apropriado considerar a busca pela verdade como um fim em si mesma. Dessarte, juiz ou Tribunal desempenham papel fundamental quando do requerimento de provas, avaliando sua utilidade para o processo e utilizando o princípio da proporcionalidade para ponderar qual direito deve prevalecer no caso concreto. Ainda, devem respeitar as restrições legais existentes, com o intuito de garantir, se não todos, a maioria dos direitos envolvidos no caso.

Ademais, o fator tempo também deve ser tido como elemento fundamental no processo civil. Cambi (2000) sustenta que a “justiça tardia” é uma forma de negar a própria justiça. Embora seja necessário um prazo para que o processo se desenvolva de forma satisfatória, não se pode perder de vista a duração razoável do processo e a celeridade, previstas na CRFB/1988⁴. Desse modo, tendo em mente a necessidade de ponderar os direitos fundamentais, advoga-se que, para que seja produzida, a prova há de ser relevante, pertinente, admissível e útil. Em outros termos, o fato a ser provado – subsumido de uma norma em abstrato – deve referir-se ao mérito do processo e respeitar a legalidade, de forma a proporcionar benefícios às demais provas e ao julgamento da causa (Cambi, 2000).

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

Assim sendo, tem-se que a fase probatória é fundamental para o deslinde processual, haja vista auxiliar a cognição do Estado-juiz sobre os fatos apresentados pelas partes. Por conseguinte, a observância dessa etapa do processo é fundamental para a tutela efetiva do direito material em discussão, como meio de garantir uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

4 AGRAVO DE INSTRUMENTO E CONTROVÉRSIAS SOBRE SUA TAXATIVIDADE

O agravo de instrumento é uma espécie recursal voltada para impugnar decisões interlocutórias. Após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, seu cabimento sofreu algumas mudanças, como a instituição de um rol taxativo. No entanto, a prática forense demonstrou que a previsibilidade legislativa é limitada e que a realidade supera as especulações, havendo casos em que o cabimento restrito desse recurso é ineficaz. Isso posto, o presente tópico visa analisar essa problemática, destrinchando o atual entendimento do STJ sobre o assunto.

4.1 Evolução histórica

Inicialmente, insta esclarecer que o referido subitem tem como objetivo apresentar uma breve contextualização histórica da recorribilidade das decisões interlocutórias. Não se pretende esgotar ou mesmo realizar uma análise profunda sobre o assunto, sobretudo frente à riqueza desse tema e às particularidades que se impõem ao realizar uma abordagem histórica⁵. Visa-se tão somente evidenciar de forma sucinta alguns aspectos relevantes ao desenvolvimento da impugnação de decisões interlocutórias, com o fim de contribuir na compreensão da temática.

⁵ Gustavo Siqueira (2018) defende que a pesquisa histórica tem metodologias próprias, não podendo restringir-se a mera análise legislativa. O autor sustenta que, para além das leis ou de uma análise superficial, tem-se que aprofundar as discussões teóricas, os fenômenos jurídicos, os contextos econômico-sociais de cada período, recorrendo, para tanto, a uma pluralidade de fontes de pesquisa. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

Em apertada síntese, diz-se que a oposição a interlocutórias, não necessariamente relacionadas ao mérito, datam do século XII, quando as partes dirigiam suas petições ao rei em busca de uma “carta de justiça”. Ao longo dos anos, outros instrumentos recursais foram idealizados, como o agravo de petição, agravo ordinário, etc (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c).

Em 1939, com a entrada em vigor do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, pretendeu-se a elaboração de um rol *numerus clausus* como forma de possibilitar que decisões relacionadas ao mérito fossem refutadas de imediato⁶. Contudo, a sistemática adotada apresentou diversos obstáculos: a um, por permitir que recursos distintos fossem cabíveis para uma mesma situação⁷; a dois, por deixar de prever recursos cabíveis para certos casos; e a três, por não abranger em seu elenco hipóteses que poderiam causar danos às partes. Como consequência, foram desenvolvidos sucedâneos recursais a fim de evitar prejuízos, como o mandado de segurança e a correção parcial (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c).

⁶ Art. 842. Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões; I – que não admitirem a intervenção de terceiro na causa; II – que julgarem a exceção de incompetência; III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação; IV – que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem; V – que denegarem ou revogarem o benefício de gratuidade; VI – que ordenarem a prisão; VII – que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante; VIII – que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidantes ou a vintena dos testamenteiros; IX – que denegarem a apelação, inclusive a de terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção; X – que decidirem a respeito de êrro de conta; XI – que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens; XII – que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido; XIII – que admitirem, ou não, o concurso de credores. ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos; XIV – que julgarem, ou não, prestadas as contas; XV – que julgarem os processos de que tratam os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas; XVI – que negarem alimentos provisionais; XVII – que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta, subrogação ou arrendamento de bens. BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 09 jul. 2022.

⁷ A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, expôs que outros recursos foram criados com o CPC de 1939, como o agravo de petição – utilizado para decisões terminativas sem resolução de mérito ou quando não cabível agravo de instrumento – e o agravo no auto do processo – “Art. 851. Caberá agravo no auto do processo das decisões: I – que julgarem improcedentes as exeções de litispendência e coisa julgada; II – que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado; III – que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas; IV – que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846” – os quais eram constantemente desvirtuados com o agravo de instrumento.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

Em 1973 foi publicado outro Código de Processo Civil que, diante da desordem ocasionada pelos sucedâneos recursais, passou a permitir a recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, incumbindo à parte decidir se sua solicitação revisional deveria ser apreciada de imediato ou se poderia aguardar a apelação. De acordo com a exposição de motivos do referido diploma legal, a utilização de substitutos processuais – notadamente a correição parcial e o mandado de segurança – demonstrava a carência de recursos efetivos para os casos concretos e desfigurava o sistema impugnativo ao viabilizar a utilização de peças que lhe eram alheias (Senado Federal, 1972).

Todavia, não obstante a ampliação do agravo de instrumento tivesse sido proposta como forma de solucionar a problemática anterior, novos desafios apresentaram-se à lógica recursal, o que exigiu reformas legislativas no CPC/1973. Dentre a mais significativa para o presente trabalho, destaca-se a restrição do cabimento do agravo instrumental, tornando-se um recurso excepcional, a ser utilizado exclusivamente quando a decisão pudesse gerar lesão a parte ou fosse de difícil reparação. Ao mesmo tempo, o recurso de agravo retido⁸ tornou-se regra geral para resistir a decisões interlocutórias (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c).

Feitas essas considerações, passar-se-á a análise da atual previsão legal do agravo de instrumento.

4.2 Previsão do Novo Código de Processo Civil: natureza jurídica do Agravo de Instrumento

Em 16 de março de 2015, foi promulgada a Lei 13.105, que instituiu o Novo Código de Processo Civil. Diversas inovações processuais foram aportadas com a novel legislação, especialmente em relação ao sistema recursal. A princípio, importa

⁸ O recurso de agravo retido era cabível, no prazo de dez dias, contra decisões interlocutórias que não fossem passíveis de causar lesão grave ou de difícil reparação. Operacionalmente, a parte requeria, tão logo a decisão fosse proferida, que o tribunal conhecesse o recurso preliminarmente quando do julgamento da apelação, devendo ratificar seu pedido nas razões ou na resposta da apelação. Acrescente-se, por fim, que, interposto o agravo retido e ouvido o agravado em dez dias, era possível que o juiz reformasse sua decisão (BRASIL, 1973).

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

notar a extinção do agravo retido, o qual impugnava decisões interlocutórias não suscetíveis a causar dano ou a ser facilmente reparadas. Na lógica hodierna, ao recorrente incumbe se opor a interlocutórias dessa espécie por meio de preliminar de apelação ou de contrarrazões, conforme determina o art. 1.009 §1º, CPC/2015⁹. Destaca-se que essas decisões não são acobertadas pela preclusão, o que permite que sejam impugnadas em fase processual futura¹⁰.

Outrossim, para as decisões interlocutórias consideradas relevantes, o diploma processual estabelece o cabimento do agravo de instrumento no rol do art. 1.015 (Brasil, 2015). Inicialmente, as hipóteses elencadas no referido dispositivo aparentaram ser satisfatórias para resolver questões enfrentadas no curso do processo. De acordo com Neves (2018d), a restrição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi positiva, pois preservou os poderes do magistrado de primeiro grau e simplificou o procedimento cível. Ressalta-se, ainda, que, quando da discussão do projeto do NCPC, entendeu-se por bem que o supracitado rol fosse taxativo, escolha essa expressa nas discussões que se sucederam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c).

Entretanto, embora em um primeiro momento essa previsão de recursos contra decisões interlocutórias tenha figurado suficiente – isto é, número fechado para agravo de instrumento ou preliminar de apelação ou de contrarrazões para as demais decisões–, com a prática, percebeu-se que muitas questões de extrema relevância somente eram combatidas após a sentença, o que gerava prejuízos às partes. À vista disso, muitos julgamentos em primeira instância tornavam-se inúteis, uma vez que, após serem analisados e decididos, o tribunal entendia por anular a decisão.

⁹ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões (BRASIL, 2015).

¹⁰ Segundo a exposição de motivos do NCPC, não obstante a supressão do agravo retido, a recorribilidade das decisões interlocutórias, em realidade, foi modificada apenas quanto ao momento de sua impugnação, mas mantendo-se o momento de seu julgamento (VADE MECUM SARAIVA OAB, 2019).

Diante das dificuldades que começaram a se impor, a doutrina passou a discutir a natureza jurídica do elenco do agravo de instrumento. Três posições sobressaíram-se: taxatividade absoluta; taxatividade permissiva a interpretações extensivas ou analógicas; e rol exemplificativo.

A primeira corrente – taxatividade absoluta – defende a impossibilidade de alargar o art. 1.015 do CPC, afirmando que seus incisos foram conscientemente elaborados pelo legislador e que eventuais ampliações poderiam causar prejuízos às partes ao criar novas hipóteses de cabimento (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c). Segundo Becker (2017), caso fosse realizada interpretação extensiva, seria gerada grande insegurança jurídica, haja vista que as partes seriam submetidas ao arbítrio do magistrado de decidir pelo cabimento ou não do agravo de instrumento. Ainda, o autor afirma que quando a interpretação há de ser extensiva, o legislador deixa expresso no texto legal, sustentando que o alargamento das hipóteses é sinônimo de legislar por via transversa.

Em relação à segunda corrente, sustenta-se uma interpretação não literal do art. 1.015, afirmando-se que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva. Advoga-se que deixar de estender a interpretação poderia desvirtuar a sistemática processual, dando azo à utilização excessiva do mandado de segurança como sucedâneo recursal (Didier Júnior; Da Cunha, 2016).

Por fim, há aqueles que defendem um rol exemplificativo do art. 1.015, sustentando que algumas situações exigem recorribilidade imediata, sobretudo quando existir interesse recursal e inutilidade futura da impugnação (Brasil, 2018b; Brasil, 2018c). Cita-se, exemplificativamente, lição de Cruz e Tucci (2017), que afirma ser adequada a interposição do agravo de instrumento para casos em que o exame imediato for fundamental, como forma de assegurar os princípios da duração razoável do processo e do devido processo legal.

Diante desse cenário, tornou-se necessária a intervenção do STJ, de forma a pacificar o tema. Menciona-se, porém, que nem mesmo no tribunal superior a discussão foi amena. Passa-se, portanto, ao entendimento da Corte.

4.3 Entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), compete ao STJ julgar em sede de recurso especial as causas decididas por tribunais que contrariem ou que confirmem interpretações divergentes acerca de lei federal. Nessa esteira, diante da pluralidade hermenêutica sobre o cabimento do agravo de instrumento, fez-se necessária a ingerência da Corte superior.

Em assim sendo, em novembro de 2017, o STJ julgou o REsp. 1.695.936/MG 2017/0221031-6, tendo como relator o Ministro Herman Benjamin. O recurso versou sobre o cabimento de agravo de instrumento contra interlocutória que decidia sobre prescrição. De acordo com o voto do relator, não obstante a taxatividade do artigo, dever-se-ia aplicar uma interpretação extensiva ao caso. Dessa forma, não só a prescrição, como também a decadência, foram consideradas como questões de mérito, adotando-se o art. 1.015 II (Brasil, 2017b)¹¹.

Outro julgado que firmou entendimento no mesmo sentido foi o REsp. 1.694.667/PR 2017/0189695-9, relatado pelo mesmo Ministro. Aplicando interpretação extensiva ao rol taxativo do dispositivo, a Corte defendeu ser cabível agravo de instrumento contra decisão que indefere efeito suspensivo a embargos de execução, ampliando a exegese do art. 1.015 X (Brasil, 2017b)¹².

Por outro lado, em abril de 2018, o STJ julgou o REsp. 1.700.308/PB 2017/0244610-6, cujo relator foi também o Ministro Herman Benjamin. O recurso especial contestava decisão que negou agravo de instrumento que discutia a competência do Juízo e, em segundo plano, o indeferimento de produção de provas, matérias não constantes no elenco do art. 1.015. Rompendo com o juízo anterior, a Corte entendeu que a interpretação do dispositivo deveria ser restritiva de forma a

¹¹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: II - mérito do processo (BRASIL, 2015).

¹² Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução (BRASIL, 2015). Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

respeitar a taxatividade do texto legal, a celeridade e a razoabilidade do processo (Brasil, 2018a).

Em dezembro de 2018, em sede de recurso repetitivo, o STJ decidiu o REsp. 1.696.396/MT 2017/0226287-4 e o REsp. 1.704.520/MT 2017/1924-6, ambos relatados pela Ministra Nancy Andrighi, os quais alteraram e firmaram o entendimento jurisprudencial sobre a temática. Tomando por base a organização sistêmica do Direito, a Corte argumentou que, ao elaborar o projeto de código, o legislador pretendeu limitar o cabimento do recurso instrumental para hipóteses em que a rediscussão futura fosse inócua, escolha evidenciada na exposição de motivos do CPC. De outra banda, externalizou a incapacidade humana de prever o futuro, o que, na prática, revela as dificuldades de conceber um rol efetivamente taxativo.

Como resultado desse julgamento, foi editado o enunciado de tema repetitivo de número 988: “O rol do art. 1.015 do CPC é de *taxatividade mitigada*, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a *urgência decorrente da inutilidade do julgamento* da questão no recurso de apelação.” (Superior Tribunal de Justiça, 2022, grifos nossos).

Ponderando os argumentos existentes e sustentado pelos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do efetivo acesso à justiça, e o direito à tutela jurisdicional eficiente, portanto, o STJ concluiu que, em havendo urgência que afete a utilidade do julgamento futuro do processo, será cabível agravo de instrumento. Nos termos do voto: “se o pronunciamento jurisdicional se exaurir de plano, gerando uma situação jurídica de difícil ou de impossível restabelecimento futuro, é imprescindível que seja a matéria reexaminada imediatamente” (Brasil, 2018c).

4.4 Taxatividade mitigada e insegurança jurídica: regra de transição

Dentre as críticas mais notáveis acerca da elasticidade do rol do art. 1.015, sublinha-se a que diz respeito à insegurança jurídica. Em virtude do instituto da preclusão, muitos processualistas afirmavam que a inovação jurisprudencial criaria um cenário de incertezas na prática forense, uma vez que não mais se saberia se

determinada decisão interlocutória era impugnável por agravo de instrumento ou por preliminar de apelação ou de contrarrazões. Dessarte, correr-se-ia o risco de uma decisão considerada agravável de instrumento pela parte não o ser por parte do magistrado; ou uma decisão considerada objeto de preliminar de apelação ou de contrarrazões ser considerada objeto de agravo de instrumento pelo julgador, incorrendo em preclusão (Brasil, 2017).

Consciente dessa legítima preocupação doutrinária, o STJ propôs uma regra de transição. De acordo com a Corte, tendo em mente a nova classificação de taxatividade mitigada do dispositivo, o agravo de instrumento deve ser submetido a um duplo juízo de conformidade. A princípio, a parte demonstra o cabimento excepcional do recurso. Em seguida, o tribunal avalia a admissibilidade. Caso se entenda positivamente pela recorribilidade, a questão em debate será alcançada pela preclusão; em sentido oposto, é assegurada a impugnação futura por meio de preliminar de apelação ou de contrarrazões, não havendo preclusão.

Desse modo, conforme aludido pelo próprio tribunal, o processo deve ser instrumento de progresso na pacificação dos conflitos, com o propósito de permitir o caminhar para frente das lides levadas ao Judiciário. Nesse sentido, fundamental faz-se a solução proposta pela Corte, visto que oferece alternativas juridicamente seguras às partes.

5 CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS

Diante dos fatos e dos fundamentos apresentados, passa-se a análise do problema de pesquisa do presente artigo: a taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC alcança decisões que indeferem a produção de provas?

Primeiramente, insta repisar a importância das provas no processo. Silva (2021), analisando a obra de Carnelutti, afirma que a produção de provas é o coração do processo. Por intermédio de documentos, de testemunhas e afins, as partes demonstram a veracidade de suas alegações, culminando na vitória ou na

derrota processual. Neves (2018a) alega que a prestação jurisdicional de qualidade somente é possível se for ofertada a mais ampla produção de provas, pois, não obstante a verdade não possa ser efetivamente alcançada, deve ser ao menos buscada, o que somente ocorre por meio das provas.

Em segundo lugar, a prova é um direito constitucionalmente garantido, sendo um desdobramento de princípios constitucionais basilares como a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal e o contraditório. Certo é que, como todos os demais direitos garantidos pela constituição, a produção probante não é absoluta, submetendo-se a limitações legais e a ponderações pelo juízo, de forma a respeitar toda a estrutura jurídica do ordenamento brasileiro (Neves, 2018a).

No que se refere ao agravo de instrumento, ratifica-se que não está expressamente previsto como cabível contra decisões que indeferem a produção de provas. Com a reforma ocasionada pelo NCPC, a impossibilidade de interpor agravo de instrumento contra qualquer interlocutória foi reafirmada¹³, restando apenas seu cabimento quando da ocorrência de alguma das hipóteses do art. 1.015. No entanto, frente à exiguidade legislativa, muitas matérias relevantes decididas no curso do processo foram preteridas, o que criou uma grande lacuna no processo civil. Reforça-se, pois, sua importância na oposição a decisões consideradas urgentes, de modo a assegurar a efetiva prestação jurisdicional.

Isso posto, De Mello *et al.* (2016) evidenciam os riscos que a impossibilidade de recorrer de decisão que indefere prova imperiosa ao processo pode gerar. Os autores afirmam que aguardar até a apelação ou as contrarrazões pode comprometer a integridade das provas, em virtude do período que decorrerá até a sentença. Ainda, sustentam que, em certos casos, embora o juiz considere a prova como irrelevante, os desembargadores podem entendê-la como fundamental, anulando a sentença e determinando o retorno dos autos para novo julgamento.

¹³ Rememora-se que o CPC/73, quando de sua promulgação, previa a recorribilidade de todas as interlocutórias por meio de agravo de instrumento. No entanto, devido à desordem causada, as hipóteses de cabimento foram restringidas e foi instituído o agravo retido, recurso que impugnava decisões não agraváveis de instrumento.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

No mesmo sentido, Leme (2018), ao tratar especificamente das provas periciais, assevera ser contraproducente possibilitar a reforma somente após o recurso de apelação. A realização de perícia exige conhecimentos técnicos substanciais para a solução de determinadas lides, os quais dificilmente os magistrados terão. Dessa forma, haveria violação ao acesso à justiça¹⁴ e ao princípio da efetividade, pois o processo em primeira instância seria sentenciado sob o grande risco de ser anulado no futuro por falta de conhecimento suficiente.

Por outro lado, inspirados no argumento de que a ampliação do rol do art. 1.015 favoreceria a preclusão, Cambi e Abe (2018) advogam pela impossibilidade de agravar de instrumento as decisões que indeferem a produção de provas. Os juristas reputam o alargamento das hipóteses do agravo de instrumento passível de gerar insegurança jurídica e de afetar a duração razoável do processo. No mais, afirmam que a preliminar de apelação ou de contrarrazões seria extinta, pois todas as interlocutórias passariam a ser impugnadas pelo agravo de instrumento. Como alternativa, propõem que sejam utilizados: mandado de segurança, ação probatória autônoma e ação probatória incidental.

No entanto, *data venia* a posição dos autores, a solução por eles proposta não pode ser concebida como a mais apropriada. As três alternativas apresentadas classificam-se como sucedâneos recursais: ações autônomas voltadas para instrumentalizar a oposição a uma decisão (Neves, 2018c). Ao exigir-se que uma nova ação seja proposta com o fim único de produzir prova, fere-se os princípios da celeridade e da economia processual. Ainda, em relação ao mandado de segurança, tem-se que já em 1939 sua utilização, embora eficaz e muitas vezes necessária, maculava o sistema recursal, ao permitir que essa ação fosse utilizada como substituto de peças escorreitas.

Dessarte, depreende-se que o indeferimento da produção de provas deveria sim ser submetido ao âmbito do agravo de instrumento. Por serem considerados

¹⁴ Art. 5º, CRFB/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988); art. 3º, CPC/2015: Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito (BRASIL, 2015).
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

desdobramentos da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e do contraditório, o indeferimento de prova e a consequente impossibilidade de recorrer da decisão podem ser considerados como uma violação a esses princípios constitucionais. Isso porque a produção probatória é fundamental para o desenrolar processual, auxiliando as partes na demonstração dos fatos alegados e de seus direitos.

Ademais, embora as provas sejam um direito constitucional não absoluto, devido a sua relevância não apenas como direito, mas também para a solução da controvérsia, deve ser oportunizado às partes discutir sobre seu indeferimento. Assim, possibilita-se que magistrados mais experientes revejam decisões de primeira instância e, conseqüentemente, assegurem princípios como a celeridade e a economia processual, uma vez que o processo não teria de aguardar a apelação e não correria o risco de eventualmente ser anulado. Reitera-se que a morosidade desvirtua a justiça.

Outro elemento que merece relevo é que, com a promulgação do NCP, “[b]astante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa” (Vade Mecum Saraiva OAB, 2019). Tendo em mente esse objetivo do legislador, plausível mostra-se a interpretação de alargamento das hipóteses de agravo de instrumento. Diante da inutilidade do julgamento futuro expressa pela urgência – como decidiu o STJ –, aguardar a apelação ou as contrarrazões pode, em alguns casos, ser sinônimo de “restrição ao direito de defesa”, podendo incorrer em perecimento ou em atraso excessivo do direito da parte.

Outrossim, sustentando-se novamente no tema 988 do STJ, infere-se que há urgência no julgamento de decisões que indeferem provas, haja vista que aguardar o julgamento futuro em sede de apelação pode ser danoso às partes e ao processo civil. Segundo levantamento publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um processo leva, em média, dois anos e meio para ser julgado em primeira instância (CNJ, [2022]). Aguardar esse longo prazo para que, ao final, reinicie-se o processo quando seria bastante uma simples impugnação por agravo instrumental é

extremamente frustrante para ambas as partes. Demais disso, é prejudicial ao processo, porque o torna mais custoso e demorado, arrastando desnecessariamente uma questão que poderia ser resolvida por agravo de instrumento.

Reconhece-se, portanto, que a possibilidade de interpor agravo de instrumento contra qualquer tipo de decisão interlocutória poderia gerar uma demora processual excessiva e desordenaria o sistema judiciário – como já ocorreu outrora. Entretanto, alguns atos merecem ser reanalisados por magistrados que tenham mais experiência e conhecimento jurídico, o que ocorre com o indeferimento da produção de provas. Por fim, essa reanálise é muito positiva para o andamento processual, pois reflete o Estado Democrático de Direito, pautado em uma ordem constitucional, e evita análises precipitadas sem que se compreenda todos os fatos.

6 CONCLUSÃO

Do exposto, depreende-se a importância do agravo de instrumento na impugnação de decisões interlocutórias, inclusive contra as que versam sobre indeferimento de provas. Tem-se que a liberdade concedida às partes para demonstrar o direito narrado no curso do processo é fundamental para uma boa resolução da lide. Desse modo, as provas mostram-se peças fundamentais no xadrez processual, pois, mais do que a estratégia, aproximam todos os sujeitos da verdade possível, asseverando a veracidade das alegações aportadas ao juízo.

Concomitantemente, a recorribilidade de decisões interlocutórias demonstrou-se fundamental ao longo dos anos, firmando-se o agravo de instrumento como meio para tal fim. Contudo, muitas divergências sobre essa amplitude foram desvelando-se, o que fez com que diversas conjunturas fossem esquadrihadas e testadas: desde uma taxatividade estrita, como ocorreu em 1939, a um cabimento amplo, em 1973.

Com a promulgação do NCPC, retomou-se a taxatividade restrita para o agravo de instrumento, mas sem perder de vista o direito ao recurso, materializado pela preliminar de apelação ou de contrarrazões. Essa disposição, porém, mostrou-se

falha em diversos momentos, especialmente quando se tratava de situações de urgência, evidenciadas pela ineficácia do julgamento futuro. Assim sendo, após muitos debates doutrinários e jurisprudenciais, o STJ firmou entendimento – enunciado pelo tema 988 – no sentido de que o rol do art. 1.015 teria sua taxatividade mitigada nos casos em que houver urgência, constatada pela inutilidade do julgamento quando da apelação.

Outras questões foram levantadas, mormente no que diz respeito à preclusão. Muitos autores afirmavam que, com a ampliação do rol do dispositivo, a insegurança jurídica reinaria sobre o cabimento do agravo de instrumento ou da preliminar de apelação ou de contrarrazões. Ainda, alegavam que restaria ao arbítrio dos magistrados julgar quais decisões seriam consideradas urgentes e quais seriam julgadas futuramente.

Nesse sentido, como regra de transição, o STJ estabeleceu o duplo juízo de conformidade, no qual a parte deveria demonstrar o cabimento do agravo de instrumento, em virtude da urgência, e o tribunal avaliaria a admissibilidade. Caso não fosse aceito o recurso, seria garantida a recorribilidade futura por meio da preliminar de apelação ou de contrarrazões.

Diante desse cenário, constatou-se que a interposição do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que indeferem a produção de provas é fundamental para o bom andamento do processo. Para além de respeitar os princípios do contraditório, da economia processual, da celeridade, as provas são essenciais para a resolução da lide. Dessa forma, encaixam-se perfeitamente no conceito de urgência atinente à taxatividade mitigada do art. 1.015 do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 09 jul. 2022.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869imprensa.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.695.936 – MG (2017/0221031-6). Processual civil. Hipóteses de agravo de instrumento. [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 de novembro de 2017a. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702210316&dt_publicacao=19/12/2017. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.694.667 – PR (2017/0189695-9). Processual civil. Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução. [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 05 de dezembro de 2017b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701896959&dt_publicacao=18/12/2017. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.700.308 – PB (2017/0244610-6). Processo Civil. Questão afetada ao rito dos recursos repetitivos tendo como representativo da controvérsia o RESP nº 1.704.250/MT. [...]. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2018a. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271700308%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271700308%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271700308%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271700308%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.696.396 – MT (2017/0226287-4). Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15. [...]. Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018b. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702262874>. Acesso em: 26 jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.704.520 – MT (2017/0271924-6). Recurso especial representativo de controvérsia. Direito processual civil. Natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15. [...] Relatora: Mina. Nancy Andrighi, 5 de dezembro de 2018c. Disponível em:

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.35-56, nov.2024/fev.2025

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201702719246>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BECKER, R. F. O rol taxativo (?) das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Publicações da Escola da AGU, ano 09, nº 04. Brasília, DF, out./dez. 2017. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2020>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CAMBI, E. O direito à prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, 2000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1836/1532>. Acesso em: 23 jul. 2022.

CAMBI, E.; ABE, A. R. D. A decisão que indefere pedido de produção de prova e sua recorribilidade. **Doutrina Pátria**, 1/10/2018. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/decisao-que-indefere-pedido-de-producao-de-prova-e-sua-recorribilidade/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Estatísticas do Poder Judiciário [2022]. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 20 jul. 2022.

DE MELLO, R. L. T. *et al.* O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade? **Migalhas de peso**, 8/03/2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/235291/o-agravo-de-instrumento-e-o-rol-do-art-1-015-do-novo-cpc-taxatividade>. Acesso em: 10 abr. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Agravo de Instrumento. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6ªed., 3ªreimpr. São Paulo: Atlas, 2019.

LEME, F. Novo conflito envolvendo as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. **Consultor Jurídico**, 3/12/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/fabio-leme-conflito-cabimento-agravo-instrumento>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LIMEIRA, G. M. Prova e verdade. **Revista do TRT da 13ª Região**, 2001. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/institucional/ejud/artigos/revistas/9a-revista-do-tribunal-regional-do-trabalho-da-13a-regiao>. Acesso em: 20 jun. 2022.

NEVES, D. A. A. Provas. *In*: NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª edição rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018a. p. 723-816.

_____. Processo. *In*: NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª edição rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018b. p. 157-215.

_____. Conceito de recursos e sucedâneos recursais. *In*: NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª edição rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018c. p. 1.541-1.554.

_____. Agravo. *In*: NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª edição rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018d. p. 1.657-1.694.

THEODORO JÚNIOR, H. Processo. *In*: THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 289-315.

_____. Fase probatória. *In*: THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. V. 1, 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 381-454.

TUCCI, J. R. C. Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento. **Consultor Jurídico**, 18/07/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>. Acesso em: 12 jul. 2022.

SENADO FEDERAL. **Código de Processo Civil: histórico da lei nº 5.869/73**, 1º Vol., Tomo I. Brasília, 1972. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=>. Acesso em: 08 jul. 2022.

DA SILVA, C. W. C. **Da admissibilidade do recurso de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere a inversão do ônus da prova**. 2021. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2021.

SIQUEIRA, G. S. Pequeno ensaio sobre como o Direito ensina errado a história ou algumas dicas para quem faz um trabalho acadêmico. **Revista interdisciplinar de Direito**, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/491>. Acesso em: ago. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Precedentes qualificados**. [Brasília: STJ], 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=t

rue&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=988&cod_tema_final=988. Acesso em: 07 jul. 2022.

_____. **STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC.** [Brasília: STJ], 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/STJ-define-hipoteses-de-cabimento-do-agravo-de-instrumento-sob-o-novo-CPC.aspx>. Acesso em: 24 abr. 2022.

VADE MECUM SARAIVA OAB. **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA: O PROBLEMA DA FALTA DE PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO ANPP

THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AS AN INSTRUMENT OF RESTORATIVE JUSTICE: THE PROBLEM OF THE LACK OF VICTIM PARTICIPATION IN THE AGREEMENT'S NEGOTIATION, APPROVAL AND SUPERVISION PROCESS

Lara Cruz de Almeida¹
Débora Maria Martins²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo expor a importância da participação da vítima no processo de negociação, homologação e fiscalização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Inicia-se dissertando sobre a realidade atual do processo penal brasileiro, regido pela justiça retributiva, o que provoca uma série de problemas, como uma quantidade exacerbada de tipos penais e a superlotação carcerária, sem que haja um reflexo positivo sobre a criminalidade. Posteriormente, é trabalhada a Justiça Restaurativa como uma alternativa a esse quadro, detendo-se nas suas principais características, como o diálogo entre a vítima, a comunidade e o ofensor para que seja definida a punição. Em continuidade, aborda-se o Acordo de Não Persecução Penal enquanto instrumento despenalizador, aproximando-se da Justiça Restaurativa, uma vez que se trata de pacto entre o Ministério Público e o investigado. Por fim, evidencia-se a falta de participação da vítima no ANPP, o que vai de encontro às tendências mais modernas no processo penal e a uma das principais características da Justiça Restaurativa, que é a atenção às necessidades do ofendido, sendo importante uma reforma nesse sentido. A metodologia é qualitativa, dedutiva e descritiva.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Acordo de Não Persecução Penal. Participação da vítima.

Abstract: The present research aims to expose the importance of the victim's participation in the process of negotiation, approval and supervision of the Criminal Non-Prosecution Agreement. It begins by discussing the current reality of the Brazilian criminal process, governed by retributive justice, which causes a series of problems, such as an exacerbated number of penal norms and prison overcrowding, without having a positive impact on occurrence of crimes. Subsequently, Restorative Justice is worked on as an alternative to this reality, focusing on its main characteristics, such as dialogue between the victim, the community and the offender so that the punishment

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogada.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada.

can be defined. Continuing, the Criminal Non-Prosecution Agreement is approached as a decriminalizing instrument, moving closer to Restorative Justice, because it is a pact between the Public Prosecutor's Office and the person under investigation. Finally, the lack of participation of the victim in the Criminal Non-Prosecution Agreement is evident, which is not in line with the most modern trends in the criminal process and one of the main characteristics of Restorative Justice, which is attention to the needs of the offended party. Therefore, reform is important. The methodology is qualitative, deductive and descriptive.

Keywords: Restorative Justice. Criminal Non-Prosecution Agreement. Victim's participation.

Recebido em: 23/04/2024
Aceito em: 14/06/2024

1 INTRODUÇÃO

A noção de sociedade de risco, denominação doutrinariamente desenvolvida por Ulrich Beck, refere-se à sociedade hodierna, entendendo-se que as dinâmicas atuais fomentam mais riscos, o que provoca uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso. Supostamente, esse novo quadro demanda uma "inflação punitiva". Aliado a isso, está a ideia de justiça retributiva, que busca reparar o mal causado a partir da pena e prevenir o crime pela intimidação.

O panorama brasileiro, no qual a resposta retributiva ao crime é predominante e existe uma crescente tipificação de ações, contraria o exposto anteriormente. Isso evidencia que a opção por esse tipo de postura não é a mais adequada para lidar com as particularidades da insegurança na modernidade.

Além disso, as unidades prisionais brasileiras estão superlotadas, existindo uma violação generalizada de direitos humanos e fundamentais, o que não gera impactos positivos sobre o volume de processos criminais e sobre a reincidência.

Essa realidade clama por outras possibilidades, sendo a Justiça Restaurativa um mecanismo possível. Seguindo as diretrizes estabelecidas na Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas – ONU sobre os princípios fundamentais para a aplicação de abordagens restaurativas em casos criminais, "procedimento restaurativo" denota qualquer processo em que tanto a parte lesada quanto o infrator, e, quando pertinente, outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo delito, participam ativamente na resolução das questões derivadas do crime, tipicamente com a assistência de um mediador.

Em casos de menor gravidade, a Justiça Restaurativa é uma alternativa que permite mudar um quadro na qual a privação de liberdade é a regra. Apesar dos novos problemas da realidade atual, a melhor resposta não está no rigor da punição, o que é observado na realidade brasileira e na busca falha por soluções à alta

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

criminalidade.

Diante disso, este trabalho apresenta o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964, o Pacote Anticrime, em 2019.

Este novo mecanismo é relevante para a efetivação da Justiça Restaurativa, consistindo em um acordo entre o órgão ministerial e o investigado. Contudo, destaca-se aqui a importância de uma terceira parte, a vítima do crime, que deveria participar ativamente do processo de negociação, homologação e fiscalização do acordo, o que não é previsto na lei e não ocorre na prática, sendo uma grande fragilidade na tentativa de utilizar-se da Justiça Restaurativa, uma vez que a própria definição de processo restaurativo presente na Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas ressalta o protagonismo da vítima.

Para um alinhamento efetivo com a Justiça Restaurativa e com abordagens mais modernas no processo penal, reconhecendo a importância do ofendido e visando evitar a vitimização secundária, é crucial que a vítima não permaneça em uma posição neutra durante as tratativas do ANPP. O ofendido é a pessoa mais competente para expressar como foi afetado pelo crime, tendo o direito de participar de maneira que se chegue a um acordo que também seja suficiente para a vítima.

Quanto aos aspectos metodológicos, propõe-se uma investigação utilizando o método dedutivo e qualitativo. A abordagem é descritiva, por meio de pesquisa bibliográfica. Como principais fontes, pode-se citar a obra de Roberta Lofrano Andrade e André Luís Callegari sobre a sociedade de risco, a de Renato Sócrates Gomes Pinto sobre a Justiça Restaurativa e as de Beatriz Massetto Trevisan e de Dias Kershaw, em coautoria com Valéria Cristina Meira de Oliveira, sobre a importância da atuação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal. Em termo de legislação, a maior fonte foi a Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime. Utiliza-se ainda de dados oriundos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

2 O SEARA PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O conceito de sociedade de risco, trabalhado por Ulrich Beck, indica que os contínuos avanços nas áreas tecnológica, científica e econômica impulsionam o aumento do conforto e do bem-estar individual na vida humana. No entanto, também introduzem aspectos desfavoráveis, como o aumento dos riscos aos quais estamos expostos, resultando em uma crescente demanda por segurança. Nessa sociedade, há uma consciência emergente de que a tecnologia traz benefícios para a vida das pessoas. Contudo, simultaneamente, ela exibe um dinamismo que escapa ao controle humano, estabelecendo uma "lógica do risco" (Andrade; Callegari, 2020, p. 118).

Assim, passa-se de uma sociedade industrial clássica, na qual havia uma confiança no progresso e na evolução científica, para a atual sociedade de risco, preocupada e consciente dos riscos que o próprio desenvolvimento tecnológico e científico criou descontroladamente, percebendo estar reservado um destino de perigo do qual não há como escapar (Andrade; Callegari, 2020, p. 119).

Esse quadro ocasionou a proliferação legislativa indiscriminada de condutas tipificadas penalmente na tentativa de contornar os novos riscos, levando a uma "inflação punitiva". Isso está relacionado ao fato de ter ocorrido uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supra individuais de caráter difuso, como a proteção de dados e a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, do ar e da água (Andrade; Callegari, 2020, p. 124).

Callegari e Andrade alertam para o fato de que a proteção a bens jurídicos ter ultrapassado sua função de limitação à incriminação de condutas para a assunção de um caráter de exigência de punição. Conforme os autores:

Houve um aumento considerável de tipos penais protegendo bens jurídicos que não se encontravam sob o manto da tutela penal, transformando-se a proteção de bens jurídicos num mandato para penalizar em lugar de ser uma proibição condicionada de penalização (Andrade; Callegari, 2020, p. 126).

Dentro dessa ótica, o direito penal no Brasil segue uma lógica que se volta predominantemente para uma visão retributiva, ligada à função de punição, retribuição do mal causado a outrem. No país, existe um grande número de condutas que são expressamente criminalizadas, em legislações esparsas. Além disso, os crimes são punidos com rigidez, acarretando o encarceramento em muitos casos.

Segundo levantamentos do O Globo, tendo por base dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), o sistema carcerário conta com mais de 650 mil detentos, um total que ultrapassa em 165.754 pessoas a quantidade de vagas disponíveis nos presídios do país. Ou seja, existem 25% a mais de detentos do que a suposta capacidade máxima das unidades prisionais. No ranking de população carcerária, o Brasil fica atrás apenas da China e dos Estados Unidos (O Globo, 2023).

A seguir, observa-se os números relativos às dez cadeias mais superlotadas do país:

Gráfico 1 - As dez cadeias mais superlotadas do Brasil



Fonte: O Globo, 2023.

O encarceramento em massa, por sua vez, não promove mudanças positivas no quadro de criminalidade. O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em estudo desenvolvido com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), aponta que, tendo como base os anos de 2008 a 2021, a média de reincidência no primeiro ano é em torno de 21%, progredindo até uma taxa de 38,9% após 5 anos, o que implica necessariamente que as medidas precisam ser tomadas no primeiro ano para que a taxa não atinja patamares de crescimento tão significativo ao longo do tempo. Outro ponto importante é que, da média de 21% das pessoas que reincidem no primeiro ano, 29% o faz no primeiro mês, Expandindo a análise para 3 meses, o número aumenta para 50% (DEPEN, [s.d]).

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro em 2015, atestando que há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, sendo as penas cruéis e desumanas. Mais recentemente, em outubro de 2023, ao julgar o mérito do processo em questão, a Suprema Corte determinou que o governo federal terá seis meses para apresentar um plano, que precisará ser homologado pelo STF. Após essa etapa, estados e o Distrito Federal terão mais seis meses para entregarem seus planejamentos. Esses planos terão que conter medidas que superem, em três anos, o cenário atual. Também deverão trazer indicadores para acompanhar sua implementação (O Globo, 2023).

É importante salientar também que, segundo o relatório Justiça em Números 2023, do Conselho Nacional de Justiça, ingressaram 31,5 milhões de casos novos em todos os segmentos de Justiça no ano de 2022, um volume que representa crescimento de 10% em casos novos. Considerando apenas as ações ajuizadas pela primeira vez em 2022, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais, o total é de 21,3 milhões, equivalentes a 7,5% a mais que o ano anterior (CNJ, 2023).

Essas informações demonstram que a resposta retributiva ao crime não
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

contribui com a pacificação social, sendo a taxa de reincidência alta ainda nos primeiros anos após o fim da privação de liberdade. Além disso, a superlotação carcerária e o desrespeito a direitos humanos e fundamentais nas unidades prisionais é gritante, o que tende a piorar diante do grande número de processos judiciais, que estão aumentando ainda mais.

É neste contexto que a Justiça Restaurativa no âmbito penal surge como uma abordagem fortalecida. O termo Justiça Restaurativa foi criado por Albert Eglash, que, em 1977, elaborou um artigo intitulado "*Beyond Restitution: Creative Restitution*". Este artigo foi publicado em uma obra organizada por Joe Hudson e Burt Gallaway, intitulada "*Restitution in Criminal Justice*". Eglash argumentou, em seu artigo, que existiam três abordagens em resposta ao crime: a retributiva, centrada na punição; a distributiva, voltada para a reeducação; e a restaurativa, cujo princípio fundamental seria a reparação (Pinto, 2011, p. 15). A expressão Justiça Restaurativa acabou por prevalecer em português, embora pareça uma tradução imprópria de "*restorative justice*", conforme defende Pinto (2011, p. 15). Para o autor, mais indicada é a expressão Justiça Restauradora. Ressalta-se ainda que existe uma diversidade na terminologia, sendo utilizadas expressões como Justiça Transformadora, Justiça Relacional, Justiça Comunal, Justiça Recuperativa e Justiça Participativa também (Pinto, 2011, p. 16).

De acordo com Howard Zehr (2008, p. 170 - 171), o crime, sob a ótica do sistema penal retributivo, é uma violação contra o Estado. Esta violação, por sua vez, é determinada pela lei e também pela culpa. Sob a ótica da Justiça Restaurativa, o crime é uma violação contra pessoas e relacionamentos. Assim, os erros precisam ser corrigidos, sendo que as condutas a serem tomadas para sua correção serão definidas pelas pela vítima, ofensor e comunidade, que são afetados direta ou indiretamente pelo conflito.

Além disso, no sistema penal convencional, o Estado detém o exclusivo controle sobre a resposta ao infrator, enquanto na perspectiva da Justiça Restaurativa,

o infrator, juntamente com a vítima e a comunidade, desempenha um papel significativo na determinação do método para reparar o dano, por meio de um acordo alcançado através do diálogo (Neves, 2012).

Ainda de maneira incipiente, existem alguns instrumentos processuais penais brasileiros que remetem à Justiça Restaurativa. A composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo são exemplos disso, estando previstos na Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais (Brasil, 1995). Porém, são aplicáveis apenas no âmbito das contravenções penais e dos crimes de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, a Justiça Restaurativa no âmbito brasileiro foi introduzida sob uma nova forma de aplicação com a instituição da Colaboração Premiada, após a promulgação da Lei 12.850/13, a Lei das Organizações Criminosas. Suxberger (2020, p. 64) explica que a colaboração premiada é um pacto estabelecido entre o órgão acusador e a defesa, com o propósito de diminuir a oposição do réu e sua concordância com a acusação, com o intuito de facilitar o processo judicial em troca de vantagens para o colaborador, reduzindo as punições relacionadas à sua conduta criminosa. Esse mecanismo, também tratado como técnica especial de investigação, é aplicável apenas em casos relacionados com organizações criminosas

Outros instrumentos que foram aproximando o Direito Processual Penal brasileiro da Justiça Restaurativa ao decorrer do tempo poderiam também ser aqui citados. No entanto, essas inserções se deram ainda de maneira tímida e limitada. Considerando o quadro exposto, de encarceramento em massa, altas taxas de reincidência e de volumosos processos judiciais, era de suma urgência a criação de mecanismos mais abrangentes.

A Justiça Restaurativa não tem como objetivo fundante a erradicação do sistema processual de tutela penal. As instituições do sistema de justiça apontam para a sua aplicação como uma alternativa de se transformar conflitos, em razão dos impactos relacionais e sociais negativos que tanto o processo quanto a punição

promovem (Bonavides; Souza; Silva, 2020). É nesse cenário que surge o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), que será melhor trabalhado a seguir.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ORIGEM E ASPECTOS LEGAIS

O ANPP pode ser descrito como uma forma de acordo legal pré-judicial entre o Ministério Público e o suspeito, com a assistência de seu advogado. Durante este acordo, as partes negociam termos a serem cumpridos pelo acusado, resultando, ao término, na extinção da punibilidade em seu favor. Ao tratar sobre o conceito do instituto despenalizador analisado, Barros e Romaniuc (2019, p. 95) asseveram que:

O Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarcerização, realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que cumpra determinadas medidas, sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar.

Baseia-se em mecanismos como o *plea bargain* dos Estados Unidos, no qual, antes do julgamento, pode acontecer um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento (CAMPOS, 2012, p. 4).

Outra influência é o *Absprachen* (acordo), na Alemanha. Durante muitos anos, o mecanismo foi utilizado sem que houvesse nenhuma regulamentação, de maneira informal, até que em 2009 foi previsto em legislação específica. O *Absprachen* difere do *plea bargain* principalmente pelo fato de os dois atores centrais do negócio não serem o Ministério Público e o acusado na Alemanha, mas sim este último e o juiz; o que é compatível com o sistema penal alemão, que é

majoritariamente inquisitorial (Moeller; Vasconcelos, 2016, p. 18).

Pode-se ainda citar outros tipos de acordos precursores do ANPP, como o *patteggiamento* (Itália) e o *juicio abreviado* (Argentina). Nesses dois, o acusado troca o reconhecimento da sua responsabilidade penal pela redução de sua pena, porém o *juicio abreviado* tem um aspecto específico: quando a imputação é feita a mais de um acusado, todos devem aceitar o acordo para que este seja efetivado (Campos, 2012, p. 4).

Quanto ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) brasileiro, sua primeira inserção no âmbito jurídico nacional ocorreu pela via administrativa, por meio do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diante disso, foram ajuizadas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADIn's n o 5.790 e 5.793), uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFAOB) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (Wurzius; Passos Júnior, 2022, p. 556).

Mesmo após a edição de uma nova resolução, a Resolução nº 183 de 2018, para suprir as inconstitucionalidades alegadas nas ADIn's, as críticas ao Acordo de Não Persecução Penal permaneceram, principalmente as que argumentavam que havia uma violação ao princípio do devido processo legal e que a edição das Resoluções representava usurpação de competência pelo Ministério Público (Wurzius; Passos Júnior, 2022, p. 556).

Contudo, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, as objeções relacionadas à competência exclusiva da União perderam seu objeto, pois o instrumento foi inserido no ordenamento jurídico por meio de lei federal (Wurzius; Passos Júnior, 2022, p. 556).

No contexto do sistema brasileiro, há uma distinção em relação ao *plea bargain* americano, uma vez que o Ministério Público não desfruta da mesma liberdade absoluta de negociação que o promotor público tem nos Estados Unidos. Enquanto neste último existe uma amplitude e liberdade irrestrita para negociação, no

caso previsto pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal brasileiro, há limitações estabelecidas (Lovatto; Lovatto, 2020, p. 69).

A lei apresenta critérios objetivos e subjetivos para que se possa aplicar esse instituto. Os parâmetros objetivos estão estabelecidos no início do artigo 28-A, que estipula que o caso não deve ser passível de arquivamento, a infração penal deve ser desprovida de violência ou ameaça grave, a pena mínima deve ser inferior a 4 (quatro) anos e a confissão formal e detalhada deve ocorrer. Além disso, o mesmo parágrafo inicial apresenta a condição subjetiva de que o acordo deve ser considerado "necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime" (Brasil, 2019).

Em relação ao critério da confissão formal e detalhada, o acordo estipulado no Código de Processo Penal, embora reproduza a maior parte do conteúdo do artigo 18 da Resolução n.º 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, não inclui o seu parágrafo 2º, o qual estipula que "a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor". Portanto, a necessidade de formalidade se restringe ao fato de que deve ser realizada diante de uma autoridade pública, que é o Ministério Público, além do defensor. (Lovatto; Lovatto, 2020, p. 75).

No que diz respeito ao fato de a confissão ser circunstanciada, destaca Alves (2022, p. 68) que a confissão, desse deve ser integral, completa, minuciosa, com todos os detalhes e particularidades da prática delituosa, inclusive com relato de eventual participação de terceiro no delito. Não haverá ANPP, portanto, se a confissão for parcial, com reservas, omissa ou mentirosa, falsa.

Sobre esse requisito, Nucci (2020, p. 222-223) defende sua inconstitucionalidade:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma condição do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. Cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode

denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão da culpa. Logo a confissão somente terá gerado danos ao confitente.

Além dos requisitos apresentados no *caput*, que devem estar presentes de maneira cumulativa, o art. 28-A traz algumas causas de impedimento. Presente alguma delas, está vedada a celebração do ANPP. Os obstáculos legislativos são os seguintes: se for viável a transação penal; se o suspeito for reincidente ou se existirem evidências de comportamento criminoso habitual, repetido ou profissional, exceto se as infrações penais anteriores forem insignificantes; se o agente tiver se beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos antes da infração de acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos casos de crimes ocorridos no contexto de violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por motivos de gênero (Brasil, 2019).

Atendidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, sem impedimentos, o acordo poderá ser firmado e homologado, havendo a possibilidade ser impostas condições conforme o previsto no artigo 28-A do CPP. São essas condições: compensar o dano ou restituir o bem à vítima, exceto se impossível; abdicar voluntariamente de bens e direitos identificados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou benefício do crime; realizar trabalho comunitário ou para entidades públicas por um período equivalente à pena mínima estabelecida para o delito, reduzida de um a dois terços, em um local determinado pelo juízo de execução, conforme previsto no art. 46 do Código Penal; efetuar uma prestação pecuniária, a ser fixada de acordo com o art. 45 do Código Penal, para uma entidade pública ou de interesse social indicada pelo juízo de execução, preferencialmente com a finalidade de proteger bens jurídicos similares aos aparentemente lesados pelo delito; ou cumprir outra condição determinada pelo Ministério Público por um período específico (Brasil, 2019).

Salienta-se, contudo, que o juiz pode entender por não homologar o acordo, mas apenas nos termos expressamente previstos no art. 28-A do CPP, sendo essas as possibilidades: se o juiz julgar inadequadas, abusivas ou insuficientes as condições

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

estipuladas no ANPP, os autos são devolvidos ao Ministério Público para revisão; se houver ilegalidade ou se o Ministério Público não revisar as condições, o juiz pode se recusar a homologar o acordo (BRASIL, 2019). Em razão desta possibilidade de não homologação do ANPP pelo magistrado, o Pacote Anticrime também promoveu alterações no artigo 581 do Código de Processo Penal para prever o cabimento de Recurso em Sentido Estrito da decisão denegatória do juiz (Brasil, 2019).

Importa salientar que o indivíduo que está prestes a realizar o acordo de não persecução penal não se enquadra nas categorias dos informantes privilegiados ou delatores contemplados no artigo 25, §2º, da Lei n.º 7.492/86, no artigo 8º, parágrafo único da Lei n.º 8.072/90, no artigo 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/90, nos artigos 1º, §5º, da Lei n.º 9.613/98, no artigo 13, da Lei n.º 9.807/99, no artigo 41 da Lei n.º 11.343/06, no artigo 159, §4º, do Código Penal e na Lei n.º 12.850/13, visto que tais casos são regulamentados por legislações específicas (Lovatto; Lovatto, 2020, p. 69).

O Acordo de Não Persecução Penal apresenta seus méritos ao ser uma alternativa célere, que busca uma resolução da lide sem que ocorra um processo judicial desnecessário, resultando em prisões igualmente desnecessárias. No entanto, seus aspectos positivos não o exime de críticas, sendo cristalina a necessidade de aprimoramento do instrumento para que se aproxime da Justiça Restaurativa, cabendo expor a problemática da pouca participação da vítima na negociação, homologação e fiscalização do ANPP, ocupando uma posição secundária (e quase inexistente) no procedimento.

4 A FALTA DE PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO ANPP: UMA FRAGILIDADE NA IMPLEMENTAÇÃO DE INSTRUMENTO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SEARA PENAL

Na Justiça Restaurativa, enfatizam-se as necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor, sob patente enfoque de direitos humanos, consideradas as necessidades de se reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que frequentemente desconsideram as necessidades das vítimas. Desta forma, busca-se reafirmar a responsabilidade de ofensores por seus atos ao se permitirem encontros entre estes e suas vítimas e a comunidade na qual estão inseridos (Azevedo, 2015, p. 184).

Assim, de acordo com Bonavides, Souza e Silva (2020), a Justiça Restaurativa dá especial atenção aos sentimentos, necessidades e expectativas da vítima em uma perspectiva de compreensão das causas e consequências do delito, de empoderamento, de reparação e de restauração da sensação de segurança. Entende-se que, por ser a pessoa diretamente afetada pelo crime, o ofendido pode ser o melhor para evidenciar as consequências do crime, definir os parâmetros para a reparação de seus danos, censurar dialogicamente as ações do seu ofensor, possibilitando que esse conheça a dimensão de seus atos, e torne evidente os aspectos relacionais do conflito. A vítima, o autor da ofensa e sua teia de relações são a ponte entre o direito penal e o humano, e a Justiça Restaurativa ensina que a chave para a efetiva transformação da prestação jurisdicional é a integração.

No caso do Acordo de Não Persecução Penal, percebe-se que alguns elementos destoam desse aspecto da Justiça Restaurativa. O art. 28-A, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre o instrumento despenalizador, só faz menção à figura da vítima em dois pontos: quando traz a possibilidade de ser imposta condição no sentido de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto quando não for viável fazê-lo (inciso I); e quando traz a obrigatoriedade da vítima ser intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento (parágrafo 9º) (Brasil, 2019).

Depreende-se, então, que não há disposição no sentido de ser necessária a participação da vítima no processo de negociação e homologação do ANPP. Na verdade, a vítima só é notificada após a homologação do acordo e em caso de descumprimento do mesmo. Além disso, mesmo que possa ser beneficiada por meio

da imposição da reparação do dano ou da restituição da coisa, cabe apenas ao Ministério Público o arbitramento dos danos, podendo ainda o órgão ministerial entender que é impossível a reparação ou restituição, não existindo espaço para a opinião da vítima.

É verdade que a neutralização da vítima está de acordo com a dinâmica atual predominante do processo penal, colocando-a como mera espectadora do desenrolar do caso, protagonizado pela pessoa investigada e pelo Estado. Entretanto, uma das características mais marcantes da Justiça Restaurativa reside na participação mais ativa da vítima, buscando priorizar suas necessidades. Distanciar-se desse princípio significa desviar-se do propósito fundamental do sistema, sendo contraditório conceber espaços de acordo sem a contribuição direta da parte prejudicada. Isso se torna especialmente paradoxal ao considerar que os delitos abrangidos pelo ANPP são aqueles que acarretam penas mais brandas, uma vez que se entende que "a pequena criminalidade afeta mais diretamente a vítima do que a sociedade" como um todo (Trevisan, 2023, p. 357).

Dias Kershaw e Oliveira (2021) ressaltam que dentre os crimes possíveis de celebração dos Acordos de Não Persecução Penal estão: estelionato, furto, acidentes de trânsito, dano ao patrimônio e diversos outros, nos quais há ofensa ao bem jurídico de alguém. É nesse contexto que surge relevante a participação da vítima na celebração do ANPP, pois o mais competente para dizer o que foi afetado e de que forma pelo crime é o próprio ofendido.

Outro ponto relevante a ponderar é a emergência de uma tendência em ascensão para reconhecer a importância da vítima, impulsionada pela consolidação da Vitimologia como uma disciplina dentro da criminologia. Essa influência se manifesta igualmente no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, questionando assim a suposta neutralidade do ofendido no cenário jurídico. (Trevisan, 2023, p. 356).

De acordo com Dias Kershaw e Oliveira (2021), a doutrina costuma apontar três fases quanto à importância da vítima no sistema de justiça criminal. Essas fases

são comumente designadas como: idade de ouro, neutralização e resgate do papel da vítima.

A chamada idade de ouro se relaciona com o império da vingança privada, colocando a vítima no centro do fenômeno criminal, verdadeira protagonista, porquanto tinha o direito de realizar a justiça com suas próprias mãos. Posteriormente, com a implementação do monopólio do poder punitivo pelo Estado, observa-se a marginalização da vítima criminal, estabelecendo-se e fortalecendo-se unicamente a relação Estado e acusado. Em outras palavras, a vítima perde seu poder de ação/reação, assumindo, em seu lugar, o Poder Público (Dias Kershaw; Oliveira, 2021).

Acerca dessa mudança, expõe Rodrigues (2012, p. 26):

A relação que se dava outrora entre autor do desvio social e vítima passou a travar-se então entre aquele e o Estado, personificado pelo Rei. O conflito penal real cede espaço a um conflito penal artificial e despersonalizado, em que não há mais espaço para a vítima penal. Abre-se ensejo para a solução estritamente técnica desse conflito jurídico-artificializado, olvidando-se a solução do caso penal real.

Por fim, na fase denominada de resgate, ou de redescobrimto, iniciada em meados do século XX, há uma gradativa revalorização do papel da vítima. É a partir desse momento histórico que surge o renascimento ou o despertar do interesse pela vítima, motivado por razões de ordem político-social e acadêmica (Dias Kershaw; Oliveira, 2021).

Nos tribunais do Brasil, nota-se essa inclinação para resgatar o papel da vítima, exemplificado pelo estabelecimento de jurisprudência que cada vez mais valoriza o testemunho da vítima como evidência em casos de crimes sexuais e violência doméstica. Isso frequentemente resulta em condenações baseadas unicamente no relato testemunhal, sem respaldo em outras provas substanciais. Essa tendência é fortalecida ainda mais pela promulgação da Lei nº 14.425/21, conhecida como Lei Mariana Ferrer, que introduziu modificações no Código de Processo Penal

para impedir ou, no mínimo, reduzir o processo de revitimização e exposição das vítimas de violência sexual. (Trevisan, 2023, p. 365).

Percebe-se, então, que vai surgindo uma preocupação em evitar a vitimização secundária. Veiga (2022, p. 135) define a vitimização secundária, também chamada de sobrevivitização, como o sofrimento adicional que a dinâmica da Justiça Criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, polícias e sistema penitenciário), com suas mazelas, provoca normalmente nas vítimas. O autor explica que a vítima é tratada com descaso e, muitas vezes, com desconfiança pelas agências de controle estatal da criminalidade no processo penal ordinário e na fase de investigação policial.

É no cenário de revalorização da vítima, aliado à percepção da ineficiência dos mecanismos tradicionais de resposta ao crime, que a busca por caminhos de Justiça Restaurativa no âmbito penal se justifica, sendo o ANPP um marco nesse sentido. No entanto, ainda de maneira incipiente, pois o papel desempenhado pela vítima é modesto.

Cabe esclarecer que uma maior participação do ofendido nos trâmites do ANPP não é incompatível com a visão predominante de que o oferecimento do acordo seria um direito subjetivo do investigado, uma vez atendidas as condições objetivas e subjetivas. Sob essa ótica, a opinião da vítima não poderia impedir as tratativas em torno de um possível acordo, mas deveria ser considerada quando discutidos os termos propostos.

Não existem barreiras que impeçam a participação da parte prejudicada na elaboração do acordo, permitindo que ela expresse, por exemplo, sua opinião quanto à compensação financeira desejada pelos prejuízos decorrentes do delito, algo que deve ser encorajado. Se uma das intenções legislativas é justamente promover a reparação do dano, o que se reflete diretamente nos objetivos do processo penal em termos de pacificação social e eficácia da sanção penal, e se a ideia de consenso implica obrigatoriamente em um acordo entre as partes, seria inconsistente excluir totalmente a vítima desse cenário. Neste contexto, argumenta-se que também

deveriam ser considerados os impactos psicológicos, morais e físicos suportados em decorrência do crime (Trevisan, 2023, p. 376).

Trevisan (2023, p. 378) traz ainda a possibilidade da pessoa ofendida auxiliar o Ministério Público na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo investigado. Aliás, a autora sustenta que o § 9º do artigo 28-A revela que talvez tenha sido justamente essa a intenção legislativa, já que há a previsão de que a vítima seja intimada inclusive do descumprimento do acordo.

Salienta-se que Dias Kershaw e Oliveira (2021) chegam a estruturar quais seriam os passos a ser tomados pelo Ministério Público de maneira a incluir o ofendido em todo o processo relacionado ao Acordo de Não Persecução Penal, sendo esses: identificar a vítima logo que recebidos os autos de procedimentos investigatórios, que pode ser uma pessoa física, um conjunto de pessoas, uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado; notificar e ouvir a vítima na fase de pré-celebração do ANPP para compreender a extensão dos danos sofridos – sejam materiais, sejam morais -, sem a finalidade de colher a aquiescência da vítima sobre a adoção, ou não, de mecanismos consensuais; intimar a vítima quanto à homologação do ANPP, nos termos do art. 28-A, §9º, do CPP.

Por fim, explica-se que, nesse cenário desejável de maior participação da vítima no ANPP, não significa que o Ministério Público perca sua importância. O membro do Ministério Público repousará sua atenção em aspectos que os participantes da mediação talvez não considerem. Isso porque o Promotor de Justiça, ainda que valorize a vítima e atente para a dimensão humana do conflito, está representando o interesse público, enquanto a vítima veicula interesses e necessidades mais pessoais. Assim, deve-se ponderar também o resgate da sensação de segurança pública e os impactos sociais e comunitários do delito. Tratam-se, portanto, de perspectivas complementares e conciliáveis (Bonavides; Souza; Silva, 2020).

Isto posto, percebe-se que a parte ofendida pode e deve participar mais

ativamente do processo de negociação, homologação e fiscalização do ANPP. Contudo, a previsão legal que trata do instrumento despenalizador é tímida e omissa quanto a esse ponto, o que faz com que não se visualize na prática, existindo ainda o predomínio de uma percepção que coloca a vítima em uma posição de neutralidade na seara penal. Consequentemente, o ANPP acaba por se afastar de um dos pontos fundamentais da Justiça Restaurativa, que é a participação mais direta da vítima de maneira a privilegiar suas necessidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de que a sociedade contemporânea enfrenta um aumento nos perigos devido às transformações advindas da modernidade, associada ao sistema retributivo, resulta em um fenômeno de encarceramento em larga escala. Esse cenário acarreta violações amplas aos direitos humanos e fundamentais, sem que haja uma efetiva diminuição em relação aos prejuízos causados e um verdadeiro desencorajamento à reincidência criminal.

Nesse cenário, a Justiça Restaurativa surge no seara penal brasileiro como um meio possível de mudança. Os instrumentos que remontam à Justiça Restaurativa (de maneira ainda muito frágil) primeiramente incorporados, como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo, só se aplicam a contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95. A colaboração premiada, instituída na Lei 12.850/13, limita-se a casos que envolvem organizações criminosas. Urgia, então, o surgimento de mecanismos mais amplos, tendo em vista o cenário caótico e injusto que permeia o processo penal e a execução penal no país.

Sob essa ótica, o Acordo de Não Persecução Penal, um pacto celebrado entre o Ministério Público e o investigado, foi introduzido inicialmente na Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e, posteriormente, incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, o que cessou

discussões anteriores sobre uma possível inconstitucionalidade do ANPP. O art. 28-A do Código de Processo Penal estabelece os critérios objetivos e subjetivos indispensáveis para a aplicação do ANPP, além dos impeditivos e das possíveis condições impostas.

O instrumento, apesar de realmente ter seus méritos enquanto meio de diminuição do encarceramento desnecessário ao permitir que o investigado que tenha cometido um crime considerado menos grave não seja processado ao cumprir os termos acordados com o Ministério Público, que podem se revelar até mais eficazes do que a restrição de liberdade, ainda apresenta pontos que poderiam ser melhorados. Dentre esses pontos, está a pouca participação da vítima no processo de negociação, homologação e fiscalização do ANPP.

Ao mesmo tempo que o art. 28-A do Código de Processo Penal não veda essa participação, traz disposições muito modestas quanto ao papel da vítima, o que faz com que o ofendido se mantenha afastado na prática. Essa realidade está alinhada com o mais comum no processo penal, que é a neutralização da vítima. No entanto, vem-se atentando para a importância da vítima, buscando-se evitar a vitimização secundária, devendo o instrumento ser aplicado sob esse novo olhar. Ademais, não contemplar o ofendido é não contemplar ideias basilares da Justiça Restaurativa, o que distancia o ANPP do seu objetivo final.

Sobre os meios de inclusão do ofendido no processo, os passos a serem tomados pelo Ministério Público, trabalhados por Dias Kershaw e Oliveira, parecem plausíveis e viáveis, devendo-se: identificar a vítima logo que recebidos os autos de procedimentos investigatórios; notificar e ouvir a vítima na fase de pré-celebração do ANPP para compreender a extensão dos danos sofridos, sem a finalidade de colher a aquiescência da vítima sobre a adoção, ou não, de mecanismos consensuais; e intimar a vítima quanto à homologação do ANPP.

Cabe ainda ressaltar que essa maior valorização da vítima não acarreta em uma desvalorização da atuação do Ministério Público. O órgão ministerial representa o

interesse público e deve continuar prezando por ele nas tratativas do ANPP. O propósito maior é que, de maneira conciliável, o acordo estabelecido satisfaça essas duas dimensões: a sociedade e a vítima direta.

REFERÊNCIAS

ALVES, Carlos Eduardo Lapa Pinto. **Acordo de não persecução penal**: um estudo sobre o controverso requisito da necessidade de confissão formal e circunstanciada do delito. 2023. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/4783>. Acesso em: 29 out. 2023.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 37, p. 239-262, 31 dez. 2017. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401>>. Acesso em: 3 dez. 2023.

AZEVEDO, André Gomma. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: **Mediação de Conflitos**: Novo Paradigma de Acesso à Justiça. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. E-book. ISBN: 978-85-67722-42-9.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2019. 216 p.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SOUZA, Willian Lira de; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. A valorização da vítima e a justiça restaurativa no âmbito do acordo de não-persecução penal. **Pacote Anticrime**: Volume I, Curitiba, v. 1, p. 328-348, 2020. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/images/referencias-e-publicacoes/Artigo-Livro-CNMP-Valorizacao_da_Vitima_e_JR_no_ANPP.pdf. Acesso em: 2 fev. 2024.

BRASIL. [Lei nº 13964 (2019)]. **Pacote Anticrime**. Brasília, DF: Senado Federal, 24 dez. 2019.

CALLEGARI, André Luís.; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 115–140, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/21>. Acesso em: 3 jan. 2024.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiroz. **PLEA BARGAINING E JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL**: entre os ideias de funcionalidade e garantismo. 2012. Ministério Público Federal. Disponível em:

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 12 jan. 2024.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS JUÍZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS NO BRASIL: uma análise de direito estrangeiro. **Revista de Pesquisa e Educação Jurídica**, [s. l.], v. 3, p. 57-74, dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Com 31,5 milhões de casos novos, Poder Judiciário registra recorde em 2022**. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/com-315-milhoes-de-casos-novos-poder-judiciario-registra-recorde-em-2022/>>. Acesso em: 17 fev. 2023.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). Reincidência Criminal no Brasil. In: **REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL**. Brasília - Distrito Federal: Gappe, 2022. v. 1. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>>. Acesso em: 2 dez. 2023.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil#:~:text=Conforme%20o%20gr%C3%A1fico%2C%20a%20m%C3%A9dia,sig%20nificativo%20ao%20longo%20do%20tempo.>> Acesso em: 12 jan. 2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal na sociedade do risco. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DIAS KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda; BEZERRA, Williams Álvaro da Silva. Acordo de não persecução penal (ANPP): instrumento de justiça criminal baseado no consenso e sua conformidade constitucional. **Revista de Doutrina Jurídica**, Brasília, DF, v. 113, n. 00, p. e 022005, 2022. DOI: 10.22477/rdj.v113i00.763. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/763>>. Acesso em: 3 dez.. 2023.

DIAS KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. **A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal**. 2021. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecucao-penal/>>. Acesso em: 5 dez. 2023.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 65–84, 2020. Disponível em: <<https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/17>>. Acesso em: 3 jan. 2024.

MOELLER, Uriel; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México, p. 13-33. set. 2016. Disponível em: <www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300899>. Acesso em: 12 jan. 2024.

NEVES, Natália de Souza. A Justiça Restaurativa sob a perspectiva da Resolução da ONU n. 12/2002. In: **Monica Paraguassu; Wagner Menezes; Valesca Raizer Borges Moschen. (Org.). Direito internacional** [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 9-493.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

O GLOBO. **Presídios brasileiros têm lotação 25% superior a capacidade total; governos terão que apresentar soluções ao STF**. 2023. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/10/06/presidios-brasileiros-tem-25percent-a-mais-de-detentos-do-que-capacidade-total-governos-terao-que-apresentar-solucoes-ao-stf.ghml>>. Acesso em: 12 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Resolução nº 12, de 24 de julho de 2002**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2023.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil. **Revista Paradigma**, [S. l.], v. 1, n. 19, 2011. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em: 3 jan. 2024.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima no processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2013. 258 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Jaqueline de Andrade. (2022). O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A APLICABILIDADE NOS CRIMES COMETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS. **Revista Auditorium**, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.57-82, nov.2024/fev.2025

Da **ESMESC**, 29(35), 241–267. Disponível em:

<<https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v29i35.p241>>. Acesso em: 9 dez. 2023.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS (SENAPPEN). **Estatísticas**

SISDEPEN 2023. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen..> Acesso em: 2 dez. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STF). **Sistema carcerário**: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental. Informativo de Jurisprudência, Brasília, v. 798, n. 798, p.12-13, 17 set. 2015. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>.

Acesso em: 2 dez. 2023.

SUXBERGER, Antônio. Colaboração Premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. Apud: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 3ª edição, ed. **Revista dos Tribunais**, 2020.

TREVISAN, Beatriz Massetto. A extensão da participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 343-386, jan.-abr. 2023.

VEIGA, Marcelo. **Criminologia**. (Coleção Método Essencial). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645749. Disponível em:

<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645749/>. Acesso em: 10 dez. 2023.

WÜRZIUS, Lara Maria WilleMBER; PASSOS JUNIOR, Tarcisio. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas.

Revista da Defensoria Pública, Porto Alegre/Rs, v. 26, n. 11, p. 551-568, 04 ago. 2022.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

O REQUISITO DA ORDEM PÚBLICA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THE REQUIREMENT OF PUBLIC ORDER BASED ON THE JURISPRUDENCE OF THE HIGHEST COURT OF JUSTICE

Deangelis Lacerda¹
Reis Friede²

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o princípio da presunção de inocência como um dos seus mais significantes alicerces. É a partir deste princípio que nasce a ideia da excepcionalidade da prisão cautelar. A prisão preventiva é a medida cautelar mais comum, cujos requisitos estão inseridos a partir do seu artigo 311. A ordem pública é um dos disponíveis para que o Estado lance mão dessa modalidade de segregação. Neste trabalho, de análise qualitativa, analisaremos o requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a entender como o Tribunal tem decidido sobre a questão.

Palavras-Chave: Prisão. Preventiva. Ordem pública.

Abstract: The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 establishes the principle of presumption of innocence as one of its most significant foundations. It is from this principle that the idea of the exceptional nature of precautionary detention arises. Preventive detention is the most common precautionary measure, whose requirements are included in article 311. Public order is one of the measures available to the State to use this type of segregation. In this qualitative analysis work, we will analyze the requirement of public order based on the jurisprudence of the Superior Court of Justice, in order to understand how the Court has decided on the issue.

Keywords: Prison. Preventive. Public order.

¹ Coordenador e professor do curso de Direito do Centro Universitário Castelo Branco. Mestre em Gestão do Trabalho para Qualidade do Ambiente Construído (MPGTQAC) pela Universidade Santa Úrsula. Foi aluno do programa de Doutorado Intensivo em Direito Penal da Universidade de Buenos Aires - UBA (2013/2015). Pós-graduado em Direito Público. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Advogado. Conselheiro titular da 1ª Subseção (Colatina) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Espírito Santo.

² Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho e em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Professor do Mestrado Profissional em Gestão do Trabalho (MPGTQAC) da Universidade Santa Úrsula/USU.

Recebido em: 11/06/2024
Aceito em: 07/11/2024

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, representou um marco positivo na história contemporânea da nossa sociedade. Com ela foi inaugurada uma nova era, pautada no Estado Democrático Direito, destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A cidadania, enquanto fundamento da República (CRFB, art. 1º, inc. II), apresenta-se como um dos alicerces desse novo modelo constitucional, voltada à efetiva proteção do cidadão enquanto ser humano, que é sujeito de direitos e deveres.

O constituinte trouxe também a máxima de que até a sentença penal condenatória irrecorrível todos são considerados inocentes. Trata-se do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII).

Em função desse novo sistema, a excepcionalidade da prisão cautelar (sem pena, portanto) ficou evidente. Mais do que nunca, a liberdade do cidadão somente poderá ser restringida em último caso, o que foi reforçado a partir das últimas atualizações do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, enquanto custódia cautelar, está disposta nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Seus requisitos próprios estão no artigo 312 do referido Código. São eles: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

A presença isolada de qualquer desses requisitos não é suficiente, de modo que para que seja decretada a custódia preventiva do investigado/acusado, é preciso que haja também prova da existência do crime e indício de sua autoria, além de outros pontos.

Neste contexto, e considerando a relevância temática principalmente em razão do encarceramento em massa no Brasil, o que se pretende neste artigo, enquanto objetivo, é analisar especificamente o requisito da ordem pública a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, a partir de uma análise qualitativa, abordaremos o conteúdo legal pertinente, bem como os estudos doutrinários e as decisões do Superior Tribunal de Justiça correlacionadas.

2 A PRISÃO ENQUANTO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, as normas jurídicas sobre a prisão estão dispostas em diversas legislações, a começar pela Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê, por exemplo, que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, inc. LXII), que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (art. 5º, inc. LXIV) e que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, inc. LXV).

Ainda segundo a Constituição, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Conforme bem destacado por Aury Lopes Jr (2020, p. 628):

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia). É fruto da evolução civilizatória do processo penal.

Tratando da presunção de inocência, Thiago Minagé (2017, p. 95) diz:

(...) este princípio, em que pese sua denominação dada pela doutrina e jurisprudência como presunção, deve passar uma conotação de verdade interina de inculpabilidade, maneira pouco adequada de afirmar que o acusado é inocente enquanto não se demonstre o contrário. A presunção exige um fato, base ou indício, do que se desprende a existência do segundo, o fato presumido, como nexos lógico entre eles, que é a presunção.

A Lei Maior brasileira foi muito clara ao dispor que essa presunção deve ser considerada até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, ou seja, até que a manifestação jurisdicional condenatória não seja mais passível de discussão, alcançando a definitividade.

O referido princípio impõe ao Estado uma regra de tratamento em favor do sujeito passivo da demanda processual penal, impossibilitando que o mesmo seja percebido como culpado antes de ser definitivamente condenado.

Prender alguém antes da sentença condenatória transitada em julgado é absolutamente cabível, mas deve ser avaliado a partir da excepcionalidade, com a observância irrestrita dos requisitos legais expressamente dispostos, de modo a não ofender o princípio da presunção de inocência.

Contudo, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), que tem sua origem no direito romano pela regra do *in dubio pro reo*, consiste em princípio vetor do processo penal brasileiro, orientado pelo sistema acusatório e que tem, dentre as suas características, o ônus da prova da culpa atribuído acusação.

Indissociável dos postulados do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência impõe tanto um dever de tratamento quanto um dever de julgamento. O dever de tratamento exige que a pessoa acusada seja tratada, durante todo o curso da ação penal, como presumidamente inocente; por outro lado, o dever de julgamento significa que recai exclusivamente sobre o órgão de acusação o ônus de comprovar de maneira inequívoca a materialidade e a autoria do crime narrado na denúncia – e não sobre o acusado o ônus da demonstração de sua inocência –, de sorte que, ao final da instrução processual, a dúvida deve inexoravelmente gerar decisão favorável ao réu. (STF, ARE 1.262.704/GO, relator Edson Fachin, decisão de 19/12/2023)

Aliás, há consenso na jurisprudência acerca da compatibilidade entre o mencionado princípio e o instituto da prisão cautelar.

Para o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADAS, COM A DEMONSTRAÇÃO CONCRETA E CONTEMPORÂNEA DOS PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E CONDIÇÕES DA PRISÃO DE NÃO CONDENADOS [Regras de Mandela]. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA É COMPATÍVEL COM A PRISÃO CAUTELAR DESDE QUE DEVIDAMENTE SUPOSTA POR INDICADORES DE REALIDADE QUE AUTORIZEM INFERIR A PRESENÇA DA MATERIALIDADE, DE AUTORIA, DO ELEMENTO SUBJETIVO E DO PERICULUM LIBERTATIS. DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA, COM BASE EM ELEMENTOS DE REALIDADE OBJETIVOS, ESPECÍFICOS E CONVERGENTES. REQUISITOS ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NEGADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. A prisão cautelar de não condenados, para usar a expressão das Regras de Mandela, submete-se ao criterioso escrutínio dos pressupostos, requisitos e condições dos indicadores de realidade constantes das decisões (CPP, artigo 315, §§1º e 2º), evitando-se a subtração de Direitos Fundamentais em situações desnecessárias ou com indicadores de realidade insuficientes. Por isso, o percurso decisório deve partir da presunção de inocência, que impõe normas de tratamento, probatórias e de julgamento dos não condenados. (...) (STF, HC 221921 AgR, Relator Gilmar Mendes, Segunda Turma, decisão de 15/05/2023)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI À PENA DE 16 ANOS DE RECLUSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA (ART. 492, I, e §4º DO CPP). DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO . VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. TEMA 1.068 PENDENTE DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. AGRAVO DESPROVIDO. (...)

2. No Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, inclusive as decorrentes do Tribunal do Júri, viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim, a prisão antes do esgotamento dos recursos somente poderá ser efetivada em caráter cautelar, de forma individualizada, com a demonstração da presença dos requisitos autorizadores do art. 312 do Código de Processo Penal. (...)

(STJ, AgRg no HC n. 875.664/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 7/3/2024.)

Mas é na legislação infraconstitucional que a custódia cautelar é especialmente regulamentada, sobretudo no Código de Processo Penal, conforme será adiante analisado.

O Código de Processo Penal, ao tratar da segregação provisória, o faz em relação às prisões em flagrante, preventiva e domiciliar. A prisão temporária foi prevista em legislação extravagante (Lei 7.960/89).

O referido código, sobre este assunto, sofreu significativa alteração com a entrada em vigor da Lei 12.403/11. Foi com ela, aliás, que as medidas cautelares diversas da prisão foram incorporadas ao CPP (art. 319), numa tentativa do legislador de trazer, para o Estado/juiz, alternativas à segregação do indivíduo antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória.

Tais modificações foram suficientes para reforçar a ideia de que toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar, e deve ser sempre analisada a partir da excepcionalidade, até porque a CRFB determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, incs. LVII e LXVI, respectivamente).

Enquanto medida cautelar de natureza pessoal, a prisão antes da sentença penal condenatória transitada em julgado deve observar os requisitos da “necessidade” e da “adequação”, os quais estão previstos no art. 282 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O professor Gustavo Henrique Badaró (2021, p. 1158), sobre o tema, nos ensina o seguinte:

Em doutrina, afirma-se que o juízo de adequação é um juízo de verificação de uma relação de meio a fim. O meio empregado deve ser apto a realizar o interesse que merece maior proteção. É, pois, uma relação de causalidade entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina.

Na sequência, tem-se o juízo de necessidade da medida, também conhecido como proibição de excesso ou busca de alternativa menos gravosa. O que se objetiva é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário, na comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atendimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental.

Finalmente, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Além de ser adequado aos fins que se destina e ser o meio menos gravoso entre os diversos aptos a realizar o escopo pretendido, as desvantagens que o emprego de tal meio causará ao direito fundamental de menor peso serão menos intensas que as vantagens advindas de seu emprego para a proteção do direito de maior peso. Trata-se, pois, de uma "lei de ponderação."

Portanto, se o juiz observar a desnecessidade ou a inadequação da medida, não poderá decretar a custódia celular.

Essa excepcionalidade da medida cautelar extrema (prisão) também é facilmente observada a partir do que disposto no § 2º do art. 282 do Código de Processo Penal, que estabelece que não cabe ao juiz decretar qualquer medida cautelar, sobretudo a prisão, senão quando diante de requerimento das partes.

As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores referenda a questão, quando sustenta "que não se constata excepcionalidade que justifique a custódia cautelar, impõe-se a revogação do decreto prisional, nos termos do novo entendimento jurisprudencial adotado por esta Corte de Justiça" (STJ, HC 844481/SC, relator Ministro Joel Ivan Paciornik, julgado em 23/10/2023).

Mas foi no § 6º do art. 282 do CPP que o legislador reforçou ainda mais o fato de que a prisão cautelar é medida de exceção, cabível apenas quando nenhuma outra medida menos gravosa tiver lugar.

A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

A previsão contida no referido comando legal, por si só, já diz muito sobre a realidade do sistema processual experimentado na prática brasileira em relação ao instituto da prisão provisória, na medida em que demonstra que, ainda que consideradas todas as determinações constitucionais antes salientadas, a excepcionalidade da custódia anterior à condenação definitiva nunca foi efetivamente objeto de observância pelo Estado. E isso pode ser facilmente comprovado pelos números relativos às pessoas presas de maneira cautelar no Brasil.

Especificamente em relação à prisão preventiva, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) prevê o instituto no Capítulo III ("da prisão preventiva"), do Título IX ("da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória"). O tema foi substancialmente modificado pela Lei 13.964/19, que buscou aperfeiçoar as legislações penal e processual penal.

A prisão preventiva “é a prisão cautelar por excelência. E, antes da Lei 12.403/11, era a medida em torno da qual gravitava todo o sistema de medidas cautelares pessoais” (BADARÓ, 2021, p. 1176).

Neste sentido, é a lição de Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (2018, p. 398):

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Importante a crítica de Hélio Tornaghi (1988, p. 5-6), quando aponta:

Pode parecer que a prisão provisória é injusta ou pelo menos que ela resulte injusta no caso em que, ao final, o réu é absolvido. Se ele não era culpado, como se explicará a prisão? Quem lhe devolverá o tempo perdido, a liberdade cerceada e todo o cortejo de males que ela lhe teria acarretado?

Chega-se a afirmar que a prisão provisória deve ser aceita, porque necessária, mas que nem por isso deixa de ser injusta: ‘seria uma injustiça necessária’.

E é até considerada como pena, como antecipação de pena.

A partir do art. 311, o código traz a previsão da referida espécie de custódia cautelar, que é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Os requisitos dessa modalidade de prisão estão dispostos especialmente no art. 312, que dispõe que ela poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, mas apenas quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Além da previsão do caput do art. 312, o código também traz outras hipóteses expressas de possibilidade de decretação da preventiva, como, por exemplo, quando for caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, § 1º).

Embora fosse desnecessária, porque a Constituição Federal já o fez no art. 5º, inc. LXI e no art. 93, inc. XI, o legislador infraconstitucional fez questão de reforçar a obrigatoriedade de ser fundamentada a decisão que decreta a custódia preventiva (CPP, art. 315).

O juiz deverá fundamentar sua decisão em fatos, que demonstrem que a manutenção do acusado em liberdade colocará em risco a instrução criminal ou a provável condenação penal. Não bastam, pois, meras conjecturas, temores infundados, ou simples suspeitas. Muito menos poderá o juiz limitar-se a repetir as palavras da lei ou utilizar fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos. (...)

Também não deve ser aceita a chamada motivação *ad relationem*, em que o juiz acolhe como razões de decidir os argumentos lançados em outro ato, em especial, no requerimento de prisão formulado pelo Ministério Público. Não há em tal forma de decidir a explicação por parte do magistrado das suas razões de decidir, não bastando o reenvio à justificação contida na manifestação de uma das partes ou, até mesmo, em outra decisão do próprio juiz. Assim agindo, o juiz desrespeita a exigência do art. 93, IX, da CR (BADARÓ, 2021, p. 1197-1198).

Ademais, é preciso que se demonstre a existência em concreto de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida (CPP, art. 312, § 2º e art. 315, § 1º).

A prisão preventiva poderá ser revogada pelo juiz se, no correr da investigação ou do processo judicial, desaparecerem os motivos que deram causa à decretação, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (art. 316). Neste caso, o magistrado poderá agir de ofício, ou seja, sem a provocação prévia das partes, diversamente, como visto, em relação à decretação inicial.

A Lei 13.964/19, que alterou substancialmente essa matéria no Código de Processo Penal, ainda trouxe uma outra determinação, qual seja, a de que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, parágrafo único).

A partir do próximo capítulo, analisaremos o requisito da ordem pública de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de modo a compreender como aquele Tribunal entendeu a questão.

3 O REQUISITO DA ORDEM PÚBLICA DA PRISÃO PREVENTIVA A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O art. 312 do Código de Processo Penal prevê, além do *fumus commissi delicti*, os requisitos do *periculum libertatis*, dentre eles o da ordem pública. Sem nenhuma dúvida, a ordem pública é o requisito mais utilizado no cotidiano forense para decretação de prisão preventiva. Ocorre que o conceito de ordem pública é absolutamente impreciso, vago e indeterminado, merecendo críticas acentuadas de parcela considerável da doutrina e da própria jurisprudência.

Embora não seja objeto deste escrito a análise histórica da criação do referido requisito, importante o destaque de que a garantia da ordem pública, enquanto elemento da prisão preventiva, foi inspirada, assim como parte do que ainda previsto no Código de Processo Penal, num contexto histórico e político de matriz autoritária (Código de Processo Penal Italiano de 1930 - Código Rocco, elaborado por Mussolini no regime facista), que em muito não se compatibiliza com os preceitos da nossa Constituição Federal de 1988.

Essas características negativas remanescentes do CPP afrontam não apenas a cidadania enquanto fundamento da República, mas também o próprio ODS 16, sobretudo em relação às Metas 16.3 (“promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”),

16.10 (“assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais”) e 16.b (“Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável”).

A análise da essência de uma medida cautelar, em especial a de prisão, demanda a abordagem acerca de uma das suas principais características, qual seja, a da instrumentalidade. É dizer, nos termos do defendido pelo professor Aury Lopes Junior (2021, p. 140), “as medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento.” E segue o autor:

Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado.

É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é inconstitucional. (...)

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

A prisão preventiva como garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos (2021, p. 140-141).

Roberto Delmanto Júnior (2003, p. 183), por outro lado, vai dizer que

a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental - de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado - ineto a toda e qualquer medida cautelar, servindo de inaceitável instrumento de justiça sumária.

Prevalece o entendimento de que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar genuína, deve ser interpretada a partir do núcleo central do que hoje se

entende por sistema acusatório, de modo que ela não pode ser utilizada senão como forma de proteger o processo, e jamais como antecipação de pena ou mesmo como um mecanismo de controle social, por exemplo.

O próprio desenvolvimento da segurança pública não deve passar pela concretização da prisão preventiva, que, repita-se, deve servir ao processo, considerando a sua característica de instrumentalidade.

A custódia preventiva interpretada de outra forma nada mais é que uma cristalina disfunção do sistema de justiça. E tudo isso também deve estar mergulhado na garantia constitucional da presunção de inocência.

Voltando especificamente à questão do requisito da ordem pública, tem-se que a imprecisão legislativa é suficiente para causar uma extraordinária confusão interpretativa e sistêmica. Isso porque, conforme destaca Aury Lopes Jr (2021, p. 117):

Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (...) Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de "clamor público", de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua "tranquilidade". Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a "gravidade" ou "brutalidade" do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à "credibilidade das instituições" como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a crença no aparelho estatal repressor.

Badaró (2021) reforça o coro de que ordem pública é uma expressão vaga e de conteúdo indeterminado, sendo que essa ausência de um referencial semântico para a garantia da ordem pública coloca em risco a liberdade individual.

A crítica também é lançada por Choukr (2011), para quem o requisito da ordem pública dificilmente pode ser adequado com a presunção de inocência disposta na Constituição Federal.

Magalhães Gomes Filho (1991, p. 67-68) acrescenta:

(...) à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um "instrumento a serviço do instrumento", mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.

Geraldo Prado (2011, p. 142-143) chega a afirmar que:

(...) a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do que ela não é: de não se tratar de medida cautelar. Esta prisão é inconstitucional também pelo que ela é: medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida do processo - se o acusado é penalmente responsável pela conduta que lhe é atribuída - valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.

De acordo com Távora e Alencar (2016, p. 917) "a decretação da prisão preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal." Para eles, "a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social."

Ainda que considerada a definição dada pelos professores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ao requisito da garantia da ordem pública, o fato é que a prisão preventiva assim fundamentada não busca necessariamente preservar a investigação ou mesmo o processo judicial, mas sim, em grande medida, colocar em prática alguns dos efeitos da condenação penal e da própria pena criminal, representando, em última análise, uma execução antecipada da pena, o que não é juridicamente adequado.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ entende que a prisão preventiva fundamentada na necessidade de preservação da ordem pública é justificada especialmente pela reiteração criminosa, pela gravidade em concreto da conduta delituosa e pela periculosidade do agente. Vejamos alguns julgados recentíssimos do STJ em que fica clara a posição daquela Corte sobre a temática.

A Sexta Turma, ao julgar o agravo regimental no recurso em habeas corpus nº 193008 - AL, de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, entendeu que a periculosidade real, a propensão à prática delitiva e à conduta violenta do acusado representam a necessidade de preservação da ordem pública.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MODUS OPERANDI. REITERAÇÃO DELITIVA. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A prisão preventiva foi mantida não apenas em razão da reiteração delitiva do réu, como também em face da gravidade da conduta delitiva perpetrada, uma vez que o agravante, na companhia de um adolescente, em rodovia movimentada, por volta de 21h, colocou pedras e toras na rodovia, fazendo com que o condutor/vítima parasse o veículo e, utilizando faca e facão, ameaçou sua família (integrada, inclusive, por uma criança de 1 ano e 5 meses e uma pessoa portadora de necessidades especiais). Após a execução da empreitada, os réus se evadiram com o veículo e celular. Logo em seguida, invadiram, mediante arrombamento, uma residência, de onde subtraíram um botijão de gás, um rolo de arame e uma foice.
2. É firme o entendimento jurisprudencial de que "a segregação cautelar para a garantia da ordem pública se mostra fundamentada

no caso em que o *modus operandi* empregado revela especial desvalor da conduta" (AgRg no HC n. 582.326/PR, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe 13/8/2020), a evidenciar a periculosidade real, propensão à prática delitiva e à conduta violenta, como no caso.

3. A preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade (RHC n. 107.238/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/2/2019, DJe 12/3/2019).

4. Registre-se que a prática do delito com envolvimento de adolescente constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: RHC n. 53.411/CE - 6ª T. - unânime - rel. Min. Sebastião Reis Júnior - DJe 9/4/2015; HC n. 312.760/MG - 5ª T. - unânime - rel. Min. Jorge Mussi - DJe 25/5/2015; e RHC n. 38.586/MG - 6ª T. - unânime - rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura - DJe 23/8/2013.

5. "Concretamente demonstrada pelas instâncias ordinárias a necessidade da prisão preventiva, não se afigura suficiente a fixação de medidas cautelares alternativas" (AgRg no HC n. 573.598/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/6/2020, DJe 30/6/2020.) 6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC n. 193.008/AL, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 26/4/2024.)

A dinâmica dos respectivos fatos foi tão importante para a decisão do STJ, que ela foi constatada não apenas no voto do Relator, mas também na própria ementa do julgado, conforme acima colacionado.

Essa decisão foi proferida por unanimidade, já que os Ministros Otávio de Almeida Toledo, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram no mesmo sentido do Relator. O Ministro Antônio Saldanha Palheiro não estava presente na sessão.

Ao julgar o agravo regimental em habeas corpus nº 880538 - SP, a Quinta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu no mesmo sentido. Vejamos, pois:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, RECEPÇÃO QUALIFICADA, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR, ROUBO E FURTO DE VEÍCULOS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSÍVEL DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. SUPOSTA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESPOSA DE SUPOSTO LÍDER DA ORGANIZAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES GRAVES. AGRAVANTE FORAGIDA. FILHO COM IDADE FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 318, DO CPP. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INAPLICABILIDADE DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

3. No caso em exame, as instâncias ordinárias destacaram a necessidade da medida extrema, para fins de garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta da conduta delituosa praticada pela paciente, havendo fundadas suspeitas de que ela integraria organização criminosa dedicada à prática dos crimes de roubo e furto de veículos, visando posterior desmonte dos mesmos para comercialização das peças obtidas de forma ilegal. Conforme ainda consignou o Tribunal de origem, a prisão preventiva foi necessária para frear a perpetuação criminosa, vez que a paciente seria a atual esposa do líder da mencionada organização criminosa. De acordo com os autos, o esposo da paciente mantém estreito relacionamento com a organização criminosa autodenominada "Primeiro Comando da Capital". Ainda, a denunciada figuraria como procuradora em inúmeros negócios de seu marido e em outros como sócia deste, além de também exercer função de liderança, coordenando a atuação da organização criminosa após a prisão daquele (e-STJ fl. 53/55), fundamentação que justifica a prisão do paciente, com adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Com efeito, a gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelem uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. A jurisprudência desta Corte considera legítima a segregação cautelar destinada a impedir a perpetuação criminosa, especialmente quando se trata de crimes graves e há indícios de grupo especializado no delito, o que se constata nestes autos, especialmente no vínculo com organização criminosa.

(...)

9. Tem-se por inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade do agente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

(...)

(AgRg no HC n. 880.538/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 2/5/2024.)

A referida decisão também foi tomada de maneira unânime, eis que os Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira votaram com o Relator.

Tais decisões foram proferidas pelas duas Turmas do STJ com competência em matéria penal, de modo que é possível concluir que ambas têm posicionamento no mesmo sentido, o que, a bem da verdade, acaba por contribuir com a concretização da necessária segurança jurídica.

Outrossim, uma similaridade interessante deve ser observada nesses dois julgados, qual seja, a de que ambos tratam de crimes em tese praticados com violência ou grave ameaça. Isso quer dizer que o STJ, de maneira geral, entende que a gravidade do delito está diretamente relacionada com a presença de violência ou grave ameaça na conduta.

Tanto é assim, que ao julgar o habeas corpus nº 886811 - GO, o Superior Tribunal de Justiça, em fevereiro deste ano, entendeu que a reincidência, por si só, não é o bastante para justificar a prisão preventiva quando o crime sob exame, pelas suas circunstâncias, não tiver sido praticado com emprego de violência ou grave ameaça, sendo certo que, neste caso, a custódia pode ser substituída por medidas cautelares diversas da prisão.

(...) Verifica-se a presença de fundamentos concretos para a manutenção da prisão cautelar, a bem da ordem pública, diante do risco concreto de reiteração criminosa, pois foi apontado que é reincidente em prática delitiva, ostentando ainda ações penais em andamento.

Todavia, ao analisar as circunstâncias do caso, verifica-se que o delito não foi praticado mediante emprego de violência ou grave ameaça,

motivo pelo qual não se revela proporcional a manutenção da medida extrema. Na mesma linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGAS NÃO RELEVANTE. REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. POSSIBILIDADE.

1. "Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do periculum libertatis, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal" (AgRg no HC n. 722.775/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022).

2. O tráfico flagrado de não relevante quantidade de drogas associado à reiteração delitiva do agente, decorrente de crime praticado sem violência ou grave ameaça, não justifica a prisão preventiva, razão de se mostrar suficiente a substituição por medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 796.278/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023.)

Nesse contexto, para evitar a reiteração delitiva, suficiente é a imposição das seguintes medidas cautelares penais diversas da prisão processual: (a) apresentação a cada 2 meses, para verificar a manutenção da inexistência de riscos ao processo e à sociedade (informar e justificar atividades); (b) proibição de mudança de domicílio sem prévia autorização judicial, vinculando o acusado ao processo; e (c) proibição de ter contato pessoal com pessoas envolvidas com atividades criminosas, como garantia à instrução e à proteção contra à reiteração criminosa. Deverá ainda fornecer endereço atualizado para os necessários atos de comunicação processual.

Neste caso, a conclusão pela gravidade ou não da conduta supostamente criminosa, de regra, está diretamente relacionada com a eventual presença de violência ou grave ameaça, o que, registra-se, parece-nos muito lógico.

Porém, é fundamental registrar que o STJ, em algumas situações, reconhece a presença de gravidade delitiva suficiente para justificar a prisão preventiva como forma de preservar a ordem pública em delitos em tese praticados sem violência ou grave ameaça, como, por exemplo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. INDÍCIOS MÍNIMOS DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GRAVIDADE DO DELITO. INTERROMPER ATUAÇÃO DE GRUPO CRIMINOSO. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No caso, as instâncias ordinárias indicaram, fundamentadamente, a suficiência de indícios mínimos que evidenciam a estabilidade e permanência exigidas para a configuração do delito de associação criminosa, havendo sido consignado que o afastamento das conclusões da instâncias antecedentes demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, providência inviável no habeas corpus.

2. Presentes elementos concretos para justificar a manutenção da prisão preventiva, sobretudo, para a garantia da ordem pública. As instâncias antecedentes explicitaram a necessidade da medida pois o agravante seria integrante de grupo criminoso voltado à subtração de veículos populares para posterior desmanche e revenda de peças, o que revela risco ao meio social. Ademais, a segregação cautelar mostrou-se necessária para se evitar a reiteração delitiva, pois o agente registra diversas anotações pela prática de atos infracionais diversos, o que recomenda a manutenção do decreto cautelar.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 850.943/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 24/4/2024.)

Resumidamente, para o Superior Tribunal de Justiça, a gravidade do crime, na maioria das vezes, está relacionada com conduta com violência ou grave ameaça, embora seja possível também reconhecer a gravidade em infrações sem essas circunstâncias, como no tráfico de entorpecentes.

Quase sempre, a gravidade delitiva e a reiteração criminosa utilizadas como sinônimos de ordem pública estão interligadas com a periculosidade do agente ativo da conduta. Ou seja, a infração penal praticada de forma grave, em especial com violência ou grave ameaça, e a habitualidade delitiva comprovam a periculosidade do sujeito autor da conduta.

No julgamento do agravo regimental em habeas corpus nº 893166 - SP, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, a Sexta Turma deixou isso muito

transparente, sobretudo ao citar, enquanto fundamento para a decisão, outro julgado daquela Corte, precisamente o proferido ao agravo regimental em habeas corpus nº 837564 - SP. Segue:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE CONDENADO. REGIME FECHADO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. DUPLA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - A segregação cautelar está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, em razão de o paciente ostentar dupla reincidência específica, circunstância que revela a periculosidade concreta do agente e a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas tudo a demonstrar a indispensabilidade da imposição da segregação cautelar, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. Precedentes.

III - A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC e, ainda, pelo enunciado da Súmula n. 568 do STJ, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 837.564/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023.)

Mas é preciso também entender que a presença de violência ou grave ameaça no delito supostamente praticado, por si só, não basta para a decretação da prisão preventiva. É necessário que essa gravidade da conduta seja concreta, e não abstrata, sob pena de necessária decretação de prisão preventiva em todo e qualquer crime de homicídio, por exemplo, o que não é devido.

Por ocasião do julgamento do habeas corpus nº 781198 - RO, o Relator Jesuíno Rissato decidiu que, “segundo a jurisprudência desta Corte, a prisão preventiva, quando fundada na gravidade do delito, deve se pautar em razões concretas, particulares, a caracterizar circunstâncias que ultrapassam os limites do tipo penal.” E concluiu: “Como já adiantado na decisão liminar, o decreto prisional indica fundamentação evidenciada na gravidade abstrata e na hediondez do delito, os quais são insuficientes a ensejar a custódia preventiva.”

É fundamental, então, que a decisão prisional aponte expressamente a existência de gravidade em concreto da conduta, sob pena de não ser cabível e adequada a custódia preventiva, ainda que tratar-se de crime hediondo.

A proporcionalidade da segregação também deve sempre ser observada, mesmo quando outras circunstâncias indicarem o *periculum libertatis*. Neste ponto, é interessante a decisão do STJ no recurso em habeas corpus nº 173727 - TO, de relatoria do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, ocasião em que foi salientado o seguinte:

(...) embora demonstre o *periculum libertatis* ante a existência de antecedentes criminais, é insuficiente para a imposição da prisão cautelar ao agente, notadamente porque a quantidade de droga apreendida – 28g (vinte e oito gramas) de maconha sem indícios, ao menos por ora, de comercialização– demonstra a desproporcionalidade da medida extrema. (...)

Essas considerações analisadas em conjunto levam-me a crer, como dito, ser desproporcional a imposição da prisão preventiva, revelando-se mais adequada a imposição de medidas cautelares alternativas, em observância à regra de progressividade das restrições pessoais, disposta no art. 282, §§ 4o e 6o, do Código de Processo Penal, ao determinar, expressa e cumulativamente, que apenas em último caso será decretada a custódia preventiva e ainda quando não for cabível sua substituição por outra cautelar menos gravosa.

Requer-se que o art. 282 do Código de Processo Penal prevê expressamente que as medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, deverão ser implementadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a

investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Portanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a prisão preventiva fundamentada no requisito da ordem pública será adequada quando o crime for, em especial, concretamente grave, ou quando o autor do delito for habitualmente envolvido com a criminalidade, demonstrando a sua periculosidade acentuada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inaugurar um novo momento no país no que concerne aos direitos e garantias fundamentais, trouxe significativas alterações para o processo penal, datado de 1941, elaborado num contexto histórico absolutamente diverso dos tempos atuais, inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1930 (Código Rocco), com matiz autoritária.

A CRFB/88, dentre outros pontos relevantíssimos, previu a máxima de que até a sentença penal condenatória irrecorrível todos são considerados inocentes. Trata-se do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), que em grande medida se relaciona com a cidadania enquanto fundamento da República.

É este princípio que deve nortear toda a atuação do Estado-juiz na persecução penal, de modo a entender que a prisão cautelar é a exceção. Em outras palavras, de regra, o sujeito passivo do processo criminal deve aguardar o seu julgamento em liberdade.

Tanto é assim, que o Código de Processo Penal nacional traz normas expressas no sentido de que a prisão cautelar, dentre elas a preventiva, apenas deve ser executada quando nenhuma outra medida cautelar menos gravosa for suficiente à espécie.

Ademais, para que a liberdade de alguém seja cerceada antes de eventual sentença penal condenatória, é preciso que se observe estritamente os requisitos legais dispostos a partir do art. 311 da Lei Processual Penal e/ou na Lei de Prisão Temporária.

A problemática dessa questão se acentua quando analisados os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), em especial o da ordem pública, já que, como visto, ele é inteiramente vago, impreciso, indeterminado, causando, por consequência, uma deformidade na ideia de instrumentalidade das medidas cautelares.

Dito de outro modo, a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, tem a função instrumental em relação ao processo, já que ela não é um fim em si mesma, devendo “servir” ao processo de alguma maneira, como, por exemplo, para proteger o desenvolvimento da instrução processual.

O requisito da ordem pública da prisão preventiva claramente não tem essa finalidade, já que, de regra, doutrina e jurisprudência trazem como sinônimos a gravidade em concreto da conduta, a habitualidade delitiva e a periculosidade do agente.

Embora sejam circunstâncias verdadeiramente sensíveis, o fato é que a prisão preventiva decretada a partir da gravidade em concreto da conduta, da habitualidade delitiva ou da periculosidade do agente não tem qualquer função de proteção do processo, senão da sociedade, no que é função da pena, e não da medida cautelar.

Neste sentido, o famigerado requisito deveria ser extirpado do art. 312 do Código de Processo Penal, garantindo assim uma maior consonância entre este e a Constituição Federal.

Uma melhor eficiência do sistema de justiça criminal também seria necessária nesse contexto proposto, sobretudo como forma de evitar a demora na prestação jurisdicional e, por consequência, a hipótese de alguém continuar

praticando ilícitos penais sem ser previamente julgado e, se for o caso, responsabilizado penalmente.

Por fim, esse debate só será verdadeiramente possível a partir de um amadurecimento técnico-científico da sociedade e principalmente daqueles que diretamente legitimados para as mudanças legislativas. Sem isso, continuaremos com o sistema hodierno, que ao fim e ao cabo, serve para encarcerar antecipadamente os alvos de sempre do sistema.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 12/3/2024.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 12/3/2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acessado em 12/3/2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acessado em 12/3/2024.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual**: Comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Forense.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos, pareceres e crônicas. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Prisões cautelares**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 4ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da prisão provisória**: comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. FERNANDES, Og (Org.). Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10.ed. Salvador: Juspudivm, 2015.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E EDUCAÇÃO AMBIENTAL

SOLID WASTE MANAGEMENT AND ENVIRONMENTAL EDUCATION

Neide de Souza Laurindo¹
Juliana Caruliny de Miranda²
Maria Geralda de Miranda³

RESUMO: O nível econômico das pessoas, em termos de poder aquisitivo, possui relação direta com a produção *per capita* de resíduos. Esse fator também se relaciona com o modo de produção atual, que estimula o consumo e com isso o aumento de materiais com período de vida cada vez mais curto. O tratamento inadequado dos resíduos vem ocasionando impactos ambientais bastantes negativos, apesar de no Brasil existir uma legislação bastante avançada e completa acerca da gestão dos resíduos sólidos, a lei 10.305/2010, que criou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, PNRs. A essência do processo de gerenciamento de resíduos deve estar ligado à sensibilização das fontes geradoras, não apenas como fontes geradoras estáticas, mas como indivíduos (e grupos sociais) dinâmicos. Assim, o presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a importância da Educação ambiental aplicada à gestão de resíduos sólidos. Para tanto realizou-se uma revisão de literatura a partir de pesquisa na base de dados da *Scientific Electronic Library (Scielo)*, online, de 2018 a 2022, com os descritores "resíduos sólidos" e "educação ambiental". Foram encontrados 60 artigos, dos quais foram selecionados 12. Os critérios de exclusão foram artigos fora da temática dos descritores e os de inclusão foram artigos que relatassem experiências municipais de gestão de resíduos sólidos e educação ambiental. Concluiu-se que a gestão ambiental de resíduos sólidos só será eficiente se junto com ela forem implantados programas de Educação Ambiental, que tenha como princípio a redução do consumo e, posteriormente, a requalificação dos resíduos para o consequente reaproveitamento/reutilização.

Palavras-chave: Resíduos sólidos. Educação ambiental. Lei 10.305/2010.

ABSTRACT: The economic level of people, in terms of purchasing power, is directly related to the per capita production of waste. This factor is also related to the current mode of production, which stimulates the consumption and production of materials with an increasingly short life span. The inadequate treatment of waste has caused very negative environmental impacts, although in Brazil there is a very advanced and

¹ Mestre em Desenvolvimento Local pela UNISUAM-RJ.

² Doutoranda da Universidade Federal de Goiás.

³ Pós-doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, em Narrativas Visuais pela Universidade Clássica de Lisboa e em Estudos Culturais Africanos pela UFRJ. Foi coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM, entre 2011 e 2016. Desenvolve estudos no âmbito do Desenvolvimento sustentável, da Educação ambiental, da cultura e da Educação.

complete legislation on the management of solid waste, law 10.305/2010, which created the National Policy on Solid Waste, PNRS. The essence of the waste management process must be linked to the sensitization of generating sources, not only as static generating sources, but as dynamic individuals (and social groups). Thus, the present work aims to reflect on the importance of environmental education applied to solid waste management. To this end, a literature review was carried out based on a search in the database of the *Scientific Electronic Library (SciELO)*, online, from 2018 to 2022, with the descriptors "solid waste" and "environmental education". We found 60 articles, of which 12 were selected. The exclusion criteria were articles outside the theme of the descriptors and the inclusion criteria were articles that reported municipal experiences of solid waste management and environmental education. It was concluded that the environmental management of solid waste will only be efficient if together Environmental Education programs are implemented, which have as a principle the reduction of consumption and, subsequently, the requalification of waste for the consequent reuse / reuse

Keywords: Solid waste. Environmental education. Law 10.305/2010.

Recebido em: 21/10/2024
Aceito em: 07/11/2024

1 INTRODUÇÃO

A Associação Brasileira de Normas Técnicas, ABNT, (NBR 10004) define Resíduos sólidos como sendo “resíduos nos estados sólido e semissólido que resultam de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição”. E segundo o plano nacional de Resíduos Sólidos (PNRS, 2010, p. 10) é conceituado como sendo: “Material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede”.

A palavra lixo é comumente usada pela população em geral para definir os materiais que são descartados. É importante utilizar o termo “resíduos” pois “lixo” remete a algo que não serve mais e, no entanto, a maioria dos materiais descartados pode ser reinserido na cadeia produtiva.

Segundo levantamento feito pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE, 2020), “entre 2010 e 2019 a geração de RSU no Brasil registrou considerável incremento, passando de 67 milhões para 70 milhões de toneladas por ano. Por sua vez, a geração per capita aumentou de 348 kg/ano para 379 kg/ano”.

A gestão de resíduos sólidos deveria ser uma preocupação constante dos governantes de estados e municípios brasileiros, pois essa questão se torna cada dia mais preocupante, uma vez que, quanto mais a população humana cresce, década após década, aumenta-se o consumo de bens e conseqüentemente, também aumenta o número de pessoas que geram lixo e descartam de forma incorreta, causando danos quase que irreparáveis ao meio ambiente.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, PNRS, Lei 12.305/2010, criada com o objetivo de criar diretrizes e traçar metas e planos para gestão adequada dos resíduos sólidos no Brasil, com a colaboração da sociedade, governos e empresas, é uma lei muito importante, mas que para ser implementada em sua integralidade precisa de educação ambiental por parte da sociedade.

A Lei nº 12.305 dispõe sobre princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis. Conforme explicita a lei 12.305/2010, a destinação final ambientalmente adequada seria a "destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento, no entanto, a maneira mais utilizada são os lixões, onde os resíduos são depositados no solo, a céu aberto, sem nenhum tratamento ou segregação dos materiais, algumas vezes são queimados, causando poluição do ar. Esta é a alternativa mais comum na maioria das cidades dos países em desenvolvimento, pois constitui um procedimento de baixo custo. (Santos; Araujo Barreto, 2018).

Outros dois tipos de locais, ainda segundo os autores são os aterros controlados que é menos prejudicial do que em lixões, pelo fato de que os resíduos dispostos no solo são recobertos com terra ao final da jornada diária, nesse método os problemas ambientais não são evitados, ocasionando problemas na água, no solo e no ar. O outro é o aterro sanitário que é uma obra de engenharia, cujo objetivo é dispor os resíduos no solo, no menor espaço possível, sem causar danos ao ambiente ou a saúde pública, e o método de destinação final que reúne as maiores vantagens, considerando-se a redução dos impactos ocasionados pelo descarte dos RSU. (Santos; Araujo Barreto, 2018)

A educação ambiental (EA) é outro fator imprescindível ao gerenciamento adequado e sustentável dos resíduos sólidos. A EA deve ser utilizada como instrumento para a reflexão das pessoas no processo de mudança de atitudes em relação ao correto descarte do lixo e à valorização do meio ambiente. (Gusmão, 2000) O âmago do processo de gerenciamento de resíduos é justamente a sensibilização das fontes geradoras (consideradas como atores do processo), mas não se deve pensar os seres humanos, produtores desses resíduos, apenas como fontes geradoras estáticas, e sim como indivíduos (e grupos sociais) dinâmicos. A EA aplicada à gestão de resíduos sólidos, portanto, deve tratar da mudança de atitudes,

de forma qualitativa e continuada, mediante um processo educacional crítico, conscientizador e contextualizado. No âmbito pedagógico deve-se valorizar também o conhecimento e o nível de informação sobre as questões em estudo. (Tavares; Martins, Guimarães, 2005) A partir desta perspectiva, deve emergir o objetivo de mudança das representações dos indivíduos, proporcionando as condições para estabelecer um contato com o problema num plano mais significativo. É mediante suas relações sociais que os indivíduos expressam as suas crenças, valores e representações, construídas no grupo.

2 METODOLOGIA

Esta revisão de literatura utilizou artigos na base de dados da *Scientific Eletronic Library, (SciELO)*, online, de 2018 a 2022. Os descritores utilizados na pesquisa foram: resíduos sólidos e educação ambiental. Para a pesquisa utilizou-se também o filtro temporal de 2018 a 2022. O critério de exclusão foram artigos fora da temática dos descritores e os de inclusão foram artigos que relataram experiências municipais de gestão de resíduos sólidos e educação ambiental.

Na pesquisa da base de dados *SciELO* foram encontrados 60 artigos, dos quais foram selecionados 12. Destes, 3 são de 2018, 1 de 2019, 2 de 2021 e 6 de 2022. Entre os 12 foram selecionados dois de autores estrangeiros, mas que discutem realidades bem parecidas com a dos municípios brasileiros. Um artigo do México e outro de Cuba.

Quadro 1 – Mapeamento de artigos da base de dados SciELO

ANO	TÍTULO	AUTOR(ES)	PERIÓDICO
2018	A proteção ambiental e a gestão compartilhada: um estudo de caso na Região Metropolitana de Natal	Raquel Maria da Costa Silveira; Fábio Fonseca Figueiredo; Jelisse Vieira Gomes Almeida.	Cad. Metrop., São Paulo, v. 20, n. 42, pp. 513-530, maio/ago 2018.

2018	Como estão os resíduos urbanos nas favelas cariocas?	Adriana Soares de Schueler; Humberto Kzure; Gustavo Badolati Racca.	RBE. Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management), 2018 jan./abr., 10(1), 213-230.
2018	Implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos	Antonella Maiello; Ana Lucia Nogueira de Paiva Britto; Tatiana Freitas Valle.	Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 52(1):24-51, jan. - fev. 2018.
2019	Comportamento pró-ambiental e reciclagem: revisão de literatura e apontamentos para as políticas públicas	Eduardo Chierrito-arruda; Ana Luísa Martins Rosa; Edneia Aparecida de Souza Paccola; Regiane da Silva Macuchi; Rute Grossi-Milani.	Ambiente & Sociedade, São Paulo. Vol. 21, 2018.
2021	Catadores de material reciclável: vida e trabalho à luz dos determinantes sociais de saúde	Alexa Pupiara Flores Coelho Centenaro; Carmem Lúcia Colomé Beck; Rosângela Marion da Silva; Andressa de Andrade; Marta Cocco da Costa; Ethel Bastos da Silva.	Revista Brasileira de Enfermagem. 2021;74(6).
2021	Fatores influenciadores da segregação de resíduos orgânicos na fonte geradora para a viabilização de sistemas de compostagem	Vanessa Rodrigues Pereira; Fabiana Alves Fiore.	Eng Sanit Ambient v.27 n.4 jul/ago 2022 643-652
2022	Gestión de residuos sólidos urbanos en México: un caso de estudio desde la perspectiva organizacional	Jessica Alejandra Toledo Cervantes; Carlos Emigdio Quintero Castellano.	FGV EAESP, ERA, São Paulo, V. 62, n. 3, 2022.
2022	Catadores de materiais recicláveis: análise do perfil socioeconômico na	Cris Maria Dacach Fernandez Marchi; Joílson Santos Santana.	Interações, Campo Grande, MS, v. 23, n. 2, p. 413-422, abr./jun. 2022.

	cidade de Salvador, Bahia, Brasil		
2022	A Educación Popular Ambiental, un programa de capacitación para actores sociales	Yelineis Pacheco Suárez; Liselis Valdés Hernández; Yarlenis Pacheco Suárez.	Mendive. Revista de <u>Educación</u> Vol. 20. No. 3 (julio-septiembre)
2022	Programa Saúde na Escola: projeto de intervenção contra a dengue em Matinhos- PR.	Eduarda Cristina Poletto; Gonçalves; Debora Cynamon Kligerman; Simone Cynamon Cohen.	Saúde em debate 46 (spe3). Nov 2022.
2022	Contribuições do <i>Role-Play</i> na Educação Ambiental para a Formação Integral	Thaisa Cristina Diniz Paulo Sérgio Calefi	<u>Sisyphus - Journal of Education</u> <i>versão impressa</i>
2022	Tecituras Ambientais: Inspirações Epistemológicas e Axiológicas Para Educações Insurgentes.	Javier Giovanni Sánchez Molano; Rosiléia Oliveira de Almeida.	Ens. Pesqui. Educ. Ciênc. (Belo Horizonte) 24, 2022.

Fonte: Elaborado pela autora, 2023.

3 ENFOQUES APRESENTADOS PELOS AUTORES

Silveira, Figueiredo e Almeida (2018) em seu artigo *A proteção ambiental e a gestão compartilhada: um estudo de caso na Região Metropolitana de Natal* fizeram uma reflexão acerca da relação entre a Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Estatuto da Metr pole, compreendendo as implicações e os desafios previstos nessas normas para as regiões metropolitanas no Brasil. Desta forma, realizaram um estudo de caso na Região Metropolitana de Natal (RMN), investigando a gestão compartilhada dos resíduos sólidos a partir da lei 12.305/2010. O estudo apontou para a ausência de coopera o na gestão dos resíduos sólidos no âmbito da RMN, apresentando-se, ainda, um cenário de descumprimento da norma de direito ambiental. Para os autores, o compartilhamento de solu es voltadas   preserva o ambiental requer a pactua o entre diferentes atores políticos e sociais, o que, por vezes, cria obstáculos   existência de uma política efetiva.

Por seu turno, Schueler, Kzure e Racca (2018, p. 2013), a partir de seu estudo em favelas cariocas pontuaram que “comunidades de baixa renda, situadas em encostas ou em locais planos, apresentam sérios problemas de gestão ambiental urbana, sendo a geração, disposição e coleta de resíduos sólidos urbanos um deles”. Assim as reflexões dos autores buscaram contextualizar a situação da gestão do lixo em nove comunidades de baixa renda no bairro de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro, entre os anos de 2014 e 2016. Segundo os pesquisadores,

houve tempo em que o lixo urbano se acumulava nesses espaços pauperizados, pela inexistência de políticas públicas de saneamento. Todavia, a produção de resíduos na cidade contemporânea é resultado do mesmo tipo de consumo que afeta diferentes escalas e contextos socioeconômicos. Desafios como a alta densidade urbana, a falta de espaço para disposição temporária de resíduos e a dificuldade de acesso de caminhões e equipamentos de coleta em áreas de favelas, por exemplo, são permanentes. (Schueler, Kzure E Racca, 2018, p. 213),

Os autores concluíram que mesmo com coleta regular, ainda é frequente a presença de focos de disposição irregular de lixo nas favelas da cidade do Rio de Janeiro. E que deste modo deve-se abrir uma “discussão sobre as ações da esfera pública e do planejamento urbano na elaboração de projetos de urbanização de favelas que visem a melhoria da qualidade de vida dos moradores sob a perspectiva socioambiental e suas articulações com os aspectos socioeconômicos e socioculturais.” (Schueler, Kzure E Racca, 2018, P. 213),

Para Malello, Britto e Valle (2018, p. 24), no Brasil, há uma dificuldade de integração entre entes federativos na formulação e na implementação de políticas públicas nas diferentes esferas administrativas, “no que diz respeito às relações entre instâncias de governo formuladoras de diretrizes no nível nacional e as executoras no nível local”.

De acordo com a legislação vigente, os municípios são os responsáveis pelas atividades de manejo de resíduos sólidos urbanos (RSU) e limpeza urbana. A Lei Federal no 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), estabelece princípios e objetivos, proporcionando um marco para a gestão de RSU no Brasil. Qual é a real capacidade dos municípios de atenderem as determinações da Lei Nacional? (Malello, Britto E Valle, 2018, P. 24),

Os autores propuseram uma metodologia baseada na análise das lacunas e nos

dados do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (Snis), para identificar o grau de implementação da PNRS na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. E os resultados não foram animadores, uma vez que mostram, por um lado, um incremento na universalização do serviço nos municípios da RMRJ, mas, por outro, “a maioria dos objetivos da PNRS não só é desconsiderada, como também não possui diretrizes políticas ao nível local para serem encaminhadas e monitoradas. “O grau escasso de implementação da lei nacional evidenciado pelos resultados vem sendo interpretado nas conclusões mediante o marco teórico do institucionalismo, o que permite trazer novos questionamentos e possíveis desdobramentos para pesquisas futuras.” (Malello, Britto E Valle, 2018, p. 24),

Chierrito-arruda et al. (2018) Os resíduos mostram que a intensificação da produção de resíduos sólidos decorre de um contexto social em rápido desenvolvimento tecnológico que impõe novos padrões de consumo, o que exige da sociedade participação na destinação dos resíduos. Dizem os autores:

Quando implementado um sistema de coleta e reciclagem, os RSU passam a agregar um valor econômico para as pessoas envolvidas nessa atividades. As variáveis relacionadas ao comportamento pró-ambiental esclarecem a complexidade deste e representam um desafio para a psicologia ambiental e outras disciplinas no campo das ciências ambientais à procura de desenvolver uma aproximação interdisciplinar para a reciclagem. [...] Os principais estudos na área enfatizam os processos sociais e de construção de identidade como um ponto de partida para se pensar políticas e educação ambiental, uma vez que, tanto no modelo individual quanto no coletivo, a auto-afirmação e a auto-identidade se constroem como motivadoras do comportamento de reciclar, apoiadas principalmente por crenças ambientais, pela percepção ambiental e pelo altruísmo. As políticas sociais e os programas educativos devem ser implementados por agentes que garantam a premissa da gestão compartilhada de resíduos sólidos, com a mobilização da sociedade. (Chierrito-Arruda Et Al., 2018, P. 17)

Centenaro et. al. (2021) discutem como os determinantes sociais de saúde se relacionam com o contexto de vida e trabalho dos catadores de material reciclável, para tanto utilizaram observação sistemática participante, entrevistas

semiestruturadas e grupos de convergência. A análise dos dados seguiu os passos da apreensão, síntese, teorização e transferência. Os resultados da pesquisa indicaram o seguinte quadro: “idade avançada, autocuidado deficitário, iniquidades de gênero, violência e conflitos familiares se evidenciaram como elementos atrelados aos determinantes individuais, comportamentais e de redes sociais.” (Centenaro Et. Al., 2021, p. 1). Outros determinantes vinculados às condições de vida e trabalho se mostraram relacionados “ao pouco acesso à educação e trabalho formal, bem como ao cotidiano de riscos ocupacionais na reciclagem. Carência de direitos trabalhistas e de políticas públicas representou macro determinantes.”. E que as carências sociais e econômicas são potencializadas no contexto de vida e trabalho dos catadores, relacionando-se fortemente aos seus determinantes.

Pereira e Flore (2022, p. 643) pontuam que os resíduos orgânicos representam fração considerável dos resíduos sólidos urbanos gerados mundialmente. E que a compostagem é uma das formas de tratamento desse resíduo. A vantagem é que requer baixos investimentos e ser simples nas operações. Todavia, para sua gestão eficiente é crucial a segregação na fonte, com ampla participação da população. Assim, “compreender os motivos que levam ou não ao comportamento de separação, bem como o papel da gestão pública na condução do processo, é de suma importância na continuidade e na melhoria dos sistemas de tratamento desses resíduos”.

Pereira e Flore (2022, p. 643) fizeram uma pesquisa visando identificar os fatores que influenciam no comportamento da segregação de resíduos orgânicos na fonte geradora, para fins de tratamento em sistemas de compostagem e verificaram que os fatores influenciadores de segregação da matéria orgânica são: “infraestrutura física e conveniência, educação, dados sociodemográficos, fatores econômicos, norma e influência social, feedback, hábito, comportamento pró-ambiental, confiança no sistema e fatores associados à Teoria do Comportamento Planejado.” Os autores concluíram que

não há consenso quanto à intensidade e ao aspecto (positivo ou negativo) de influência dos fatores, pois eles dependem das

particularidades locais. Uma vez que existe relação de interdependência, um conjunto de fatores deve ser considerado para garantir adequado planejamento. Em sistemas de compostagem, a avaliação de eficiência da separação pode ser realizada de forma indireta, centrada na percepção do indivíduo e no autorrelato do comportamento; ou direta, com medições gravimétricas e de composição. Recomenda-se adotar ambas as formas, de modo complementar. p. 643. interações. (Pereira E Flore, 2022, p. 643)

Cervantes e Castellano (2022) argumentam que a gestão de resíduos urbanos é um problema que deve ser resolvido em cada cidade, mas estudos recentes têm negligenciado o gerenciamento das entidades responsáveis pelo problema. “La experiencia internacional indica que el componente social y el económico, la administración y la organización de los sistemas de gestión de RSU afectan el desempeño del ciclo de los residuos”. O estudo das autoras foi realizado sobre a entidade responsável pela gestão de resíduos urbanos, na segunda maior cidade do México, Guadalajara, a Unidad de Gestión Integral de Residuos De Guadalajara (UGIR). Conforme as autoras,

los principales problemas organizacionales de los RSU en el municipio se deben, de acuerdo a las entrevistas realizadas, a: las fallas en la implementación de programas enfocados en la separación, reciclaje y disminución de los residuos; la deficiente gestión de los vertederos sanitarios y la inexistencia de supervisión a las concesionarias encargadas del manejo de los residuos. Los fracasos que ha tenido el gobierno de Guadalajara para implementar acciones de separación, reciclaje y disminución en la generación de los RSU han venido acumulándose a lo largo del tiempo. (Cervantes E Castellano, 2022, P. 754)

A conclusão do trabalho das autoras sobre a UGIR é a seguinte:

La UGIR se muestra afectada por la baja institucionalización, reflejada en cosas como la carencia de manuales de operación, presupuesto y de recursos humanos entre otros. Lo que merma su desempeño. Esto deviene de la politización de la administración, ambigüedad en las metas, baja rutinización de procesos, entre otros. La formalización de la toma de decisiones pasaría por determinar códigos escritos de trabajo. Obligando con ello a adoptar metas y objetivos claros que, en consecuencia, reflejen menos politización de los cuadros operativos y directivos. Se hace imprescindible establecer planes con objetivos y metas para cada jefatura dentro de la unidad, con plazos

y establecimiento de recursos a ejercer, con el objeto de poder medir la eficiencia del personal. Así, cada participante comprendería su función en cuanto al impacto en el desempeño de la UGIR, disminuyendo el riesgo moral ante la ciudad. (Cervantes e Castellano, 2022, p. 754)

Marchi e Santana (2022) também buscaram delinear o perfil socioeconômico dos catadores de materiais recicláveis e aprofundar o conhecimento sobre esses trabalhadores e os serviços prestados pelas suas atividades na cidade de Salvador. Concluíram os autores que apesar de o estudo ter limitações, ele permitiu apontar o trabalho cooperativado como gerador de maior renda. E que as mulheres e os negros são majorias na composição desses empreendimentos. Argumentam os pesquisadores que a “organização cooperativa possibilita aos catadores efetuarem a comercialização dos materiais recicláveis a preços maiores, obtendo renda média mais alta que a dos catadores avulsos, em função da organização social, política e da capacidade de ganhar maior escala de produção.” (Marchi e Santana, 2022, p. 421)

Eles sugerem ao final do artigo que a realização de novos estudos para um conhecimento mais aprofundado desses trabalhadores da área de conservação ambiental, incluindo os estados do Nordeste brasileiro (região com uma das rendas per capita mais baixas do país) é muito importante, uma vez que podem se tornar “beneficiários de financiamentos que incluam construção de sede e compra de veículos, balanças, prensas, esteiras, EPI, entre outros bens necessários para a execução de trabalho relacionado à preservação da vida e da natureza.” (Marchi e Santana, 2022, p. 421)

Suárez; Hernández e Suárez (2022), da Universidad de Pinar del Río, Cuba, afirmam que os problemas ambientais da fase contemporânea trazem para as pessoas preocupações com a vida e que “no Conselho Popular de San Andrés, município de La Palma, Cuba, são evidentes os problemas ambientais causados pela falta de conscientização e de Educação Ambiental Popular, o que ocasiona modos inadequados de ação com o meio ambiente.” (Suárez; Hernández & Suárez, 2022, p. 989), O objetivo do estudo dos autores foi apresentar um programa de Educação

Ambiental Popular para atores sociais no Conselho Popular de San Andrés, município de La Palma, que contemplou as seguintes etapas: avaliação da situação ambiental atual, organização, intervenção e avaliação. Particularizando nos indicadores de consciência ambiental, comportamento ambiental e conhecimento ambiental.

Impulsar la educación Ambiental desde lo popular supone asumir el carácter amplio de un proceso, donde participen cada vez más amplios sectores de la sociedad. De esta forma se partió de un diagnóstico participativo donde los actores sociales identifican los principales problemas medioambientales que existen y, en conjunto, realizan propuestas para la solución de los mismos. (Suárez; Hernández & Suárez, 2022, p. 989)

En la investigación se concluye que el Programa de Educación Popular Ambiental propuesto tiene como base la participación consciente de los actores sociales ante las problemáticas ambientales que existen a nivel comunitario; particularizando en los indicadores de sensibilización ambiental, comportamiento ambiental y conocimiento ambiental. Como primer momento se produce un diagnóstico de la realidad donde se identifican los problemas socioambientales existentes y, posteriormente, se participa en las propuestas de solución, desarrollando habilidades para la gestión ambiental eficiente. (Pacheco, Hernandez E Suárez, 2022, p. 989)

Por seu turno, Gonçalves; Kligerman e Cohen (2022, p. 190) desenvolveram uma pesquisa, cuja práticas educativas em saúde ocorreram por meio de ferramenta pedagógica da problematização desenvolvida para o ensino das ciências ambientais, por meio do projeto 'Escola, saúde, ambiente e comunidade, cujo foco era o *Aedes aegypt*, e que poderá ser replicado em qualquer território nacional. Os autores pontuam que essa metodologia desenvolvida aproxima os estudantes da realidade local e realiza a troca de saberes e pensamento crítico. E que a metodologia da problematização é bastante útil para fazer diagnóstico de um problema territorial para o levantamento das necessidades locais e promoção de planejamento intersetorial, a cooperação com o trabalho prestado pelo outro e a socialização da aprendizagem. (Gonçalves; Kligerman & Cohen, 2022, p. 190) Por fim, os autores concluíram

que a efetividade do projeto de intervenção se apresentou na diminuição e na eliminação de ovos de *Aedes aegypti* no território trabalhado, demonstrado, assim, que as ações de controle vetorial se

apresentam com resultados favoráveis nas atividades de remoção mecânica sem utilização de produtos químicos, tão prejudiciais à saúde e ao ambiente, sendo as ações intersetoriais e, principalmente, a educação em saúde ambiental uma ferramenta para eliminação de criadouros de mosquitos, tendo como consequência a prevenção de doenças transmitidas por vetores, como a dengue, que causam epidemias e mortes.

Diniz e Calefi (2022) discutiram as contribuições da utilização do *role-play*, jogo de papéis, na introdução de assuntos da Educação Ambiental para a promoção da formação crítica e reflexiva. Nesse sentido, os autores elaboraram uma atividade de simulação de Assembleia Escolar e aplicada com nove estudantes do Ensino Médio e do Ensino Superior, matriculados em uma unidade do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo (IFSP), para discutir sobre o descarte de resíduos sólidos e a relação entre produção, consumo e sociedade. Foi realizada uma investigação qualitativa com características da pesquisa-ação. Para a coleta dos dados utilizou-se a observação participante, gravações dos encontros e análise das propostas elaboradas pelos sujeitos da pesquisa. Os dados foram analisados com base na análise de prosa e os resultados sugerem que a utilização do *role-play* contribui para a formação integral ao estimular o pensamento crítico e reflexivo, a argumentação e o respeito pela opinião do colega.

Molano e Almeida (2022) ao dialogar com Reigota (2012) e Leff (2010) argumentam que o ensino de ecologia e educação ambiental são diferentes; mas é muito comum serem vistos como sinônimos. “Embora a ecologia, como ciência, tenha uma importante contribuição a dar à educação ambiental, ela não está mais autorizada que a história, o português, a geografia, a educação física, as artes em geral”. (Reigota, 2012b, p. 44). Os autores citando Leff (2010), p. 219) dizem que as questões ambientais e os saberes que produzem “têm suas raízes na organização ecossistêmica da natureza, mas incorporada à subjetividade e à ordem da cultura”.

Tal concepção de ambiente consente analisar criticamente a pertinência do ultrapassado conceito de natureza virginal, intocada e pura, em um “mundo

contemporâneo onde a cultura, a tecnociência e os interesses políticos colonizaram todas as esferas humanas e todos os biomas e cantos geográficos da biosfera. A ideia de ambiente que reivindicamos se esvazia de sentido quando subtraímos dela o componente cultural.” (Molano & Almeida, 22, p.1)

2.4 DISCUSSÃO A PARTIR DOS ENFOQUES DOS AUTORES

A Política Nacional de Educação Ambiental instituída pela Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999 estabeleceu a educação ambiental em todos os níveis de ensino, podendo ocorrer por intermédio da produção e divulgação de material educativo e o apoio a iniciativas e experiências locais e regionais.

Os artigos trazidos para esta revisão coloca-nos a urgência de efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos no Brasil, uma vez que mesmo em estados economicamente mais prósperos a problemática da gestão dos Resíduos Sólidos se apresentam ainda sem maiores soluções. Nem nas capitais o problema está resolvido. Quando se parte para os municípios do interior a situação fica ainda mais séria.

Os artigos também colocam pelo menos três grandes problemas a serem resolvidos. A efetivação de políticas visando a gestão de Resíduos e a sua necessária eficiência, a baixa consciência ambiental da população sem a qual é impossível efetivar a separação dos resíduos (o que dificulta para os catadores) e a terceira é a situação dos próprios catadores que trabalham em ambientes insalubres, sem equipamentos apropriados. Colocam reiteradamente a necessidade de programas de Educação Ambiental como parte integrante da gestão dos Resíduos sólidos.

O artigo do México revela instituições gestoras ineficientes, com ausência de metas e politização da gestão, bem como baixa consciência ambiental dos gestores. O artigo de Cuba revela baixa consciência ambiental dos moradores e necessidade de implantação de programas de educação ambiental.

Entre os 17 objetivos do desenvolvimento sustentável está o objetivo 12 que

visa assegurar padrões de produção e consumo sustentável e a sua primeira meta é a implantar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, adotado em 2012 durante a Conferência Rio+20, esse Plano também é objeto da meta 8.4 do ODS-8 (Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos). Sua presença nesses dois objetivos se deve ao fato de que as práticas de produção e consumo sustentáveis pertencem tanto à dimensão econômica quanto à ambiental. (Barbiere, 2020)

Uma das metas do ODS 12 é reduzir a geração de resíduos através de atividades de prevenção, redução, reciclagem e reutilização. Para que essa meta seja cumprida é preciso que haja participação de governantes através da elaboração de seus planos oficiais de metas e estratégias para o cumprimento do ODS 12 em seus estados e municípios, mas também a participação da população. É o cidadão é ator fundamental no cumprimento dessas metas, é ele quem vivencia a cidade, que movimenta a economia, que é gerador e gestor do resíduo domiciliar, rural e urbano. Por este motivo, deve-se investir em educação ambiental para todos os cidadãos com foco na contribuição para o desenvolvimento sustentável das cidades.

A lei 12.305 de 02 de agosto de 2010 - PNRS, é um avanço muito importante para o Brasil em relação a diretrizes de gestão adequada dos resíduos sólidos, no entanto, ainda está a passos lentos para a sua execução principalmente nos municípios brasileiros. Diante dos estudos expostos nesta pesquisa é possível observar que a questão dos resíduos sólidos no contexto nacional ainda é um problema negligenciado pelos governantes.

É preciso que os cidadãos sejam conscientizados quanto a coleta seletiva dos resíduos sólidos, pois são atores importantes para alcançar os objetivos traçados por planos estaduais e municipais de gestão de resíduos sólidos. Inicialmente os governantes devem criar seus planos, traçarem suas metas, mas tão importante quanto é a educação ambiental para a população civil, ensiná-los a separar os resíduos domiciliares, como os orgânicos dos plásticos, vidros e outros materiais

recicláveis, não jogarem resíduos em locais inadequados, juntamente com políticas públicas organizadas por parte dos líderes de estado, a participação das empresas e indústrias trabalhando de forma sustentável, criando produtos biodegradáveis, aplicando a logística reversa, é possível, mesmo que a longo prazo, ter resultados positivos e significantes no que tange a gestão de resíduos sólidos.

Como dizem Paneluc e Silva (208, p. 139) um programa de EA aplicado à gestão ambiental de resíduos sólidos, que se caracteriza por sua base crítica e emancipatória, deve ter como mote primaz a redução do consumo e, posteriormente, a requalificação dos resíduos para o conseqüente reaproveitamento/reutilização. E “que os atores do processo devem ser permanentemente elevados ao nível de protagonistas, para que assim sintam-se corresponsáveis no processo de gestão.” Tal programa terá por atribuição promover a construção de conhecimentos e o desenvolvimento de valores, E a partir desta perspectiva, deve emergir o objetivo de mudança das representações dos indivíduos, proporcionando as condições para estabelecer um contato com o problema num plano mais significativo. É mediante suas relações sociais que os indivíduos expressam as suas crenças, valores e representações, construídas no grupo

REFERÊNCIAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 10004: Resíduos Sólidos: Classificação**. Rio de Janeiro, 2ª edição, 2004.

ABRELPE. Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2020. **Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais - ABRELPE**, p. 51, 2020.

ABREU, M. F. **Do lixo à cidadania: estratégias para a ação**. Brasília: Caixa, 2001.

BAUDRILLARD, Jean, 1995. **A sociedade de consumo**/Jean Baudrillard; tradução de Artur Mourão. – Rio de Janeiro: Elfos Ed.; Lisboa: Edições 70, 1995

BARBIERI, José Carlos - **Desenvolvimento sustentável: das origens à Agenda 2030** / José Carlos Barbieri. – Petrópolis: Vozes, 2020. – (Coleção Educação Ambiental)

BRASIL. PNRS. LEI 10.305/2012. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso 20 nov. 2021.

BRASIL. Agenda 2030 da ONU. Disponível em: <https://brasil.un.org> > pt-b. Acesso: 20 nov. 2021.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. Síntese das informações 2019. Campina Grande, Paraíba. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br>
Acesso em: 01 jun. 2022

BRASIL. A Política Nacional de Educação Ambiental instituída pela Lei nº 9.795, de 27 de abril. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm. Acesso: 20 mai 2022.

CAMPINA GRANDE, PB. Secretaria de Serviços Urbanos e Meio Ambiente SESUMA <disponível em:
<https://sesuma.org.br/projeto-recicla-campina-ja-e-uma-realidade-e-a-adesao-avanca-atuando-varios-bairros/>> Acesso em 01 jun.2022

CENTENARO, Alexa Pupiará Flores Coelho; BECK, Carmem Lúcia Colomé; SILVA, Rosângela Marion da; ANDRADE, Andressa de; COSTA, Marta Cocco da; SILVA, Ethel Bastos da. Catadores de material reciclável: vida e trabalho à luz dos determinantes sociais de saúde. **Revista Brasileira de Enfermagem**. 2021;74(6). Disponível em: <http://old.scielo.br>. Acesso 03 mar 2023.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 28, n.62, p.110-129, nov.2024/fev.2025

CERVANTES, Jessica Alejandra Toledo; CASTELLANO, Carlos Emigdio Quintero. Gestión de residuos sólidos urbanos en México: un caso de estudio desde la perspectiva organizacional. **FGV EAESP, ERA**, São Paulo, V. 62, n. 3, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-759020220302>. Acesso 03 mar 2023.

CHIERRITO-ARRUDA; Eduardo; ROSA, Ana Luísa Martins; PACCOLA, Edneia Aparecida de Souza; MACUCHI, Regiane da Silva; GROSSI-MILANI, Rute. Comportamento pró-ambiental e reciclagem: revisão de literatura e apontamentos para as políticas públicas. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo. Vol. 21, 2018. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.scielo.br/j/asoc/a/rzWM4SZG9B4Xx7SCqZQnvmb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso 03 mar 2023.

GONÇALVES, Eduarda Cristina Poletto; KLIGERMAN, Debora Cynamon; COHEN, Simone Cynamon. Programa Saúde na Escola: projeto de intervenção contra a dengue em Matinhos- PR. **Saúde em debate** 46 (spe3). Nov 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-11042022E314>. Acesso 03 mar 2023.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder**. 3. ed. México: Siglo XXI, 2010.

MAIELLO, Antonella; BRITTO, Ana Lucia Nogueira de Paiva; VALLE, Tatiana Freitas. Implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro 52(1):24-51, jan. - fev. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-7612155117> Acesso 03 mar 2023.

MARCHI, Cris Maria Dacach Fernandez; SANTANA, Joílson Santos. Catadores de materiais recicláveis: análise do perfil socioeconômico na cidade de Salvador, Bahia, Brasil. **Interações**, Campo Grande, MS, v. 23, n. 2, p. 413-422, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.20435/inter.v23i2.3058>. Acesso 03 mar 2023.

PENELUC, Magno da Conceição; SILVA, Sueli A. Holmer. Educação ambiental aplicada à gestão de resíduos sólidos: análise física e das representações sociais. **Faced**, Salvador, n.14, p.135-165, jul./dez. 2008. Disponível em: <2008137extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/http://arquivo.ambiente.sp.gov.br/cea/2016/08/R3.pdf>. Acesso 03 mar 2023.

PEREIRA, Vanessa Rodrigues; FIORE, Fabiana Alves. Fatores influenciadores da segregação de resíduos orgânicos na fonte geradora para a viabilização de sistemas de compostagem. **Eng Sanit Ambient** | v.27 n.4 | jul/ago 2022 | 643-652. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-415220200434> . Acesso 03 mar 2023.

REIGOTA, M. **O que é educação ambiental**. São Paulo: Brasiliense, 2012b.

SARCHS, I. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Garamond, 2012.

SCHUELER, Adriana Soares de; KZURE, Humberto; RACCA, Gustavo Badolati. Como estão os resíduos urbanos nas favelas cariocas? RBE. **Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)**, 2018 jan./abr., 10(1), 213-230. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.scielo.br/j/urbe/a/>. Acesso 03 mar 2023.

SILVEIRA, Raquel Maria da Costa; FONSECA, Fábio; ALMEIDA, Jélisse Vieira Gomes. A proteção ambiental e a gestão compartilhada: um estudo de caso na Região Metropolitana de Natal. **Cad. Metrop.**, São Paulo, v. 20, n. 42, pp. 513-530, maio/ago 2018. Disponível em: • <https://doi.org/10.1590/2236-9996.2018-4210>. Acesso 03 mar 2023

SUÁREZ, Yelineis Pacheco; HERNÁNDEZ, Liselis Valdés; SUÁREZ, Yarlenis Pacheco. A Educación Popular Ambiental, un programa de capacitación para actores sociales. **Mendive. Revista de Educación**. Vol. 20. No. 3 (julio-septiembre). Disponível em: <https://mendive.upr.edu.cu/index.php/MendiveUPR/article/view/3006>. Acesso 03 mar 2023.