

Rodrigo Gomes: Conexão intersubjetiva por reciprocidade

Certa vez, navegando pela rede mundial de computadores e consumindo conteúdos produzidos por alguns perfis jurídicos de uma notória rede social, deparei-me com uma publicação que trazia em seu bojo o seguinte questionamento retórico e de cunho tragicômico: *"Um senhor de 65 anos, em um relacionamento amoroso com uma mulher de 40 anos. Em meio a uma discussão, ambos se agridem, causando lesões corporais de gravidade equivalente. Incide o Estatuto do Idoso ou a Lei Maria da Penha?"*

Ou seja: quando uma mulher é agredida fisicamente pelo companheiro idoso e, sucessivamente, desfere golpes contra este — obviamente fora dos casos de legítima defesa — fica configurada violência de



Esclareço que, salvo melhor juízo, a malfadada publicação

criticava o suposto excesso estatal na implementação das políticas de proteção das minorias envolvidas, que, na visão da influenciadora, culminava em absoluto desequilíbrio, sugerindo ela, ainda, com a esdrúxula "reflexão etarista", que todos aqueles que expressavam opiniões dissonantes eram hipócritas. Como se fosse possível, na hipótese levantada pela influenciadora, escolher quem proteger, em um Estado democrático de Direito e que, por essa razão, detém o compromisso de respeitar o direito das minorias. A proteção dos hipervulneráveis não deve ser detrimetosa.

Por óbvio, não vou, aqui, me ater à questão "política" propulsora da "opinião da influenciadora", mas tão-somente ao ponto nevrálgico que chama a atenção de qualquer processualista atento: o critério de fixação da competência nos crimes perpetrados, reciprocamente, por pessoas hipervulneráveis. A famigerada "conexão intersubjetiva por reciprocidade", prevista no artigo 76, inciso I, parte final, do Código de Processo Penal, acrescida das peculiaridades já apresentadas. Pois bem.

No caso de conexão intersubjetiva por reciprocidade entre uma pessoa idosa e a sua companheira, qual será o juízo competente para processar e julgar as pretensões punitivas em face dos sujeitos passivos?

Nunca é demais lembrar que conceber a conexão como critério de fixação de competência é de um equívoco ululante. Cuida-se, na verdade, de causa de modificação de competência, fazendo com que dois ou mais crimes ou dois ou mais réus sejam julgados na mesma oportunidade. Em suma, os réus terão o mesmo processo e, portanto, o mesmo julgamento, por questão de economia processual, a fim de se rechaçar a prolação de decisões antagônicas, contraditórias.

Trata-se de contenda entre pessoas reconhecidamente hipervulneráveis, consoante se infere do RHC 100.446 [1] (mulher em situação de violência doméstica) e do EREsp 1.192.577 [2] (idosos) julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Apenas por excesso de zelo, cumpre destacar que a hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor [3]. Em linhas gerais, hipervulnerabilidade é um estado de vulnerabilidade acentuadíssima.

Antes que o hibridismo causado pela transposição do conceito doutrinário de "hipervulnerável" da seara consumerista para a seara processual-penal cause estranheza no leitor, cumpre consignar que este subscritor é um ativista da Teoria do Diálogo das Fontes, desenvolvida pelo professor Erick Jaime, na Alemanha, e pela professora Cláudia Lima Marques, no Brasil. Malgrado ser a hipervulnerabilidade um conceito construído na seara consumerista, não há óbice na sua utilização no processo penal para solucionar o entrave endoprocessual, mormente por viabilizar providências de cunho altamente protetivo e humanitário em prol de vítimas deste gênero.

Claudia Lima Marques ensina os fundamentos da teoria:

"É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

Erik Jayme, em seu *Curso Geral de Haia de 1995*, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, II, p. 60 e 251 e ss.).

O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É denominada 'coerência derivada ou restaurada' (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'.

'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)." [4]

Dito isto, passamos ao enfrentamento da questão exposta.

Percebe-se que existe uma equivalência protetiva entre os dois hipervulneráveis: a mulher; e o idoso. Partindo dessa premissa, como seria fixada a competência para o julgamento dos crimes em questão? Será que eleger o juizado de violência doméstica e familiar em detrimento do júízo criminal (ou outro especializada em crimes praticados contra a pessoa idosa, dependendo da unidade federativa e da respectiva organização judiciária) é a melhor solução? Hierarquizar ou subcategorizar hipervulneráveis é coerente? Ora, se ambos são hipervulneráveis, o que tornaria um mais digno de tutela do que o outro? Acredito não fazer sentido, definitivamente. As peculiaridades de cada vítima/agressor devem ser respeitadas.

A compreensão do conceito de "hipervulnerável" pelo STJ é inquestionavelmente evolutiva, materialmente isonômica e antidiscriminatória, devendo ser respeitada em todas as searas processuais, pois, caso contrário, culminaria em retrocesso (Efeito Cliquet ou Princípio da Não-Reversibilidade), o que, aliás, é proibido pela Constituição da República Federativa de 1988, no seu artigo 3º, inciso IV.

Segundo Canotilho [5], "'efeito cliquet' dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios".

A propósito, deve ser consignado que o progresso jurisprudencial na tutela de hipervulneráveis também é conquista social humanitária inarredável — dada a importância do ativismo judicial na proteção das minorias

— a qual também se subsume à teoria do "Efeito Cliquet", "Princípio da Não-Reversibilidade" ou da vedação do retrocesso social.

A fim de se obstar uma involução na aferição das dimensões do princípio da isonomia (isonomia formal em detrimento da isonomia material), necessário se faz adotar medidas que garantam a tutela dos direitos processuais-penais dos dois hipervulneráveis personagens do imbróglio, de acordo com o "garantismo penal integral" do professor Douglas Fischer [6]:

"(...)Assim, partindo de dois parâmetros do princípio da proporcionalidade, a saber, a proibição do excesso e a vedação da proteção deficiente, e das premissas teóricas do neoconstitucionalismo, os defensores do garantismo penal integral apresentam modelo no qual todas as gerações de direitos fundamentais deveriam ser protegidas, o que não só melhoraria a proteção dos direitos individuais contra as arbitrariedades do poder punitivo, como também permitiria o resguardo eficaz dos "anseios da sociedade." [7]

"Dessa forma, sob o viés da vedação do excesso, existiria o denominado garantismo negativo, com raízes na função liberal-iluminista do Direito Penal e responsável pela garantia das liberdades individuais contra os excessos punitivos estatais [8]. Sob a ótica da proibição da proteção deficiente, seria vislumbrado o garantismo positivo, cuja função seria a de assegurar os direitos de prestação por parte do Estado e não apenas aqueles "que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas." [9]

Isto é, para que seja factível o respeito aos dois vieses do garantismo penal integral, mister se faz adotar uma das soluções oferecidas pela própria legislação processual-penal brasileira, em seu artigo 80, *in verbis*:

"Artigo 80 do CPP. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação."

Nas circunstâncias do caso sob exame, a necessidade de se tutelar satisfatoriamente os interesses de hipervulneráveis, evitando-se a discriminação e o retrocesso social não se enquadraria na expressão "outro motivo relevante"? A resposta só pode ser positiva, pois são direitos inegociáveis, indisponíveis e insuplantáveis, mostrando-se providencial a cisão das demandas deflagradas e, por conseguinte, a autuação dos processos nos respectivos juízos absolutamente competentes, para que se realize, verdadeiramente, o ideal de justiça.

[1] RHC 100446.

[2] EREsp 1192577.

[3] SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

[4] <https://www.migalhas.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>

[5] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

[6] FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, nº 28, mar. 2009.

[7] MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, nº 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 192.

[8] MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, nº 29, v. 1, p. 185-199, dezembro de 2010, p. 190.

[9] SANTANA, Selma Pereira de. Garantismo penal à brasileira. Revista do Ministério Público Militar, Brasília, v. 38, nº 23, nov. 2013, p. 24.

Date Created

08/06/2023