

Organizadores:
Cristhian Magnus De Marco
Magda Cristiane Detsch da Silva

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2017



Editora Unoesc

© 2018 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (55) (49) 3551-2000 - Fax: (55) (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Revisão Metodológica: Bianca Regina Paganini
Projeto gráfico e capa: Simone Dal Moro

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina.
Campus de Joaçaba
Coletânea de artigos 2017 / organizadores Crithian
Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva. –
Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.
582 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 3)

ISBN: 978-85-8422-173-8 (volume 3)
Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crithian Magnus,
(org.). II. Silva, Magda Cristiane Detsch da, (org.). III.
Titulo. IV. Série

Doris 341

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira

Ildo Fabris

Campus Xanxerê

Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

Maria Rita Chaves Nogueira

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 7

ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES E DOCENTES DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC, CAMPUS JOAÇABA

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM
CRIMES AMBIENTAIS..... 11
Tenisa Kappes, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

A APLICABILIDADE DAS LEIS PENAS NACIONAIS EM FACE
DE CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DIPLOMÁTICOS
ESTRANGEIROS: O ABUSO DA IMUNIDADE PENAL
DIPLOMÁTICA..... 37
Ana Carolina Müller, Carolina de Figueiredo Furtado

A EDUCAÇÃO BÁSICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HOMESCHOOLING, A EDUCAÇÃO
DIRIGIDA PELOS PAIS..... 63
Andressa Piovesan, Roni Edson Fabro

A POSSIBILIDADE DE PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO EM
EXECUÇÃO DE DÍVIDA NÃO ALIMENTAR..... 85
Luana Ratti da Silva, Roni Edson Fabro

A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO INDÍGENA: UM ESTUDO
ENQUANTO DIREITO CULTURAL E POSSÍVEIS VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 111
Estéfani Mitterer de Souza, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA EM SANTA CATARINA E A
IMPLANTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA ADIN
Nº 4270..... 133
André Luiz Gralha Bernardi, Rafaella Zanatta Caon Kravetz

AUTONOMIA DA VONTADE EM TRATAMENTOS TERAPÊUTICOS ... 155
Jucelia Depelegrin, Jorge Eduardo Hoffmann

DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	181
Jucieli Aparecida Varela	
DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE: MORTE DIGNA A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	207
Gleciane Pereira Katschi, Roni Edson Fabro	
EFETIVIDADE DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	233
Natália Mota Medeiros, Magda Cristiane Detsch da Silva	
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE	255
Barbara Padilha dos Santos, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
FEMINICÍDIO: EVOLUÇÃO SIMBÓLICA E MIDIÁTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL.....	281
Roberto Jacobi de Oliveira, Sarajane Rodrigues Candeia	
MATERNIDADE E CÁRCERE: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	315
Heloizi Marina Slongo	
O DIREITO AO PORTE DE ARMA FUNCIONAL AOS SERVIDORES DA PERÍCIA CRIMINAL: UMA DISCUSSÃO VOLTADA AO CASO DE SANTA CATARINA.....	347
Rafaella Zanatta Caon Kravetz, Vanessa Rech	
O PODER JUDICIÁRIO: REFLEXOS ADVINDOS DA INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS E O ERRO JUDICIÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA AO RÉU	377
Cleonice Luvison, Rafaella Zanatta Caon Kravetz	
O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO FRENTE À ASCENSÃO DE MOVIMENTOS SEPARATISTAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA DO MOVIMENTO “O SUL É MEU PAÍS”.....	403
Juliana Costenaro	

OS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REFORMULAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO431
Bianca Dutra Brocardo, Janaína Dias de Deus

TRIBUNAL DO JÚRI: SISTEMA DEMOCRÁTICO OU INQUISITORIAL 455
Thayssa Pogorzelski da Cunha, Sarajane Rodrigues Candeia

ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES E DOCENTES DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC

A AUTONOMIA DA VONTADE NA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA-MORAL DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM 487
Cassiane Wendramin, Janaína Reckziegel

A REFORMA TRABALHISTA E O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR 507
Miguel Horvath Júnior, Silvia Helena Grassi de Freitas

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 527
Alexsandra Fraron, Janaína Dias de Deus

DIREITO À MEMÓRIA NO BRASIL: IDENTIDADE(S) E PRESERVAÇÃO EM PERSPECTIVAS BRASILEIRAS..... 559
Thaís Janaina Wenczenovicz, Vitor Salino de Moura Eça

APRESENTAÇÃO

Com enorme satisfação, apresentamos ao público esta Coletânea: *Diálogos sobre Direito e Justiça*, patrocinada pelo quarto ano consecutivo pelo Curso de Direito da Unoesc, *campus* de Joaçaba.

Os textos resultam de investigações científicas realizadas pelos docentes e pelos discentes do Curso de Direito. E, além disso, a presente coletânea tem servido de incentivo para que os acadêmicos produzam – no processo de orientação de trabalho de curso ou de iniciação científica – textos que, no momento de sua defesa ou apresentação, recebam a nota distintiva de publicação.

Todos os trabalhos mostram abordagens éticas e sociais que acompanham os seus aspectos jurídicos. Isso evidencia uma preocupação que perpassa todas as suas fases do Curso de Direito, a saber, a formação de egressos capazes de refletir sobre a realidade e pensar numa sociedade mais igualitária e, por conseguinte, mais livre.

Incluímos, novamente, uma seção com textos oriundos da pós-graduação, valorizando, desta forma, a inserção do Curso de Mestrado em Direito da Unoesc, na graduação.

Por fim, salienta-se que este volume é composto, em sua maioria, por pesquisas realizadas por Mestres em Direito que obtiveram sua titulação no PPGD da Unoesc. Este fato evidencia a forma dedicada e competente com que esses professores seguem realizando pesquisas. Com efeito, a titulação do corpo docente sem dúvida representa um grande salto de qualidade.

Ótima leitura a todos!

Os organizadores.

**ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES E
DOCENTES DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNOESC, CAMPUS JOAÇABA**



A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES AMBIENTAIS

Tenisa Kappes¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de averiguar a possibilidade de utilização do princípio da insignificância em delitos ambientais, a fim de garantir a efetiva proteção a todo ecossistema tendo em vista que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 e pelo fato de que o cometimento de um dano ambiental pode se estender a diversos locais, por um tempo indeterminado, ocasionando danos inimagináveis. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, expondo posicionamentos doutrinários a respeito da aplicação ou não do princípio da insignificância no direito ambiental. Quanto a sua natureza, a pesquisa utilizar-se-á do método qualitativo teórico, buscando uma análise das atuais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Em uma breve análise das recentes decisões jurisprudenciais dos tribunais acerca da possibilidade de aplicação de tal princípio em face da tutela ambiental, verificou-se posicionamentos divergentes sobre a utilização do princípio da insignificância em matéria ambiental. Os tribunais brasileiros ainda se mostram cautelosos em sua aplicabilidade no direito penal ambiental. Por conseguinte, perante divergências quanto a aplicação de tal princípio, verifica-se que é necessário analisar cada caso concreto, observando as peculiaridades de cada situação, com o propósito de alcançar uma decisão justa e equilibrada capaz de suprir as necessidades da sociedade, sem implicar prejuízos às gerações presentes e futuras.

Palavras-chave: Crimes ambientais. Princípio da insignificância. Direito ambiental.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; tenisa.kappes@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A qualidade do meio ambiente está diretamente ligada à qualidade de vida. O cuidado e a preocupação com um meio ambiente ecologicamente equilibrado vêm, a cada dia, aumentando, com a utilização consciente dos recursos naturais, sendo que condutas contrárias à preservação e conservação dos bens ambientais devem ser reprovadas.

O direito, por meio da Constituição Federal, com o intuito de penalizar atos degradantes cometidos em desfavor do meio ambiente, instituiu responsabilidades aos causadores de danos ambientais, que poderão ser concomitantemente responsabilizados em três esferas, sendo civil, administrativa e penalmente.

A responsabilidade civil decorre da obrigação do infrator em reparar os danos causados ao meio ambiente. Por sua vez, a responsabilidade administrativa advém do poder de polícia da administração, podendo impor sanções administrativas ao infrator. No contexto penal, a responsabilidade do infrator se deve através da elaboração de tipos penais e sanções devido a violação de uma norma penal.

Para tanto, em se tratando de delitos penalmente reprováveis, há a questão da possibilidade da (in)aplicação do princípio da insignificância em face dos crimes ambientais. Tal princípio é muito debatido entre os operadores do direito penal e direito ambiental, visto que a Constituição Federal de 1988 promoveu à categoria de direito fundamental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, possibilitando a reflexão sobre a existência ou não de lesão a ser considerada insignificante.

O princípio da insignificância procura remover da tutela penal as condutas que apresentam um mínimo grau de lesão, um dano irrelevante, causando, desse modo, uma excludente da tipicidade material do crime, exigindo assim, um prejuízo ao bem jurídico tutelado para que a conduta

seja considerada crime, não se contentando com a mera adequação formal da conduta aos elementos integrantes do tipo.

Estando o meio ambiente inserido no rol dos bens jurídicos de maior relevância e preocupação para a sociedade, se faz necessária maior proteção e cerceamento no que diz respeito a este tema, incumbindo ao direito penal a tarefa de protegê-lo e resguardá-lo.

A problemática da aplicação do princípio da insignificância em relação aos crimes ambientais está no fato de que um dano ocorrido em determinado tempo e lugar poderá se estender a diversos locais, por um tempo indeterminado, podendo ocasionar danos inimagináveis. Embora esses danos possam ser considerados insignificantes, se analisado individualmente, acumulados eles podem gerar efeitos catastróficos e irreversíveis, já que o meio ambiente não é estagnado, possuindo interações entre os seres vivos e ecossistemas. Assim, uma conduta lesiva ou um dano gerado ao meio ambiente não pode ser analisado individualmente e, sim, como uma soma de consequências, de efeitos e degradação sobre o todo. Ou seja, uma intervenção sobre um meio ambiente ecologicamente equilibrado abre caminho para que ocorram consequências lesivas sobre todo o ecossistema, afetando a qualidade desse.

Esse trabalho está dividido em três partes. Em um primeiro momento tratar-se-á sobre o princípio da insignificância, expondo seu conceito, origem e os requisitos para sua aplicação. Em uma segunda ocasião, verificar-se-á a tutela do meio ambiente e a sua relevância de proteção penal, elencando a responsabilidade dos infratores prevista na Constituição Federal de 1988. Em um terceiro momento, averiguar-se-á o cabimento do princípio da insignificância em delitos ambientais, verificando as decisões recentes dos tribunais acerca do assunto e reconhecendo a possibilidade da legalidade ou não de tal princípio em face de crimes ambientais.

2 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

Para responder sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no Direito Ambiental é importante conhecer sua origem, conceito bem como suas características.

2.1 CONCEITO E ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O entendimento majoritário dos doutrinadores sobre o princípio da insignificância, também conhecido como princípio da bagatela, afirma que esse teve sua origem no Direito Romano, no qual o juiz não cuidava dos pequenos delitos, fundado no provérbio “o pretor não cuida de coisas pequenas”, ou seja, um magistrado não deve se preocupar com casos insignificantes e sim com questões que ofendam a um bem jurídico (CAPEZ, 2012, p. 29), excluindo-se assim tipos penais considerados de pequena monta.

Essa ideia foi introduzida na doutrina penal em 1964, por Claus Roxin, por meio da mudança do pensamento do jurista, que entendeu ser possível a exclusão da penalidade de uma conduta que não causasse lesão significativa a um bem jurídico (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 106).

Ackel Filho (1988, p. 73) compreende que o princípio da insignificância é aquele que possibilita afastar a tipicidade de fatos considerados insignificantes, destituídos de reprovabilidade, de maneira a não fazer jus à valoração penal, sendo considerados, portanto, irrelevantes. De igual modo, Sampaio (2014) reitera que tal princípio afasta a tipicidade penal, descriminalizando a prática delituosa, absolvendo assim o acusado, com o intuito de fazer com que o poder judiciário se ocupe dos crimes que causem lesões graves aos bens jurídicos a fim de evitar acúmulo de processos, desafogando o poder judiciário, bem como o sistema carcerário.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016a), o princípio da insignificância tem o propósito de afastar a própria tipicidade penal, não considerando o ato praticado como um crime, resultando na absolvição do réu. Assim, a aplicação desse princípio se vale de que o direito deve desprezar condutas que resultem em ínfimo prejuízo ao bem jurídico tutelado.

Todavia, Brutti (2005) assinala que o princípio da insignificância deve ser empregado com ponderação, observando o caso concreto, a fim de não servir como uma porta aberta à impunidade. Também nesse mesmo pensamento corroboram Mirabete e Fabbrini (2011), quando afirmam que esse princípio deve ser aplicado com cautela visto que sua aplicação admite um juízo de valores quanto ao grau de lesão ao meio ambiente, se significativa ou não. Esses dois autores ainda entendem que, sendo o crime uma transgressão a um bem jurídico relevante, é necessário estabelecer um princípio a fim de afastar do direito penal as lesões irrelevantes. Acordam ademais que, para a utilização de tal princípio devem ser analisados unicamente as circunstâncias objetivas do fato, descartando as circunstâncias subjetivas tais como antecedentes do infrator, sua personalidade bem como a motivação para a prática de tal delito, todos relacionados à culpabilidade.

2.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

As normas jurídicas ainda são omissas quanto ao princípio da insignificância e sua aplicabilidade, cabendo à doutrina e jurisprudência estabelecer requisitos para a sua aplicação. Tais requisitos encontram respaldo em outros princípios, tais como o da intervenção mínima e proporcionalidade, ambos já anteriormente descritos.

Silva (2008, p. 83) dispõe que, atualmente, ainda há um pouco de resistência de alguns juristas na aplicação do princípio da insignificância pelo fato

de que este poderia colidir com a segurança jurídica, sendo um entrave para a sua aplicação. O senso individual de justiça dos magistrados pode condicionar a um julgamento pessoal do que seria uma conduta insignificante ou não.

O entendimento majoritário dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é na existência de quatro requisitos para a aplicação do princípio da insignificância, que devem estar presentes em cada caso, cumulativamente, sendo a mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, falta de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica provocada (DISTRITO FEDERAL, 2016).

Gomes (2009, p. 16) explica que, para ser possível a aplicação do princípio da insignificância, se faz necessário o preenchimento desses supracitados requisitos, conjuntamente. Ainda, a conduta somente poderá ser considerada insignificante após instruído o feito

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE MEIO AMBIENTE

O capítulo em apreço abordará a tutela do meio ambiente e sua relevância, apresentando ainda a responsabilidade dos infratores, prevista na Constituição.

3.1 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A proteção do meio ambiente é uma preocupação de todos, já que a digna qualidade de vida depende de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. As condutas lesivas a esse meio atingem toda a coletividade, atentando contra interesses coletivos e difusos, não somente contra interesses individuais. Assim, surge o direito penal, com o propósito de tutelar o meio ambiente, efetivando normas, solucionando conflitos bem como atuando como instrumento de prevenção de crimes ambientais (MARTINS, 2007).

A expressão “meio ambiente” pode ser entendida como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981). O direito veio para tentar estabelecer regras a fim de impedir danos ao meio ambiente, de forma preventiva, bem como responsabilizando os infratores, de forma opressiva (DELGADO, 2008).

3.2 A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO PENAL AO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente é amparado pela Constituição Federal, considerado como de especial proteção, devendo o Estado e a sociedade protegê-lo para que possa ser usufruído pelas presentes e futuras gerações.

3.2.1 O meio ambiente como bem jurídico penalmente relevante

Quando da ascensão do meio ambiente ao rol de direitos fundamentais, a partir da Constituição de 1988, verificou-se a necessidade de tutelá-lo penalmente, haja vista se tratar de um bem jurídico relevante, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (COSTA, 2013, p. 61).

Silva (2011, p. 56) elucida que “a agressão ao meio ambiente atinge um número indeterminado de indivíduos, o que o caracteriza como um bem jurídico de interesse difuso.” Assim, diante da ineficácia da responsabilidade civil e administrativa para restringir condutas lesivas ao meio ambiente, mostrou-se necessário responsabilizar penalmente o infrator a fim de impedir a degradação ambiental (FREITAS, 2014, p. 49), suprimindo a precariedade de legislação específica quanto a tutela penal do meio ambiente, que somente era tutelada na Lei das Contravenções Penais.

Silva (2008) corrobora com o ensinamento de Freitas quando instrui que a tutela penal do meio ambiente se sobressai diante da ineficácia da tutela cível-administrativa, já que estas não tem logrado êxito na proteção ao meio ambiente. Assim, foi promulgada, em 12 de fevereiro de 1988, a Lei Federal

nº 9.605, com o intuito de responsabilizar penalmente as pessoas físicas e jurídicas que praticarem condutas lesivas ao meio ambiente. Tal lei busca a reparação do dano e a reeducação do infrator, aplicando penas alternativas e incentivando a reparação, e não apenas buscando a persecução penal ou encarceramento do infrator (LEAL JÚNIOR, 2007).

A Lei Federal nº 9.605/98 ainda prevê a responsabilização de pessoa jurídica no âmbito penal, estabelecendo penas aplicáveis à essas pessoas, tais como multa, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade (MARCÃO, 2015). O artigo 3º da supracitada lei rege que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente [...] nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual.” Tal artigo ainda rege que a responsabilidade das pessoas jurídicas não excluirá a responsabilidade das pessoas físicas que atuarem como autoras, coautoras ou ainda como partícipes do fato delituoso.

À vista disso, no julgado nº 548.181, de agosto de 2013, a Ministra Rosa Weber compreendeu que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é possível em razão da previsão contida no artigo 225, § 3º da Constituição Federal e artigo 3º da Lei Federal nº 9.605/98, mas, para tanto, há de existir, simultaneamente, a imputação da pessoa jurídica e da pessoa física que age em seu nome ou em seu benefício (BRASIL, 2013).

3.3 A RESPONSABILIDADE DOS INFRADORES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em se tratando de delitos cometidos ao meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 prevê a responsabilidade dos infratores sobre a órbita da tríplice responsabilidade estabelecendo, em seu artigo 225, § 3º, a necessidade de responsabilizar os sujeitos que causem lesão ao meio ambiente (FIORILLO, 2015, grifo nosso) sujeitando o infrator, desse modo, a responsabilidade penal, administrativa e civil, a saber: “As *condutas* e atividades consideradas *lesivas ao*

meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Em assim sendo, o dispositivo constitucional previu que condutas lesivas ao meio ambiente podem levar o Estado a aplicar determinadas sanções, independentes entre si, sendo a aplicação de uma sanção administrativa, por conta da responsabilidade administrativa, uma sanção civil, em decorrência da obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, e uma sanção penal, em decorrência da responsabilidade penal.

Pinto (2002) esclarece que a responsabilidade administrativa ocorre em decorrência do poder de polícia da administração, resultando na imposição de sanções administrativas impostas pelo Decreto Federal nº 6.514/08, o qual dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo para apuração dessas infrações, bem como pela Lei Federal nº 9.605/98 que dispõe também sobre as sanções administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a qual define, em seu artigo 70, infração administrativa como sendo “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.” O Decreto Federal nº 6.514/08, em seu artigo 2º, também define infração administrativa com texto idêntico.

A responsabilidade administrativa sujeita o infrator a sanções, sejam advertência, multa simples, multa diária, interdição e embargo da atividade/obra, entre outras (BRASIL, 2008) decorrente do poder de polícia da administração que, no caso, está vinculado à defesa de interesses difusos. Tal poder administrativo é inerente à administração de todas as entidades estatais, seja a União, os Estados e os Municípios, respeitadas as competências institucionais.

O poder de polícia, em se tratando de meio ambiente, está disciplinado na Lei Federal nº 9.605/98 que estabelece que os funcionários dos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente bem como os agentes das Capitâneas dos Portos e do Ministério da Marinha são

autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo.

A responsabilidade civil, por sua vez, ocorre toda vez em que há dano ambiental, e tem o intuito de reparar o dano causado, ou seja, a reconstruir o ambiente a fim de se chegar o mais próximo daquela situação existente antes da ocorrência do dano (MACHADO, 1998).

Essa responsabilidade, de pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, é objetiva, ou seja, independe da existência de dolo ou culpa do infrator, exigindo apenas o dano e o nexo de causalidade (RODRIGUES, 2005). Portanto, para sua responsabilização “somente deve se comprovar o evento danoso, a conduta lesiva e o nexo causal entre o dano e a conduta do poluidor.” Assim, tanto o poluidor direto quanto o indireto, por ação ou omissão, tem o dever de reparar o dano causado ao meio ambiente (DELGADO, 2008).

Por fim, a responsabilidade penal ocorre quando há violação de uma norma de direito penal, seja por uma conduta omissiva ou comissiva, seja por pessoas físicas ou jurídicas. Essa responsabilidade está amparada no direito ambiental na Lei Federal nº 9.605/98, a qual estabelece sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (SILVA, 2000). Tal lei sujeita o infrator a sanções penais, podendo ser privativa de liberdade, restritiva de direitos e/ou multa (BRASIL, 1998).

A responsabilidade penal, diferentemente da civil e administrativa, é subjetiva, ou seja, requer a existência e demonstração de dolo e/ou culpa (RODRIGUES, 2005). Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015) consolidam que, à luz do § 3º do ar 225 da Constituição Federal, “a mesma conduta do poluidor, a depender do caso concreto, pode ser enquadrada simultaneamente e de forma independente nas três esferas de responsabilização pelo dano ambiental.”

Assim, a tutela do meio ambiente, tanto na responsabilidade civil, como na administrativa e penal, deve atentar para a prevenção de danos ambientais, ao invés de buscar posterior reparação (MARTINS, 2007).

4 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO AMBIENTAL

Salomão (1999, p. 45) entende que o direito penal, atuando como forma de controle social, deve somente interferir quando o bem jurídico tutelado sofrer um dano significativo, independentemente de ser um bem individual ou coletivo, somente devendo ser utilizado o princípio da insignificância quando o dano for mínimo, levando em consideração a gravidade da lesão e não o objeto tutelado.

Apesar de ser o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da insignificância no direito penal ambiental, ainda é visto com receio por parte de alguns doutrinadores, os quais se mostram cautelosos quanto a aplicação ou não desse princípio.

4.1 RECONHECIMENTO DE LESÃO AMBIENTAL PENALMENTE INSIGNIFICANTE

Silva (2008, p. 88) compreende que é fundamental verificar se o delito praticado contra o meio ambiente provoca lesão a fim de considerar a aplicação ou não do princípio da insignificância, devendo ser levado em consideração a relevância do bem jurídico protegido. Continua, alegando que os delitos ambientais podem atingir condutas que, apesar de típicas, não afrontam materialmente o meio ambiente. Em assim sendo, não devem ser vistas como uma afronta ao direito penal.

Com a finalidade de verificar se uma lesão é penalmente insignificante, mister se faz compreender o que vem a ser dano ambiental, que é entendido como uma lesão aos recursos naturais com conseqüente degradação/alteração do equilíbrio ecológico (MILARÉ, 2001). Leal Júnior (2007) confirma que o dano decorrente de uma conduta não é apenas a soma das conseqüências imediatas de tal ação. Condutas que lesem o meio ambiente podem produzir efeitos sobre

o todo, não se restringindo apenas ao dano imediato e próximo. Ademais, como há interação entre os ecossistemas, pode haver a potencialidade do dano, causando lesões irreparáveis ao meio ambiente.

4.2 A (IN)APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES AMBIENTAIS

O magistrado Leal Júnior (2007) sustenta que, apesar de uma conduta típica, danosa, aparentar ser ínfima, insignificante, haverá resultados indiretos não constatados no momento do delito. Desse modo, qualquer conduta considerada ilícita pelo nosso ordenamento jurídico deverá ser analisada com cautela a fim de verificar a relevância da conduta em determinado ecossistema, a fim de ponderar a utilização do princípio da insignificância.

Brasil e Melo (2014) entendem que o princípio da insignificância não há de ser aplicado no direito ambiental já que toda a coletividade é vítima do dano. Ainda, consideram que um dano ambiental pode ser considerado insignificante em um primeiro momento, porém, a curto ou longo prazo, pode ocasionar um dano maior e irreversível, não voltando o meio ambiente ao seu *status quo*, produzindo prejuízos a todos os seres envolvidos.

Assim, os doutrinadores os que defendem a não aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais se fundem na ideia de que o direito ambiental protege um direito difuso da coletividade; em assim sendo, seja qual for o dano, prejudica o equilíbrio natural do meio ambiente. Ademais, quando há uma conduta isolada, pode haver o encorajamento para o cometimento de outras infrações, o que agravaria a degeneração ambiental.

Em contrapartida, em outros momentos, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais brasileiros têm se mostrado favorável à aplicação do princípio da insignificância nos delitos ambientais. Os que entendem ser positiva a aplicação de tal princípio, regem que este é o último recurso do direito penal, entendendo que se a conduta humana não ofende gravemente

o bem jurídico, há de se considerar que não danifica o meio ambiente e deve ser considerada bagatela. É necessário que a conduta cause dano significativo ao meio ambiente e não apenas que se ajuste ao tipo penal (ROCHA, 2010).

Diante das divergências de entendimento quanto da aplicação ou não do princípio em questão, há a necessidade de se identificar o entendimento atual dos Tribunais brasileiros acerca da questão.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CRIMES AMBIENTAIS

Com o intuito de analisar o posicionamento dos tribunais a respeito da aplicação ou não do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, foram analisadas decisões recentes dos tribunais superiores, federais e estaduais, utilizando a expressão “princípio da insignificância em crimes ambientais.”

Nas decisões mais recentes dos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça prevalece a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. Já, nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça estaduais, existem decisões em ambos os sentidos.

4.3.1 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, merece destaque o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.651.092/SC (2017/0019399-1), no qual o réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 34, parágrafo único, inciso II da Lei Federal nº 9.605/98 por, em tese, pescar mediante a utilização de petrechos não permitidos (rede tipo feiticeira, de malha 120 mm, com aproximadamente 160 m) (BRASIL, 2017a).

O denunciado alega, em sua defesa, a mínima ofensa ao bem jurídico, tendo em vista que não foram apreendidos pescados com o autor

dos fatos, tampouco foi realizado em época de defeso. Porém, no caso em questão, os ministros entenderam que, embora não tenha sido apreendido nenhum pescado, a pesca com petrechos proibidos “coloca em risco a fauna local por alcançar, potencialmente, as espécies indistintamente nas diversas fases do ciclo vital”. Ademais, por unanimidade, decidiram que o crime se consuma com a simples utilização de petrecho proibido, não pelas espécies apreendidas, não afastando a tipicidade da conduta e, portanto, não sendo aplicável o princípio da insignificância.

4.3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, verifica-se o julgamento do Recurso ordinário em *habeas corpus* nº 135.404/PR, no qual o réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 34, parágrafo único, inciso II da Lei Federal nº 9.605/98 por, em tese, pescar em quantidades superiores à permitidas e utilizando-se de petrechos não permitidos (BRASIL, 2017b).

A denúncia consta que o réu realizava pesca em período de defeso com a utilização de petrechos não permitidos, sendo encontrado com ele 25 kg de peixes. A defesa argumenta que é aplicável ao caso o princípio da insignificância haja vista que a prática do ilícito não traz lesão ao meio ambiente, mostrando-se irrisória. Argumenta ainda, que a 2ª Turma do STF já concedeu *habeas corpus* para absolver pescador condenado pela prática de crime ambiental, por pescar em período de defeso.

Ao analisar o caso, o Ministro Relator decidiu pelo não acolhimento do recurso, sendo acompanhado pelos demais Ministros, pelo fato de que não se pode considerar a quantidade de pescados apreendidos com o réu como insignificante, sendo que a quantidade pescada demonstra efetivo prejuízo ao meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impedindo o reconhecimento da atipicidade da conduta.

4.3.3 Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais

Em análise aos julgados dos Tribunais Regionais Federais, verificou-se que há posicionamentos divergentes quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes ambientais, negando, em sua maioria, a aplicabilidade de tal princípio. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em seus julgados mais recentes, deferiu a utilização do princípio da insignificância, como pode ser visto nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0002043-90.2016.4.01.4200, no qual o acusado foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 29 da Lei Federal nº 9.605/98, por, em tese, apanhar e abater três animais silvestres, dos quais dois constam em lista de animais ameaçados de extinção (BRASIL, 2017c).

A defesa afirmou que os animais abatidos eram destinados à alimentação do acusado, tendo o Juiz Federal de 1ª instância rejeitado a denúncia oferecida, por falta de justa causa. O Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, da decisão que rejeitou a denúncia oferecida. A 3ª Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso; O Relator Convocado, em seu voto, afirmou que a jurisprudência é no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância em sede ambiental, exigindo, para tanto, a conjugação dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Afirma ainda que, tal conduta não gerou ofensividade ao bem jurídico tutelado, já que se trata apenas de três animais, não sendo o acusado reincidente e utilizando os animais para alimentação, aplicando, para o caso em questão, o princípio da insignificância.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em seus julgados mais recentes, votou-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, como pode ser visto nos autos da Apelação nº 0003112-26.2014.4.02.5001, no qual o acusado foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 55 da Lei

Federal nº 9.605/98, por, em tese, realizar a extração de recursos minerais. A defesa pugnou pela absolvição tendo em vista a ausência de provas de materialidade do crime, mencionando ainda a aplicação do princípio da insignificância, tendo a 1ª Instância, absolvido sumariamente o acusado, por entender estar ausente a materialidade delitiva, e possibilidade de aplicação do princípio da insignificância.

O Ministério Público Federal interpôs apelação de sentença que absolveu sumariamente o réu, sustentando que restou comprovada a materialidade e a autoria delitiva, bem como inaplicável o princípio da insignificância tendo em vista que o meio ambiente é patrimônio da União, bem indisponível.

A 2ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso. O Desembargador Relator, em seu voto, não vê possível a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que o réu desrespeitou normas protetoras do meio ambiente, colocando em risco a higidez ambiental. Ainda, o Desembargador Federal Messod Azulay Neto rege que

os crimes ambientais fazem parte dos delitos de acumulação, ou seja, aqueles que consistem em condutas com pequeno desvalor de resultado, mas que, se praticadas por muitos, causam um dano ou um risco de lesão futura considerável. Com o advento destes tipos penais, surge a consciência de que atos que lesionam objetos jurídicos transindividuais podem causar consequências até mais graves do que lesões individuais, porque atingem a massa, de uma forma mediata, no entanto, muito cruel. (BRASIL, 2017d).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em seus julgados mais recentes, negou a aplicação do princípio da insignificância, como pode ser visto nos autos da Apelação nº 0001788-88.2013.4.03.6106, no qual o acusado foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei Federal nº 9.605/98, por, em tese, ter em cativeiro espécies da fauna silvestre sem a autorização do órgão ambiental competente (BRASIL, 2017e).

A defesa interpôs apelação requerendo a absolvição do réu, sustentando a ausência de dolo. O Desembargador Relator, em seu voto, afirma que o entendimento da 11ª Turma do TRF da 3ª Região é no sentido de que em se tratando de “crime de perigo abstrato, o chamado princípio da insignificância não se aplica aos crimes ambientais, visto que o dano ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente, não pode ser mensurado. Assim, a 11ª Turma do TRF da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (RS, SC, PR), em seus últimos julgados, indeferiu a utilização do princípio da insignificância, como pode ser visto nos autos da Apelação Criminal nº 5035703-95.2014.4.04.7200, no qual o acusado foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 1º e 2º da Lei Federal nº 7.643/87, por, em tese, molestar cetáceos em águas jurisdicionais brasileiras.

A defesa do acusado alegou que o réu se encontrava a mais de 50 metros de distância dos cetáceos e que a aproximação se deu por iniciativa destes. O juiz de 1ª instância, ao analisar o vídeo juntado aos autos, verificou que o acusado se aproximou das baleias com a intenção de admirar a beleza, não com a intenção de molestar os animais, absolvendo o réu com fundamento no art. 386, inc. III do Código de Processo Penal, por não constituir o fato infração penal.

O Ministério Público Federal interpôs apelação, pugnando pela reforma da sentença que absolveu o réu, alegando que a conduta do acusado se amolda ao tipo penal previsto nos artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 7.643/87 combinado com os artigos 3º e 9º da Portaria nº 117/96 do Ibama.

A 7ª Turma do TRF da 4ª Região, por maioria, decidiu dar provimento à apelação, condenando o réu; O Desembargador Relator, ao analisar as imagens, verificou que o réu teve a intenção de se manter próximo aos cetáceos, perseguindo-os em diversas oportunidades, não sendo possível a aplicação do princípio da insignificância. A propósito, o Tribunal Regional Federal da 4ª região tem se manifestado em diversos julgados pela necessidade de máxima

cautela na aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente. Somente, em situações excepcionais, quando evidenciada a ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, ausência de periculosidade social da ação, grau ínfimo de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão ao bem jurídico, é cabível a aplicação do princípio da insignificância (BRASIL, 2016b).

Por fim, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região afastou a aplicação do princípio da insignificância, como pode ser visto nos autos da Apelação Criminal nº 0003601-40.2013.4.05.8000, no qual o acusado foi denunciado pela prática do crime previsto no artigo 40 da Lei Federal nº 9.605/98, por, em tese, construir edificação em área de preservação permanente, sem a autorização do órgão ambiental competente (BRASIL, 2016c).

A defesa interpôs apelação requerendo a absolvição da ré, que foi condenada, em primeira instância, pelo crime previsto no artigo 40 da Lei Federal nº 9.650/98, sustentando a prescrição retroativa e aplicação do princípio da insignificância, visto que a vegetação ao redor da edificação permaneceu intacta. O Desembargador Relator, em seu voto, em relação ao princípio da insignificância, entendeu pela fragilidade do ecossistema, sendo difícil a aplicação de tal princípio no presente caso, negando provimento à apelação.

4.3.4 Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em suas decisões, tem decidido pela inaplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental. A 2ª Vara do Tribunal de Justiça, na Apelação criminal dos autos do processo nº 0017295-14.2014.8.24.0035 da comarca de Ituporanga, manteve, por unanimidade, a condenação do acusado, tendo em vista a inaplicabilidade do princípio da insignificância (SANTA CATARINA, 2017).

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei federal nº 9.605/98, por manter em cativeiro 06 (seis) espécies da fauna silvestre sem autorização do órgão ambiental competente. Em 1º grau, o acusado foi condenado, havendo interposição de recurso de apelação, pugnando, em síntese, pela aplicação do princípio da insignificância, uma vez que as aves apreendidas não constam na lista de animais ameaçados de extinção. A Relatora Desembargadora, em seu voto, entendeu que, no caso em questão, não cabe a aplicação do princípio da insignificância, considerando que tal princípio deve ser analisado com cautela quando da sua aplicação no direito ambiental, devendo serem consideradas as consequências dos atos que contra ele atentarem, comprometendo sobremaneira o equilíbrio do ecossistema, dessa forma, inviável a absolvição do acusado com base no princípio da insignificância.

Ainda, a 3ª Vara do Tribunal de Justiça do Estado, na Apelação criminal dos autos do processo nº 0001832-38.2009.8.24.0025 da comarca de Gaspar, manteve a condenação do acusado, tendo em vista a ocorrência de dano significativo ao meio ambiente e, portanto, não sendo possível a utilização do princípio da insignificância (SANTA CATARINA, 2016).

O réu foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 38-A da Lei Federal nº 9.605/98, por destruir vegetação secundária em estado médio de regeneração. Em 1ª instância, o acusado foi condenado, o que ensejou o recurso de apelação, sustentando, em síntese, a atipicidade da conduta, com aplicação do princípio da insignificância.

Em análise da apelação, a 2ª Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso. O Relator, em seu voto, entendeu que, no caso em questão, houve um dano considerável ao meio ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida, tem se tornado uma questão de grande relevância para a sociedade visto que sua proteção é considerado caso de saúde pública sendo necessário estabelecer um uso sustentável dos recursos naturais para a manutenção da vida em todas as suas formas já que o incidente de dano ambiental afeta toda a coletividade. A partir daí, deu-se início a uma preocupação global com a preservação e proteção do meio ambiente, com a formação de uma conscientização mundial em defesa da saúde e equilíbrio ambiental.

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu que é dever de todos os cidadãos bem como do Poder Público defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sendo que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esse direito requer uma proteção elevada, visto que a ocorrência de lesão a este direito merece atenção pois afetará toda a coletividade. Assim, a Constituição Federal elevou o meio ambiente a bem jurídico tutelado, de relevante valor social, dando a ele uma tutela penal. Em se tratando de bem jurídico relevante, protegido pela esfera penal, não se deve deixar de observar os princípios constitucionais e penais, basiladores do direito.

Surge, neste sentido, o princípio da insignificância, que opera de forma consubstanciada com os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e da precaução, na medida que atua como instrumento a fim de não penalizar condutas típicas que não causem lesões relevantes no bem jurídico protegido, possibilitando afastar a tipicidade de condutas consideradas irrelevantes. No entanto, a aplicação de tal princípio se torna uma questão delicada no âmbito dos crimes ambientais, tendo em vista as especificidades do bem jurídico tutelado.

O princípio da insignificância aplicável em crimes ambientais faz com que a pena imposta seja proporcional ao dano causado, impondo que a conduta praticada seja, ao menos, lesiva ao bem jurídico protegido. Desde modo, condutas ínfimas que não gerem danos relevantes ao bem jurídico não devem ser objeto do direito penal.

Analisando o princípio da insignificância e a importância conferida ao meio ambiente através de sua tutela penal bem com as decisões dos tribunais e os posicionamentos doutrinários acerca da (in)aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais, verifica-se a complexidade em possibilitar a sua aplicação em cada caso concreto.

Há divergências quanto da aplicação do princípio da insignificância no direito ambiental visto que, enquanto doutrinas entendem não ser possível a sua aplicação posto a dificuldade em se mensurar os danos e prejuízos causados ao meio ambiente bem como pelo fato de que uma agressão ao meio ambiente causa desequilíbrio no ecossistema local, porém, no decorrer do tempo, não se poderá garantir o quanto esse dano pode se estender e vir a gerar um dano muito maior à sociedade, outras doutrinas entendem ser possível a sua aplicação no direito ambiental, visto que se o dano for ínfimo, a conduta deverá ser excluída do âmbito criminal, tendo em vista que não haverá dano ao bem jurídico protegido, devendo o Estado se preocupar com questões que causem danos significativos ao bem tutelado.

Os entendimentos divergentes nas doutrinas e decisões jurisprudenciais se dão em virtude da questão de ser possível um dano ao meio ambiente ser considerado insignificante tendo em vista o meio ambiente ser um direito difuso, além de que uma lesão vista de modo isolado, pode aparentar ofensa ínfima ao meio ambiente porém, em um panorama amplo, tendo em vista as interações de todo o ecossistema, pode ocasionar um dano maior.

Verifica-se, no atual cenário, que a utilização do princípio da insignificância gera discussões, com entendimentos favoráveis e contrários à sua aplicação, devido às especificidades do bem tutelado, devendo, portanto,

ser empregado com cautela, analisando o caso concreto. Os tribunais, reiteradas vezes, têm se decidido pela inaplicabilidade do princípio da insignificância em matéria ambiental, tendo em vista a natureza do bem jurídico tutelado e a impossibilidade em se avaliar a extensão do dano causado ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, v. 94, p. 72-77, abr./jun. 1988.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil DE 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10 mar. 2017.

BRASIL. Decreto Federal n. 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL, Gesika Renata de Souza; MELO, Georgia Karenia Rodrigues Martins Marsicano de. A impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância no Direito Ambiental. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 4, n. 2, p. 257-276, 2014.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 fev. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 11 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.651.092. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 jun. 2017a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471969320/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1651092-sc-2017-0019399-1/inteiro-teor-471969330>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Glossário jurídico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>>. Acesso em: 20 set. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 135.404. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. *Diário de Justiça Eletrônico*, 02 ago. 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=135404&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548.181. Relatora: Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Recurso em sentido estrito nº 0002043-90.2016.4.01.4200. Relator: Desembargador Federal Mário César Ribeiro. *Diário de Justiça Eletrônico*, 28 jul. 2017c. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=20439020164014200&pA=&pN=20439020164014200>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). Apelação criminal nº 0003112-26.2014.4.02.5001. Relator: Desembargador Messod Azulay Neto. *Diário Eletrônico da Justiça Federal*, 06 mar. 2017d. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=571396_201250010114395_2017-01-31>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Apelação criminal nº 0001788-88.2013.4.03.6106. Relator: Desembargador Nino Toldo. *Diário Eletrônico da Justiça Federal*, 01 ago. 2017e. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6201475b>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Apelação criminal nº 5035703-95.2014.4.04.7200/SC*. Relator: Juiz federal Márcio Antônio Rocha. Decisão em 14 de junho de 2016b. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7951038&termosPesquisados=principio%20da%20insignificancia|meio%20ambiente>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região). Apelação criminal nº 0003601-40.2013.4.05.8000. Relator: Desembargador Ivan Lira de Carvalho. *Diário de Justiça eletrônico*, 12 dez. 2016c. Disponível em: <<http://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância e sua aplicabilidade pela Polícia Judiciária. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 899, dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7722>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha. *A tutela penal do meio ambiente: A conciliação entre dois sistemas de proteção*. Curitiba: Juruá, 2013.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil por dano moral ambiental. *Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 19, n. 1, jan./jun. 2008.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 2015.031006188-3. Órgão Julgador: 3ª Turma Criminal. Relator: Jesuino Rissato. *Diário de Justiça eletrônico*, 03 fev. 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310984466/apelacao-criminal-apr-20150310061883>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. O princípio da insignificância nos crimes ambientais: a insignificância da insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da Lei 9.605/98. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Candido_Leal.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARCÃO, Renato. *Crimes ambientais: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da Lei n. 9.605, de 12-2-1998*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, José Renato. *A utilização do direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente em face da sociedade de risco*. São Paulo: Lex, 2007.

MILARÉ, Édís. *Direito ambiental: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de direito penal: parte geral*. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. As três vias de responsabilidade por degradação ambiental. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, n. 7, p. 79-134, 2002.

ROCHA, Fernanda de Castro. A aplicação do princípio da insignificância no direito penal. Âmbito jurídico, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8802>. Acesso em: 28 abr. 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos do direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO, Marco Henrique. *A insignificância e os bens jurídicos tutelados*. Curitiba: Juruá, 1999.

SAMPAIO, Clara Meira Costa. Princípio da insignificância: conceito e aplicação pelo STJ. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF: 02 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48374&seo=1>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação criminal nº 0001832-38.2009.8.24.0025*. Relator: Desembargador Getúlio Corrêa. Julgado em 06 de setembro de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%22princ%EDpio%20da%20insignific%2ncia%22%20e%20%22meio%20ambiente%22&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AA-DAAHM0TAAB&categoria=acordao_5>. Acesso em: 07 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação criminal nº 0017295-14.2014.8.24.0035*. Relator: Desembargadora Salete Silva Sommariva. Julgado em 16 de maio de 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%22princ%EDpio%20da%20insignific%2ncia%22%20e%20%22meio%20ambiente%22&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEA-AAShRAAI&categoria=acordao_5>. Acesso em: 07 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e legislação ambiental comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Ivan Luiz da. *Crimes Ambientais e Juizados Especiais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância e os crimes ambientais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A APLICABILIDADE DAS LEIS PENAIS NACIONAIS EM FACE DE CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DIPLOMÁTICOS ESTRANGEIROS: O ABUSO DA IMUNIDADE PENAL DIPLOMÁTICA

Ana Carolina Müller¹
Carolina de Figueiredo Furtado²

Resumo: Com o passar dos anos e com a consequente evolução e estreitamento das relações internacionais, surgiu uma preocupação em torno da proteção da carreira diplomática, através da criação do instituto da imunidade diplomática, no ano de 1961 com a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas. As regras de Direito Internacional estabelecem a imunidade de jurisdição para os agentes com privilégios diplomáticos. As imunidades conhecidas como prerrogativas diplomáticas não eximem o agente de cumprir a lei interna de cada país, ou seja, a obrigação de respeitar os regulamentos locais referentes à segurança, saúde pública, entre outros. Porém, as normas internas de cada país devem ser de ordem geral e não podem restringir, de modo algum, o exercício efetivo dos deveres dos agentes diplomáticos. A tese da imunidade penal não tem como enfoque a impunidade criminal. A lei penal brasileira é protegida pelo princípio da extraterritorialidade penal, que estabelece a possibilidade de aplicação das leis de um Estado a fatos ocorridos fora do seu território. Assim, somente através da análise de casos práticos que ocorreram em território nacional, é que se torna possível verificar se o instituto da imunidade serve ou não como uma forma de subtrair a aplicação da lei penal local, desviando-se totalmente do intuito originário de tais privilégios e consequentemente gerando um abuso da imunidade penal diplomática a qual afeta o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Direito internacional. Direito penal. Imunidade diplomática. Agente diplomático.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; anacarolina_muller@hotmail.com

² Especialista em Direito Processual Civil e Internacional pela Universidade do Vale do Itajaí; Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; carolina.furtado@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

O estudo das imunidades diplomáticas revela-se um ofício eminentemente complexo sobretudo por ser um assunto abrangente e complicado, emaranhado de padrões e condutas características, cheio de minúcias e elementos políticos. Diuturnamente estudado ao longo do tempo, a dimensão de referências acumuladas possui a aptidão de colaborar para o entendimento do assunto abordado.

Não importando qual seja o tratamento conferido pelos diversos povos aos entes estrangeiros que em seus territórios atuam, o certo é que a adversidade da imunidade do agente estrangeiro em outra jurisdição nunca foi pacífica nem teve tratamento igualitário, porquanto, o direito diplomático permanece em debate para fixar uma direção que possa ser aplicada a todos.

Como o principal objetivo das imunidades diplomáticas é regulamentar a representação dos países que possuem relações internacionais reguladas por tratados, a fim de proteger os interesses de cada um em território estrangeiro, e Ainda a busca pela manutenção da paz e da segurança internacional nas relações dos países amigos, o tema ganha contornos especiais, haja vista a relevante primordialidade de saber o porquê da aplicação da imunidade dos agentes diplomáticos uma vez que ao se encontrar em território estrangeiro deveria como tal, se submeter ao ordenamento jurídico ali vigente.

A partir de tal ponto, insurge a principal dificuldade, que é compreender qual a real função do diplomata e qual o limite cedido a seus atos. No enfoque penal, o óbice está principalmente na interpretação da aplicação da lei para cada agente estrangeiro, que na maioria das vezes coloca em cheque a soberania nacional do Estado estrangeiro mediante o cometimento de crimes e a conseqüente carência de mecanismos para punir a conduta delituosa.

Perfazendo toda a análise acerca do tema estudado, será possível ao final, aferir se a imunidade penal de jurisdição dos agentes diplomáticos

estrangeiros gera abusos quanto a prática de crimes positivados pela lei penal brasileira, como os Estados trabalham esta problemática e quais as consequências que afetam a democracia.

2 DA IMUNIDADE DIPLOMÁTICA

Com o surgimento da expressão do latim, *immunitas*, a imunidade é considerada como uma prerrogativa atribuída a alguém com o objetivo de que possa praticar ou deixar de praticar certos atos previstos em lei. São limitações ao poder e à competência dos entes estatais visto que criam uma impossibilidade na aplicação dos preceitos fundamentais que regem o Estado.

No âmbito diplomático, o instituto da imunidade é tema primordial do direito internacional, na medida em que define e delimita o escopo de atuação dos órgãos de representação interestatais, tais como: a definição das imunidades e privilégios diplomáticos, de seus beneficiários, e de suas modalidades de exercício é que vai fornecer os lineamentos da atuação diplomática.

O Direito Diplomático, do qual decorre o instituto da imunidade diplomática, consiste num conjunto de normas e costumes internacionais que regula as relações entre os Estados e as Organizações Internacionais. É um direito autossuficiente e consolidado por diferentes tratados multilaterais e bilaterais (VARELLA, 2011, p. 329).

Extrai-se do pensamento de Lima (2002) que se considera que há imunidade quando alguém não está sujeito a uma norma de Direito interno ou à sua sanção; e que há privilégio quando uma regra especial de Direito interno substitui a norma ordinária.

Não obstante, é importante mencionar que a imunidade foi consagrada universalmente em grande tradição histórica, iniciando-se pela Convenção de Viena sobre as relações diplomáticas, realizada em 18 de abril do ano de 1961. A Convenção de Viena sobre as relações diplomáticas (CVRD) (BRASIL, 1965),

ressalta em seu preâmbulo: “Desde tempos remotos, os povos de todas as nações têm reconhecido a condição dos agentes diplomáticos.” (LIMA, 2002).

No campo do Direito Internacional Público, é indispensável compreender-se a necessidade da instituição das imunidades. A imunidade concedida ao Estado faz com que haja uma anulação da norma geral (norma interna dos Estados). Este ato de conceder a imunidade ao Estado é justificado em consequência de o agente estar em condição funcional, necessitando, para tanto, que os representantes estatais tenham condições de atuar em território estrangeiro (SOARES, 2001, p. 63).

Sendo um instituto que se desenvolveu com a evolução do cenário internacional, a diplomacia sofreu constantes mudanças com a transformação da sociedade nos diversos âmbitos mundiais. As primeiras noções acerca do surgimento do instituto das imunidades surgiram nos tempos da antiguidade, nas civilizações greco-romanas, com o surgimento da figura dos embaixadores, dado que a proteção de que gozavam decorria de fatores religiosos, por conseguinte possuíam menções honrosas perante os povos, constituindo assim a inviolabilidade das suas ações.

Com o passar do tempo e com a formação dos Estados absolutistas, houve a ampliação efetiva das imunidades e privilégios diplomáticos. A figura do rei e seu direito divino consagravam ao monarca o direito absoluto de proteção, tão pouco importando quais atos e onde os praticavam. Com o advento da Revolução Francesa, no século XVIII, inaugurou-se a luta contra a tirania e o absolutismo dos detentores do poder, desencadeando a decadência do sistema absolutista monárquico e surgimento da democracia moderna. A partir disso, as imunidades deixaram de ser concedidas *ratione personae* e as prerrogativas dos agentes diplomáticos passaram a receber tratamento mais objetivo e técnico.

Com o fim da segunda guerra mundial, a cooperação e o intercâmbio assumiram papel de grande importância para o desenvolvimento dos Estados que passaram a se globalizar, fazendo com que as relações internacionais ganhassem maior destaque perante as comunidades internacionais. Através

disto, fez-se necessário que os representantes diplomáticos carregassem consigo um meio de garantir certa independência sendo esta inegavelmente necessária para a execução de seus deveres oficiais (CICCO FILHO, 2006).

No ano de 1961, ocorreu a Convenção de Viena sobre as relações diplomáticas sendo esta a principal base jurídica construída até os dias atuais sobre a matéria diplomática. Os costumes históricos foram nela consolidados, extrapolando os limites obrigacionais e contratuais estabelecidos pelos tratados multilaterais ratificados pelos Estados Internacionais, tendo em vista que os pressupostos designados pela Convenção são de fundamentais importância para a manutenção das relações diplomáticas e além de tudo, para a própria existência da comunidade internacional (VARELLA, 2011, p. 340).

2.1 TEORIAS FUNDAMENTAIS SOBRE AS IMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Considerando que as imunidades e privilégios foram temas de grandes controvérsias no decorrer da história mundial, surgiram diversas teorias com a finalidade de justificar a motivação de tais prerrogativas.

Segundo Liquidato (2014, p. 66), existem três principais teorias acerca as imunidades e privilégios, quais sejam: teoria do caráter representativo do agente diplomático; teoria da extraterritorialidade; e a teoria do interesse da função e da reciprocidade.

2.1.1 Teoria do caráter representativo do Agente Diplomático

A teoria do caráter representativo surgiu com os tempos medievais e justificava a imunidade em razão de o Estado ser propriedade do soberano e, portanto, ofender o Estado seria ofender o soberano estrangeiro. Sua principal característica era a relevância do agente diplomático frente a representação do monarca, que por ser soberano, estava acima da lei.

A doutrina e a prática modernas deixaram de acolher essa tese e a Convenção de Havana sobre Funcionários Diplomáticos do ano de 1928 (BRASIL, 1929), incluiu em seu preâmbulo que “os funcionários diplomáticos não representam em caso algum a pessoa do Chefe de Estado, e sim o seu Governo.”

Indiscutível proclamar que esta teoria foi abandonada por não corresponder à realidade, basta ver que diante da atual imagem do Estado democrático de direito, considera-se que o agente diplomático represente o seu Estado e não ao indivíduo chefe de Estado. (LIQUIDATO, 2014, p. 67).

2.1.2 Teoria da Extraterritorialidade

Fundada no século XVII, a teoria da extraterritorialidade, criada por Hugo Grotius, pensador que acreditava que “por meio de uma ficção a embaixada faz parte do território do Estado de que ela é nacional.” (MELLO, 2002).

No pensamento de Liquidato (2014, p. 68), a teoria da extraterritorialidade fundamenta a imunidade do agente diplomático pautada na imaginação de que este nunca saiu do seu território de origem, ou seja, embora presente fisicamente em outro Estado, é como se permanecesse no seu, submetendo-se assim à legislação do seu próprio Estado.

Pode-se afirmar que hoje, praticamente essa teoria não é mais utilizada pelo ordenamento internacional, inclusive ficando fora da regulamentação da Convenção de Viena de 1961, que sequer faz menção sobre esta em sua redação.

2.1.3 Teoria do Interesse da Função e da Reciprocidade

A Teoria do Interesse da Função foi esboçada por alguns doutrinadores históricos e positivada pela Convenção de Viena de 1961 (BRASIL, 1965, grifo nosso), que no seu preâmbulo afirma que:

Os Estados Partes na presente Convenção, considerando que, desde tempos remotos, os povos de todas as Nações

têm reconhecido a condição dos agentes diplomáticos; conscientes dos propósitos e princípios da Carta das Nações unidas relativos à igualdade soberana dos Estados, à manutenção da paz e da segurança internacional e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as Nações; Estimando que uma Convenção Internacional sobre relações, privilégios e imunidades diplomáticas contribuirá para o desenvolvimento de relações amistosas entre as Nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais; *Reconhecendo que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados*; Afirmando que as normas de Direito internacional consuetudinário devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas nas disposições da presente Convenção.

Logo, seguindo o que preceitua a Convenção, constata-se que de acordo com as regras atuais, a concessão das imunidades e privilégios diplomáticos estão baseadas no princípio do não impedimento das atividades oficiais dos representantes dos Estados estrangeiros, que gera uma obrigação aos Estados receptores que não devem impedir ou dificultar tais funções (SOARES, 2001, p. 263).

Essa teoria é hoje amplamente aceita pela doutrina internacional, de acordo com Lima (2002), verifica-se que de outra forma, os agentes diplomáticos não conseguiriam exercer com independência e adequadamente sua missão. Fossem eles sujeitos à interferência legal e política ou à boa vontade do Estado acreditado ou de seus nacionais, poderiam ser influenciados por considerações de segurança e conforto num grau que os prejudicaria materialmente no exercício de suas funções.

Deste modo, fundamentar as imunidades diplomáticas no exercício da função significa embasar as imunidades na necessidade do diplomata de gozar da liberdade e independência imprescindíveis para o bom desempenho de suas funções.

2.2 PRINCIPAIS PONTOS DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE AS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

No ano de 1961, a conferência das Nações Unidas sobre Relações de Imunidades Diplomáticas passou a esboçar a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, persuadidos de que uma convenção internacional sobre as relações, privilégios e imunidades contribuiria também para o desenvolvimento de relações amistosas entre os países, independentemente de seus regimes constitucionais e sociais.

As normas estabelecidas na Convenção constituem obrigações gerais do direito internacional. As regras de direito diplomático compõem um regime autossuficiente que busca não apenas proteger os interesses do Estado acreditante, como também o interesse dos seus nacionais que estão instalados sobre o território do Estado acreditado.

Acciolly, Nascimento e Casella (2016, p. 210) preceituam que a mais importante determinação da Convenção foi especificar as prerrogativas e imunidades diplomáticas, havendo um grande consenso quanto a sua abrangência. Os autores referenciam, porém, que, surgiram divergências acerca de quais seriam os beneficiários de tais privilégios, pois “ao passo que as grandes potências se batiam pela concessão ao pessoal administrativo e técnico e às suas famílias, a maioria das delegações foi contrária a semelhante orientação.”

O disposto na Convenção também se aplica as demais atividades que os Estados mantêm no exterior, na medida que o Direito Internacional possa imputar ao próprio Estado acreditador a responsabilidade pelos demais atos que lá sejam praticados, sem que o Estado acreditante possa alegar que tais feitos, ainda que perpetrados em seu território, ultrapassaram os comandos atribuídos (SOARES, 2001, p. 104-105).

De outro norte, a Convenção de Viena segue o princípio basilar do direito internacional: *par in parem not habet imperium* (um império não tem jurisdição sobre o outro), oriundo dos princípios da igualdade soberana das

nações, da reciprocidade e da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados, sendo que a igualdade soberana das nações justifica a necessidade da aceitação do Estado acreditador com as imunidades e os privilégios concedidos (LIQUIDATO, 2014, p. 37).

Cumprido salientar que Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas expõe os pressupostos fundamentais da manutenção das relações diplomáticas e para a própria coexistência na comunidade internacional, não sendo apenas premissas contratuais derivadas de tratados, visto que todos os Estados, tendo ratificado ou não, deverão cumpri-la com obrigatoriedade.

3 IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS DIPLOMÁTICOS

As imunidades e privilégios diplomáticos decorrem da adesão de um Estado soberano aos tratados internacionais e da regulamentação decorrente da ratificação das Convenções. A aplicabilidade destes benefícios não decorre do agente diplomático em si, mas sim do Estado que representam, logo, não há como desistir desses privilégios sem autorização prévia do governo pelo qual foi designado.

A Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas (BRASIL, 1965) dividiu o tema das imunidades em três categorias distintas, na seguinte ordem de importância: as imunidades relacionadas ao local da missão e aos seus arquivos; as imunidades relativas ao trabalho da missão; e as imunidades e privilégios pessoais do agente diplomático. Os Estados soberanos são capazes de estabelecer relações diplomáticas com outros estados, podendo enviar missões diplomáticas para assegurar a manutenção destas relações, bem como para proteger os direitos e interesses do seu país. As principais funções destas missões, segundo Silva, Casella e Bittencourt Neto (2012, p. 155) são: representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado; proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo Direito Internacional; negociar

com o governo do Estado acreditado; inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes, e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a esse respeito o governo do Estado acreditante; e promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado.

3.1 ESPÉCIES DE IMUNIDADES

Não há como se falar em espécies de imunidades sem discorrer sobre o princípio da igualdade soberana dos estados, segundo Silva (1998, p. 108):

Soberania significa poder político supremo e independente: supremo porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna, independente porque, na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.

A Constituição brasileira dispõe em seu artigo 4º, inciso V (BRASIL, 1988), que a igualdade entre os Estados é um dos princípios norteadores da condução de suas relações internacionais pela República. Na esfera internacional constata-se a existência de inúmeros tratados que indicam a relevância do princípio da igualdade jurídica dos Estados.

Como tal característica, o Estado usufrui de imunidade por direito próprio e os agentes diplomáticos, por via indireta, como representantes do Estado. A imunidade diplomática deriva de tratados e convenções internacionais, lastreada na necessidade funcional de bem desempenhar sua missão de representantes dos Estados.

3.1.1 Imunidade de Jurisdição

Primeiramente é necessário compreender o conceito geral da palavra jurisdição que, segundo Madrugá Filho (2003, p. 70): “traz o sentido de dizer o direito, onde o Poder Judiciário, que não está subordinado a nenhum outro

poder, diz qual o direito que será aplicado entre as partes que estão buscando dirimir seus conflitos.” Partindo desta premissa, compreende-se a imunidade de jurisdição como um instituto que decorre da vontade dos Estados, os quais dispensam a sua soberania para permitir que outro Estado possa exercer seus atos fora dessa tutela jurisdicional.

A imunidade de jurisdição é reconhecida pela doutrina e jurisprudência como uma limitação ao controle estatal, sendo que nenhum estado pode ser submetido a tais regras sem a sua concordância expressa, podendo renunciar a qualquer tempo desta condição. Segundo Oliveira (2006), a imunidade de jurisdição era, inicialmente, absoluta, possibilitando ao Estado eximir-se do poder jurisdicional de seus pares em qualquer circunstância. Assim, os conceitos tradicionais de soberania e imunidade estavam ligados a um Estado estritamente político, baseado apenas em decidir assuntos concernentes à ordem interna.

Em meados do século XX a teoria da imunidade absoluta de jurisdição começou a declinar face a presença cada vez maior de agentes de soberanias estrangeiras não somente nas funções diplomáticas, como também no mercado dos negócios, surgindo assim a distinção entre os atos de império e os atos de gestão.

Os atos de império são aqueles que advém do poder estatal e que envolvem matérias diretamente ligadas à soberania. São atos unilaterais e que tem como característica a imposição da vontade do Estado. Segundo Mazzuoli (2010, p. 495), se os atos praticados não tiverem relação direta com a ideia de soberania, poderia deixar de se aplicar a imunidade de jurisdição.

Por outro lado, existem os atos de gestão, que são aqueles em que os agentes agem em igualdade com os particulares. Um Estado não deixa de ser considerado soberano quando pratica ato de gestão ou até mesmo quando aceita a se submeter a regime jurídico de direito privado. O Estado só será submetido à jurisdição estrangeira, com o afastamento da imunidade de jurisdição, quando forem praticados atos de gestão.

O artigo 31 da Convenção de Viena abrange todos os casos de imunidade de jurisdição, com a intenção de reconhecer imunidade ao Agente perante todos os tribunais, inclusive os comerciais, e os tribunais destinados à apreciação da legislação social e das autoridades administrativas no exercício das funções judiciais (SILVA; CASELLA; BITTENCOURT NETO, 2012, p. 321).

3.1.2 Imunidade de Jurisdição Penal

Como um instituto do Direito Penal, a natureza jurídica da imunidade de jurisdição penal constitui causa de exclusão da pena, podendo ser renunciada somente pelo Estado acreditante e não pelo agente diplomático, em razão da própria natureza do instituto (BITTENCOURT, 2012, p. 123).

A principal característica da imunidade de jurisdição penal é o seu caráter absoluto, ao contrário do que sucede com a imunidade de jurisdição civil, a possibilidade de a Justiça do Estado acreditado vir a julgar o agente diplomático em caso de renúncia expressa da imunidade não altera o sentido absoluto da imunidade penal (LIMA, 2002). À vista disso, os delitos praticados pelos agentes diplomáticos, quando cometidos em território estrangeiro, não estarão sujeitos a jurisdição penal daquele país, sejam quais forem esses crimes. Consequentemente, o agente não pode ser preso e julgado pela autoridade do país onde exerce as suas funções.

De outro norte, existe a possibilidade do Estado acreditante revogar a imunidade de jurisdição penal do seu agente, casos em que serão julgados pela justiça do Estado acreditado. Aplica-se a disposição do art. 9º, §1º da Convenção de Viena (BRASIL, 1965, grifo nosso):

O Estado acreditado poderá a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão, notificar ao Estado acreditante que o Chefe da Missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da Missão é *persona non grata* ou que outro membro do pessoal da Missão não é aceitável. O Estado acreditante, conforme o caso, retirará a pessoa em questão ou dará por terminadas as suas funções na Missão. Uma Pessoa poderá ser declarada *non grata* ou

não aceitável mesmo antes de chegar ao território do Estado acreditado.

Por via de regra, a faculdade da renúncia somente é concedida ao Estado acreditante e não a pessoa do agente, assim, mesmo que o próprio representante diplomático pretenda renunciar à sua imunidade penal, não poderá fazê-lo. Vislumbra-se tal hipótese no caso narrado por Rezek (2013, p. 163), no qual o filho do embaixador do Chile em Bruxelas, matou por razões pessoais o secretário da embaixada. As autoridades belgas se abstiveram de qualquer ação punitiva e dias mais tarde, o embaixador chileno compareceu ao Palácio da Justiça e declarou que renunciava à imunidade do filho, para que este respondesse pelo homicídio ante os tribunais belgas. Para resolver o impasse, o governo local procurou saber se a chancelaria chilena abonava aquela renúncia, e só ante a resposta afirmativa fez com que o processo tivesse curso perante a justiça belga.

Ainda no âmbito da imunidade de jurisdição penal, a Convenção de Viena determina no seu artigo 31, §2º que o agente diplomático não está obrigado a prestar depoimento como testemunha tendo em vista que o entendimento é de que a imunidade do diplomata em prestar depoimento está relacionada com suas funções (BRASIL, 1965).

Extrai-se da obra de Ashman e Trescot (1986, p. 54, grifo do autor):

Em 1980, na cidade de Londres, a polícia apanhou quatro assaltantes carregando o produto do roubo no portamalas do carro. *A res furtiva* foi avaliada em mais de duas mil libras e incluíam dez mil cigarros e caixas de bebidas alcoólicas diversas. Os objetos foram subtraídos da Embaixada Chinesa, em Portland Place, Marylebone. Os chineses, citando a imunidade diplomática, recusaram-se a ir ao tribunal testemunhar ou mesmo a identificar o produto do roubo como sua propriedade. Consequentemente, os quatro homens foram libertados.

Assim, constata-se que mesmo com a amplitude da jurisdição penal dos países que são receptores da Convenção de Viena, nenhum mecanismo impede a aplicação da imunidade penal absoluta dos agentes diplomáticos,

fazendo-se necessário uma maior harmonização nas relações internacionais entre os países para que não ocorra abusos diante de tais privilégios.

4 A DIPLOMACIA E A LEI PENAL BRASILEIRA

Destinando-se a compreender como ocorre a aplicação da lei penal brasileira, mediante o cometimento de ilícitos penais por agentes com privilégios diplomáticos, imperioso destacar os fundamentos que norteiam a legislação nacional, para que desta forma consiga-se compreender a dinâmica internacional que regula as relações diplomáticas.

Percebe-se que a abordagem da questão dos privilégios e imunidades diplomáticas sempre esteve indissociavelmente ligada à determinação dos beneficiários dos privilégios e imunidades. Este dilema foi enfrentado pela Convenção de Viena de 1961, que estabeleceu no seu art. 31 a imunidade penal ilimitada do agente diplomático. Sendo receptora da Convenção de Viena, a legislação brasileira deparou-se com outros impasses na aplicação da lei penal a crimes diplomáticos, tendo em vista que o Código Penal Brasileiro reúne peculiaridades de aplicação exclusiva ao âmbito nacional, olvidando assim as questões relativas à crimes praticados em território nacional por quem possui privilégios.

Dentro de um Estado soberano faz-se necessário apontar elementos que são indispensáveis para a sua organização, quais sejam: povo, território, soberania e finalidade. Além desses elementos, para formar uma unidade jurídica é crucial que o Estado determine o que é lícito ou ilícito e punível ou não punível (FLEINER-GESTER, 2006, p. 177).

4.1 APLICAÇÃO DA LEI PENAL BRASILEIRA NO ESPAÇO

Na legislação penal brasileira destaca-se do art. 5º do Código Penal (BRASIL, 1940) o que se conhece por Princípio da Territorialidade Penal, que determina a aplicação das leis penais brasileiras sobre o território nacional.

Segundo aduz Jesus (2011, p. 167), “a lei penal só tem aplicação no território do Estado que a determinou, sem atender à nacionalidade do sujeito ativo do delito ou do titular do bem jurídico lesado penal de um país fora de seu território.”

Todavia, destaca-se do caput do artigo acima que o Brasil não adota o princípio da territorialidade de forma rígida, basta ver que essa aplicação não se dá em prejuízo de tratados, convenções e regras do direito internacional, isto posto, sendo o Brasil signatário e tendo promovido a promulgação desses documentos internacionais, ocorre a mitigação da territorialidade penal, deixando-se de aplicar a lei brasileira a um fato ocorrido no território nacional (SILVA, 2012).

Em consonância com o pensamento do doutrinador Bitencourt (2012, p. 184):

Pelo princípio da territorialidade, aplica-se a lei penal brasileira aos fatos puníveis praticados no território nacional, independentemente da nacionalidade do agente, da vítima ou do bem jurídico lesado. A lei brasileira adota essa diretriz como regra geral, ainda que de forma atenuada ou temperada, uma vez que ressalva a validade de Convenções, tratados e regras internacionais.

Tendo o Código Penal Brasileiro criado uma exceção à impenetrabilidade do direito interno sobre o seu território, permitindo e reconhecendo a validade da lei de outro Estado, este movimento tornou-se indispensável para garantir a boa convivência internacional, quase sempre sob a condição de reciprocidade, que o território do Estado se torna penetrável pelo exercício de soberanias alheia (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 157).

4.1.1 Teoria do Lugar do Crime

Para determinação da competência penal internacional é preciso verificar o local em que o crime foi cometido. Somente com esta identificação é que se faz possível a aplicação do princípio da territorialidade e suas

exceções para que assim se estabeleça qual será a jurisdição competente para o processamento do delito.

Hungria e Fragoso (1978, p. 158) estabelecem que, segundo a regra geral em consonância com o princípio da territorialidade, o crime deve ser punido no local onde foi praticado. Ocorre que em alguns casos não é simples indicar o local do crime, visto que nem sempre o local da ação é o local do resultado criminalístico. Dessa maneira, há que se distinguir se o resultado ocorreu em diferentes lugares situados no mesmo país ou em países diversos.

Se o crime aconteceu em diferentes lugares situados no mesmo país, a questão sobre a competência é solucionada pelo o que abrange o art. 70, *caput*, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Entretanto, quando a questão envolve termos internacionais, as legislações penais sobre a matéria se confundem, fazendo-se necessário a interpretação de três principais teorias: teoria da atividade, teoria do resultado e teoria da ubiquidade.

De acordo com a teoria da atividade, o lugar do delito é aquele em que se realizou a conduta típica, não importando aonde se deu o resultado. Segundo Bitencourt (2012, p. 89), “o defeito dessa teoria reside na exclusão da atuação do Estado em que o bem jurídico tutelado foi atingido e, à evidência, onde o delito acabou produzindo os seus maiores efeitos nocivos.”

A teoria do resultado preceitua que, o lugar do delito é aquele em que ocorreu o evento ou o resultado, isto é, onde o crime se consumou, pouco importando a ação ou intenção do agente. Nesta teoria ocorreria uma abdicação da soberania estatal sob o pretexto de que o delito ocorreu fora do território nacional (HUNGRIA; FRAGOSO, 1978, p. 157).

Nos termos da teoria da ubiquidade, o lugar do crime é aquele em que se realizou qualquer dos momentos dos seus momentos, seja da prática dos atos executórios, seja da consumação. Esta foi a teoria adotada pelo Código Penal, nos termos do artigo 6º, que diz: “Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou devia produzir-se o resultado.” (BRASIL, 1940).

Com a adoção doutrina da ubiquidade evita-se o inconveniente dos conflitos negativos de jurisdição (o Estado em que ocorreu o resultado adota a teoria da ação e vice-versa) e soluciona-se a questão do crime a distância, em que a ação e o resultado realizam-se em lugares diversos (BITENCOURT, 2012, p. 89).

4.1.2 Extraterritorialidade da lei penal brasileira

Não obstante a previsão do art. 5º do Código Penal sobre a territorialidade da lei penal, determinou-se pela comunidade internacional que a sua mera aplicação em território nacional seria insuficiente para garantir a ordem e preservar a convivência pacífica entre os Estados. À vista disso, conforme Silva (1998, p. 457), criou-se o que se conhece pela a extraterritorialidade da lei penal, que estabeleceu a possibilidade de aplicação das leis de um Estado a fatos ocorridos fora do seu território.

Magalhães (1985) dispõe sobre a importância da fixação da competência extraterritorial:

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais.

O Código Penal Brasileiro traz no bojo do seu artigo 7º a extraterritorialidade da lei penal e a subdivide em duas espécies: condicionada e incondicionada. Nos casos de extraterritorialidade condicionada aplica-se a lei brasileira quando satisfeitos certos requisitos, sendo exemplificada nos seguintes incisos: crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; crimes praticados por brasileiro no estrangeiro; delitos praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados; e crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil.

A aplicação da lei brasileira, nas hipóteses da extraterritorialidade condicionada, fica sujeita as condições especiais previstas no art. 7º, § 2º, do Código Penal: a entrada do agente no território nacional, voluntariamente ou não, e mesmo que depois saia dele; ser o crime também punível no país onde foi cometido; tratar-se de crime que comporte extradição; não ter havido absolvição ou cumprimento de pena no exterior; ou não ter sido o agente perdoado ou extinta a punibilidade de fato (BRASIL, 1940).

A extraterritorialidade incondicionada está prevista nas hipóteses do inciso I do art. 7º e diz-se incondicionada porque, nesses casos, a sua aplicação não se subordina a qualquer requisito. Funda-se o incondicionalismo na circunstância de esses crimes ofenderem bens jurídicos de capital importância, afetando interesses relevantes do Estado (JESUS, 2011, p. 172). Em todas as situações mencionadas, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. Mirabete e Fabrinni (2013, p. 62) dizem que “isso não significa que serão executadas integralmente as penas aplicadas em dois países, pois a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil quando diversas, ou nela é computada quando idênticas.”

Por fim, depreende-se do artigo em comento que a expulsão do agente diplomático também será possível, desde que requisitada pelo Ministro da Justiça. Tal ato justifica-se pelo fato da diplomacia, por força constitucional, ser reservada a brasileiros natos – e a Constituição Federal (BRASIL, 1988) vedar, em seu art. 5º, LI, a extradição de nacionais, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (SILVA, 2012, p. 472).

4.2 ABUSO DA IMUNIDADE PENAL DIPLOMÁTICA E APLICABILIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA

A imunidade penal diplomática decorre do Direito Internacional e retira a jurisdição criminal dos representantes de governos estrangeiros nos

países em que atuam. Tem início com a entrada do agente diplomático no território estrangeiro e perdura enquanto permanecer no exercício das suas funções ou até que transcorra o prazo estabelecido.

A regra geral trazida pela Convenção de Viena dispõe que os diplomatas gozam de imunidade penal ilimitada, afastando a eficácia da lei penal do Estado receptor. Ainda, salienta-se do art. 31, §4º da Convenção de Viena que: “A imunidade de jurisdição de um Agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.” Conseqüentemente, verifica-se uma condição especial, pois segundo Silva, Casella e Bittencourt Neto (2012, p. 322), “a finalidade da isenção judicial não é considerar o Agente diplomático impune nem deixá-lo impune; deverá responder perante os tribunais do Estado acreditante por atos de natureza criminosa perpetrados no exterior.”

A expectativa da comunidade internacional com a elaboração da Convenção de Viena era a de que esse instrumento de Direito Diplomático contribuiria para o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações, assim, a finalidade dos privilégios e imunidades diplomáticas não era beneficiar indivíduos, mas garantir o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados (LIMA, 2002).

Apesar disso, durante a história da diplomacia, revelaram-se diversos casos de abuso da imunidade penal ilimitada e como exemplo desse fato, retira-se da obra de Silva (2012, p. 465-466):

Na cidade de Otawa, no Canadá, no ano de 2001, um diplomata russo atropelou duas cidadãs canadenses, matando uma e ferindo gravemente a outra. Em virtude da imunidade diplomática, recusou-se em fazer o teste do bafômetro. Já havia sido detido anteriormente por dirigir alcoolizado, sendo sempre liberado em razão seu cargo. Como a Rússia negou-se em renunciar à imunidade daquele agente, esse foi expulso, processado e condenado no seu país.

O caso relatado demonstra o abuso do instituto da imunidade diplomática, abatendo-se da aplicação da lei penal local. Assim, constata-se

que os dispositivos da Convenção de Viena não são suficientes para abortar as ações criminosas, os delitos ocorrem e o Estado que se torna vítima não pode aplicar as sanções previstas na sua legislação. Por este motivo, as possibilidades do Estado acreditador são pequenas, e a medida mais utilizada para coibir tais atos, conforme já dito em momento anterior, é a decretação de *persona non grata* ao agente diplomático, possibilidade prevista no art. 9º da Convenção de Viena.

Na realidade brasileira, em razão do princípio da extraterritorialidade, o membro diplomático que é cidadão brasileiro, não se isenta da persecução penal e, se for o caso, do cumprimento de pena, mesmo detentor da imunidade penal ilimitada, visto que só é ilimitada em relação ao Estado estrangeiro. Caso o crime seja um dos previstos no art. 7º, inciso I, do Código Penal, também não há como escapar da jurisdição brasileira, ainda que o Estado tenha renunciado à imunidade penal do seu agente, visto que tal artigo determina a submissão às leis brasileiras ainda que o agente tenha sido condenado ou absolvido no exterior (SILVA, 2012, p. 468).

Não obstante a regra geral seja da territorialidade para as leis de qualquer país, já se reconhece a sua ineficiência para manutenção da paz e da ordem entre as nações. Oliveira (1994, p. 180) dispõe que a persecução penal longe do lugar do crime traz dificuldades na apuração dos fatos, na obtenção de provas, no acompanhamento do processo pela vítima e assim não se dá a resposta devida ao delito. Além disso, cita Silva (1998, p. 469) que existe a possibilidade da conduta criminosa ser delito apenas no local do Estado acreditado e desta forma não há que se falar em persecução penal.

A melhor opção que se vislumbra é a possibilidade da renúncia da imunidade diplomática, sendo esta a maneira pela qual as leis locais do Estado Acreditado poderão se efetivar. Além disso, tornaria-se fácil a realização da persecução penal e seria o mais próximo do que se espera da cooperação internacional no combate ao crime.

Destarte, vê-se que a lei penal que teria como finalidade a cooperação entre os Estados para a luta contra a criminalidade, acaba sendo um instrumento de interesse político que conserva ou restaura as relações internacionais, perdendo a sua eficácia, que se torna condicionada a um bom relacionamento entre os Estados e não à necessidade em se proteger os bens jurídicos essenciais para a coletividade. Logo, diante da obrigatoriedade em respeitar-se as leis locais, deveria ponderar-se sobre o quanto o interesse político deve se sobrepor aos bens jurídicos atacados pela ação criminosa (SILVA, 2012, p. 471).

Por fim, como preceitua Toledo (2000, p. 48): “[...] em tempos de harmonização mundial, os Estados, em estrita cooperação, deveriam obrigar-se a punir o criminoso que se encontra em seu território, seja qual for a nacionalidade do agente ou o lugar da prática do crime.” Em vista disso, verifica-se que diante do choque de interesses entre as soberanias, a lei penal acaba sendo esquecida, juntamente com seus princípios, regras e valores.

5 CONCLUSÃO

As imunidades diplomáticas constituem princípio e fundamento do Direito Internacional. Sua finalidade e importância baseiam-se na necessidade de assegurar o eficiente desempenho das funções das missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados. Elas sugam a missão diplomática e seus agentes à jurisdição dos tribunais locais para permitir-lhes a liberdade, a independência e a segurança necessária ao exercício de suas funções.

Como primeiro instrumento de codificação do direito costumeiro internacional, surgiu a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas no ano de 1961. As regras dispostas na Convenção contribuíram para determinar as prerrogativas e as imunidades dos agentes diplomáticos, bem como para fixar quem seriam os beneficiários de tal vantagem.

A partir disso, questão a ser discutida é a de que a manutenção dos privilégios e imunidades diplomáticas dependem muito da capacidade

de cada país de prevenir a ocorrência de abusos que comprometam essas prerrogativas e provoquem as ações que levarão ao seu progressivo cerceamento. Destaca-se que dentro do âmbito penal, a Convenção de Viena, no seu art. 31, já estabeleceu que o agente diplomático goza de imunidade penal ilimitada, aplicando este dispositivo ao direito penal brasileiro, afastando o Princípio da Territorialidade Penal em razão da função exercida pelo diplomata, não permitindo a aplicabilidade das leis penais do país onde se encontra exercendo a diplomacia em nome de seu país.

Sabe-se que o delito ocorre em todo lugar e envolve os mais diversos povos, nas suas mais diversas culturas, atingindo de diferentes formas e proporções. Por ser algo de preocupação da sociedade em geral, criou-se mecanismos para que se impeça o cometimento de crimes previstos na legislação nacional mesmo que cometidos em território internacional. Tal preocupação destaca-se inclusive na Convenção de Viena que prevê a extraterritorialidade das leis: com a preocupação de que o diplomata poderia abusar da imunidade penal, estabelece que esse deve respeitar as leis locais do território onde exerce suas funções, afirmando ainda que a imunidade conferida ao membro do corpo diplomático não o isenta da jurisdição do país de origem.

Em contrapartida, o Código Penal Brasileiro prevê situação idêntica quando se refere a aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos por brasileiro no exterior. Sendo a diplomacia, por força constitucional, reservada a brasileiros natos, não faria sentido ser diferente, ou então, o Brasil tornaria-se o país das impunidades. Além disso, caso o crime esteja previsto nas hipóteses descritas no art. 7º, inciso I, do Código Penal, não haverá como se escusar da jurisdição penal do Brasil, ainda que o Estado brasileiro tivesse renunciado à imunidade penal de seu agente.

Diante do descobrimento de um crime cometido por um diplomata, a regra é de que o seu Estado Acreditante o envie diretamente para que o Estado Acreditador tome as medidas necessárias para que ocorra a efetiva punição. Ocorre que a realidade apresenta-se de forma diferente, pois os agentes

diplomáticos de advindos de diversos territórios estrangeiros aproveitam-se dos seus privilégios e abusam da imunidade penal diplomática, tendo em vista que tal evento traz dificuldades na apuração do crime, oitiva das testemunhas e vítimas. Note-se ainda que, caso o fato não seja crime no país de origem, não há como ocorrer a persecução penal, visto que sua tipificação não existe nas leis penais, podendo por fim, ainda, restar o Estado sem fazer nada.

Diante de todo estudo elaborado, constata-se que a aplicação da lei penal, não está somente condicionada ao afastamento ou não da imunidade penal do agente diplomático, mas aos próprios interesses dos Estados em manter bons relacionamentos políticos e econômicos com as mais diferentes soberanias internacionais. Cada vez mais, os Estados cooperam entre si para o crescimento como instituição e esquecem de um dos seus principais membros, o povo.

Assim, torna-se necessário que os Estados olhem para o fato criminoso, principalmente sob a ótica da justiça universal, princípio inerente a todos, e com isso, compreenda que o delito não afeta somente a vítima e quem dela depende, mas sim toda a sociedade, sendo que a falha na punição demonstra o fracasso de toda a comunidade internacional que comprometeu-se um dia em repungar toda forma de desigualdade social.

REFERÊNCIAS

ACCIOLLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo Eulalio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *História do Direito Internacional Público*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ASHMAN, Chuck; TRESOT, Pamela. *Escândalo: o abuso da imunidade diplomática*. Portugal: Publicações Europa, 1986.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de outubro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 out. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Decreto n. 56.435, de 08 junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 jun. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d56435.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CICCO FILHO, Alceu José. Relevância da imunidade diplomática. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

FLEINER-GESTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. *Privilégios e Imunidades Diplomáticos*. Brasília, DF: Instituto Rio Branco, 2002.

LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. *Direito Diplomático: A prática das imunidades dos agentes diplomáticos*. Osasco: Edifício, 2014.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. Aplicação extraterritorial de leis nacionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181450/000401600.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 04 set. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso de. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

MIRABETE, Julio Fabrinni; FABRINNI, Renato. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo Alberto de. *Comentários ao Código Penal: parte geral. A doutrina geral do crime e da pena*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, Gislene Pinheiro de. *Imunidade de Jurisdição Penal dos Agentes Diplomáticos*. Brasília, DF: Universidade Católica de Brasília, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Geraldo Eulalio Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba; BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira Bittencourt. *Direito internacional diplomático: Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ivy de Assis. A aplicação da lei penal em face de crimes cometidos por agentes diplomáticos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/100>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos dos Estados nas Relações Internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*. 1. ed. São Paulo: Forense, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VARELLA, Marcelo D. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A EDUCAÇÃO BÁSICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: HOMESCHOOLING, A EDUCAÇÃO DIRIGIDA PELOS PAIS

Andressa Piovesan¹

Roni Edson Fabro²

Resumo: O presente trabalho trata de educação brasileira e suas problemáticas, que deixam as crianças (de modo geral) impedidas de uma educação básica, educação esta que é garantida por lei. No caso do Brasil, o dever de proporcionar a todos os seus nacionais o acesso à cidadania, é do Estado esse dever ser constitucional passa naturalmente pelo ensino, aqui entendido como a educação básica. *Homeschooling* é um termo em inglês, também usado pelos latinos americanos com o significado de estudo em casa ou estudar em casa. É assunto muito comentado, mas pouco pesquisado, pois este tipo de estudo requer muito mais dos pais, e outros tem o pensamento que estariam roubando a “liberdade intelectual” da criança. O estudo domiciliar vem crescendo muito em grandes centros urbanos. No Brasil o *homeschooling* vem ganhando seguidores, pois segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), há mil famílias associadas ao grupo. Esta prática possui vantagens e desvantagens, pois a Constituição prevê somente a seguridade das crianças dentro das salas de aula e, quando se trata de crianças “fora da sala de aula” parece soar diferente, mas há quem diga que é um assunto que requer um pouco mais de cuidado, pois poucas famílias têm acesso a esse tipo de informações. O *homeschooling* é prática não legalizada no Brasil, porém muito comum em outros países, haja visto do ensino doméstico de crianças e jovens em idade escolar. Os conteúdos são selecionados na casa do aluno, por algum familiar ou pessoa que resida no mesmo local. Com a possibilidade das famílias disporem de uma educação que envolva mais propriamente valores internos ligados à religião, moral, ao patriotismo, e outros valores específicos.

Palavras-chave: *Homeschooling*. Educação Domiciliar. Direito Educacional.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; andressa.piovesan@yahoo.com.br

² Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata de crianças e de adolescentes, há, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990, que em seu art. 53³ se ocupa da educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu art. 71,⁴ que determina o direito à criança e ao adolescente à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A Constituição da República Magna elenca, em seu art. 30,⁵ a competência do município para implementação dos programas de educação infantil e de ensino fundamental. Ainda, pelo seu art. 205,⁶ a educação se constitui em direito de todos, dever do Estado e da família e que será promovida

³ Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – direito de ser respeitado por seus educadores;

III – direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV – direito de organização e participação em entidades estudantis;

V – acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

⁴ Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁵ Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI – manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa em seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O art. 211,⁷ por sua vez, determina que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizem, em colaboração, seus sistemas de ensino.

Este tema também foi tratado pela Emenda Constitucional n. 59, que alterou o art. 208⁸ da Constituição Federal, tornando obrigatória e gratuita a educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

O estudo domiciliar, por sua vez, vem crescendo muito em grandes centros urbanos. No Brasil, o *homeschooling*, como é conhecido nos Estados Unidos da América, vem ganhando seguidores. Conforme a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), há mil famílias associadas ao grupo (TEMPERANÇA, 2017).

Segundo os pais que optam por esta modalidade de ensino, alguns benefícios são a vantagem de poder acompanhar de perto o desenvolvimento escolar dos filhos e ter a oportunidade de ficarem mais atentos a possíveis problemas de aprendizagem. Para muitos, a escola regular, principalmente com salas de aula muito cheias, já não oferece o benefício do acompanhamento individual. Uma desvantagem é que é visto como um problema para a legislação brasileira, pois criaria um novo tipo de escolaridade, deixando sem

⁷ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

⁸ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

clareza qual o destino educacional que os pais querem dar aos seus filhos (TEMPERANÇA, 2017).

Em geral, o perfil das pessoas que optam pelo ensino doméstico envolve famílias em minorias étnicas ou religiosas, famílias que se mudam com muita frequência ou ainda pais diplomados insatisfeitos com o ensino das escolas. Em sua maioria, as famílias que adotam a prática têm mais de um filho (MÜLLER, 2017).

Como toda modalidade de ensino, o *homeschooling* tem vantagens e desvantagens. Mas é importante lembrar que no Brasil ele não tem previsão legal, portanto as famílias são obrigadas a manterem matriculadas crianças e adolescentes em idade escolar. O único jeito de estudar em casa por aqui, é revisando o que é estudado na escola.

Em Portugal, o número de famílias que optam pelo ensino doméstico e individual é cada vez maior. As notas destes alunos nas disciplinas de português e matemática costumam ser superiores à média nacional (SILVA, 2010).

Em 1992, Larry Shyers, da Universidade da Flórida, defendeu uma tese de doutorado na qual desafiava a noção de que as crianças que ficam em casa apresentam um desenvolvimento social mais atrasado. Em seu estudo, crianças de 8 a 10 anos eram filmadas brincando. O comportamento de cada uma delas foi observado por orientadores psicológicos que não sabiam quais eram as crianças que frequentavam escolas convencionais e quais eram as que estavam sob *homeschooling*. O estudo não encontrou qualquer diferença significativa entre os dois grupos em termos de assertividade, que foi medida por exames que avaliavam a evolução social de cada criança, mas as filmagens mostraram que as crianças educadas em casa por seus pais apresentavam menos problemas comportamentais (TEMPERANÇA, 2017).

Tipicamente, nos países em que esta prática é mais difundida, os denominados *homeschoolers* participam de várias atividades externas como: jogos desportivos (existem inúmeros times de *homeschoolers*), programas de escotismo, igrejas, serviços comunitários ou empregos de meio expediente.

Richard G. Medlin, da Universidade Stetson, observa que os *homeschoolers* recorrem expressivamente a grupos de apoio como meio de manter contato com famílias de ideias afins (TEMPERANÇA, 2017).

2 HOMESCHOOLING, O ESTUDO DIRIGIDO PELOS PAIS

2.1 ORIGEM E ABORDAGEM CONCEITUAL DO HOMESCHOOLING

O conceito para o termo inglês *homeschooling* é educação no lar, também conhecido como ensino doméstico. O conceito originou-se por volta da década de 1970 com o professor e escritor John Holt. Pela idealização do ensino, o renomado professor lutava por formas mais humanas e menos formais de ensinar. Buscava também que o processo de educação ocorresse em espaços variados e repletos de estímulos, onde as crianças pudessem se desenvolver de acordo com a curiosidade de cada uma, com as experiências que lhes fossem proporcionadas (TEMPERANÇA, 2017).

Neste sentido, surge também o conceito de “desescolarização”, também chamada de *unschooling*, estabelecendo que a aprendizagem deveria ocorrer de forma natural e espontânea, fora do ambiente escolar, sendo que a criança deveria ter contato com a natureza, tendo também liberdade para decidir quais atividades educativas realizaria no dia, podendo optar por treinar habilidades na cozinha, ir à biblioteca ou simplesmente ler ao ar livre.

Por volta da década de 1980 alguns grupos evangélicos passaram a aderir ao ensino doméstico, visando ensinar às crianças conteúdos escolares de acordo com os seus princípios cristãos (TEMPERANÇA, 2017).

Pelo *homeschooling*, o ensino se torna um meio de transmissão de conhecimento, permitindo ao ser humano adquirir habilidades diversas, sejam intelectuais, sociais ou motoras. A educação se torna mais ampla por que se relaciona ao conjunto de comportamento de um indivíduo (TEMPERANÇA, 2017).

A Associação de Nacional de Ensino Domiciliar (ANED) tem como fundamento ensinar as crianças em casa, com acompanhamento e cursos on-line. Legalmente admitida a educação domiciliar em 63 países, a ANED afirma que no Brasil existem muitas famílias que respondem judicialmente pelo crime de abandono intelectual (TEMPERANÇA, 2017).

Contudo, no momento atual o Ministério da Educação não reconhece essa modalidade de educação como um processo legal, pois entende que o ensino em casa fere o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a Constituição da República Federativa do Brasil (TEMPERANÇA, 2017).

2.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO ENSINO DOMÉSTICO

Segundo alguns pais que optaram por esta modalidade, o ensino doméstico é vantajoso porque possibilita a eles acompanhar de perto o desenvolvimento escolar de seus filhos e terem a oportunidade de ficar mais atentos a possíveis problemas de aprendizagem. Muitos deles dizem que a escola regular, principalmente com salas de aula muito cheias, já não oferece o benefício do acompanhamento individual (TEMPERANÇA, 2017).

Outro ponto positivo é que o ensino em âmbito domiciliar evita que as crianças sofram *bullying*.⁹ A maioria dos pais relata situações que geram traumas nas crianças e que fazem da escola um lugar para onde elas não gostariam de retornar (TEMPERANÇA, 2017).

Ainda, importante ponto favorável à prática consiste na flexibilidade de horários, a qual traz enormes benefícios. Já que, com o trânsito cada vez mais caótico, o *homeschooling* vem sendo uma alternativa encontrada

⁹ Para Augusto Cury, o *bullying* é uma situação que se caracteriza por agressões intencionais, verbais ou físicas, feitas de maneira repetitiva, por um ou mais alunos contra um ou mais colegas. O termo *bullying* tem origem na palavra inglesa *bully*, que significa valentão, brigão. Mesmo sem uma denominação em português, é entendido como ameaça, tirania, opressão, intimidação, humilhação e maltrato.

para evitar este grande desgaste precoce das crianças e, assim, assegurar a produtividade, poupando horas de deslocamento.

Além disso, as famílias acreditam que por meio do *homeschooling* as crianças não se sentem pressionadas a provar suas habilidades para outras crianças. O último ponto sobre as vantagens da metodologia é a possibilidade, segundo as famílias, de ampliar o ensino para além dos livros, através de viagens ou passeios agradáveis, sem a necessidade de cumprir planos de aula ou cronogramas (TEMPERANÇA, 2017).

Uczai (2010, p. 64) ressalta questões importantes acerca do *homeschooling*: a incompreensão dos sistemas educativos, que acabam se tornando desmotivação do professor; a batalha da formação inicial deficitária de um professor; o desestímulo à formação continuada, por conta da ausência de políticas de atualizações dos professores; a concepção tecnocrática no que se refere ao projeto pedagógico que é maçante e incapaz de resolver os problemas cotidianos; a falta de autonomia das escolas, tendo que cumprir os 200 dias letivos previstos no calendário escolar; a administração escolar muito burocrática; a ausência de um apoio institucional; a falta de democracia nas instituições; a falha de comunicação entre alunos e professor e professor e família do aluno; a sobrecarga do professor, tendo muitas responsabilidades; a banalização e o ceticismo do ensino; a mercantilização e a privatização da educação, além da ausência de inovações pedagógicas, o acúmulo de funções e a invisibilidade da atividade docente.

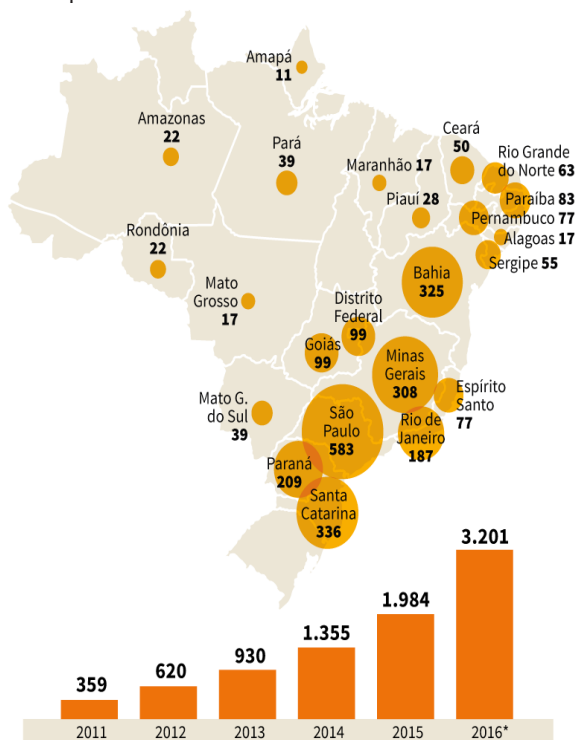
Segundo a pesquisa mais recente desenvolvida pela ANED, a prática do ensino doméstico aumentou 916% entre os anos de 2011 e 2016. Atualmente existem cerca de 3.200 famílias, com aproximadamente 6 mil crianças e adolescentes, utilizando tal método de ensino, sendo que mais da metade delas encontra-se nas regiões sudeste e sul (TEMPERANÇA, 2017).

Citam-se famosos que foram educados em casa: 1) George Washington – o primeiro presidente dos Estados Unidos da América, que foi educado por tutores, em casa, durante a infância; 2) Thomas Edison – tido como um aluno “devagar” por um professor, que foi retirado da escola pela mãe, que se encarregou

de educá-lo e tornou-se o inventor da lâmpada elétrica; 3) Serena e Vênus Williams – a dedicação ao tênis prejudicava os compromissos escolares das irmãs e a família optou pelo ensino doméstico; 4) Jonas Brothers – muitos praticantes do *homeschooling* nos Estados Unidos da América são cristãos e conservadores. Este é o caso dos pais dos três cantores que não frequentaram a escola e foram educados pela mãe; e 5) Justin Bieber – por causa do sucesso precoce como cantor, ele deixou a escola e passou a estudar em casa (PRADO, 2016).

Adiante segue um gráfico que mostra o crescimento e a evolução de quem adotou a educação domiciliar no Brasil em 5 (cinco) anos. Em apenas 3 (três) estados não foi identificada nenhuma família *homeschooling*, que são os estados do Acre, Tocantins e Roraima, conforme o mapa:

Mapa 1 – Número de praticantes do ensino domiciliar no Brasil e sua evolução



Fonte: Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED). Infografia: Gazeta do Povo.

Notas: * até 2 de março. ** Rio Grande do Sul: dados indisponíveis.

Entre as desvantagens do *homeschooling*, cita-se a própria didática de ensino, uma vez que o dever de ensinar é da escola e acontece passo a passo, com uma rotina programada, cujo ensino domiciliar não é capaz de acompanhar, por mais bem estruturado que seja.

Um segundo ponto a ser levado em conta é a relação emocional entre pais e filhos. A pressão de um adulto, sobretudo de pai ou de mãe, é imensa, sendo tal situação muito prejudicial ao controle emocional de uma criança ou de um jovem. O estresse advém desse tipo de “jogo de forças”, com um lado totalmente em desvantagem, no caso, o do filho.

Em terceiro ponto, quando uma criança é educada através de tal método, ao entrar no mercado de trabalho, ela não terá a mesma chance de competição em relação aos que estudaram em escolas regulares.

Ainda, o ensino individualizado não necessariamente, acelera o processo de aprendizado. Aprender de forma individual não quer dizer que a criança tenha mais facilidade de expressar suas ideias e sentimentos, podendo comprometer a interação dela com outras crianças.

Nesse sentido, a falta de socialização costuma ser o primeiro argumento contrário ao ensino domiciliar, mas não parece suficiente. A literatura internacional mostra que a família, os vizinhos, os amigos e, sobretudo, os avanços tecnológicos, possibilitam que as crianças que aprendem em casa não se isolem ou sofram com isso (TEMPERANÇA, 2017).

Por outro lado, apontam-se duas preocupações: a primeira é a importância exagerada que pode existir no mérito acadêmico em nome de uma perda do direito da criança à infância e tudo o que ela representa para o desenvolvimento e, a segunda, seria o direito à educação de crianças e adolescentes que pode ser violado caso não haja um acompanhamento por parte do governo (TEMPERANÇA, 2017).

É no lar que a educação da criança deve ser iniciada. Ali está sua primeira escola, tendo seus pais como instrutores, a criança terá de aprender

as lições que a devem guiar por toda a vida — lições de respeito, obediência, reverência, domínio próprio (WHITE, 2013, p. 17).

Os pais mandam os filhos à escola e, ao fazê-lo, pensam que os têm educado. Mas a educação é uma questão de maior amplitude do que muitos pensam: compreende todo o processo pelo qual a criança é instruída, desde o berço à infância, da infância à juventude e da juventude à maturidade (WHITE, 2013, p. 26).

2.3 CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE IMPLANTAÇÃO DO HOMESCHOOLING NO BRASIL

Neste tópico, pretende-se abordar questões legais vinculadas ao ensino domiciliar no Brasil, tanto aquelas de cunho material, a lei propriamente dita, englobando a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e o projeto de emenda à Constituição, bem como as questões de ordem doutrinária e jurisprudencial, mas sem deixar de envolver nesta exposição questões de ordem social.

2.3.1 Constituição Federal

Conforme estabelecido no art. 227¹⁰ da Constituição da República Federativa do Brasil, é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, dentre outros direitos, o direito à educação. Ou seja, é uma responsabilidade compartilhada, um tríplice dever, no qual cada instituição citada é insubstituível, devendo realizar um papel fundamental na formação dessas crianças e adolescentes.

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É oportuno destacar o art. 206,¹¹ II, que trata da liberdade de aprender e ensinar, divulgando o pensamento.

O art. 208¹² trata dos deveres do Estado em relação ao direito à educação, sendo parte específica do direito “de todos”, conforme o art. 205,¹³ como dever da família, da sociedade e do Estado, que deve ser totalmente assegurado pelas esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Já o art. 209¹⁴ determina os requisitos impostos pelo legislador que devem ser cumpridos, subentendendo-se que a educação deve ser provida em instituições de ensino autorizadas e avaliadas pelo Poder Público.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela ONU no ano de 1989 e vigente desde 1990, define que toda criança terá direito à educação e que o Estado deverá oferecer compulsoriamente a educação primária de forma gratuita (TEMPERANÇA, 2017).

2.3.2 Código Civil

Pelo Código Civil, originariamente o conceito de família era usado para referir-se ao conjunto de escravos e criados de uma determinada propriedade.

¹¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

¹² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

¹³ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁴ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Hoje, a família representa a principal forma de organização do homem em sociedade, baseando-se em laços de parentesco (MARIZ; BRÍGIDO, 2017).

Nesse sentido, Venosa (2003, p. 16) entende que “a família em um conceito amplo é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder.”

Diante dos conceitos abordados, percebe-se que a família é uma instituição social formada por indivíduos unidos por laços afetivos sobre o poder familiar, no qual se originam os direitos e obrigações que os pais possuem em face dos filhos, sob pena de perder esse poder em caso de desrespeito a tais direitos.

Dispõe o Código Civil, em seu art. 1634,¹⁵ a responsabilidade dos pais quanto à pessoa dos filhos menores, dirigindo-lhes a criação e a educação. Isso, no entanto, não seria fundamento legal razoável para justificar a interferência direta dos pais sob o regime estabelecido pelo Estado, que tem a finalidade de, junto à família, zelar pela frequência escolar como forma de garantir às crianças, aos adolescentes e aos jovens o direito constitucional à educação.

¹⁵ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

2.3.3 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Conforme preceitua o art. 1^o¹⁶ da Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996, a educação será proporcionada por um processo formativo, no qual se incluem o convívio no núcleo familiar, no trabalho, nas instituições de ensino e em todas as manifestações sociais e culturais.

Não obstante, no art. 2^o¹⁷ da referida lei, aponta-se que a educação é um dever atribuído tanto à família quanto ao Estado, com o escopo de preparar o educando para exercer sua cidadania e qualificá-lo para o trabalho.

Preceitua o art. 4^o,¹⁸ I, ainda que a educação básica é obrigatória e gratuita para os educandos compreendidos entre os 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade.

O art. 5^o¹⁹ afirma que a educação básica obrigatória é direito público subjetivo, sendo possível que praticamente qualquer pessoa possa acionar o poder público para exigi-lo.

O art. 6^o,²⁰ por fim, determina que é dever dos pais ou responsáveis matricular as crianças a partir dos 4 (quatro) anos de idade nas séries de educação básica. Então, nota-se que a educação será somente ministrada nas escolas, portanto, não é aplicável àquelas famílias que optam pela educação domiciliar.

¹⁶ Art. 1^o A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

¹⁷ Art. 2^o A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹⁸ Art. 4^o O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

¹ – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

a) pré-escola;

b) ensino fundamental;

c) ensino médio;

¹⁹ Art. 5^o O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.

²⁰ Art. 6^o É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Mesmo que, apenas por hipótese, a LDB seja considerada como uma lei aplicável a qualquer modalidade de ensino, deve-se olhar para o fato de que ela mesma não exige que o aluno da educação básica (formada pela educação infantil e pelo ensino fundamental e médio) tenha escolarização anterior (BRASIL, 1996).

2.3.4 Estatuto da Criança e do Adolescente

O art. 55²¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a obrigatoriedade da matrícula do estudante no ensino básico regular, o que é interpretado pelos adeptos do *homeschooling* como uma obrigação impostas aos pais para que estes matriculem seus filhos na escola.

2.3.5 Proposta de Emenda Constituição n. 444/2009

A proposta de Emenda Constituição n.º 444/2009, de autoria do Deputado Wilson Picler (PDT-PR), visa à alteração do § 4º do art. 208 da Constituição Federal, passando a estabelecer que: *“O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sobre responsabilidade da autoridade educacional.”*

Em um embate sobre o tema levado à Comissão da Educação e Cultura da Câmara de Deputados, predominou o entendimento de que para a atual Constituição Federal, a matrícula das crianças na idade escolar é obrigatória, cabendo ao Estado, como um responsável no dever de educar, intervir nas situações em que a criança se encontra fora da escola.

Dessa maneira, o autor da referida PEC reconhece que a prática do ensino domiciliar não é aceita em nosso atual ordenamento jurídico, tendo em vista que, de acordo com o artigo 208 da Constituição Federal, a educação

²¹ Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

básica é obrigatória e gratuita, fundamento que embasa as diversas decisões judiciais contra os adeptos desse movimento.

Assim sendo, em tramitação desde 8 de dezembro de 2009, a PEC 444/2009 foi recebida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, tendo como relator o Deputado Marçal Filho (PMDB-MS), o qual manifestou seu voto favorável à admissibilidade da proposta, encontrando-se ainda pendente de apreciação do plenário.

2.3.6 Projeto de Lei n. 3179/2012

Seguindo a linha dos adeptos à prática do ensino domiciliar e buscando a legalização dessa metodologia de ensino no Brasil, o Deputado Federal Lincoln Portela (PRB-MG) apresentou o Projeto de Lei n. 3179/2012, o qual tem por finalidade acrescentar um parágrafo ao art. 23²² da Lei Federal n, 9394/1996, dispondo sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica (PL n. 3.179/12). De tal forma, o texto do então art. 23 da referida lei seria acrescido de um parágrafo terceiro com o seguinte texto:

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais. (BRASIL, 2012).

Na última tramitação, realizada em dezembro de 2014 pela Comissão de Educação, o então Projeto de Lei nº 3179/2012, de autoria do Deputado Lincoln Portela (PR-MG), encontrava-se com prazo de vistas encerrado (BRASIL, 2012).

²² Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.

2.3.7 Enfoque jurídico da educação domiciliar no Brasil

O casal Carlos Alberto Carvalho Vilhena Coelho e Márcia Marques de Oliveira Vilhena Coelho, residentes na cidade de Anápolis (GO), durante dez anos se encarregou exclusivamente pela alfabetização e todo o processo de ensino e aprendizagem da educação de seus filhos, dando-lhes subsídios necessários ao progresso do ensino ministrado no lar, dispensando totalmente a vivência daqueles na comunidade escolar (TEMPERANÇA, 2017).

Com o intuito de materializar e formalizar o histórico escolar dos menores, os pais matricularam os educandos em dezembro de 1999, para a frequência do ano letivo de 2000, em uma escola particular de sua cidade. À época as crianças contavam com 6 (seis), 8 (oito) e 9 (nove) anos de idade. Submetidas a um teste pelo referido colégio, dentro do art. 24,²³ II, c da LDB, com os resultados obtidos foram enquadrados na 1^a, 4^a e 5^a séries respectivamente, demonstrando que os estudantes estavam cerca de um ano adiantados nas suas séries correspondentes. Entretanto, apesar de devidamente matriculados na escola, as crianças não frequentavam as aulas, ou seja, permaneciam estudando exclusivamente em casa e frequentando o colégio apenas nos períodos de avaliações ou para a entrega e apresentação de trabalhos, mantendo sempre notas satisfatórias nas provas realizadas (MÜLLER, 2017).

Com o intuito de manter a educação domiciliar dos filhos, o casal Vilhena Coelho requereu administrativamente o direito de educar seus filhos em casa. Com a remessa dos autos ao Conselho Nacional de Educação, o relator do processo, Sr. Ulysses de Oliveira Panisset, apresentou parecer

²³ Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

^{II} - A classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

^{a)} por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola;

^{b)} por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas;

^{c)} independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino;

manifestando-se contra o pedido dos requerentes, por entender que, tendo em vista a atual legislação pátria, não haveria possibilidade de autorização do pedido. (MÜLLER, 2017).

2.3.8 Recurso Extraordinário n. 888815/RS

Um Recurso Extraordinário em trâmite no Supremo Tribunal Federal, cujo Relator é o Ministro Luiz Roberto Barroso, objeto da Repercussão Geral n. 822, discute se o ensino domiciliar pode ser proibido pelo Estado ou considerado um meio lícito de cumprimento no dever de educação aos menores. O que está em debate neste recurso são os limites da liberdade dos pais na escolha da maneira de educar os seus filhos (BRASIL, 2015).

Este recurso teve origem em um Mandado de Segurança impetrado pelos pais de uma criança de 11 (onze) anos, contra ato da Secretaria de Educação do Município de Canela (RS), que negou o pedido para que a criança fosse educada em casa e os orientou em fazer a matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado. Porém, tanto o Juízo da Comarca de Canela quanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, indeferiram o Mandado de Segurança com o fundamento de que não havia amparo legal a este tipo de modalidade, conforme se verifica da ementa abaixo (BRASIL, 2015):

DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988. 2. Repercussão geral reconhecida.

(STF - RG RE: 888815 RS - RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 04/06/2015, Data de Publicação: DJe-113 15-06-2015). (BRASIL, 2015).

No recurso, os pais sustentaram que restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino seria não apenas ignorar as variadas formas de ensino agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia, como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, restringindo os princípios da liberdade de ensino e do pluralismo pedagógicos, tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição (BRASIL, 2015).

Os motivos que levam algumas famílias a aderirem a esta modalidade de ensino vão desde a insatisfação escolar ao medo em relação à integridade física e psicológica dos filhos. Este foram os principais fatores que fizeram crescer o número de participantes desta forma de ensino. As demandas judiciais foram surgindo por consequência desta lacuna legal e, diante da ausência de legalização do assunto, uma série de famílias brasileiras aguardam uma regularização da matéria, para que possam praticar a forma de ensino que julgam a melhor opção, fazendo-se cumprir diante da crença dessas famílias o verdadeiro significado do princípio da dignidade da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em se tratando de hipóteses positivas, as pessoas devem exigir que as sociedades respeitem sua dignidade e que tenham garantidos os meios de atendimento de suas necessidades básicas, acessando assim seus direitos fundamentais.

O tema dos direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, é fruto de conquistas históricas e com eles a concretização da dignidade da pessoa humana. Atrelada a isto está a educação, como um fator de garantia ao bem-estar, se importando com direitos humanos inerentes a todos, indiferente à nacionalidade, raça e outros fatores que diferenciam os indivíduos.

O direito fundamental social à educação está previsto na Constituição Federal e tal qual como está é, aparentemente, um monopólio do Estado, com

a previsão de abandono intelectual, crime disposto no Código Penal que tem o condão de evitar a evasão escolar, aplicado aos pais que não matricularem seus filhos em idade escolar.

O *homeschooling* é a alternativa dos pais que buscam trazer exclusivamente para si a responsabilidade de educar seus filhos. Não é prática recente, sendo que encontram-se diversos exemplos de sua aplicação ao longo da história. Entre vantagens e desvantagens quanto à execução deste método, está a total ausência de legislação pátria sobre o tema, fator que mantém as famílias que optam pela sua prática em um total estado de desamparo.

Estão contrapostas as capacidades pedagógicas que dotam o professor tradicional pela forma como se organiza o Estado na questão da educação formal em instituições autorizadas, com a possibilidade das famílias disporem de uma educação que envolva mais propriamente valores internos ligados à religião, à moral e ao patriotismo, entre outros.

O Estado está disposto a tudo para impedir o sucesso do individualismo e do mérito próprio, os burocratas processam criminalmente as famílias, cujos pais correm o risco de perder sua liberdade e, ainda mais, a guarda dos filhos.

Não há respostas para todas as indagações que envolvem o tema, mas a única certeza é que com um estudo mais aprofundado os rumos se tornariam mais claros, talvez com isto seja possível alcançar conclusões diferentes das tradicionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. *PEC 444/2009 Proposta de Emenda à Constituição*. Acrescenta o § 4º ao art. 208 da Constituição Federal. *Câmara dos Deputados*, 08 dez. 2009. Autoria do Dep. Fed. Wilson Picler (PDT-PR). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>>. Acesso em 10 nov. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 3179*. Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. *Câmara dos Deputados*, 08 fev. 2012. Autoria do Dep. Fed. Lincoln Portela (PR-MG). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 888815. Possibilidade de o ensino domiciliar (homeschooling), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal. Min. Roberto Barroso. *Diário de Justiça eletrônico*, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso com repercussão geral discute direito dos pais de educar filhos em casa. *Notícias STF*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293490>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CURY, Augusto. *Escola da Inteligência: o que é bullying*. Disponível em: <<https://escoladainteligencia.com.br/o-que-e-bullying>> Acesso em: 23 nov. 2017.

MARIZ, Renata; BRÍGIDO, Carolina. STF vai definir se famílias podem optar pelo ensino domiciliar. *O Globo: Sociedade*. 9 set. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/stf-vai-definir-se-familias-podem-optimar-pelo-ensino-domiciliar-21802711>>. Acesso em: 30 set. 2017.

MÜLLER, Bruno Raphael. Homeschooling cresce no Brasil com curso online e vitória parcial no STF. *Gazeta do Povo*: Educação. Curitiba, PR, 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/homeschooling-cresce-no-brasil-com-curso-online-e-vitoria-parcial-no-stf-8qz8q44hruznc-g71e5gufddss/>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PRADO, Carolina do. Educação domiciliar ganha força no Brasil e busca legalização. *Gazeta do Povo*: Educação. Curitiba, 08 maio 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/educacao/educacao-domiciliar-ganha-forca-no-brasil-e-busca-legalizacao-7wvulatmkslzdhwncstr7tco>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TEMPERANÇA. *Educação Domiciliar no Brasil (Homeschooling)*. 20 jan. 2017. Disponível em: <<https://temperancacrista.wordpress.com/2017/01/20/educacao-domiciliar-no-brasil-homeschooling/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

UCZAI, Pedro F. *Outra educação é possível e necessária: os desafios da educação brasileira*. Florianópolis: [s.n.], 2010.

WHITE, Ellen G. *Orientação da Criança*. Sorocaba: Casa Publicadora Brasileira, s.d.

A POSSIBILIDADE DE PENHORA PARCIAL DO SALÁRIO EM EXECUÇÃO DE DÍVIDA NÃO ALIMENTAR

Luana Ratti da Silva¹
Roni Edson Fabro²

Resumo: No presente artigo se discorre sobre a possibilidade de resolver o problema da inadimplência das obrigações legitimamente contraídas, diante da inexistência de bens do devedor e impenhorabilidade do salário, sem ferir os preceitos que garantem o mínimo para subsistência, mas ao mesmo tempo garantindo a efetividade do processo. A execução deve ser dotada de mecanismos que tornem a tutela jurisdicional adequada e eficaz. Todavia, ela acaba sendo campo fértil para a prática de atos fraudulentos e abusivos do executado. A seara das impenhorabilidades, mais precisamente dos rendimentos de natureza alimentar, cuja intenção primária é de preservar a existência digna do executado, tem sido utilizada indevidamente como expediente para frustração do direito do credor. Logo, tal discussão coloca em conflito o princípio da efetividade da execução e o princípio da menor onerosidade ao executado. No entanto, em que pese o dever de respeitar o devedor, o credor não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva, a qual visa à garantia de um processo mais célere e eficaz. Torna-se possível, portanto, afastar a lacuna de arguição de impenhorabilidade dos rendimentos de caráter alimentar quando esta violar os limites impostos pela boa-fé, por constituir verdadeiro abuso do direito, questões estas que exigem uma releitura dos recentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

Palavras-chave: Processo de execução. Impenhorabilidade. Natureza alimentar. Abuso de direito.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; luanaratti@hotmail.com

² Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Para cumprir suas obrigações, o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros. Trata-se da consagrada responsabilidade patrimonial elencada no Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) também admitiu excepcionalidades, excluindo a responsabilidade patrimonial do executado quando a penhora recair sobre determinados bens. Uma das hipóteses de impenhorabilidade é a da remuneração do executado.

O presente trabalho visa à análise da possibilidade de afastar essa arguição de impenhorabilidade, estabelecida no Novo Código de Processo Civil.

Para tanto, pretende-se analisar o porquê da limitação da penhora do salário, sendo que o legislador preocupou-se em preservar um patrimônio mínimo para o devedor, não levando o mesmo a uma situação incompatível com a dignidade humana, uma vez que se entende que o salário possui natureza de verba alimentar, sendo fonte de subsistência do empregado comum.

Nos casos em que o devedor não cumpre espontaneamente sua obrigação, o processo só será efetivo se a atividade executiva jurisdicional for bem sucedida. Para isso acontecer, as partes da lide devem proceder com lealdade e boa-fé, não violando o ordenamento jurídico com condutas tendentes a frustrar o resultado do processo executivo.

2 MÁ-FÉ DO DEVEDOR E FRUSTRAÇÃO DA EXECUÇÃO

Para conferir caráter normativo à necessidade de atuação ética em juízo, bem como reprimir o comportamento desleal das partes na demanda, o NCPC, em seu art. 77,³ contempla uma cláusula geral de boa-fé processual,

³ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

dispondo que é dever de todos aqueles que de alguma forma participam do processo, procederem com lealdade e boa-fé, estabelecendo sanções conforme o grau de violação do dever de agir.

Os arts. 80⁴ e 81,⁵ também do NCPD, descrevem as condutas que, de forma geral, são consideradas como abusivas em juízo, impondo a qualquer das partes que nela incorrer a condenação ao pagamento de multa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Além das regras gerais concernentes à litigância de má-fé, o NCPD, em seu art. 774,⁶ contempla regra específica para a repressão da conduta do executado tendente a frustrar o resultado do procedimento executivo.

III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços a sua efetivação;

V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (BRASIL, 2015).

⁴ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 2015)

⁵ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (BRASIL, 2015)

⁶ Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I – fraude a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V – intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. (BRASIL, 2015)

Constatada a prática de quaisquer destes atos pelo executado, o Parágrafo único do mesmo art. 774,⁷ autoriza o juiz a impor-lhe multa não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis, a qual reverterá em proveito do credor.

Tais medidas são impostas pois a execução civil é campo fértil para a prática de fraudes pelo executado. Assim, embora instituídas com o fim de preservar a existência digna do executado, algumas práticas processuais dão amparo, muitas vezes, a manobras de má-fé do executado, sendo necessária a aplicação dos referidos artigos para coibir tais comportamentos.

3 NATUREZA JURÍDICA E CARÁTER ALIMENTÍCIO DO SALÁRIO

Um dos direitos fundamentais do ser humano é o direito ao salário, que é percebido diante do vínculo da relação de emprego. É o nome atribuído ao pagamento relacionado ao contrato de trabalho. O salário vem prover as necessidades humanas, pois é questão de dignidade do ser humano receber uma renda mensal, podendo ser uma renda mínima, a qual é denominada de salário mínimo (NASCIMENTO, 2013, p. 836).

Para Delgado (2005, p. 26), salário é “o conjunto de parcelas ‘contraprestativas’ pago pelo empregador ao empregado em decorrência da relação de emprego.”

Na legislação brasileira, o salário mínimo está previsto no art. 76⁸ da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁷ Art. 774. Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material. (BRASIL, 2015)

⁸ Art. 76. Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte (BRASIL, 1943).

Leite (2008, p. 422) preleciona que “Os pedidos veiculados nas iniciais trabalhistas são, via de regra, relativos a salário, ou seja, parcelas com nítida natureza alimentícia.”

Para Nascimento (2013, p. 351), ainda, o salário:

É o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador não só como contraprestação do trabalho, mas, também, pelos períodos em que estiver a disposição daquele aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força da lei.

Cabe ressaltar o caráter alimentício e a função social do salário, nas palavras de Delgado (2005, p. 708):

O caráter alimentar do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a ótica do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família. A ordem jurídica não distingue entre níveis de valor salarial para caracterizar a verba como de natureza alimentícia. A configuração hoje deferida à figura é unitária, não importando, assim, o fato de ser (ou não), na prática, efetivamente dirigida, em sua totalidade ou fração mais relevante, às necessidades estritamente pessoais do trabalhador e sua família. A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela.

De qualquer sorte, o salário ou a contraprestação recebida em virtude de trabalho possui natureza de verba alimentar, pois entende-se que ele é o meio de subsistência do empregado comum.

4 PENHORA: CONCEITO E FINALIDADE

A penhora é o procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas. Por meio dela, são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto

da execução, pois a penhora é o ato processual pelo qual determinados bens do devedor sujeitam-se diretamente à execução (MARINONI, 2008, p. 254).

Para Oliveira (2001, p. 15-16):

A penhora traduz espécie de guardiã da coisa julgada, que por si só é impotente, mas é a vontade do Estado. Vontade sem a penhora é vela sem luz, é sino sem badalo, é corpo sem alma petrificado e sem movimentos. A penhora é o elemento vivificante, único capaz de tornar realidade o comando abstrato inerte. Na engrenagem executória, a penhora é a peça mais importante, pois, em não existindo resistência por parte do devedor, sequer não se instaura a execução aparelhada. É peça essencial sem a qual a execução não chegará a bom termo.

Utilizando as palavras de Assis (2006, p. 576): “a penhora é o ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo;”

Ainda, a penhora pode ser entendida como primeiro ato expropriatório da execução forçada por quantia certa. É um ato de afetação, já que sua imediata consequência, de ordem prática e jurídica é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, que é de dar satisfação ao credor (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 272).

Na mesma seara, Gaspar (2009, p. 9), menciona que “A penhora é a fase inicial da expropriação. E a expropriação consiste em retirar o objeto do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação, com posterior alienação do bem para conversão em dinheiro.”

Em se tratando da finalidade da penhora, Zarh Filho (2009, p. 69) sustenta:

Fica claro então que a finalidade da penhora é possibilitar a satisfação do credor, via sujeição de bens determinados ao Juízo da execução, para que os atos de expropriação possam ter sequência, e não servir como uma mera garantia a permitir uma discussão judicial futura, até porque esta é ocasional e não se insere no âmbito da atividade

jurisdicional executiva, pois depende da provocação do executado via ação de conhecimento.

A penhora nada mais é do que um meio de eficácia da execução. Esses bens serão colocados à disposição do judiciário, para satisfação da dívida, se não ocorrer de outra forma.

4.1 ORDEM DA PENHORA

O art. 835⁹ do NCPC estabelece uma preferência legal em favor de certos bens para a realização da constrição. Porém, a ordem de bens estabelecida em lei não é absoluta, ou seja, poderá o juiz deixar de aplicar a ordem prevista quando a situação em concreto colidir com os princípios do resultado e do menor sacrifício para o executado. Em outras palavras, a regra do art. 835 é um parâmetro indicativo flexível, que deve ser usado para guiar a atividade judicial, mas cuja ordem de preferência pode ser alterada justificadamente, diante das particularidades presentes no caso concreto (MARINONI, 2008, p. 269).

Marinoni e Arenhart (2008, p. 269) asseveram, ao discorrer acerca da ordem dos bens a serem penhorados:

A eleição dos bens penhoráveis não é arbitrária, nem para o oficial de justiça, nem para as partes da execução. Atendendo-se aos princípios do resultado da execução – pela qual a execução deve correr de forma mais proveitosa

⁹ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
IV – veículos de via terrestre;
V – bens imóveis;
VI – bens móveis em geral;
VII – semoventes;
VIII – navios e aeronaves;
IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
X – percentual do faturamento de empresa devedora;
XI – pedras e metais preciosos;
XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
XIII – outros direitos. (BRASIL, 2015).

ao credor e do menor sacrifício do executado – em razão da qual a execução não deve ir além do estritamente necessário para a satisfação do crédito, estabelece-se preferência legal em favor de certos bens para a realização da penhora.

No rol de preferência dos bens a serem penhorados, verifica-se que o dinheiro ocupa o primeiro lugar. Acerca do assunto, dispõe Theodoro Júnior (2007, p. 70):

O dinheiro continua ocupando o primeiro lugar na ordem de preferência para a sujeição à penhora. É natural que assim seja, pois se a finalidade da execução por quantia certa é expropriar bens do executado para transformá-los em fonte de obtenção de meios de saldar a dívida exequenda, nada melhor do que, quando possível, fazer recair a penhora diretamente sobre somas de dinheiro. Com isso elimina-se o procedimento de transformação do bem constricto em numerário, sempre que este se encontre disponível no patrimônio do executado em volume capaz de assegurar o resultado final da execução.

A penhora de dinheiro é a melhor maneira de viabilizar a satisfação do crédito exequendo, pois se constitui no meio mais célere de satisfação do direito do credor. Deste modo, a justificação pela escolha dos bens a serem levados à constrição deve atender a dois parâmetros: o da facilitação da execução e sua rapidez e o da conciliação, quando possível, do interesse das partes.

4.2 COMPATIBILIDADE ENTRE A PENHORA ON-LINE, O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE PARA O EXECUTADO E O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

Conforme o art. 805¹⁰ do NCPC, a execução deve ser realizada da maneira menos onerosa possível ao devedor. O artigo, 835,¹¹ § 1º, do NCPC,

¹⁰ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. (BRASIL, 2015).

¹¹ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto. (BRASIL, 2015).

por sua vez, classifica a penhora de dinheiro como prioritária, sendo que sua substituição ou relativização, pelo magistrado, apenas pode ocorrer em hipóteses legalmente previstas.

O desafio é o de compatibilizar a redação de ambos os artigos.

Para Pessoa, Siqueira e Silva (2015, p. 16) “[...] o exequente apenas usa dos meios de execução para haver garantido o seu direito em vista que tal direito foi violado pelo executado, ante ao descumprimento de uma obrigação pactuada.”

Continuam afirmando Pessoa, Siqueira e Silva (2015, p. 16) que, “nota-se que o devedor já descumpriu com sua obrigação, sendo assim, indiscutível que referido processo de execução somente existe por sua exclusiva culpa.”

Segundo Dinamarco (2003, p. 290), o princípio da menor onerosidade não pode ser interpretado de forma absoluta, sob pena de tornar-se inviável a satisfação do crédito:

A execução deve pautar-se por duas balizas fundamentais, antagônicas, mas necessariamente harmoniosas, que são a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível e a do empenho a ser feito para a plena realização do direito do exequente. É indispensável a harmoniosa convivência entre o direito do credor à tutela jurisdicional para a efetividade de seu crédito e essa barreira mitigadora dos rigores da execução em nome da dignidade da pessoa física ou da subsistência da jurídica.

Afirma ainda Dinamarco (2003, p. 292), que a proteção ao devedor não deve “abrir espaço para exageros nem seria aceitável que pudessem conduzir ao comprometimento da efetividade da tutela executiva em nome de um suposto direito do devedor a resistir incontroladamente ao exercício da jurisdição.”

Vale destacar ainda, que o art. 829¹² do NCPC, em seu § 2º, permite que o devedor se antecipe ao deferimento da penhora on-line e **efetue indicação de bens para garantir o pagamento do valor devido.**

O processualista Marinoni (2007, p. 270), por sua vez, salienta que:

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como avaliação e a alienação e a alienação do bem a terceiro.

Gonçalves e Lenza (2011, p. 556) assim explicam:

Pode ocorrer que ele tenha dois bens imóveis próximos, de igual valor e liquidez, cada qual suficiente para a garantia do débito. Não há razão para que o credor exija que a penhora recaia sobre um deles, só por que o devedor o utiliza para alguma finalidade. Ainda que a execução seja feita em benefício do credor, não se pode usá-la para impor ao devedor desnecessários incômodos, humilhações ou ofensas. O juiz deve conduzir o processo em busca da satisfação do credor, sem ônus desnecessários ao devedor.

Portanto, quando houver mais de uma forma de executar os bens do devedor, deve-se optar pela forma menos gravosa, buscando-se o equilíbrio da execução e evitando-se maiores prejuízos ao executado.

Nesta senda, a doutrina destaca os princípios que norteiam o processo executivo, e neste enfoque Medina (2011, p. 57) leciona:

Os princípios que norteiam a atividade jurisdicional executiva, quanto as medidas executivas a serem realizadas, são, principalmente, o do meio mais idôneo (ou da utilidade, ou do resultado) e o da menor onerosidade. Tais princípios, como se sabe, não pertencem

¹² Art. 829. O executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias, contado da citação.

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente. (BRASIL, 2015).

exclusivamente a disciplina da tutela jurisdicional executiva, podendo se revelar em todas as searas do direito. Mas é na execução que tais princípios revelam-se em toda sua magnitude, pois para a realização de todos os atos executivos deverá o juiz, ao mesmo tempo em que busca obter a maior vantagem ao credor, providenciar para que tais atos realizem-se do modo menos prejudicial possível ao devedor.

Logo, o princípio da máxima efetividade da execução deve ser aplicado harmonicamente com o princípio da menor onerosidade à execução, devendo existir, logicamente, um limite ao princípio da menor onerosidade, cuja incidência não pode servir de amparo a calotes de maus pagadores.

Entende-se que o pagamento da dívida, em se tratando de dinheiro, torna-se um meio mais prático e célere, o que permite também a diminuição do número de executados inadimplentes. Deste modo, é notável a necessidade de uma leitura conjunta dos arts. 805, 829, § 2º e 835, § 1º, todos do NCPC, de modo a viabilizar uma execução equilibrada e efetiva, com a real cooperação do devedor.

4.3 BENS DO DEVEDOR NÃO SUJEITOS À PENHORA

A penhora visa ao início da transmissão forçada de bens do devedor, para apurar a quantia necessária ao pagamento do credor. Logo, é o patrimônio do devedor que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros estranhos à obrigação (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 283).

No entanto, o art. 832¹³ do NCPC, disciplina os bens que são excluídos da responsabilidade patrimonial.

Essa limitação à penhorabilidade encontra explicação em razões diversas, sendo a principal delas a preocupação do legislador em preservar as receitas alimentares do devedor e de sua família, não levando o executado a

¹³ Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis. (BRASIL, 2015).

uma situação incompatível com a dignidade humana (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 283).

O art. 833¹⁴ do NCCP, trata das impenhorabilidades. A listagem dos casos em que, via de regra, encerram situações de impenhorabilidade e que visa ao resguardo de um patrimônio mínimo do devedor.

Estes apontamentos do rol do dispositivo mencionado, apresentam, conforme Marinoni e Arenhart (2008, p. 257) um:

[...] amplo elenco de bens que não se sujeitam de forma alguma à execução, porque impenhoráveis. Essa exclusão absoluta da execução é que se dá a ideia de impenhorabilidade absoluta. Ainda que não haja outros bens do devedor passíveis de serem arrecadados pela execução, os bens apontados na regra estão a salvo da responsabilidade patrimonial do devedor.

Em contrapartida, os bens que estão disciplinados no art. 834¹⁵ NCCP, são considerados relativamente impenhoráveis, pois para Marinoni e Arenhart (2008, p. 260) “[...] na ausência de outros bens penhoráveis, tais bens

¹⁴ Art. 833. São impenhoráveis:

I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II – os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI – o seguro de vida;

VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII – os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. (BRASIL, 2015).

¹⁵ Art. 834. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis. (BRASIL, 2015).

passam a ser atingidos pelos efeitos da execução, podendo ser utilizados para saldar as dívidas do devedor.”

Como se percebe, a regra é a impenhorabilidade da remuneração (inciso IV, artigo 833), detentora de natureza alimentar. Todavia, por força do próprio artigo, em seu parágrafo 2º,¹⁶ estão fora da regra da impenhorabilidade a penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como as importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais.

Portanto, a atual legislação reconhece a possibilidade de destinação de parcela da remuneração para pagamento de obrigações pecuniárias não alimentares.

Quando se formula uma lista de impenhorabilidades a fim de proteger o cidadão, esquece-se que a vítima, que teve seu bem tutelado lesado, poderá vir a ser a maior prejudicada no litígio, devido à extrema proteção que existe sobre o réu. Deste fato observa-se a dificuldade em se encontrar penhoras que sejam fidedignas e que se completam em sua fase executória (MARINONI, 2008, p. 179).

Neste sentido, aponta Dellore (2015):

É certo que alguns são contrários à novidade, ao argumento de isso significar menor proteção ao executado. Contudo, qualquer um que atua no foro sabe o quão frustrante é uma execução que não se tem êxito por força de ausência de bens penhoráveis – especialmente quando existem bens, mas são impenhoráveis.

Em decisão, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, permitindo a penhora de 10% (dez por cento) do salário do devedor, para pagamento de verba não-alimentar:

¹⁶ § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. (BRASIL, 2015).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. VALORES PROVENIENTES DE SALÁRIO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. SÚMULA N. 284 DO STF.

1. É inadmissível o recurso especial quando a fundamentação que lhe dá suporte não guarda relação de pertinência com o conteúdo do acórdão recorrido.

2. A regra geral da impenhorabilidade inscrita no art. 649, IV, do CPC pode ser mitigada, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor. Precedentes.

3. Não se conhece do recurso especial se o exame da suposta contrariedade do julgado a dispositivos de lei estiver condicionado à (re)avaliação de premissa fático-probatória já definida no âmbito das instâncias ordinárias.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1473848/MS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 22/9/15, DJe 25/9/15).

Poderia afirmar-se que o valor de 50 salários mínimos mensais é exorbitante para a realidade brasileira, sendo que a novidade, portanto, terá pouco efeito prático. De fato, é verdade que o valor é elevado. É igualmente verdade que mais adequado para a realidade brasileira um piso em valor menor. Porém, o mais importante é a quebra do dogma de absoluta impenhorabilidade de salário (DELLORE, 2015).

Acerca do assunto, se manifesta Assis (2010, p. 261):

[...] apesar do alvitre de que o princípio da proporcionalidade recomenda, a constrição da quantia excedente à necessária à subsistência do devedor e de sua família por um mês, seguindo os passos do direito comparado, tudo dependerá, nesta contingência, das despesas usuais do executado. A limitação da impenhorabilidade a determinado valor talvez se harmonizasse melhor com os princípios constitucionais.

Da doutrina de Medina (2011, p. 758) colhe-se: [...] “possibilidade de penhora de parte da remuneração recebida pelo executado é expressamente prevista na legislação de outros países [...]”

Aproveitando o apontamento proposto pelo doutrinador, diversos outros países admitem a penhora de parte do salário, como por exemplo, Espanha e Bélgica, além de outros, cada qual com os seus critérios.

Nesse aspecto Assis (2010, p. 215) anota que a impenhorabilidade de vencimentos deve ficar restrita “àquela quantia necessária para sua [do devedor] subsistência até o próximo encaixe.”

Além do novo Código de Processo Civil possuir dispositivo expresso, no entanto, impertinente em inúmeras oportunidades, a maioria dos doutrinadores defende a flexibilização de tais dispositivos, no intento de se evitar injustiças sociais e garantir a eficaz prestação jurisdicional.

5 O ABUSO DE DIREITO E A IMPENHORABILIDADE DOS RENDIMENTOS DE CARÁTER ALIMENTAR

O abuso do direito se configura quando o titular, no seu exercício, excede manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social desse direito ou os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes, nos termos do art. 187¹⁷ do Código Civil.

Theodoro Júnior (2007, p. 123), traz a definição legal de abuso de direito:

Como o abuso de direito é uma modalidade de ato ilícito, é indispensável, para sua configuração, a ocorrência de um dano para o terceiro prejudicado. Sem o prejuízo – que pode ser material ou moral – não há o que reparar e, conseqüentemente, não há ato ilícito em sentido estrito.

A finalidade que norteou a instituição da impenhorabilidade dos rendimentos de caráter alimentar é a de preservar a vida digna do executado, salvando da responsabilidade executiva os valores por este percebidos para satisfação de suas necessidades vitais básicas (ZEQUINÃO, 2010, p. 49).

¹⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Deve-se então proceder à busca de critérios para se aferir quais, juridicamente, são essas necessidades vitais básicas, contempladas pela proteção do já mencionado art. 833, IV, do NCPC.

No entendimento de Zequinão (2010, p. 50):

Procedendo-se a uma interpretação sistemática, parece lícito inferir que essas necessidades vêm descritas no art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, que dispõe ser direito dos trabalhadores rurais e urbanos o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Frise-se, por oportuno, que não se está a propor o salário mínimo em si, em sua expressão nominal, como critério para se aferir os valores necessários à preservação da existência digna do executado. São as necessidades que ele visa suprir – moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social – que, ao reverso, devem ser utilizadas como parâmetro.

Deste modo, ao se aplicar a teoria do abuso de direito no processo de execução, torna-se possível afastar a proteção conferida, garantindo, assim, a efetividade das decisões judiciais.

Para finalizar, ainda nas palavras de Zequinão (2010, p. 50-51):

Em um segundo momento da aplicação da cláusula geral do abuso do direito, deve-se proceder a um juízo de adequação axiológica entre a situação fática do caso concreto e os valores protegidos pela norma, verificando-se, então, se os valores percebidos pelo executado a título de rendimentos de caráter alimentar excedem manifestamente, como exige a dicção do art. 187 do Código Civil, o necessário para satisfação de suas necessidades vitais básicas. Caso positivo, pode-se concluir que a arguição de impenhorabilidade de seus vencimentos é abusiva, devendo ser reputada nula na parte em que se verifica o excesso manifesto.

Quando o patrimônio do executado está protegido por regras de impenhorabilidade, ou ainda, se ele não dispuser de bens em seu nome, o

processo de execução torna-se inócuo. Aí que a impenhorabilidade dos rendimentos pode ser arguida em caráter abusivo.

Ao se aplicar a teoria do abuso de direito no processo de execução, afasta-se a proteção conferida ao salário ou verbas de natureza alimentar quando, no caso concreto, verificar-se que esta é utilizada de forma a desviar o motivo fim da execução, o adimplemento, de forma a garantir a efetividade executiva.

6 AS PRINCIPAIS INOVAÇÕES PROCESSUAIS INTRODUZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo de execução passou por um momento de grandes transformações, a fim de torná-lo mais célere e eficaz. Dinamarco (2003, p. 13-14), verificando as reformas do Código de Processo Civil, ressalta:

As reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. [...] De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenadores entre si e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos. [...] É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é

um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis [...]

Na busca dessa efetividade nos processos judiciais, o NCPC traz a permissão de adoção de medidas coercitivas nas ações que tenham por objeto a obtenção de prestação pecuniária, especialmente no inciso IV, do art. 139.¹⁸

Segundo Souza (2016):

A lei anterior previa a possibilidade de medidas específicas para garantir a obrigação de fazer e não fazer, mas não contemplava igual possibilidade nas obrigações de pagar. A novidade mais impactante foi a prerrogativa conferida ao juiz de adotar meios para assegurar o cumprimento das suas próprias ordens judiciais, inclusive de ofício.

A possibilidade de imposição de medidas coercitivas ou sub-rogatórias para satisfação do direito do credor já estava garantida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV,¹⁹ que dispõe que toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Verifica-se que o dispositivo em questão já vem sendo aplicado pelos magistrados. Em recente decisão, determinou-se medida coercitiva, em ação de execução, com a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), apreensão do passaporte do executado e o cancelamento dos cartões de crédito até o pagamento da dívida. Colhe-se trecho da referida decisão:

A ação tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução. Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais, ou para manter

¹⁸ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. (BRASIL, 2015).

¹⁹ Art. 5º. XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

o veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. (Processo de Execução n.º 4001386-13.2013.8.26.0011, 2ª Vara Cível Foro Regional XI - Pinheiros TJ/SP. Jul. 25 ago. 2016).

Essa decisão foi objeto de *Habeas Corpus*, no tocante à restrição de passaporte e CNH. Houve concessão de liminar e, ao final, a ordem foi concedida:

‘Habeas corpus’. Ação de execução por quantia certa – Decisão que determinou a apreensão do passaporte e a suspensão da CNH do executado, até que efetue o pagamento do débito exequendo, fundamento no art. 139, IV, do NCPC – Remédio constitucional conhecido e liminar concedida – Medidas impostas que restringem a liberdade pessoal e o direito de locomoção do paciente Inteligência do art. 5o, XV, da CF – Limites da responsabilidade patrimonial do devedor que se mantêm circunscritos ao comando do art. 789, do NCPC – Impossibilidade de se impor medidas que extrapolem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade. Ação procedente para conceder a ordem. (TJ/SP, Habeas Corpus n. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Marcos Ramos, j. 29/3/2017).

Com vistas a se fomentar o debate acerca da polêmica do dispositivo, vale destacar as razões postas no voto vencido:

O objetivo do novel dispositivo não é impor penas ou restringir direitos, não sendo intenção do Judiciário suspender indefinidamente o direito de dirigir do executado ou sua liberdade de viajar, mas sim impor uma restrição tão gravosa caso ele não cumpra a determinação, que escolha cumprir sua obrigação e dar fim ao problema.

Em outras palavras, mediante as medidas de coerção o Estado procura persuadir o inadimplente, impondo-lhe situações tão onerosas e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento.

Ao fazê-lo, o Novo Código de Processo Civil rompe com as críticas da ineficiência das execuções. Não se cogita deferir medidas restritivas àqueles que demonstram a incapacidade absoluta de solver o débito, apenas àqueles que reconhecidamente se valem de artimanhas e subterfúgios para evitar a satisfação das dívidas, «preferindo» outras despesas mais «nobres», agindo

em nome de terceiros e fazendo escárnio dos credores e do próprio Poder Judiciário. (TJ/SP, Habeas Corpus n. 2183713-85.2016.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Marcos Ramos, jul 29/3/2017).

Sobre a possibilidade da aplicação de restrições, Shimura e Neves (2005, p.197), indagam:

[...] ora, quem não tem dinheiro para pagar o valor que lhe é exigido na execução, nem tem bens para garantir tal atividade, também não tem dinheiro para ser proprietário de veículo automotor, e, por isso, não tem a necessidade de possuir habilitação. Com isso, suspender tal direito só viria a atingir aqueles que, de modo sub-reptício, camuflam a existência de patrimônio com o deliberado fim de fugir à responsabilidade pelo pagamento do débito. Nada impede que aquele que necessita exercer tal direito para sua sobrevivência, como é o caso do motorista profissional, solicite ao juiz o afastamento da limitação de direitos. Nesta hipótese, porém, inverte-se o ônus da prova no processo.

Silva (2015, p. 60) também comenta o dispositivo:

Em comparação à disciplina do CPC revogado, vislumbra-se que o novo CPC detalhou mais os poderes-deveres do juiz, preocupando-se em fazer deles um reflexo dos princípios fundamentais do processo. Uma das novidades relevantes consiste no poder de adotar as medidas necessárias ao cumprimento de decisão judicial (IV), o que demonstra a importância da efetivação das ordens judiciais.

Em recente decisão, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a aplicação do art. 139, IV, do NCPC, observa ordem subsidiária à frustração da prática de medidas típicas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FUNDADAS NO ART. 139, IV, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. CARÁTER SUBSIDIÁRIO DAQUELAS EM RELAÇÃO A ESTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As medidas executivas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, em razão de sua atipicidade, devem ser adotadas excepcionalmente, de forma subsidiária àquelas típicas já previstas no ordenamento jurídico. É dizer, só devem

ser utilizadas após esgotados todos os meios tradicionais de execução, de forma subsidiária. (TJ/SP, Agravo de Instrumento n. 2017511-84.2017.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Adilson de Araújo, j. 11/4/2017).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por sua vez, determinou a aplicação do art. 139, IV do NCPC em observância à frustração de tentativa de recebimento do crédito aliada à prova indiciária do padrão de vida do executado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS – INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE – POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS NECESSÁRIAS À CONSECUÇÃO DO SEU FIM – ART. 139, INC. IV, DO CPC/15 – ENUNCIADO Nº 48 DA ENFAM – SISTEMÁTICA APLICÁVEL APENAS AO CHAMADO “DEVEDOR PROFISSIONAL” QUE, POSSUINDO CONDIÇÕES FINANCEIRAS, CONSEGUIE BLINDAR SEU PATRIMÔNIO CONTRA OS CREDORES – ELEMENTOS INDICIÁRIOS NO SENTIDO DE QUE O PADRÃO DE VIDA E NEGÓCIOS REALIZADOS PELO DEVEDOR SE CONTRAPÕEM À UMA POSSÍVEL SITUAÇÃO DE PENÚRIA FINANCEIRA – EVIDENTE MÁ-FÉ DO COMPORTAMENTO ADOTADO PELO DEVEDOR – AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO AOS COMANDOS JUDICIAIS – SUSPENSÃO DA CNH E DO PASSAPORTE ATÉ O PARCELAMENTO/PAGAMENTO DA DÍVIDA OU CABAL COMPROVAÇÃO DA EFETIVA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA E DA INCONTESTÁVEL NECESSIDADE DE EXERCÍCIO DOS DIREITOS ORA SUSPENSOS TEMPORARIAMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO DOS CARTÕES DE CRÉDITO – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE POSSUI LIBERDADE CONTRATUAL, NÃO PODENDO O PODER JUDICIÁRIO IMISCUIR-SE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PARTICULARES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ/PR, Agravo de Instrumento n. 1.616.016-8, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Themis de Almeida Furquim Cortes, j. 22/2/2017).

Percebe-se que, em alguns julgados, a Justiça vem se amoldando gradativamente, demonstrando sensibilidade às circunstâncias de cada caso concreto.

A propósito, o STJ já decidiu que, *“ainda que se reconheça que a execução deve ser realizada de forma menos onerosa ao devedor [...] não se pode desprezar o interesse do credor e a eficácia da prestação jurisdicional.”* (STJ, REsp 801.262/SP. Rel Min. Humberto Gomes de Barros. Jul. 06.04.2016).

Em face do novo CPC, parece evidente que a esta cláusula geral de efetivação implicará um ônus argumentativo diferenciado para o juiz, ao fundamentar e se valer da medida. Todavia, é certo que o Poder Judiciário não pode reconhecer tão somente as necessidades do devedor e desprezar as do credor, mas tornar efetivo o direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É quase rara a satisfação do interesse do credor, devido aos institutos de proteção do devedor, especificamente a impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar, a qual inviabiliza a construção de mecanismos mais eficazes para evitar manobras fraudulentas do devedor.

Neste sentido, busca-se uma solução mais prudente para a inadimplência das obrigações contraídas, diante da inexistência de bens do devedor e a impenhorabilidade absoluta do salário.

A causa frequente de fraudes e de legitimação de atos de má-fé do devedor também vem frustrando a execução. Desta forma, a busca de instrumentos para evitar manobras fraudulentas do executado tem grande importância diante da necessidade de uma tutela jurisdicional mais eficaz.

A penhora do salário não deve ser interpretada de forma absoluta, permitindo assim, de forma mais flexível, a constrição sobre valores com natureza de contraprestação salarial em obediência aos intentos de celeridade, efetividade e proporcionalidade.

Em que pese indagações contrárias à referida possibilidade, expostas por alguns doutrinadores, aduzindo que tal instituto processual fere o princípio da menor onerosidade ao executado, tais raciocínios mostram-se equivocados, por conta de que a atitude beneficiaria tão somente o executado, protelando ainda mais o pagamento das dívidas inadimplidas.

O NCPC já inovou, reconhecendo a possibilidade de penhora do salário, exceto em caso de valores superiores a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, conforme prevê seu art. 833, § 2º. No entanto, pode vir a ter pouco efeito prático, uma vez que o valor é elevado para a realidade brasileira.

Assim sendo, o limite penhorado deve girar em torno da dignidade do devedor, mas também com o comprometimento de parte da renda mensal para cumprir a dívida, aplicando harmonicamente o princípio da máxima efetividade da execução com o princípio da menor onerosidade ao executado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1473848*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Decisão em: 22 set. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1445259&num_registro=201102902594&data=20150925&formato=PDF>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 801.262*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Decisão em: 06 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22HUMBERTO+GOMES+DE+BARROS%22%29.min.&processo=801262&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2005.

DELLORE, Luiz. *A penhora do salário no Novo CPC*. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/a-penhora-do-salario-no-novo-cpc-05102015>>. Acesso em: 18 set. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARY, Rafaela Gutschwager. *A penhora on line e a efetividade do processo de execução*. 2009. 40 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

GONÇALVES, Marcos Vínicos Rios; LENZA, Pedro. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Execução. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Francisco Antônio. *Manual de penhora: enfoques trabalhistas e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. 14ª Câmara Cível Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina. *Agravo de Instrumento nº 1616016-8*. Relator: Des. Themis Furquim. Londrina, 2017. Decisão em: 22 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>>. Acesso em: 29 set. 2017.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SIQUEIRA, Natercia Sampaio; SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça*. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/YMI930lLKtte7B0q.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 2ª Vara Cível Foro Regional XI de Pinheiros. Execução de Título Extrajudicial. Juíza de Direito Andrea Ferraz Musa. *Processo n.º 4001386-13.2013.8.26.0011*. Decisão em: 25 ago. 2016. Pinheiros, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=4001386-13.2013.8.26.0011&cdProcesso=0B-0012QC40000&cdForo=11&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5REGDS&tpOrigem=2&flOrigem=>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus nº 2183713-85.2016.8.26.0000*. Relator: Des. Marcos Ramos. 30ª Câmara Direito Privado TJSP. Julgamento em 29 mar. 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI-003KIUD0000>>. Acesso em 10 set. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. 8ª Vara Cível do Fórum Central. *Ação de Execução*. Relator: Adilson de Araújo. Decisão em: 11 abr. 2017. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=201751184.2017.8.26.0000&cdProcesso=RI003T4E30000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=S>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novas perspectivas da execução civil – cumprimento da sentença*. São Paulo: Método, 2005.

SILVA, Bruno Freire. *O novo CPC e o processo do trabalho I: parte geral*. São Paulo: LTr, 2015.

SOUZA, Carolina Ferreira de. *A atuação do juiz no novo código de processo civil e as medidas coercitivas impostas aos devedores*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI250562,21048-A+atuacao+do+juiz+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil+e+as+medidas>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

ZAHR FILHO, Sergio. *Penhora: exame da técnica processual à luz da realidade econômica e social*. 2009. 195 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

ZEQUINÃO, Luciano Lara. *Abuso do direito e a impenhorabilidade dos rendimentos de caráter alimentar*. 2010. 58 p. Monografia (Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização)–Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba. Curitiba, 2010.

A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO INDÍGENA: UM ESTUDO ENQUANTO DIREITO CULTURAL E POSSÍVEIS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Estéfani Mitterer de Souza¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente artigo objetivou discutir sobre o conflito existente entre dois direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à manifestação da cultura indígena, diante da prática de infanticídio indígena. Fez-se necessário expor sobre a evolução histórica e jurídica dos direitos fundamentais, nos âmbitos nacional e internacional. Mostrou-se como melhor forma de solução do conflito entre os direitos fundamentais a aplicação de técnicas de ponderação por meio do princípio da proporcionalidade. Assim, entendeu-se que o direito à vida deve prevalecer em face ao direito de manifestação da tradição indígena de praticar o infanticídio, respeitando o direito fundamental: a vida. Quanto ao método, neste estudo utilizou-se o método dedutivo da análise, sendo a natureza da discussão qualitativa de aporte bibliográfico.

Palavras-chave: Infanticídio indígena. Direito à vida. Direito à tradição indígena. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A manifestação da cultura indígena é um direito constitucional previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Por meio do dispositivo citado, portanto, assegura-se ao povo indígena o exercício de sua dignidade e reconhecimento enquanto ser humano.

Dentre as culturas vivenciadas pelas tribos indígenas, está o infanticídio, que consiste em diversas razões que levam as crianças à morte: portadores de deficiência física ou mental, bem como gêmeos, crianças nascidas de relações extraconjugais, ou consideradas portadoras de má-sorte

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

para a comunidade. A morte pode ser provocada por diversas maneiras, como a sufocação com folhas envenenadas, o abandono em florestas e rios, ou o enterramento das crianças. Referida prática costuma ensejar polêmica, porque embora na visão antropológica trata-se de um costume secular e assecuratório de herança cultural, para a sociedade tradicional, trata-se de grave violação ao direito à vida, também constitucionalmente previsto.

Constará a pesquisa sobre a prática do infanticídio indígena enquanto legítima manifestação cultural e as possíveis violações aos direitos fundamentais, especialmente o direito à vida. Far-se-á, ainda, uma análise da atuação do Estado frente à colisão de tais direitos.

2 O DIREITO À CULTURA INDÍGENA

Antes de tratar diretamente sobre o contexto histórico e jurídico da tradição indígena, será mencionado novamente sobre os direitos humanos fundamentais, mais especificamente no que tange ao direito à manifestação cultural.

Reafirmando que a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos reconhecem que não podem realizar o ideal do ser humano livre, sem que tenham condições que permitam desfrutar os direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais.

Tratando da temática, Piovesan (2013, p. 253) em relação ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabelece que:

Como afirma o Comitê 252/782 sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Se a plena realização de relevantes direitos pode ser alcançada progressivamente, medidas nesta direção devem ser adotadas em um razoavelmente curto período de tempo, após o Pacto entrar em vigor em relação a determinado Estado. Estas medidas devem ser deliberadas e concretamente alcançáveis, da forma mais clara possível, no sentido de conferir cumprimento às obrigações reconhecidas no Pacto”³⁶. Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição

da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos, cabendo ao Estado o ônus da prova. Isto é, em face do princípio da inversão do ônus da prova, deve o Estado comprovar que todas as medidas necessárias – utilizando o máximo de recursos disponíveis – têm sido adotadas no sentido de progressivamente implementar os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no Pacto.

Em geral, a violação aos direitos sociais, econômicos e culturais é resultado tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção. É, portanto, um problema de ação e prioridade governamental e implementação de políticas públicas, que sejam capazes de responder a graves problemas sociais (PIOVESAN, 2013, p. 257).

Nota-se que foi explanado até agora sobre os direitos humanos fundamentais no contexto à cultura. No entanto, faz-se necessário especificar sobre a manifestação do direito à cultura indígena. Primeiramente, uma comparação de pensamentos de autores sobre o contexto jurídico indígena em épocas diferentes.

Até a promulgação do Código Civil Brasileiro, era o índio identificado às pessoas totalmente incapazes e sujeito à tutela dos juízes de órfãos, sempre dispostos a legalizar a retirada de crianças das aldeias, a título de adoção, e a ratificar as transações mais lesivas aos índios. A lei impossibilitava, ainda, àqueles que se destacavam do grupo, a realização de atos civis fundamentais, como a identificação, o casamento, o registro e a transmissão de propriedades (RIBEIRO, 1995, p. 204).

Diante disto, Ribeiro (1995, p. 205) afirma:

Nestas circunstâncias, impõe-se a regulamentação do Código Civil, tendo em vista condicionar o gozo dos direitos e a atribuição dos deveres correlativos, tão somente à capacidade individual do indígena para exercê-

los, emancipando o índio, como pessoa, da tutela legal, no que possa ter de limitativa, preservando-se, porém, para a comunidade e para os índios a ela vinculados, condições especiais de amparo legal, como as asseguradas à mulher grávida e ao menor que trabalha.

Para Roesler (2010), entretanto, a relativa incapacidade civil dos índios e o regime tutelar a que estão sujeitos devem ser entendidos e interpretados à luz da Constituição Federal de 1988. Com o surgimento da nova ordem constitucional houve o rompimento definitivo com a ideologia integracionista dos povos indígenas, assegurando-se a estes o direito de manterem seus costumes e identidade cultural, conforme previsto no artigo 231 da Constituição, *verbis*: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União desmarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” (BRASIL, 1988).

A antropologia atual considera totalmente superada a classificação dos índios em relação ao seu grau de integração, afirmando a interpretação das normas previstas no Estatuto com os ditames da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, é necessário redefinir os conceitos acerca da incapacidade relativa dos índios.

Aplicada à antiga questão da enorme diversidade cultural humana, percebida tanto nas sociedades que existiram no passado como nas que conviviam contemporaneamente no espaço, a perspectiva evolucionista em antropologia baseava-se num raciocínio fundamental: reduzir as diferenças culturais a estágios históricos de um mesmo caminho evolutivo (CASTRO, 2009, p. 13).

Em 1993, a ONU proclamou o Ano Internacional das Populações Indígenas do Mundo, e pela primeira vez falou-se na criação de um Fórum Permanente encarregado das questões relacionadas aos povos indígenas. Em 2002 foi inaugurado o primeiro período de sessões do Fórum Permanente da ONU para Assuntos Indígenas. Marcou-se então uma nova era na qual os especialistas designados pelas organizações indígenas tomaram assento em

pé de igualdade com os especialistas designados pelos governos, fazendo ouvir sua voz como membros plenos entre os povos das Nações Unidas. Hoje um dos mandatos do Fórum Permanente é subsidiar o trabalho do Relator Especial da ONU sobre direitos humanos e liberdades fundamentais indígenas e monitorar a implementação da Declaração sobre os direitos dos povos indígenas no mundo (MATHIAS et al., 2010).

A riqueza da diversidade sociocultural dos povos indígenas representa uma poderosa arma na defesa dos seus direitos e hoje alimenta o orgulho de pertencer a uma cultura própria e de ser brasileiro originário. A cultura indígena em nada se refere ao grau de interação com a sociedade nacional, mas com a maneira de ver e de se situar no mundo; com a forma de organizar a vida social, política, econômica e espiritual de cada povo. Neste sentido, cada povo tem uma cultura distinta da outra, porque se situa no mundo e se relaciona com ele de maneira própria (LUCIANO, 2006, p. 46).

Os índios conservam suas línguas, suas experiências e sua relação com a natureza e com a sociedade. Eles mantêm a tradição oral e os rituais como manifestação artística e maneira de vinculação com a natureza e o sobrenatural. Mantêm o papel socializador e educador da família, aplicam os sábios conhecimentos milenares e praticam o respeito à natureza. Com isso, as culturas indígenas seguem manifestando sua personalidade coletiva e de alteridade, seja no trabalho ou na festa, e por isso são democráticas e populares. À sua maneira, as culturas indígenas expressam os grandes valores universais (LUCIANO, 2006, p. 50).

Historicamente os índios têm sido objeto de múltiplas imagens e conceituações por parte dos não-índios e, em consequência, dos próprios índios, marcadas profundamente por preconceitos e ignorância. Desde a chegada dos portugueses e outros europeus que por aqui se instalaram, os habitantes nativos foram alvo de diferentes percepções e julgamentos quanto às características, aos comportamentos, às capacidades e à natureza biológica e espiritual que lhes são próprias (LUCIANO, 2006, p. 34).

No entanto, assegura-se o direito de todos os povos exercerem sua cultura, incluindo os povos indígenas.

Sobre a cultura indígena, Luciano (2006, p. 50) defende:

As culturas indígenas em grande medida têm conservado sua singularidade em face do mundo moderno, sem isolamento. Até hoje existem códigos culturais autóctones pouco conhecidos das civilizações evaeias, como são as medicinas tradicionais. A consciência de uma cultura própria é em si um ato libertador, na medida em que vence o sentimento de inferioridade diante da cultura opressora. As culturas indígenas são concretas, como concretos são os que dão vida a elas. Os índios conservam suas línguas, suas experiências e sua relação com a natureza e com a sociedade. Eles mantêm a tradição oral e os rituais como manifestação artística e maneira de vinculação com a natureza e o sobrenatural. Mantêm o papel socializador e educador da família, aplicam os sábios conhecimentos milenares e praticam o respeito à natureza. Com isso, as culturas indígenas seguem manifestando sua personalidade coletiva e de alteridade, seja no trabalho ou na festa, e por isso são democráticas e populares.

A forma de manifestar o direito à proteção indígena se dá através da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 de 1973.

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 231 está expressamente a proteção que compete à União, quanto aos índios e sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, protegendo e fazendo respeitar todos os seus bens. E, no art. 232 define que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

A Constituição Federal assegura o direito à manifestação das tradições culturais, inclusive a indígena, estabelecendo no artigo 215, que o Estado garantirá o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. Ainda, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais a todos.

Com o intuito de proteger, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, assegura e preserva os direitos das comunidades indígenas e estabelece:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei (BRASIL, 1973).

No enfoque à cultura, está previsto no artigo 47 do Estatuto que “É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.” (BRASIL, 1973).

Desse modo, mostra-se que assim como o direito à vida, o direito à manifestação da tradição indígena é defendido amplamente. No próximo capítulo será exposto possíveis soluções para o conflito entre esses direitos fundamentais.

3 O INFANTICÍDIO INDÍGENA

O infanticídio é comum entre muitas comunidades indígenas no Brasil. Este fato tem sido substanciado por inúmeros antropólogos, agentes de saúde e muitos líderes indígenas. As estimativas conservadoras de que algumas centenas de crianças indígenas são mortas desnecessariamente a cada ano, pode ser no que Stephen Corry, diretor da *Survival International*, baseia-se quando diz que o infanticídio é “raro”. Mas proporcionalmente ao total da população indígena, esses os números são muito significativos. O povo suruwaha, por exemplo, é um grupo de 130 indígenas, mais de metade deles com a idade abaixo de 18 anos. Ter-se apenas uma criança sacrificada já é um problema de enorme impacto para este grupo. Existem pesquisas que

indicam que só entre as comunidades indígenas de Roraima, mais de 200 crianças foram vítimas desta prática nos anos recentes (HAKANI, 2008).

No caso das crianças indígenas, o agravante é que elas não podem contar com a mesma proteção com que contam as outras crianças, pois a cultura é colocada acima da vida e suas vozes são abafadas pelo manto da crença em culturas imutáveis e estáticas. A cada ano, centenas de crianças indígenas são enterradas vivas, sufocadas com folhas, envenenadas ou abandonadas para morrer na floresta. Mães dedicadas são muitas vezes forçadas pela tradição cultural a desistir de suas crianças. Algumas preferem o suicídio a isso. Muitas são as razões que levam essas crianças à morte. Portadores de deficiência física ou mental são mortas, bem como gêmeos, crianças nascidas de relações extra-conjugais, ou consideradas portadoras de má-sorte para a comunidade. Em algumas comunidades, a mãe pode matar um recém-nascido, caso ainda esteja amamentando outro, ou se o sexo do bebê não for o esperado. Para os mehinaco (Xingu) o nascimento de gêmeos ou crianças anômalas indica promiscuidade da mulher durante a gestação. Ela é punida e os filhos, enterrados vivos (HAKANI, 2008).

A visão antropológica que prima pela política não intervencionista sobre o assunto, bem como da própria FUNAI (Fundação Nacional do Índio), é de que a cultura indígena deva ser preservada, sem se atentar para que tipo de prática seja comum entre eles; resumindo, a posição é pela não interferência nas práticas culturais de quaisquer tribos indígenas (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 4).

De maneira geral, esta prática de infanticídio esteve presente em diversos povos por diferentes motivos culturais e sociais, estando comumente relacionada a atos de controle populacional. A análise de alguns antecedentes históricos se faz importante, inclusive para uma melhor compreensão dos motivos latentes os quais propiciam a existência desta prática em diversas culturas ao redor do mundo. Importante salientar, outrossim, que encontra variações durante a

história não apenas a forma das diferentes sociedades conceberem o infanticídio, mas também a maneira de puni-lo (SANTOS [20--?], p. 3).

Ainda nessa temática, Santos ([20--?], p. 8) afirma:

No caso das tribos Suruwahá, há de se destacar o fenômeno do infanticídio feminino e a existência de uma sociedade patriarcal e sexista. Crianças do sexo feminino podem ter status inferior, assim como as portadoras de deficiência física ou filhas de mães solteiras. Portanto, no caso do nascimento de filhos bastardos, o tratamento dispensando por essas tribos às meninas difere quanto ao dos meninos. O infanticídio feminino nesse caso é, antes de tudo, uma resposta da tribo que considera inaceitável o nascimento de uma criança sem pai. No entanto, se essa criança for um menino, sua vida pode ser poupada, em prol da utilidade que poderá apresentar à comunidade no futuro, em termos de trabalhos coletivos. Portanto, no caso do nascimento de crianças de mãe solteiras ou fruto de alguma violência sexual, surge a pressão por parte do grupo e por parte da própria família para que essas mães assassinem seus próprios filhos.

Há relatos que ao nascer a criança, dentre as situações citadas, a comunidade indígena obriga a família a tirar-lhe a vida, não havendo consenso entre os membros da sua permanência na comunidade. Tal prática traz um sofrimento imenso para a mãe e família, muitos deles acabam não tendo coragem de tirar a vida da criança e se suicidam (REIS [2013?], p. 12).

4 DIREITO À VIDA

No decorrer da evolução histórica da humanidade, surgiram direitos e garantias fundamentais diante às transformações sociais, políticas, econômicas e religiosas.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Diante disso, Piovesan (2013, p. 147) entende que:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Nesse contexto, Moraes (2007, p. 22) esclarece que os direitos humanos fundamentais têm relação direta com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual, além da consagração da dignidade humana, apresentando um reconhecimento por parte da maioria dos Estados, tanto em nível constitucional, infraconstitucional, quanto em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais (BRANCO, 2013, p. 256).

Os direitos fundamentais, como todos os direitos, provêm da ordem jurídica, o que, entretanto, não quer dizer que o Direito positivo possa postergar o Direito natural, negando-os (MIRANDA, 2006, p. 60).

Ainda, conforme dispõe Miranda (2006, p. 65) afirma que a necessária correlação entre direitos e deveres, por conseguinte, também entre direitos fundamentais e deveres fundamentais ou situações subjetivas passivas inerentes à pessoa na sociedade. São os deveres básicos de cada pessoa perante as outras, isoladas ou situadas dentro de instituições sociais, perante o Estado.

Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização (BOBBIO, 2004, p.13).

A dignidade da pessoa humana, sob o olhar de Sarlet (2011, p. 29):

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceitua da de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, [...] uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e nem que se deva abandonar a tarefa per manente de construção de um conceito que possa servir de referencial para a concretização, já que não se deve olvidar que a transformação da dignidade em uma espécie de tabu (considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), soma da à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultarem uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade.

Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada, pelo menos não exclusivamente, como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que

a dimensão ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão por assim dizer biológica (SARLET, 2011, p. 31).

A chamada concepção contemporânea de Direitos Humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, constitui um movimento, o qual surgiu a partir do pós-guerra. A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 começou a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, voltados à proteção de direitos fundamentais.

Nesse contexto, Hahn (2012, p. 164) explica sobre os direitos humanos na antiguidade, sendo incontestável, na história conceitual filosófico-política, a origem dos termos democracia, povo, cidadão e liberdade. No entanto, seria antiquado querer reconhecer, na antiguidade, direitos humanos no sentido atual. Além disso, diferenciando-se das ideias políticas dos séculos XVII e XVIII, sustentadas pela ideia da convenção estatal e da concepção liberalista que se impôs mais tarde. Ou seja, a compreensão da relação pólis e do indivíduo ainda não tinha caráter individualista.

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação (SARLET, 2012, p. 30).

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. (BOBBIO, 2004, p. 13).

Ainda, Bobbio (2004, p. 13) afirma que: “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto, não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito a modificação.”

A hierarquia constitucional de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida, considerado direito inviolável, está na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elencado no art. 5º, destacando: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o qual garante aos brasileiros e também aos estrangeiros residentes no País, direitos como à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988).

No que se refere à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se que somente a partir do processo de democratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2013, p. 54).

A experiência brasileira revela que a ação internacional tem também auxiliado a publicidade das violações de direitos humanos, o que oferece o risco do constrangimento político e moral ao Estado violador, e, nesse sentido, surge como significativo fator para a proteção dos direitos humanos. Ademais, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, o Estado é praticamente “compelido” a apresentar justificativas a respeito de sua prática (PIOVESAN, 2013, p. 109).

Enfatiza-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do país, recorre a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, o foco do presente trabalho é o direito à vida das crianças, mediante o assunto do infanticídio indígena.

Surge a ratificação universal da Convenção sobre os Direitos da Criança, a partir da Declaração de Viena, ao declarar o objetivo universal dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das

Nações Unidas e a sua efetiva implementação por todos os Estados-partes, mediante a adoção de todas as medidas legislativas e administrativas. Nesse sentido, Piovesan (2012, p. 234) afirma que:

Os mecanismos e programas nacionais e internacionais de defesa e proteção da infância devem ser fortalecidos, particularmente em prol de uma maior defesa e proteção das meninas, das crianças abandonadas, das crianças de rua, das crianças econômica e sexualmente exploradas, inclusive as que são vítimas da pornografia e prostituição infantil e da venda de órgãos, das crianças acometidas por doença, entre as quais a síndrome da imunodeficiência adquirida, das crianças refugiadas e deslocadas, das crianças detidas, das crianças em situação de conflito armado, bem como das crianças que são vítimas da fome, da seca e de outras emergências. Deve-se promover a cooperação e a solidariedade internacionais com vistas apoiar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança e os direitos da criança devem ser prioritários em todas as atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consoante com as diretrizes internacionais e de direitos humanos. Sobre a proteção dos direitos das crianças, tem-se no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 13 de julho de 1990, o qual dispõe da proteção integral à criança e ao adolescente, princípios contidos na Lei nº 8.069/1990.

A Constituição Federal de 1988 também estabelece os direitos fundamentais para criança e o adolescente, garantindo-lhes proteção e garantias, como se pode observar em seu artigo 227, *caput*:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Conforme Piovesan (2012, p. 238), a Constituição estabeleceu como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, e como um de seus objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tais previsões constitucionais como as garantias fundamentais aplicam-se às crianças e a os adolescentes, garantindo-lhes o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade. No entanto, sua condição de seres humanos em desenvolvimento requer direitos especiais, que são previstos nos artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual destaca que os indivíduos com menos de 18 anos são sujeitos de todos os direitos inerentes à pessoa humana e ainda merecem o respeito a seu processo de desenvolvimento.

Diante o exposto, nota-se que os direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes, asseguram-lhes e os protegem como seres humanos e que a sociedade e o Estado, devem juntamente, assegurar através das leis, seu desenvolvimento pleno, cuidando para haver condições de liberdade e de dignidade.

5 O CONFLITO ENTRE OS DIREITOS E UMA ANÁLISE SOBRE AS POSSÍVEIS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já visto anteriormente, o direito à vida trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido a todos os demais direitos fundamentais.

Uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua relatividade, ou seja, por se tratarem de princípios constitucionalmente previstos, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto, em caso de tensão entre eles cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida daquele mais adequado. Em um estado democrático de direito a Constituição Federal reflete inúmeras ideologias, por consequência dessa infinidade de assuntos e pensamentos presentes na lei maior, comumente acontece o choque entre os princípios neles expostos (LOPES, 2012).

É inegável que tal prática, dentro da cultura indígena (tribos que assim procedem) é costume milenar, tradicional e não se concebe uma ideia pura e simples de que possa ser extirpada da sua cultura de uma hora para outra. De acordo com os costumes tribais essas práticas são justificáveis, pelo menos do ponto de vista da tradição tribal, como de cautela e de proteção da própria comunidade. As comunidades tribais se arrogam o direito de admitir ou não os seus membros, sendo que as hipóteses de infanticídio são, na verdade, não admissões (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 4).

Também deve ser frisado que não se chega ao ponto de analisar qual direito deve se sobrepor ao outro, mas de convalidar todos os direitos conquistados e, partindo-se da premissa do direito fundamental à liberdade, reconhecer o direito dos povos de dialogarem-se entre si, como forma de avaliarem suas dificuldades e possibilidades de encontrarem soluções, permitindo, assim, aos índios à liberdade de escolha. Desta forma, há que ser efetivado (porque reconhecida a igualdade e liberdade como direitos fundamentais) o direito de todo indivíduo, índio ou não, de se levantar contra uma cultura ou valores culturais que vierem a ser danosos à própria vida (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 6-7).

No entanto, tem-se o princípio da proporcionalidade como solução para o conflito entre o direito à vida e o direito à tradição indígena. Diante disso, Koncikowski (2012) ensina:

A origem da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem limites de atuação, para o Estado liberal (individualista), onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos. O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população, ao contrário, avolumavam-se desmandos e as liberdades individuais restavam a mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como obstáculo

aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais. Nesta esteira, a dignidade da pessoa humana, aparece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída como um Estado Democrático de Direito, conforme esculpido já no artigo 1º, inciso III da Carta Magna de 1988. O respeito aos direitos fundamentais brota, assim, como centro de gravidade da nova ordem jurídica, diferenciando o esqueleto constitucional, adotando a concepção de Estado de Direito, embasado na constitucionalidade.

Há diversas situações que obrigam o ser humano a decidir o direito que se afigura como mais adequado ao caso concreto. De acordo com Lopes (2012), “Comuns também são as situações onde se precisa decidir entre a prevalência de determinado direito fundamental sobre o outro, tendo em vista a diversidade de direitos fundamentais protegidos pela nossa Constituição.”

Nesse sentido, para Alves e Vilas Boas (2010, p. 4):

É inegável que tal prática, dentro da cultura indígena (tribos que assim procedem) é costume milenar, tradicional e não se concebe uma ideia pura e simples de que possa ser extirpada da sua cultura de uma hora para outra. De acordo com os costumes tribais essas práticas são justificáveis, pelo menos do ponto de vista da tradição tribal, como de cautela e de proteção da própria comunidade. As comunidades tribais se arrogam o direito de admitir ou não os seus membros, sendo que as hipóteses de infanticídio são, na verdade, não admissões. A ocorrência de tal prática sempre foi do conhecimento de não índios que mantinham e mantêm convívio com comunidades indígenas onde a mesma ocorre. Entendendo, assim, como uma prática cultural tradicional, tais pessoas sempre adotaram uma atitude de respeito e reconhecimento desta cultura interna vigente dentre os indígenas.

Tem-se de um lado, portanto, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), a prevalência dos

direitos humanos como um dos princípios da República Federativa do Brasil (art. 4º), além do direito à vida, igualdade e liberdade, como direitos individuais e fundamentais garantidos a todos sem distinção de qualquer natureza (art. 5º) e, como se não bastasse, a previsão de que “é dever as família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança [...] o direito à vida.” (art. 227). Mas de outro, o direito de serem reconhecidos aos índios a sua organização social, costumes, crenças e tradições (art. 231) (ALVES; VILAS BOAS, 2010, p. 5).

Assim como o direito à vida é defendido amplamente pela Constituição, a prática de infanticídio indígena também tem sua defesa. Para estabelecer qual dos direitos deve prevalecer, a possível solução para o conflito entre esses direitos fundamentais é o princípio da proporcionalidade como instrumento adequado para buscar a solução entre os conflitos.

O Estado deverá intervir de maneira que porte um diálogo intercultural, entretanto, em defesa aos direitos humanos, aos direitos dessas crianças e aos pais que sofrem com essas práticas, como há relatos em que muitas mães não suportam e acabam cometendo suicídio. Deve-se considerar o fundamental: o direito à vida. Sendo este respeitado perante as manifestações à cultura indígena e as práticas de infanticídio indígena.

6 CONCLUSÃO

No caso estudado, entende-se que a vida é o direito fundamental principal, e deve ser respeitado diante ao conflito com a manifestação da tradição indígena e a prática do infanticídio. Não há dúvidas que deverá prevalecer o primeiro dos direitos do homem: o direito à vida.

No que tange a evolução histórica e jurídica, observa-se que desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, a partir do pós-guerra com a concepção contemporânea de Direitos Humanos, que veio a ser introduzida com o advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração

de Direitos Humanos de Viena de 1993. E então, a partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 começou a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, voltados à proteção de direitos fundamentais.

Nos casos de infanticídio indígena deve prevalecer o direito fundamental à vida ou o direito à identidade cultural?

Apesar de o infanticídio ser entendido como uma prática cultural de algumas tribos há violação do direito à vida. Entende-se que são necessárias soluções para que vidas não sejam sacrificadas pela imposição do culturalismo.

Portanto, diante a análise do confronto entre os direitos fundamentais, entre o direito à vida e a manifestação do direito à cultura indígena, conclui-se que a finalidade do princípio da proporcionalidade mostra-se como instrumento mais adequado na ponderação entre os direitos estudados no presente trabalho. Entende-se que o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento indispensável, ou seja, é o instrumento através do qual se operacionaliza o método da ponderação que objetiva solucionar as colisões entre princípios.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito et al. Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 09-12 jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

CASTRO, Celso. *Evolucionismo cultural*: textos de Morgan, Tylor e Frazer. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. Disponível em: <<http://lelivros.stream/book/baixar-livro-evolucionismo-cultural-celso-castro-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>> Acesso em: 20 ago. 2017.

HAHN, Paulo. Direitos humanos e a perspectiva da pluralização e da ética intercultural. *Conjectura*, Caxias do Sul, v. 17, n. 1, jan./abr. 2012.

HAKANI. Infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. *Hakani, uma voz pela vida*. 2008. Disponível em: <http://hakani.org/pt/news_projeto_hakani.asp>. Acesso em: 17 set. 2017.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. Princípio da proporcionalidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9>. Acesso em: 26 set. 2017.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242. Acesso em: 12 out. 2017.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro*: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/ Museu Nacional, 2006.

MATHIAS, Fernando et al. *Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas*. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/declaracao-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed. S. João do Estoril, Portugal: Princípiã, 2006.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Junior Barreto. *O Infanticídio Indígena: Um Conflito entre a Diversidade Cultural e os Direitos Humanos*. [2013?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c>>. Acesso em: 25 set. 2017.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROESLER, Átila Da Rold. Aspectos atuais da capacidade civil dos índios. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17328>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SANTOS, Natália de França. *O infanticídio indígena no Brasil: O universalismo dos direitos humanos em face do Relativismo cultural*. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/infanticidio_y_derechos_humanos.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA EM SANTA CATARINA E A IMPLANTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA ADIN Nº 4270

André Luiz Gralha Bernardi¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O artigo tem por objetivo apresentar as tratativas do acesso à justiça no Estado de Santa Catarina, considerando a ausência da Defensoria Pública nas Comarcas e o exercício dos Defensores Dativos para tentar suprir esta falha jurisdicional, bem ainda, a Decisão Judicial proferida em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADIn nº 4270, determinando a imediata implantação do órgão, considerando que o Estado Catarinense foi o último estado da nação a instituir a Defensoria Pública. Portando, diante da omissão por parte do estado em deixar de implantar um instituto, haja vista que a Defensoria Dativa não tem o condão de suprir as necessidades dos hipossuficientes e a estrutura das Defensorias Públicas já implantadas é insuficiente para os anseios populacionais.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Defensoria Dativa. Santa Catarina. Acesso à Justiça Gratuita. Hipossuficiência.

1 INTRODUÇÃO

A importância de garantir a determinação constitucional do acesso à justiça para todos e a contribuição que a Defensoria Pública traz para a sociedade carente, são fatores essenciais no Estado de Santa Catarina, considerando a procrastinação por parte deste em descumprir uma determinação constitucional.

O acesso à justiça está fortemente ligado com a Defensoria Pública, isso porque, compete a este órgão propiciar aos necessitados o devido acesso à justiça de forma gratuita, podendo assim, resguardar tanto os direitos

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; andre_gbernardi@yahoo.com.br

² Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

sociais como os individuais. A ausência deste órgão em uma comarca faz com que o esteio dos direitos fundamentais da atual população carente não seja garantido. A Defensoria Pública é um órgão recente no Estado de Santa Catarina, considerando que em muitas comarcas ainda contam com a atuação da Defensoria Dativa, pois estado foi o último a implantar e regularizar nas comarcas, isso diante da decisão promulgada pelo STF.

2 ACESSO À JUSTIÇA GRATUITA EM AMPARO AOS DIREITO FUNDAMENTAIS

Na Carta Magna de 1988 foram institucionalizados valores básicos como os a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão e de associação, estas são premissas essenciais para a construção de um Estado Democrático de Direito, visando como ímpeto à proteção e a defesa da sociedade (AMORIM, 2017, p. 20).

O direito ao acesso à justiça gratuita adveio de uma necessidade social, assim nos explica Silva (2006, p. 17) que “A necessidade do acesso à justiça, é gerado por conflitos, que nascem, geralmente, por uma busca de valores, os quais encontram a resistência advinda de interesses contrários à sua pretensão.”

Amorim (2017, p. 23) ainda relata em sua doutrina que o Estado é de fundamental importância para a concretização dos direitos fundamentais: “O Estado figura, pois, como órgão garantidor dos direitos fundamentais, seja o Estado-Administrador ou o Estado-Juiz, seja com o fito defensivo ou protetivo, mas cabe ao ente Estatal, fornece mecanismos ávidos à tutela destas premissas elementares.”

Antes mesmo da primeira constituição pátria, a de 1824, no Brasil, em termos de legislação condensada existiram as “Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas”, porém, somente a última traz em seu texto algo ligado ao acesso à justiça gratuita. Neste período de colonização aqueles que

eram considerados culpados, que não pudessem pagar as custas, deveriam realizar o pagamento por meio de rezas em favor do rei (DANTAS, 2011).

Para apresentar a evolução do acesso à justiça com a intervenção do Estado nos litígios Romero Junior (2016) trata do assunto da seguinte forma:

Com a evolução histórica e após a teoria da repartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a qual foi consagrada pelo livro “Espírito das Leis” de Montesquieu, no Século XVII, o Estado “consagrou-se detentor do poder de aplicar o direito”. Assim o Estado é quem começou a regular as relações entre os cidadãos e obteve o monopólio da jurisdição.

Conforme a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que enaltece os valores como liberdade, justiça e paz, não há o que se falar em direitos a justiça e além, se a mesma não for de livre acesso, gratuita, sem relacioná-la aos direitos fundamentais, direitos estes elencados desde a Constituição de 1891, em seu art. 72, vindo a sofrer grandes reforços sociais ao longo de suas promulgações, até a vigente 1988 (AMORIM, 2017, p. 37).

Na “Constituição Cidadã” está prevista o direito ao acesso gratuito no âmbito jurisdicional, por meio da Defensoria Pública (art. 24, XIII, CF/1988), mas a legislação brasileira foi desenvolvendo formas de auxiliar a população hipossuficiente na procura de seus direitos, defendendo os direitos ao acesso à justiça por meio da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pela Lei n. 1.060/1950, bem ainda pela Lei n. 13.105/2015, pelo Novo Código de Processo Civil pelos artigos 98 a 102 do CPC/2015 (ROMERO JUNIOR, 2016).

A ligação entre direitos fundamentais e o acesso à justiça é concretizada pela defensoria pública, utilizada como instrumento dos direitos humanos no judiciário, vejamos o entendimento de Dantas (2011):

O pleno acesso à justiça visa condições iguais e possibilidade de interagir de forma técnica com o Judiciário, através da assistência jurídica integral e gratuita, exercendo assim, a cidadania plena dos desvalidos em geral; esse é um direito mais do que meramente fundamental (no sentido de estar disposto

na Constituição), mas sim antes, de um direito humano fundamental (referente à dignidade da pessoa humana).

Os hipossuficientes devem ter seus direitos protegidos e efetivados para que possamos construir uma sociedade mais igualitária, democrática e contemplada com um judiciário harmônico em suas esferas processuais cíveis e penais, por isso, no decorrer dos anos foi sendo moldado o direito do acesso gratuito aos necessitados.

2.1 CONCEITO DE JUSTIÇA

Amorim (2017, p. 78) caracteriza a justiça como a junção do Estado Democrático de Direito em conjuntura com o Estado Liberal e o Estado Social, ou seja, o Estado deve estar engajado na transformação social, objetivando a construção de sociedade livre, justa e solitária.

Podemos entender que para haver a garantia do efetivo acesso à justiça, é a garantia de um processo justo para ambas as partes, vejamos:

A pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão da doutrina brasileira recente em "*acesso à ordem jurídica justa*." (SILVA, 2006, p. 22, grifo do autor).

A carência de recursos por parte da população para fazer frente aos gastos que implicam uma demanda judicial é, via de regra, custas judiciais, honorários advocatícios, longa duração dos processos e a não parametrização das informações. Tais problemas sociais e jurídicos, ora apresentados, ressaltam a importância das Defensorias Públicas nas comarcas brasileiras (SILVA, 2006, p. 23).

2.2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA NO DIREITO DE DEFESA AO LONGO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO PROCESSO PENAL

Antes mesmo de qualquer capitulação de crimes previstos em tábulas, códigos ou enumerares, todos aqueles que fossem de frente ao poder político ou religioso, profetizando e induzindo uma comunidade, eram punidos por diversas formas, sem qualquer meio de responder ou apresentar fato que provasse a sua defesa.

Para ajudarmos a compreender o contexto histórico do surgimento do direito de defesa, assim demonstra Pedrosa (1994, p. 15): “Evoluindo o direito punitivo substantivo, paralelamente desenvolveu-se sua forma adjetiva ou instrumental, vislumbrando-se o surgimento das primeiras codificações. Todavia, ainda assim o sistema punitivo antigo muitas vezes não se fazia embasar em escorreita Justiça.”

A força era meio para conseguir a justiça, ficando aprisionado até o fim da vida ou lançado a ferozes leões na arena romana, ou até mesmo tento que ingerir veneno, como foi a própria condenação de Sócrates (PEDROSO, 1994, p. 16).

Gonçalves (2009) apresenta o principal ponto de surgimento do sistema acusatório e dos primeiros direitos de defesa reconhecidos pelo julgador:

O ápice do direito de defesa ao acusado, do princípio da inocência, ocorreu com o advento da Revolução Francesa, 1789, que proporcionou a promulgação dos Direitos Universais do Homem e do Cidadão e que consagrou tais institutos, bem como ampliando-os, como por exemplo o devido processo legal, o direito ao contraditório, a ampla defesa, enfim, institutos esses que permitem uma atuação mais imparcial e com total respeito a pessoa humana.

No acusatório, existe a separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, do mesmo modo que é reconhecido o direito do ofendido

e a qualquer cidadão, visando sempre a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, a liberdade do réu é a regra (NUCCI, 2013).

O devido processo legal, um dos componentes do direito de defesa, teve sua origem histórica, na Magna Carta, em 1215, o qual preconizava que ninguém poderia ser processado se não mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do país (GONÇALVES, 2009).

No Brasil, o Código de Processo Penal foi promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689, em 03 de outubro de 1941, a primeira Constituição Republicana adveio com a Carta Magna de 1937, vigente a época de Getúlio Vargas, porém a Constituição Federal que mais compreendeu os direitos individuais no processo penal foi a Constituição Federal de 1988, assim ensina Robert (2010, p. 18) que “[...] a Carta de 1988 rompe com o paradigma Constitucional vigente e, como fruto do processo de redemocratização traz inúmeras garantias fundamentais, e consagra um novo sistema processual penal: o sistema acusatório [...]”

Nucci (2013, p. 87) ensina que o Processo Penal Democrático é todo processo penal que respeita a democracia, liberdade e os princípios constitucionais, leia-se:

[...] a visualização do processo penal a partir dos postulados estabelecidos pela Constituição Federal, no contexto dos direitos e garantias humanas fundamentais, adaptando o Código de Processo Penal a essa realidade, ainda que, se preciso for, deixa-se de aplicar legislação infraconstitucional defasada e, por vezes, nitidamente inconstitucional.

Prado (2015) apresenta em seu artigo, que o sistema processual penal sofreu diversas transformações no método de julgar os crimes tipificados em cada época, um dos mais marcantes foi a passagem do sistema inquisitório para o sistema acusatório, porém, diante da antiguidade do Código de Processo Penal Brasileiro em comparação com a Constituição Brasileira vigente (1988), acaba por trazer diversas falhas nas garantias previstas na atual Carta Magna.

2.3 O SURGIMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Em cada período histórico que houve julgamentos marcados pela brutalidade dos atos, o desrespeito com os princípios do direito de defesa, houve fatos criminosos que marcaram uma história e rumo das civilizações, trazendo consequências até os dias atuais, exemplo fático disso foi o julgamento de Jesus Cristo. Por meio do evangelho de Lucas, Jesus Cristo foi acusado pelos sacerdotes de estar pervertendo a nação de judeus, proibindo o pagamento de tributos a Cesar e se autoproclamando rei, desse modo, a justiça naquela época era tratada de forma desigual por aqueles que desafiassem os poderosos, porém, havia sim um conceito de defesa (SOUZA, 2011, p. 194).

Dentre as formas de defesa que foram surgindo no ordenamento jurídico, à principal defesa por meio de um representante técnico legal apresentou-se na Grécia Antiga, onde o acusado deveria comparecer pessoalmente ao tribunal, contudo poderia ser elaborado um relatório de defesa por um profissional especializado e muitas vezes acompanhado por peritos judiciais que podiam confeccionar pareceres para auxiliar na defesa do acusado (SOUZA, 2011, p. 195).

Com a chegada do defensor no período hierárquico, o qual o defensor era visto pela sociedade com o objetivo de trazer a impunidade do imputado e um empecilho para o correto desenvolvimento do processo, assim nos traz de Souza (2011, p. 198), que o real objetivo da atuação da defensoria por meio do advogado, é um fiscalizador da lei, zelando pela preservação dos direitos fundamentais penais e apresentando para o julgador as dúvidas pertinentes as informações apresentadas pelo acusador.

Realizando um paralelo com a aplicação do direito de defesa no âmbito penal atual, o acusado na esfera brasileira, tem o direito de defesa amplamente amparado na Constituição Federal Brasileira (1988) pelo princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, conforme prevê o art. 5º, inciso

LV, *in verbis*, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

No sistema processual penal brasileiro, conforme apresentado, é amplamente defendido os direitos e garantias de defesa, subdividindo-se em defesa técnica, prevista no art. 261, caput, do Código de Processo Penal (CPP) e a defesa pessoal (PACELLI, 2013, p. 378).

De acordo com Vale (2015), o defensor público tem um papel fundamental no meio social, traz: “O papel do defensor, principalmente no teor processual penal, é muito desgastante, complicado e de difícil imagem social, já que a sociedade às vezes entende que o defensor é um mercenário, simplesmente porque aceita defender um acusado de um crime mal visto pela sociedade.”

Um defensor público possui grande valia para as classes menos carentes, além da efetiva garantia da paridade de armas entre as partes, não somente na esfera penal, muito comum a atuação desta classe tendo em conta que os infratores não apresentam defensores constituídos, mas também, na assistência jurídica na área cível a exemplos de ações relacionadas ao direito de família, sucessões, posse e propriedade, relações de consumo, causas previdenciárias e demandas contra o Poder Público (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2016).

Com o intuito de garantir aos que possuem hipossuficiência financeira ao acesso efetivo à prestação jurisdicional, a Constituição Federal de 1988, incumbiu ao Estado à implantação da Defensoria Pública em todo o país, conforme dispõe o artigo 134 *in verbis*, (2014): “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.” (BRASIL, 1988).

Em razão do grande contingente populacional pobre e marginalizado Souza (2011, p. 24), ensina que:

A Defensoria Pública desempenha, então, o papel de instrumento para a realização dos direitos fundamentais, conforme previsto na Constituição Federal do Brasil. Assim, a Defensoria Pública atuando na defesa penal dos

cidadãos hipossuficientes economicamente, tem o dever de proporcionar-lhes o que entendemos por uma “defesa criminal substancial” ou defesa penal pública materialmente eficaz, equivalente a uma defesa efetiva e atuante, distinta daquela defesa criminal meramente formal.

A defensoria pública no Brasil é fruto de diversas Emendas Constitucionais a partir da Constituição de 1988, sendo fruto das Emendas Constitucionais de 45/2004, 69/2012, 74/2013 e 80/2014, que alteraram a estrutura e conferindo determinações essenciais para a funcionalidade do órgão e o direito de justiça, possuindo esta instituição autonomia funcional, administrativa e financeira, por meio diversas emendas constitucionais (AMORIM, 2017, p. 156).

A Lei n. 80/1994 regulamenta as diretrizes estruturais das defensorias, complementando a determinação constitucional de implantação das Defensorias Públicas da União, Distrito Federal, dos Territórios e dos Estados. Ressalta-se que não é admitido a institucionalização de Defensorias Públicas Municipal, em face da simetria jurisdicional do Poder Judiciário e do Ministério Público, tendo eles previsão apenas na esfera Estadual e Federal (AMORIM, 2017, p. 156).

Em complemento a Lei n. 80/1994 existe a Lei Complementar nº 132/2009 que prevê em seu artigo 3º a real importância e o papel que os Defensores Públicos tem, devendo buscar junto a sociedade a redução das desigualdades sociais e fortalecer a primazia da dignidade da pessoa humana (AMORIM, 2017, p. 167).

A assistência jurídica a pessoa necessitada é tratada da seguinte forma por Reis, Zyeibil, Junqueira (2013): “[...] é aquela que não dispõe de recursos financeiros que lhe possibilitem arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, ainda existem situações em que a legislação estabelece que algumas pessoas tenham direito à assistência judiciária sem que rigorosamente sejam necessitadas.”

A Constituição Federal trata em seu artigo 5º, LXXIV, do direito a assistência jurídica da seguinte forma: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

Em uma entrevista realizada ao sítio Diário de Pernambuco, a Magistrada Dra. Dora Martins, integrante da Associação de Juízes para a Democracia, relatou que o conceito da falta de acesso à justiça, interpretada pela sociedade, está intimamente ligado com a ausência de defensoria pública ou da dificuldade de acesso aos processos por falta de recursos econômicos (CASTRO; MARIZ, 2013).

A insuficiência de recursos está ligada as pessoas carentes, ou denominadas hipossuficientes, são aqueles que têm direito aos benefícios da Defensoria Pública, não está limitado somente nesta classe de indivíduos, o leque de atendimento realizado pelas Defensorias é amplo e de extrema importância social, assim apresenta Amorim (2017, p. 167): “Idosos, Crianças e Adolescentes, Consumidores, Mulheres em Situação de Violência, Pessoas Enfermas, desabrigados, independentemente da sua condição financeira, encontram-se em dadas situações, em condição de vulnerabilidade, merecendo total proteção do Órgão Defensorial.”

Um estudo realizado pelo Ministério da Justiça e apresentado pelo sítio da Defensoria Pública do Ceará (2009) demonstra como deverá ser regularizado ou determinado por cada Defensoria:

O Terceiro Diagnóstico da Defensoria Pública, realizado pelo Ministério da Justiça e apresentado em 2009, enuncia a clientela em potencial da instituição, ou seja, a população acima de 10 (dez) anos de idade e que recebe até 3 (três) salários mínimos. No entanto, cada Defensoria Pública apresenta seus critérios específicos, para que uma pessoa possa ser atendida.

Segundo Castro e Mariz (2013), em publicação do Diário de Pernambuco, pesquisa realizada no mesmo ano pelo Ministério da Justiça, o acesso à Justiça no Brasil é para poucos, conforme a pesquisa apresentada mostra que mais da metade dos estados brasileiros estão abaixo da média

nacional em acesso à justiça. O senso realizado levou em conta o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e quanto menor este índice, mais frágil é este acesso ao direito de justiça. Distrito Federal é a unidade de federação com maior probabilidade de garantia dos direitos, com o Índice Nacional de Acesso à Justiça (INAJ) pontuando em 0,38, numa escala de 0 a 1, contudo, os moradores do Maranhão são os que menos tem a possibilidade de lutar pelo que devia ser um dever, com um indicador de 0,04, sendo que a média nacional é 0,13.

3 A DEFENSORIA DATIVA EM SANTA CATARINA E A RESTRIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

A institucionalização das Defensorias Públicas no estado de Santa Catarina é algo recente para a sociedade, um direito constitucional previsto em 1988, ficou adormecido pelo Poder Público durante anos, deixando a sociedade a mercê de seus direitos, pois durante 23 (vinte e três) anos o estado não contou com Defensoria Pública implantada nas comarcas, ocultando da sociedade hipossuficiente o Direito de Acesso à Justiça e a Defensoria Pública, optando pela institucionalização da Defensoria Dativa.

A Defensoria Dativa trata-se de um acordo realizado entre os Estados, em especial o Estado de Santa Catarina entre a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. A previsão legal encontra-se determinado no art. 104 da Constituição Estadual de Santa Catarina de 1989, com a seguinte determinação: “A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei complementar.”

A Lei Complementar n. 155/1997, revogada posteriormente, previa a estrutura e parâmetros a ser seguidos pelas comarcas do estado, mais em específico no artigo 1º da referida lei, instituindo os procedimentos de nomeação e pagamento dos honorários advocatícios.

A nomeação realizada pelo magistrado é determinada por uma lista de advogados que se ofertam nas Comarcas de determinados Foros, conforme nos ensina Caovilla (2003, p. 136):

A população carente, ou menos favorecida, é atendida por defensores nomeados, através da Ordem dos Advogados do Brasil, mantém convênio com o Tesouro do Estado para o pagamento das URH's (Unidade Referencial de Honorários) a que tem o direito o profissional que se habilitou para atuar em defesa do necessitado.

O custeio das despesas para pagamento dos honorários advocatícios aos advogados dativos provém de recursos públicos oriundos do estado, sendo um valor de 10% (dez por cento) da verba devida aos procuradores, valor pago por meio de URH's, que poderiam ser executadas pelo defensor junto ao Juizado Especial Civil em razão do estado não efetivar o pagamento dos valores após o trânsito em julgado do processo (ALVES; PEREIRA FILHO, 2014, p. 61).

3.1 A DETERMINAÇÃO DA ADI Nº 4270 OS EFEITOS INSTITUCIONAIS PARA A DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SANTA CATARINA

A ausência do cumprimento desta determinação Constitucional por parte do Estado de Santa Catarina, bem ainda os problemas gerados pela ausência das defensorias tanto aos desassistidos bem como no Poder Judiciário, com a tramitação dos processos, fez com que em 2012 a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) e Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef), postulassem a anulação da Lei n. 155/19977 (ANADEP, 2012).

A Defensoria Pública no Brasil somente começou a ser encarada como um órgão jurisdicional com poder de cobrança junto aos demais poderes com a consagração da sua autonomia administrativa e financeira, que provém da Emenda Constitucional n. 45/2004, tendo sua revisão e reforço pela Lei Complementar nº 132/2009 (CUNHA; FEFFERBAUM, 2014, p. 31).

A ADIn 4.163, foi proposta pelo Ministério Público Federal sobre a inconstitucionalidade do convênio entre a OAB e a Defensoria Paulista, e as ADI n. 3.892 e 4.270, objeto de discussão do presente artigo, estas duas últimas em razão da situação do Estado de Santa Catarina foram propostas pela Associação dos Defensores Públicos Estaduais e Federais, com o apoio de demais entidades (AMORIM, 2017, p. 223).

No dia 14 de setembro de 2012, o Supremo Tribunal Federal determinou que Santa Catarina implantasse as Defensorias Públicas até um ano de 2013, a votação deu-se por maioria de votos, com exceção do ministro Marco Aurélio que entendeu que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos deveria valer desde quando foram editados, o relator, Ministro Joaquim Barbosa afirmou que o simples fato de a lei complementar resultar de iniciativa parlamentar, já é razão suficiente para declarar a inconstitucionalidade formal, com fulcro no art. 61, inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal, servindo como exemplo as outras unidade da federação que já possuem defensorias implantadas e não descumpriram uma determinação constitucional, como é o caso do Estado de São Paulo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Não somente o Ministro Joaquim Barbosa repudiou a forma como o Estado de Santa Catarina vinha declinando a defensoria pública para a dativa, mas também o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator e manifestou seu repulso citando que (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012):

[...] “omissão contumaz” do Estado de Santa Catarina, que, 23 anos depois da promulgação da Constituição da República, se manteve inerte quanto à implantação da Defensoria Pública no estado, violando, “de modo patente”, o direito das pessoas desassistidas, “verdadeiros marginais” do sistema jurídico nacional.

Com o advento da determinação legal pelo Supremo Tribunal Federal em 2012, o Estado de Santa Catarina sofreu drásticas alterações no meio judiciário, em razão de ter somente 12 meses para iniciar a implantação

das defensorias públicas nas comarcas foi necessária a alteração constitucional dos art. 57, 59, 104 e 124, com a previsão da Emenda Constitucional nº 62, promulgada em 19 de julho de 2012, o qual alterou significativamente o art. 104 no seu parágrafo terceiro, determinaram a previsão legal orçamentária a serem financiadas pelo Tesouro Estadual (SANTA CATARINA, 2012).

Em seu balizado instrumento, Rodrigues (2014) traz que:

A falta deste órgão tão importante a Justiça nestas comarcas acarreta conseqüentemente a obstrução ao acesso à justiça daqueles que não possuem condições econômicas de contratar um advogado para que possa buscar o direito no qual lhe compete [...] Ou seja, não havendo defensoria pública em todas às comarcas, também não há o que se falar em democracia. Mais do que isso, impossibilita aos indivíduos, muitas vezes, gozarem de todas as condições que lhes são oferecidas para que alcancem os seus anseios, seus objetivos particulares e, até mesmo, coletivos.

Nesse sentido, Rodrigues (2014) esclarece que precariedade das Defensorias Públicas no Brasil, o STF, determinou o prazo de até 2022 o Estado de Santa Catarina implante em todas as comarcas a Defensoria.

No que diz respeito à estrutura das defensorias públicas já implantadas no Estado de Santa Catarina, existem em apenas 27 (vinte e sete) comarcas do estado. Ao todo, são 100 (cem) defensores, 90 (noventa) analistas, 80 (oitenta) técnicos e 168 (cento e sessenta e oito) estagiários; número insuficiente para suprir a demanda de processos que tramitam no estado, em razão de que ingressaram entorno de 484.016 processos novos, somente no primeiro semestre deste ano.

Em notícia veiculada pelo sítio da ANADEP (2015), em 20 de agosto de 2013 foi completando o quadro de 60 (sessenta) Defensores Públicos Estaduais de Santa Catarina que passaram a exercer suas funções também nas cidades de Araranguá, Caçador, Campos Novos, Concórdia, Curitibanos, Jaraguá do Sul, Joaçaba, Mafra, Maravilha, Rio do Sul, São Lourenço do Oeste, São Miguel do Oeste, Tubarão e Xanxerê e posteriormente (28 de agosto de

2014, dando posse para mais 30 Defensores para atuarem nas comarcas de Palhoça, São José e Brusque.

Aduz do texto publicado pela ANADEP (2015), em que o Presidente da ADEPESC comemorou os avanços de 2015, porém, salientou as dificuldades iniciais enfrentadas pelos Defensores Públicos:

[...] além da escassez de recursos financeiros e humanos, das dificuldades estruturais e operacionais de uma Defensoria Pública ainda em constituição, e da grande demanda reprimida que diariamente bate às portas da instituição, os Defensores Públicos percebem um dos piores – e que caminha para ser, em breve, o pior – subsídios do país. Atualmente recebem menos que um terço da remuneração de Juízes, Promotores e Procuradores do Estado.

Os avanços que vem sendo apresentados no Estado de Santa Catarina, havendo a determinação de verbas e aumento de defensorias bem como nomeação de defensores públicos, faz com que a população catarinense já comece a se identificar com este novo instituto.

3.2 AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO IMPLANTAÇÃO DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS PARA OS DESASSISTIDOS

O estado de Santa Catarina vem buscando incansavelmente buscar o tempo perdido na questão da lacuna deixada no meio jurídico em razão da ausência da Defensoria Pública, sendo que frequentemente vem realizando concursos públicos para provimento de cargos de Defensor Público, sendo em 2015 realizado o segundo concurso de provas e títulos que nomeou posteriormente 32 novos defensores públicos, aprovados no I Concurso para Defensor (ANADEP, 2015).

A atuação da Defensoria Pública vai além dos direitos jurídicos penais ou civis, a Defensoria presta serviços de grande relevância, transcendendo os direitos comuns de liberdade e saúde, procurando desenvolver o psicológico e o bem-estar de todos, assim podemos extrair da notícia pública pelo sítio

da Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP) (2017), que em sessão ordinária no dia 07 de abril de 2017, por meio do Conselho Superior da Defensoria Pública de Santa Catarina, aprovou, por unanimidade uma resolução que assegura tanto aos membros, demais servidores e estagiários, que se identifiquem como transgêneros, travestis ou transexuais, podendo fazer uso de nomes sociais no momento em que estiverem em atendimento, nos cadastros em processos que tramitem pela instituição.

Importante ressaltar que nas Comarcas que estão implantadas as Defensorias Públicas ainda a casos de Defensores Dativos terem que atuar diante da estrutura pequena e recente implantada pelo Estado, como é o caso da Comarca de Joaçaba/SC, diante dos inúmeros processos a serem atendidos por um só Defensor Público, Dr. Alessandro de Souza Cantelli, onde os processos penais que tem como parte mais de dois acusados com diferentes versões e teses defensivas conflitantes, não podendo desse modo, conforme o Código de Processo Penal prevê no art. 563, um mesmo defensor atuar para ambos sob pena de nulidade absoluta (art. 564, inciso IV, do CPP).

No texto trazido por Silva (2016, p. 55) salienta as restrições que uma Defensoria Pública recém implantada traz para a população, bem ainda, as benesses das Defensorias Públicas com um grande contingente estrutural:

O que se observa, portanto, é que os núcleos de atendimento não atuam na totalidade de suas funções institucionais. Enquanto alguns núcleos de atendimento conseguem cumprir com uma maior plenitude tais funções, como é o caso da Defensoria Pública de Florianópolis, outras possuem severas restrições. Isso acaba implicando em uma disparidade de atuação da instituição pelo estado, criando um evidente cenário de desigualdade entre os assistidos.

Conforme sítio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (2017), no Relatório de Estatística e Produtividade de 2017, primeiro trimestre do corrente ano, o Defensor Público Dr. Alessandro Cantelli de Souza da Comarca de Joaçaba, realizou 121 atendimentos a população (no total), sem

contar as diversas audiências realizadas e visitas sociais desenvolvidas. Ressaltando que em cada comarca catarinense, a filtragem das matérias atuantes de cada comarca/unidade de atendimento, foi delimitada pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado, pela L.C. nº 575 de 2012 e Regimento Interno da Defensoria Pública, nos artigos 21 e 22, delimitando por meio de criação de escritórios de cada sede da Defensoria Pública, núcleos e unidades (SANTA CATARINA, 2012).

4 CONCLUSÃO

Ao final, conclui-se que a ausência da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina para garantir o acesso à justiça gratuita diante da previsão constitucional, sendo o único órgão capaz de resguardar os direitos fundamentais de saúde, educação, moradia, segurança e liberdade, bem ainda, o principal limitador deste artigo, o de “acesso à justiça” para todos e aos necessitados de forma gratuita, dando voz para aqueles que não têm a quem recorrer de forma particular.

A imediata implantação das defensorias públicas em todas as comarcas catarinenses irá resolver inúmeros problemas judiciais e sociais, enquanto isso não ocorre, compete a Defensoria Dativa em suprir a ausência do órgão público nas Comarcas Catarinenses, atuando nos processos criminais de forma célere, concisa e justiça, diminuindo os impactos da ausência do instituto, considerando que população carente, está deixando de ter os direitos fundamentais resguardados, conferindo ao estado catarinense o cumprimento eficaz do prazo determinado para a implantação das defensorias em todas as comarcas. Ressalta-se que, cabe a população, juntamente com os Defensores Dativos e Defensores Públicos, a busca incansável pela garantia dos direitos fundamentais, pois, onde há direitos básicos presentes há justiça para todos.

REFERÊNCIAS

ALESC. **CCJ aprova alteração na estrutura da Defensoria Pública.** *Agência ALESC, Florianópolis, 30 maio 2017.* Disponível em: <http://agenciaal.alesc.sc.gov.br/index.php/noticia_single/ccj-aprova-alteracao-na-estrutura-da-defensoria-publica>. Acesso em: 22 jan. 2017.

ALVES, Cleber Francisco; PEREIRA FILHO, Ricardo de Mattos. Considerações acerca da natureza jurídica da defensoria pública. In: RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). *Temas Aprofundados: Defensoria Pública.* Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2. p. 57-84.

AMORIM, Ana Monica Anselmo de. *Acesso à justiça como direito fundamental & defensoria pública.* Curitiba: Juruá, 2017.

ANADEP. *ANADEP presente na posse dos primeiros 45 defensores públicos de Santa Catarina.* Florianópolis, 09 maio 2013. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=17119>>. Acesso em: 19 out. 2017.

ANADEP. *Associações nacionais de defensores pedem intervenção federal em Santa Catarina.* Defensoria Pública da União em Santa Catarina. Florianópolis, 25 out. 2012. Disponível em: <<https://dpusc.wordpress.com/tag/anadep/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Constituição. *República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941, retificado em 24 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Lei Complementar n. 80 de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: 13 jan. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, 27 maio 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.982 Santa Catarina. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Decisão em 14 de março de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3892&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 ago. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.270 Santa Catarina. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Decisão em 14 de março de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4270&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. *STF julga inconstitucional atuação da OAB no lugar da defensoria pública em SC*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643>>. Acesso em: 12 out. 2017.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. Minas Gerais: Argos, 2003. Disponível em: <<https://www.travessa.com.br/acesso-a-justica-e-cidadania/artigo/8bc8154d-864d-40ef-8f83-8005d8f2bc61>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

CASTRO, Grasielle; MARIZ, Renata. Justiça no Brasil ainda é direito para poucos: Estudo inédito do Ministério da Justiça mostra as condições precárias de alcance da Justiça pelos brasileiros, em especial nos estados mais pobres, para assegurar garantias mínimas ao cidadão, como INSS e pensão alimentícia. *Diário de Pernambuco*, 2013. Disponível em: <http://www.diario-depernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2013/12/16/interna_brasil,479881/justica-no-brasil-ainda-e-direito-para-poucos.shtml>. Acesso em: 10 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Poder Judiciário. *Justiça em números 2016: Justiça Estadual*. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2017.

CUNHA, Luciana Gross; FEFFERBAUM, Marina. Repensando o papel da defensoria pública: uma nova estratégia para o aprimoramento da cidadania. In: RÉ, Aluísio Lunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 57-84. v. 2.

DANTAS, Alexandre Fernandes. Acesso à Justiça e assistência jurídica gratuita no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9146>. Acesso em: 15 set 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Estatística e Produtividade*. 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/estatistica-e-productividade/cat_view/25-estatistica-e-productividade/30-2017?limitstart=0>. Acesso em: 09 out. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Institucional – Núcleos Regionais – Área de atuação*: atribuições 2014. Disponível em: <<http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/site-map/nucleos-regionais/institucional-nucleos-regionais-areas-de-atuacao>>. Acesso em: 14 out. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ. *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <www.defensoria.ce.def.br>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Atuação da Advocacia Pro Bono no Brasil é debatida na DIREITO SP*. 2014. Disponível em: <<http://portal.fgv.br/noticias/atuacao-advocacia-pro-bono-brasil-e-debatida-direito-sp>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

GONÇALVES, Paulo Roberto Alfieri. O direito de defesa a todo acusado: o princípio da presunção de inocência. *JurisWay*, 2009. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1137>. Acesso em: 03 abr. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral, parte especial. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal*: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PRADO, Geraldo. *A Defensoria Pública e o Direito Processual Penal Brasileiro*. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-defensoria-publica-e-o-direito-processual-penal-brasileiro-por-geraldo-prado/>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBEL, Daniel Guimaraes; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/epub:158307>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Teorias da separação dos poderes. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. I, fev. 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2074>. Acesso em: out 2017.

ROBERT, Yannick Yves Andrade. *Ampla defesa: a ampla defesa e o defensor dativo no processo penal constitucional*. Rio de Janeiro, 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

RODRIGUES, Lincoln Almeida. A ausência de implantação da Defensoria Pública nas comarcas brasileiras: obstrução ao acesso à justiça e violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, a. 14, n. 1127, 14 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6483-a-ausencia-de-implantacao-da-defensoria-publica-nas-comarcas-brasileiras-obstrucao-ao-acesso-a-justica-e-violacao-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa->>. Acesso em: 05 out. 2016.

RODRIGUES, Murilo. *O ladear constitucional: Advocacia Privada e Defensoria Pública*. 2013. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/o-ladear-constitucional/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ROMERO JUNIOR, Francisco. *O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Gratuidade Judiciária sob a Ótica do Novo Código de Processo Civil*. 2016. Disponível em: <<https://romeroadvogado.jusbrasil.com.br/artigos/349136822/o-direito-fundamental-de-acesso-a-justica-e-gratuidade-judiciaria-sob-a-otica-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina*, de 05 de outubro de 1989. Florianópolis, 1989. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_1_1_2009.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SANTA CATARINA. Constituição do Estado de Santa Catarina (1989). *Emenda Constitucional n. 62*, de 19 de julho de 2012. Modifica os arts. 57, 59, 104 e 124 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 19 jul. 2012. Disponível em: <www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/admin/emendas/ec_062_2012.doc>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SANTA CATARINA. *Lei Complementar n. 575*, de 02 de agosto de 2012. Cria a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, dispõe sobre sua organização e funcionamento. Florianópolis, 2012. Disponível em: <http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/legislacao11/legislacao-especifica/doc_download/368-lei-complementar-n-575-12>. Acesso em: 28 ago. 2016

SANTA CATARINA. *Lei Complementar Promulgada n. 155*, de 15 de abril de 1997. Institui a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 15 abr. 1997. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130513-09.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SILVA, Luiz Vanderlei da. *Acesso à justiça gratuita no processo: recursos e consequências da concessão*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2016. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz_Vanderlei_da_Silva.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

SOUZA, Fábio Luis Mariani de. *A Defensoria Pública e o acesso à justiça penal*. 1. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.

SOUZA JUNIOR, Eldio Martins de. A defensoria pública. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 12, n. 70, p. 47-54, abr. 2011.

VALE, Ionilton Pereira do. *Os tipos de defesa no processo penal: a defesa técnica e a autodefesa*. 2015. Disponível em: <<https://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/155145312/os-tipos-de-defesa-no-processo-penal-a-defesa-tecnica-e-a-autodefesa>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

AUTONOMIA DA VONTADE EM TRATAMENTOS TERAPÊUTICOS

Jucelia Depelegrin¹
Jorge Eduardo Hoffmann²

Resumo: O crescimento da busca por tratamentos alternativos, com promessa de cura rápida, indolor e de baixo custo, gera questionamentos sobre a im(possibilidade) de interferência estatal frente a vontade do indivíduo. O objetivo do trabalho é analisar se o paciente que opta por tratamentos terapêuticos, em detrimento dos convencionais, age de forma consciente e livre, à luz do princípio da autonomia da vontade. A análise sob o método dedutivo, aborda cinco tratamentos terapêuticos conhecidos: fitoterapia, auto-hemoterapia, cirurgia espírita, iridologia e fosfoetanolamina. Aborda também o princípio da autonomia da vontade, no que se refere a sua utilização para justificar o abandono de tratamento convencional por um terapêutico, e as limitações do referido princípio, que assim como todos os outros não é absoluto. Por conseguinte, fazendo jus a ordem pública, dignidade da pessoa humana e bem comum, a interferência estatal encontra seu embasamento, para interferir na escolha dos indivíduos, como já ocorre: de forma negativa nos tratamentos de auto-hemoterapia e fosfoetanolamina, e de forma positiva na fitoterapia.

Palavras-chave: Tratamentos. Autonomia da Vontade. Estado.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela cura sempre instigou o ser humano. Em um cenário contemporâneo com níveis de estresse altos, patologias crescendo, aliadas a uma saúde precária, recursos escassos e dúvidas sobre a eficácia dos tratamentos disponíveis, a promessa de tratamentos rápidos, pouco agressivos, de baixo custo, ganha destaque. O paciente com o auxílio da tecnologia está atento aos novos tratamentos que surgem, conscientes de seus

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; juceliadepelegrin@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina; jhoffmann@mpsc.mp.br

prós e contras e os impactos que pode ter na vida do indivíduo. Tratamentos agressivos, envolvendo cortes, mutilações, efeitos colaterais, parecem não saciar o interesse do paciente, que passa a aderir tratamentos alternativos.

Os tratamentos alternativos/terapêuticos, sempre existiram, embora não houvesse reconhecimento para tal. Alguns profissionais e órgãos se manifestam em oposição a esses tratamentos, mas os pacientes têm aderido e se aprofundado no assunto, que ganha destaque midiático. A opção do paciente em sair do tratamento convencional para um terapêutico, embora justificada por um princípio constitucional, precisa ser analisada com cautela.

A finalidade do trabalho consiste em analisar o princípio da autonomia da vontade, em tratamentos terapêuticos, e se há possibilidade de interferência estatal na escolha do indivíduo. A análise utiliza o método dedutivo, gênero teórico, com pesquisa em normas reguladoras do assunto, sites e doutrinas sobre o tema.

De forma a elucidar o entendimento do assunto, fez-se necessário dividir o trabalho em dois tópicos. O primeiro aborda o que são tratamentos terapêuticos, detendo-se a cinco tratamentos com destaque midiático: fitoterapia, cirurgia espírita, auto-hemoterapia, iridologia e Fosfoetanolamina. O segundo trata do princípio da autonomia da vontade e sua evolução no decorrer do tempo, o gênero autonomia privada e as contribuições da bioética à autonomia na área da saúde. Também trata das limitações ao princípio, as quais justificam e embasam a atuação do Estado frente aos tratamentos terapêuticos trabalhados.

2 TRATAMENTOS CONVENCIONAIS E ALTERNATIVOS

As doenças têm se expandido prolongando o prazo de sofrimento humano, exigindo uma resposta rápida e tratamentos eficazes em curto período de tempo, o que exige da medicina uma busca profunda e individual, como forma de resposta ao caso concreto que se prolonga com a doença.

Com isso, a busca por tratamentos auxiliares tem crescido e ganhado força na atualidade, o que recebeu o nome de tratamentos alternativos. Mesmo que não recepcionados pela medicina convencional, seu uso está difundido na sociedade, como forma de auxílio ao tratamento, e algumas vezes, um substituto ao tratamento prescrito.

Segundo Ramatis (2004), a busca por tratamentos terapêuticos, alopáticos e mediúnicos existe devido a vários fatores, incluindo falta de recursos financeiros e precariedade dos recursos em saúde, e principalmente devido aos tratamentos convencionais serem feitos à base de substâncias indesejadas, muitos com perfurações, mutilações que acontecem de forma agressiva ao corpo. Ou seja, os recursos disponíveis são dolorosos e não dão garantia de cura ao paciente, o que gera dúvidas, faz com que a pessoa analise e nem sempre opte pelo tratamento, que pode ou não dar certo, dependendo da reação que o organismo terá. Ainda, segundo o autor, é essa a razão pela qual as pessoas estão cada vez mais bem busca de tratamentos que sejam, suaves, indolores e garantam a cura.

As chamadas Medicinas Complementares/Alternativas, fazem parte de um grupo de vários sistemas que cuidam da saúde em geral. Lidam com produtos, experiências e testes não recepcionados pela Medicina Convencional. A chamada medicina convencional, também nomeada de ocidental é a praticada por profissionais da saúde devidamente credenciados pelos órgãos responsáveis e reconhecidos socialmente, a exemplo de médicos com registro no CRM (Conselho Regional de Medicina) dentre outros profissionais (O QUE..., 2016).

As divisões entre a Medicina Convencional e a Alternativa não estão postas como absolutas e insuperáveis. Faz-se necessário um constante diálogo entre as duas, com análise dos pontos positivos de uma tanto quanto da outra, além da utilização dos resultados de ambas.

É de suma importância ressaltar que a medicina é apenas uma, não dissociando a convencional da alternativa. As decisões nesse sentido só prejudicam o avanço e comprometem a eficácia do tratamento. O profissional

da área da saúde deve saber se o paciente faz uso de tratamentos apenas convencionais ou terapêuticos, para ter uma visão ampla do caso concreto, analisando e fazendo um diagnóstico eficaz, baseado no que o paciente já faz uso e pode continuar fazendo, bem como verificar se podem ocorrer reações diversas ao tratamento. Se for o caso ainda, sugerir a interrupção parcial ou total do tratamento, priorizando sempre o bem-estar do paciente e o melhor tratamento a ser aplicado.

Nem todas as formas de tratamento alternativas são reconhecidas pela medicina tradicional, sendo que os órgãos responsáveis, como é o caso da Anvisa, já se manifestou em alguns casos envolvendo tratamentos terapêuticos. Nesses casos, há uma interferência indireta do Estado na escolha, autonomia do paciente a respeito do seu tratamento.

2.1 FITOTERAPIA

A utilização de princípios ativos das plantas para cura de doenças ou redução de sintomas, persiste há anos, sendo transmitida de geração a geração, criando um processo cultural (GONSALVES, 1996, p. 82).

Muitas plantas possuem princípios ativos difundidos, o que faz com que as pessoas se automediquem em quantidades que podem não ser as ideais. Nesse sentido, há orientação para que, antes da manipulação pelo próprio paciente, que busque um profissional conhecedor da área, para que faça a correta orientação e verifique, em caso de o paciente fazer uso de medicamentos, se não há risco de ingestão de chás.

Com a difusão da fitoterapia e o aumento de sua utilização, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), tem analisado a questão de registro e liberação da produção e comercialização desses fármacos fitoterápicos. Entretanto, a Anvisa registra apenas fitoterápicos industrializados para uso humano, tendo a regulação específica sido instituída pela Portaria 22/1967, posteriormente, pela Portaria 06/1995, Resolução da Diretoria Colegiada

(RDC) 17/2000, RDC 48/2008, RDC 14/2010 e atualmente, a RDC 26/2014, a qual vige até o presente momento. Já a manipulação é regulamentada pela RDC 67/2007, atualizada pela RDC 87/2008.

A planta medicinal, utilizada como remédio caseiro, dosada e manipulada pelo próprio paciente não é registrada pela Anvisa. O registro só é possível quando a planta é industrializada, padronizando a quantidade e a forma de uso, obtendo-se desse processo o tratamento fitoterápico.

A fitoterapia é um exemplo de intervenção estatal, por intermédio da Anvisa, na qual foi regulamentada e instituídos critérios à sua utilização e comercialização.

2.2 AUTO-HEMOTERAPIA

A auto-hemoterapia consiste na retirada de sangue da veia e injeção no músculo do mesmo paciente. Para seus adeptos, trata-se de um procedimento parecido com a vacina autógena, que estimula uma resposta imune do organismo diante de um problema infeccioso.

Com relação a esse tratamento, o Conselho Federal de Medicina manifestou-se contrariamente à prática, em seu Parecer nº 12/2007, concluindo que não há, ainda, evidências sobre a efetividade da auto-hemoterapia em qualquer ser humano que esteja doente, bem como em animais, o que traz um parâmetro farmacológico e é um requisito da Anvisa. Concluiu também que não existem estudos os quais comprovem que este método seja seguro (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2007).

A auto-hemoterapia, ainda de acordo com o Parecer 12/2007, não foi testada cientificamente para que se estabeleça um procedimento e possa ser utilizada futuramente. O que há até o presente momento são depoimentos de pessoas que usam o método, sem um real acompanhamento do antes e depois, inclusive valorando sua eficácia. Depoimentos esses, que são relatados com dramaticidade, invalidando a análise adequada do caso.

Também nesse sentido, a Anvisa e a Sociedade Brasileira de Hematologia (SBHH), não reconhecem a auto-hemoterapia. A Anvisa publicou nota (Nota Técnica 01/2007), classificando como infração sanitária, estando sujeito a penalidades, o profissional que a realizar (ANVISA, 2007).

Segundo Leite, Barbosa e Garrafa (2008), a auto-hemoterapia é um caso em que o Estado interferiu na liberdade do indivíduo em escolher o tratamento terapêutico e o proibiu, justificando que a prudência é mais ampla, incluindo dessa forma a precaução. No âmbito da saúde, os riscos referentes a utilização de produtos e de serviços são expressivos, exigindo-se do profissional a precaução, além da utilização de conceitos e referenciais de qualidade expostos em diretrizes e normativas da área. A prevenção, portanto, é a categoria primária e que ampara o Estado em todas as relações envolvendo situações que coloquem em risco o contexto da saúde pública de qualidade.

2.3 CIRURGIA ESPÍRITA

É um procedimento realizado por médiuns, podendo ou não fazer uso de instrumentos cirúrgicos. Segundo a teoria espírita, visam curar o espírito e, indiretamente, o corpo. Os espíritas acreditam que o corpo físico está associado ao perísprito – espécie de aura formada por elementos químicos desconhecidos que só existem no plano espiritual. As doenças seriam reflexos de alterações perispirituais, causadas por desequilíbrios morais. Ou seja, para curá-las, cura-se o perísprito (LAZARETTI, 2018).

Na visão de Ramatis (2004), tudo no universo envolve energia. Dessa forma, a materialização do médium e seu mentor espiritual ocorre por um processo chamado de *ectoplasmia* segundo o qual ocorre uma desmaterialização anatomobiológica do corpo do médium que passa por uma transformação para se exteriorizar em todos os estados (sólido, líquido e gasoso). Esse processo libera energia vital, e quanto mais energia liberar, mais facilidade terá o médium em fazer o diagnóstico.

Ainda, nas palavras do mesmo autor, o médium pode utilizar-se de instrumentos cirúrgicos ou não, como acontece com estiletos, facas e demais instrumentos, geralmente utilizados para dar maior credibilidade ao processo. O cirurgião não age sozinho, sendo que, quando ocorre o ectoplasma vários cirurgiões estão presentes na sala discutindo o caso e ajudando na formulação do diagnóstico e tratamento, por isso a rapidez no atendimento, sem a necessidade de análise de exames de qualquer natureza. Para esse processo, são milhares de médiuns que atuam em uma cirurgia espírita, alegando que o tratamento começa desde a chegada do paciente a casa de tratamento. Ou seja, enquanto aguarda para ser atendido, já está recebendo tratamento, o que dá celeridade ao processo.

Segundo entendimento de Almeida e Gollner (2000), o médium analisa cada caso, podendo apenas receitar chás e ervas, para o tratamento da enfermidade, ou fazer a cirurgia espiritual. Ela pode ser visível ou invisível, sendo informado ao paciente que ele pode optar por qual cirurgia fazer. A cirurgia invisível é realizada apenas no corpo espiritual e a visível é realizada em sala reservada, em que o médium faz incisões e pequenos cortes para que o paciente possa ter um contato maior e no caso de pacientes incrédulos em busca de maior comprovação de sua eficácia.

Segundo Ramatis (2004), a cirurgia espiritual não tem o intuito de prejudicar os tratamentos convencionais, nem desacreditar os procedimentos médicos, mas sim de contribuir com a humanidade, ao passo que consegue prever e tratar enfermidades com mais facilidade, com diagnósticos preventivos, antes de se tornar uma patologia. A ideia trazida por ele, é de que a cirurgia é um instrumento de auxílio à medicina, e não de divisão a esta prática.

2.4 IRIDOLOGIA

Segundo Salles e Silva (2008), irisdiagnose, ou iridologia, como popularmente é chamada, é a ciência que procura o conhecimento pessoal, das fragilidades, desequilíbrios e/ou potenciais humanos através da análise da íris.

No Brasil, desde 2014 existe o Instituto Brasileiro de Iridologia (INBRI), criado por Paulo Solano Hencke, iridólogo e naturoterapeuta. O Instituto ministra cursos com objetivo formativo, tendo formado até o presente momento três turmas (INSTITUTO BRASILEIRO DE IRIDOLOGIA, 2014).

O exame é bem simples, indolor e não invasivo. Poderá ser realizado com aparelho próprio conhecido por iridoscópio (aparelho composto de lentes que permite uma visualização ampla e correta da íris), ou por lupas. O atendimento inicia com um processo que se assemelha a uma consulta médica, iniciando pela anamnese, ou seja, coletando dados subjetivos do paciente (INSTITUTO BRASILEIRO DE IRIDOLOGIA, 2014).

Feito a análise, o indicado é que o profissional indique o paciente para acompanhamento médico, com atenção aos órgãos indicados como problemáticos/debilitados. Alguns profissionais ainda fazem recomendações terapêuticas, referindo-se a alguns comportamentos e hábitos que o paciente pode ter que irão ajuda-lo diariamente, principalmente referente a alimentação. Importante ressaltar que o abandono e interrupção de qualquer medicação deve ser feita por um médico (HENCKE, 2015).

Quanto à iridologia enquanto tratamento terapêutico, ainda não há nenhuma determinação legal proibindo sua prática. Não há pareceres, notas técnicas ou qualquer manifestação da Anvisa, Conselho Federal de Medicina de forma negativa ao tratamento. Já no Legislativo, há proposições de Projetos de Lei desde 2007 na Câmara dos Deputados, na tentativa de regulamentar a prática.

Já no Senado Federal, há proposições incluindo a iridologia desde 2009, recentemente, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 174/2017, de autoria do Senador Telmário Mota. O Projeto de Lei assegura o exercício da atividade de Terapeuta Naturista, classificando as modalidades de terapia naturista, dentre as quais, no grupo 3 encontra-se a iridologia. O projeto encontra-se aguardando despacho da Comissão de Assuntos Sociais (SENADO FEDERAL, 2017).

2.5 FOSFOETANOLAMINA

A Fosfoetanolamina é em síntese, uma substância presente no corpo humano, também encontrada na formação do leite materno, que já foi isolada e estudada em 1936, pelo Departamento de Pesquisas Médicas do Instituto Banting da Universidade de Toronto, no Canadá (OUTHOUSE, 1936).

No Brasil, na década de 90, o professor da Universidade de São Paulo, Gilberto Orivaldo Chierice começou a fazer experimentos com a referida substância. A ideia do químico era, em conjunto com outros pesquisadores, encontrar uma fórmula que barateasse o custo da Fosfoetanolamina já existente no mercado e com um alto custo. Depois de alguns meses, chegaram a uma substância denominada de Fosfoetanolamina sintética, que tem baixo custo e alto rendimento.

Quando a medicação ganhou destaque em âmbito nacional inúmeros foram os pedidos judiciais solicitando o acesso à medicação. Com a negativa de alguns pedidos, o processo chegou ao Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, a USP divulgou nota comunicando que a Fosfoetanolamina sintética não era medicamento, mas uma substância sem registro e que não seria produzida em larga escala por não preencher os requisitos para tal modalidade.

Devido à proporção que o assunto ganhou e os crescentes questionamentos sociais, as Comissões de Ciência e Tecnologia e de Assuntos Sociais do Senado Federal, organizaram um Grupo de Trabalho em parceria com a Anvisa, o Ministério da Saúde e o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação para analisar a substância. O referido Grupo não recomendou a aprovação da lei que autorizava a comercialização da substância, por entender que apenas um componente da fórmula tinha eficácia contra a neoplasia (GRUPO DE TRABALHO, 2015).

Oito dias após a audiência e as recomendações de não aprovação do projeto de lei, foi sancionado em 13 de abril de 2016 a Lei 13.269/2016, nos

termos do projeto encaminhado pelo Senado, sem vetos. A Associação Médica Brasileira protocolou no dia 15 de abril, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501, alegando que a medicação não havia passado por testes clínicos, previstos pela Anvisa. O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, deferiu no dia 19 de maio de 2016, a suspensão da eficácia da Lei 13.269/2016, alegando ser prejudicial a liberação da medicação sem estudos necessários (BRASIL, 2016).

Na questão da Fosfoetanolamina, os que a defendem dizem que o medicamento era eficaz, e que queriam o direito de tentar fazer uso da medicação, como tentativa de melhoria da dignidade durante o período do tratamento. Já os opositores, questionavam a sua não tramitação legal, o que impedia o conhecimento de seus riscos/benefícios reais e o fato de ser uma fórmula única para os diferentes tipos e estágios de câncer. De um lado há a priorização do direito do paciente em escolher o tratamento que pode ser benéfico, e de outro, a garantia da saúde coletiva.

A fosfoetanolamina é mais um exemplo de intervenção estatal na escolha do tratamento do paciente. Primeiro houve uma interferência liberando o seu uso e comercialização, resultado da pressão midiática e do clamor popular de pessoas portadoras de câncer. Logo após a liberação, influenciados pela Anvisa e por juristas, legisladores, revogaram a liberação, proibindo até então, sua liberação.

3 AUTONOMIA DA VONTADE

Semanticamente a palavra autonomia deriva do grego, *autos* (próprio) e *nomus* (regra, governo ou lei) ou seja, capacidade de se autogovernar (MÖLLER, 2009, p. 82). O significado varia com o período histórico e a finalidade para a qual foi empregada.

Os ensinamentos de Schramm (1998) explicam que

Historicamente, o conceito de autonomia nasce na cultura política da democracia grega para indicar as formas de governo autárquicas, e é somente a partir do humanismo

individualista da Idade Moderna, que culmina da *Aufklärung* (Iluminismo) do século XVIII, que o conceito de autonomia se aplica ao indivíduo (grifo do autor).

Diniz (2011, p. 40), definiu o princípio como poder conferido aos indivíduos de estipular, como melhor convier seus interesses, através de um acordo de vontade, com efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Na posição de Berti (2014, p. 83), também voltado a um regime contratualista, a autonomia da vontade existe no poder conferido ao indivíduo para criar e regular efeitos jurídicos da contratação, sem considerar influências externas, passando a ser de livre atuação dos pactuantes.

Nesse sentido, historicamente, a imponente influência do Estado nas relações individuais começou a impactar os negócios jurídicos, bem como as relações privadas, o que passou a ser questionado pela formação do Estado Liberal. A interferência na propriedade, contratos, bens e serviços e, principalmente, na economia passou a ter aspecto negativo. O movimento mostrava que a concepção de autonomia precisava ser recuperada e retomada, surgindo o Estado Liberal. Esse é o contexto atual, no qual se fala em Estado Democrático de Direito. Com essa acepção, alguns doutrinadores passaram a entender que o termo autonomia da vontade não era o mais adequado ao momento vivenciado, passou a ser a espécie, dando origem a um gênero conhecido como autonomia privada (FRANÇA, 2006).

Perlingieri (2008, p. 34) ao conceituar autonomia privada, faz uso de dois elementos que considera indispensáveis à sua composição: ordenamento pátrio e a experiência local e histórica. A experiência histórica justifica o modelo de autonomia privada a ser adotado, utilizando como base modelos ultrapassados e que não cabem mais ao grupo social que dele fará uso. Já o ordenamento, determinará o grau de intervenção estatal que deverá ser realizado e utilizado para garantir anseios sociais do momento histórico vivenciado.

Nesse sentido Cantali (2009, p. 202-203) fez um breve apanhado do momento histórico que culminou na origem da autonomia privada. Segundo

o autor, a mudança de perspectiva surgiu no sistema jurídico pós-positivista, proveniente da crescente individualização trazida pelo Estado Liberal. A tríade autonomia-liberdade-propriedade foi a base de estruturação do pensamento, na medida em que a soberania individual e a autonomia desempenharam papel importante, traduzido assim, como liberdade, ou seja: “na propriedade, como senhoria dos bens; e na autonomia privada, como poder de autorregulamentação jurídica dos próprios interesses, por meio do negócio jurídico.”

Por fim, a autora define que a autonomia privada é “a faculdade ou o poder conferido pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregularem seus próprios interesses.” O autor faz ressalva ao fato de que a autonomia privada não é um poder absoluto, de forma ilimitada, mas que como todos os princípios, possui limitação. Essa limitação surge no momento em que houve a eleição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da ordem jurídica, decorrente da repersonalização do Direito Civil, reduzindo as preocupações e interesses patrimoniais e direcionando sua atenção à pessoa, à qualidade de vida do indivíduo.

Dadalto (2010, p. 39), corrobora a teoria de que a autonomia privada não é absoluta, concebendo que deve ser entendida como a faculdade de perseguir os interesses individuais, não podendo haver choque de interesse com o coletivo.

3.1 CONTRIBUIÇÕES DA BIOÉTICA À AUTONOMIA

A bioética surgiu em um momento histórico de fragilidade do ser humano enquanto paciente, por isso é de suma importância no estudo da autonomia em relações que envolvam a área da saúde. A bioética regulamenta o princípio da autonomia privada em questões que envolvam saúde e relação médico-paciente. A autonomia no que tange ao princípio bioético, traz em sua concepção, o respeito ao ser humano.

Com o evento da Segunda Guerra Mundial, diversas atrocidades cometidas vieram à tona, fazendo com que em 1974, o Governo e Congresso norte-americanos, constituíssem uma “Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental”, como forma de estruturar uma resposta aos escândalos envolvendo humanos em pesquisas médicas. Desta forma, em 1978 foi publicado o Relatório Belmont, verdadeiro marco para a bioética, definindo quais eram os princípios éticos essenciais que deveriam nortear a experimentação em seres humanos: autonomia, beneficência e justiça (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002).

A publicação do Relatório Belmont foi de grande relevância para que a bioética ganhasse destaque e importância. Após o Relatório, diversas foram as publicações científicas e literárias nessa área, culminando com a evolução na bioética, passando-se a se falar em bioética no sentido amplo, com a defesa de todo tipo de vida. A bioética em sentido restrito, passou a estudar “fenômenos a que se referem às ciências da saúde e às biotecnologias.” (CORTINA, 2001, p. 224).

Os autores definiram a autonomia usando sua forma mais pura, do governo pessoal do ‘eu’, sem interferências, coerção e demais influências externas a vontade do indivíduo. Também utilizaram a autonomia para analisar a escolha, a tomada de decisões na área da saúde. Ou seja, analisam as decisões das pessoas enquanto pacientes, estabelecendo alguns critérios para definir se a escolha era autônoma ou estava influenciada, a exemplo de ação intencional; entendimento e ausência de influências.

Como a questão do entendimento e da influência são muito subjetivas, para não fragilizar a tese, e compreendendo que existem diferentes graus de compreensão (crianças, idosos, jovens, adultos, pessoas com deficiência e capacidade limitadas), os autores exigem que apenas exista um grau substancial para caracterizar o requisito do entendimento, não pleno nem complexo (JONAS, 2002, p. 65).

Um dos pontos interessantes e relevantes, é o de que a relação médico-paciente, passa a ser além de patrimonial, sendo regida pelo respeito ao paciente bem como o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na visão de Garret, Baille e Garret (2002, p. 33), o médico deve, no mínimo informar seu paciente sobre o tratamento, abordando 8 pontos considerados por eles como cruciais a compreensão do paciente a respeito do tratamento, quais sejam: diagnóstico; natureza do tratamento sugerido; consequências e possíveis riscos do tratamento, probabilidade de sucesso ou risco, não precisando abordar situações improváveis ou remotas; benefícios a serem alcançados com o tratamento e em qual proporção; se há tratamentos alternativos, seus efeitos e eficácia; prognósticos em caso de falta de tratamento; custos que o paciente terá, possíveis dores, incômodos, sofrimento e o tempo estimado de duração e os impactos em todas as áreas possíveis, incluindo financeira, emocional, qualidade de vida e a recuperação do paciente.

Depois de esclarecidos todos os itens acima, e o paciente compreender os benefícios ou malefícios, e decidir pelo tratamento, se pode falar que o paciente tem conhecimento do tratamento a ser realizado, não violando o entendimento, essencial à garantia da autonomia (BIZATTO, 2003, p. 105).

3.2 LIMITAÇÕES A AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia não é ilimitada ou absoluta, assim como nenhum outro princípio do ordenamento jurídico o é. A limitação é imposta, primeiramente, pela supremacia da ordem pública, a qual estipula que acordos, contratos, que são contrários aos bons costumes e ao interesse coletivo não devem prosperar, a constitucionalização dos direitos civis e a dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2011, p. 42).

A ordem pública, na visão de Cantali (2009, p. 229-230), é um conjunto de princípios e normas que regulamentam a vida em sociedade. Como está em consonância com os princípios constitucionais, deve limitar

direitos particulares, principalmente em casos de conflitos com preceitos e direitos fundamentais. Ainda, a autora esclarece que não há necessidade em definir a ordem pública e torná-la um conceito estanque, tendo em vista as possíveis implicações e modificações que ocorrem com o passar do tempo e as concepções atuais. Ademais, a compreensão de que manter a ordem jurídica está intrinsecamente atrelado ao respeito de garantias e direitos fundamentais é suficiente para sua apreciação em casos concretos, lembrando que todos passam pelo crivo da dignidade da pessoa humana. Em suma, a violação a ordem pública implica violação de garantias constitucionais.

A constitucionalização dos direitos civis prima pela superioridade da Constituição Federal, devendo todas as normas inferiores hierarquicamente, estar em consonância com seu texto e seus preceitos. A Constituição em questão é considerada cidadã, inclusive regulando vários direitos relativos às pessoas, sua liberdade, expressão, comunicação, profissão e demais direitos, entendidos como integrantes da liberdade e dignidade da pessoa humana (LÔBO, 2003). A partir disto, a interpretação do Código Civil precisou ser adequada por duas razões: por ser norma infraconstitucional e precisar estar em consonância com a Constituição, e pelo fato de que o Código Civil era patrimonialista, necessitando reajustá-lo para colocar o ser humano como centro do direito civil, não como patrimônio. Apesar das modificações, algumas alterações ainda precisariam ser feitas para alinhar as duas normativas (BRASIL, 2002).

Barroso (2010) afirma que a constitucionalização dos direitos civis implica na irradiação de valores concernentes a regras e princípios pelo ordenamento vigente, o que é determinante para a aplicação da Constituição as mais diversas situações, implicando em uma interpretação unificada.

Fica evidente a existência de uma busca pela despatrimonialização do direito civil em função da alteração da preocupação central da Constituição Federal, que passou a ser o indivíduo, não apenas de forma simplória, mas com ligação atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, buscando

efetivar alguns conceitos e valoração de direitos e garantias fundamentais. Esse movimento é considerado adequado ao momento histórico vivenciado, por isso, se houver conflito com a autonomia privada, deve-se buscar a análise constitucional, e com ela interpretar o disposto no Código Civil, como forma de resolução do problema em questão (FACCHINNI NETO, 2010, p. 55-56).

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o grande limite à autonomia privada. Diversos autores o consideram o limite dos limites, visto que, quando se fala em limitação, remete-se a dignidade da pessoa humana, como um princípio basilar, que permeia toda a discussão e está presente em todas ou praticamente todas as questões que envolvem autonomia privada. A dignidade surge como último ato restritivo, de maneira a coibir possíveis abusos que seriam cometidos pelo próprio indivíduo. Não há como dispor da dignidade da pessoa humana, sendo ela o núcleo de todos os direitos fundamentais e princípio supremo da ordem jurídica. Segundo Sarlet (2000, p. 119), a dignidade da pessoa humana é em sua essência uma proteção da pessoa contra ela mesma, autorizando e obrigando o ente estatal a intervir em favor dos atos pessoais que atentarem contra a dignidade.

A intervenção estatal implica renúncia ou limitação, que dever ser justificada, com a preservação da dignidade, por isso, deve ser ponderada e utilizada com análise da proporcionalidade e equidade, especialmente por não se tratar de princípio com critérios objetivos e facilmente identificáveis. E também, por estar interferindo na seara de direitos individuais e próprios do exercício da autonomia privada. Por ser uma intervenção direta na vida do indivíduo, suas crenças e valores, como forma de protegê-lo de violações que poderia estar cometendo contra si próprio, deve ser analisada com todo cuidado necessário, atendo-se as particularidades do caso concreto e das soluções menos danosas ao ser humano e a sociedade em geral.

3.3 SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos entre princípios e direitos fundamentais são casos considerados difíceis ou colocam em dúvida a aplicabilidade dos direitos, o que deve ser analisado cautelosamente para a própria segurança jurídica:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis ou duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idênticas hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. (STEINMETZ, 2001, p. 69).

Na visão de Cantali (2009, p. 240-242), nas situações referentes a disposição do corpo e conflito de direitos fundamentais, exige-se a atuação hermenêutica de quem estará interpretando e analisando o caso concreto, buscando sempre uma decisão ponderada, analisando as circunstâncias do caso concreto.

Pereira (2006, p. 261 e 267), entende que ponderar não é sinônimo de interpretar, considerando uma técnica de decisão relacionada ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, sendo analisados ônus e vantagens de cada bem jurídico objetos do conflito. Para a autora o princípio da proporcionalidade é a chave da ponderação.

A proporcionalidade na solução de conflitos deve ser um parâmetro técnico, pelo qual se verificam restrições levadas a efeito, se são adequadas aos direitos colidentes. Ainda, utiliza-se de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação se entende que as medidas a serem utilizadas são apropriadas ao alcance da finalidade prevista no objetivo a ser cumprido. Segundo Cristóvam (2010) sempre que houver dúvida referente a adequação, deve ser respondido o questionamento: o meio escolhido foi o adequado e

pertinente para atingir o resultado almejado? Se a resposta for positiva, houve adequação dos meios ao resultado, mas se for negativa, não foram adequadas.

A necessidade exige uma análise sobre a medida/decisão tomada dentre as aptas a consecução do resultado final, é a que menos prejuízo causa as pessoas envolvidas e a sociedade em geral. Não poderia a medida ser excessiva nem insuficiente, mas estritamente necessária (CRISTÓVAM, 2010).

A proporcionalidade em sentido estrito está ligada a ponderação ou concordância prática (STEINMETZ, 2001, p. 152-153).

A resolução de conflitos que envolvam princípios e direitos fundamentais sempre levará em conta a dignidade da pessoa humana, “porque não há como olvidar a primazia que a dignidade goza na prática, sem que isso implique na hierarquização das normas e princípios constitucionais.” (CANTALI, 2009, p. 249). Desse modo é inegável que a preservação será do melhor interesse da pessoa humana, da sua dignidade.

4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Diante de toda a análise jurídica da problemática, se entende que há uma legitimação genuína em tratamentos convencionais, mas em alternativos, não há como verificar, juridicamente se o indivíduo está agindo de forma autônoma. Essa é uma questão que prejudica o entendimento de que o paciente age ou não com autonomia.

Outro ponto a ser frisado é o de que a autonomia sempre estará sujeita a limitação da dignidade da pessoa humana, vedando a sujeição de pacientes a tratamentos que possam ser considerados desumanos ou degradantes.

O Estado já faz uma intervenção efetiva em nome da coletividade e da dignidade da pessoa humana, em três dos cinco tratamentos abordados: fitoterapia, auto-hemoterapia e fosfoetanolamina. Na fitoterapia, o Estado regulamentou a industrialização e comercialização de plantas medicinais que

são tratadas em laboratórios. Quanto a auto-hemoterapia e a fosfoetanolamina, proibiu seu uso e comercialização, impondo sanções a quem o queira fazer, em nome do bem da coletividade. Referente a iridologia, percebe-se uma tentativa de regularização, diferente da cirurgia espírita, que não é bem aceita pela classe médica.

Em síntese, autonomia, dignidade são conceitos abrangentes que acompanham a evolução social, podendo vir a ser modificados com o decorrer do tempo. Atualmente, entende-se que a dignidade limita a autonomia na escolha de tratamentos e procedimentos, e que a autonomia só pode ser verificada em tratamentos convencionais.

Muitos pacientes fazem uso de tratamentos alternativos, alguns de forma contínua, outros não. De todo modo, como a medicina é una, os tratamentos podem vir a coexistir, como complemento um do outro, desde que não proibidos e com o consentimento do médico e da pessoa que conduzirá o tratamento alternativo. O interesse principal dos dois tipos de tratamentos é o bem-estar do paciente, minimizando seu sofrimento e proporcionando um tratamento digno, respeitando o paciente e buscando auxiliá-lo da melhor maneira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho é fruto da pesquisa sobre a autonomia privada do paciente em tratamentos terapêuticos. Para isso, buscou-se analisar cinco tratamentos terapêuticos conhecidos e que têm destaque midiático, análise do princípio da autonomia da vontade, autonomia privada e as contribuições da bioética ao princípio, e por fim, as limitações do princípio e formas de resolução de conflitos de princípios constitucionais, sendo a solução da problemática.

Os tratamentos abordados foram cinco: fitoterapia (industrialização de plantas medicinais e comercialização); auto-hemoterapia (retirada de sangue de veias e posterior injeção em músculo); cirurgia espírita (cirurgia

realizada por médiuns, com ou sem cortes); iridologia (diagnóstico pela análise da íris) e fosfoetanolamina (substância manipulada por professores e acadêmicos da USP, acreditando ser a cura do câncer).

O princípio da autonomia da vontade não é um conceito estanque, modificando-se de acordo com o período histórico vivenciado. Em sua essência significa a capacidade de se autogovernar.

A crescente influência estatal começou a impactar na definição e conceituação de autonomia, surgindo, como resposta social à intervenção, a autonomia privada, sendo uma autorregulamentação de interesses próprios, trazendo a concepção de independência na resolução de questões morais, determinando a forma, conteúdo e efeitos, resultados.

A autonomia privada e a bioética têm desenvolvimentos paralelos, mas próximos. Quando houve a divulgação das atrocidades cometidas contra seres humanos nos campos de concentração nazistas, surge uma preocupação com a pessoa humana, enquanto ser autônomo e digno. O Relatório de Belmont, elaborado pelo governo e congresso norte-americanos, marco da bioética, estabelece princípios éticos essenciais que deveriam nortear a experimentação em seres humanos, especialmente a autonomia, usando sua forma mais pura, do governo pessoal do 'eu', sem interferências, coerção e demais influências externas a vontade do indivíduo. Também utilizam a autonomia para analisar a escolha, a tomada de decisões na área da saúde.

A autonomia privada, assim como todos os outros princípios, não é absoluto e possui limitações. São assim elencadas: ordem pública, constitucionalização dos direitos civis e a dignidade da pessoa humana. Todos são limites subjetivos e complexos, precisando de definição criteriosa para que não sejam invalidados.

A ordem pública é um conjunto de princípios e normas que regulamentam a vida em sociedade. É um conceito que se adapta ao momento histórico vivenciado, sempre atrelado aos princípios constitucionais. A partir da análise da Constituição (principalmente da dignidade da pessoa

humana) e dos valores nela impressos, se extrai que a violação das garantias constitucionais seria entendida como violação à ordem pública.

A constitucionalização dos direitos civis é fruto de um movimento que busca inserir valores constitucionais às legislações infraconstitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana. Portanto, a interpretação de textos e legislações, deverá estar de acordo com os valores inseridos na Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o elemento que fundamenta toda a ordem jurídica, considerado o limite dos limites. É uma garantia de respeito ao ser humano quanto a tratamentos desumanos e degradantes, e um meio de evitar a coisificação do indivíduo. Além da proteção contra terceiros, o princípio é também uma proteção da pessoa contra ela mesma, evitando que se submeta a tratamentos, experimentos ou procedimentos que possam ocasionar problemas, constrangimentos e demais malefícios.

Todas essas limitações ocasionam um conflito de princípios constitucionais. Para resolver a questão do conflito, a interpretação mais adequada é a ponderação baseada no princípio da proporcionalidade, analisando os elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

As principais limitações para uma conclusão da análise, pautam-se nos princípios, que constantemente se modificam e ajustam de acordo com a concepção social e estatal. Acrescidas ao fato de se tratarem de problemáticas reais, que precisam ser analisadas de forma complexa e cuidadosa, com uma pesquisa de campo, o que facilitaria sua compreensão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alexander Moreira, GOLLNER, Adam. Cirurgia espiritual: uma investigação. *Revista Associação Médica Brasileira*, Brasília, DF, v. 46, n. 3, p. 194-200.

ANVISA. *Nota Técnica nº. 01/2007*. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+01+de+2007/0dd4d549-bf19-4988-9946-133b5825d10c>>. Acesso em: 02 maio 2017.

ANVISA. *Portaria 06/1995*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/1995/port_06.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017.

ANVISA. *Portaria 22/1967*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/1967/port_22.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 14/2010*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC-14_2010_COMP.pdf/a919c09b-0717-451d-849b-067153c02930?version=1.0>. Acesso em: 21 set. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 17/2000*. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucao_sanitaria/17.pdf>. Acesso em: 09 set. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 26/2014*. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2014/rdc0026_13_05_2014.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 48/2008*. Disponível em: <<http://www.bdlaw.com/assets/htmldocuments/ANVISA%20Resolution%20RDC%2048%20of%202008.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 67/2007*. Disponível em: <<http://189.28.128.100/dab/docs/legislacao/resolucao67-08-10-07.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

ANVISA. *Resolução da Diretoria Colegiada 87/2008*. Disponível em: <https://www.farmacia.ufg.br/up/130/o/RDC_87-de-2008.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

BATELLO, Celso F. *Iridologia e irisdíagnose: o que os olhos podem revelar*. 3. ed. São Paulo: Ground, 2009.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BERTI, Natália. Da autonomia da Vontade à Autonomia Privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista dos Tribunais*, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e responsabilidade médica*. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.269/2016. Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Brasília, DF, 2016. Eficácia suspensa pela ADI 5501. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 abr. 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2160/2015*. Altera a redação e acrescenta o inciso I ao Art. 19-I, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluindo as terapias nas políticas públicas de saúde. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1548819>>. Acesso em: 12 set. 2017.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer nº 12, de 26 de outubro de 2007. Este parecer se refere ao procedimento denominado de auto-hemoterapia, acerca do qual a literatura disponível é criticamente analisada. Seguem-se conclusões pertinentes a essa análise. *Parecer 12/07*. Brasília, DF, 26 out. 2007. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2007/12_2007.htm>. Acesso em: 26 ago. 2016.

CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 04 set. 2017.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 56-57.

FRANÇA, Beatriz. A (des)construção do direito privado em face da despatriomonalização do sujeito de direito civil constitucional - aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). *Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006. v. 2. p. 81-102.

GARRETT, Thomas M.; BAILLIE, Harold W.; GARRETT, Rosellen M. *Health care ethics: principles and problems*. Englewood Cliffs NJ: Prentice Hall; 1989.

GONSALVES, Paulo Eiró; LEITE, Evaldo Martins; SMITH, Henrique; BONTEMPO, Márcio. *Medicinas alternativas: os tratamentos não-convencionais*. 3. ed. São Paulo: IBRASA, 1996.

GRUPO DE TRABALHO. *Instituído para analisar questões pertinentes a fosfoetanolamina*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1274125/22-12-2015+-+Relat%C3%B3rio+de+Atividades+do+Grupo+de+Trabalho+sobre+a+Fosfoetanolamina/d73d9f0f-16e-8-4983-bce9-b5e57dfa2164>>. Acesso em: 02 maio 2017.

HENCKE, Paulo Solano. *Uma visão poliédrica do fígado*. Disponível em: <<https://www.inbri.com.br/blog/uma-visao-poliédrica-do-fígado>>. Acesso em: 10 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE IRIDOLOGIA. Disponível em: <<http://www.inbri.com.br/>>. Acesso em: 07 set. 2017.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC Rio, 2002.

LAZARETTI, Bruno. Como é uma cirurgia espiritual? *Mundo Estranho*, 04 jan. 2018. Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/religiao/como-e-uma-cirurgia-espiritual/>>. Publicado em: 19 ago. 2016. Acesso em: 10 out. 2016.

LEITE, Denise Ferreira; BARBOSA, Patrícia Fernanda; GARRAFA, Volnei. Auto-hemoterapia, intervenção do Estado e Bioética. *Revista Associação Médica Brasileira*, Brasília, DF, v. 54, n. 2, mar./abr. 2008.

MÖLLER, Leticia Ludwig; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2007.

O QUE é reiki. *Associação Brasileira de Reiki*. Disponível em: <<http://www.associacaoportuguesadereiki.com/o-que-e-reiki/>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

OUTHOUSE, Edgar Laurence. Amino-ethyl phosphoric ester from tumours. *Biochemical Journal*, v. 30, p. 197-201, 1936.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMATIS, Espírito. *Chama Crística*. Psicografado por Norberto Peixoto. 3. ed. Limeira: Do Conhecimento, 2004.

SALLES, Léia Fortes; SILVA, Maria Júlia Paes da. Iridologia: revisão sistemática. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 42, n. 3, p. 596-600, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHRAMM, Fermin Roland. A autonomia difícil. *Revista Bioética*, v. 6, n. 1, p. 27-37, 1998.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei 174/2017*. Regulamenta o exercício da profissão de terapeuta naturalista. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129523>>. Acesso em: 10 set. 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Jucieli Aparecida Varela¹

Resumo: A presente pesquisa adota por tema o Benefício da Prestação Continuada para as pessoas idosas e deficientes, e por recorte a assistência aos desamparados conforme artigo 6º da Constituição Federal. O problema de pesquisa busca responder à seguinte pergunta: para fins de concessão de amparo assistencial, os critérios para verificação da hipossuficiência familiar, fixados na Lei n. 8.742/93, excluem da renda *per capita* o valor do benefício assistencial ou previdenciário recebido por outro membro do grupo familiar, conforme preceitua o artigo 34, da Lei n. 10.741/03? Para responder ao problema de pesquisa, delimita-se como objetivo geral o estudo da alteração da legislação do Estatuto do Idoso, bem como a necessidade de um conceito assistencial social junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social para evitar as demandas judiciais. E, como objetivos específicos: Compreender o BPC, identificar o que é idoso e deficiente, os requisitos necessários para a concessão do benefício, a dignidade da pessoa humana e o direito a ter igualdade de tratamento. No intuito de responder ao problema, adota-se o método de pesquisa explicativo e exploratório.

Palavras-chave: Direito fundamental à assistência social; dignidade humana; benefício de prestação continuada.

1 INTRODUÇÃO

A ineficácia das políticas públicas de amparo assistencial pode conduzir a um quadro de precariedade capaz de afetar a dignidade das pessoas. Não que a legislação vigente projete seus efeitos sobre todas as pessoas carentes, mas aqueles indivíduos que não têm condições de prover o

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

seu próprio sustento ou tê-lo provido por algum membro do grupo familiar, portanto, encontram-se condenados a aceitar passivamente o oferecimento de qualquer amparo, estando, assim, esquecidos como seres humanos.

É indiscutível que o processo histórico de globalização, intensificado nos últimos anos, vem causando danos econômicos, sociais e ambientais. Neste sentido, a assistência aos desamparados é um tema que se encontra em constante discussão, visto que se busca assegurar aos menos favorecidos o mínimo básico capaz de oferecer dignidade a todos.

A mera concessão do amparo assistencial está longe de resultar na redução definitiva de pessoas miseráveis, de baixa renda. Proporcionar o acesso ao benefício é apenas o primeiro passo que deve ser seguido para se alcançar o respeito à dignidade humana.

Tal situação é conhecida na esfera administrativa pela omissão dos órgãos públicos na concessão dos benefícios pleiteados pelos cidadãos. O BPC está em vigência desde 1º de janeiro de 1996, sendo um benefício pessoal, não vitalício e intransferível, que se configura pela concessão mensal no valor de um salário mínimo aos beneficiários. Este benefício é concedido aos indivíduos por meio do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e gerido pelo INSS.

Sob o fundamento normativo, o tema da assistência aos desamparados é pauta constante de declarações, constituições nacionais e, por lógico, de inúmeras leis, o que se permite compreender sua real importância para a vida de todos os seres humanos, sendo exigível por intermédio de ações judiciais a sua concessão em face dos poderes estatais competentes.

Busca-se, portanto, responder ao seguinte problema de pesquisa: para fins de concessão de amparo assistencial os critérios para verificação da hipossuficiência familiar, fixados na Lei n. 8.742/93, excluem da renda *per capita* o valor do benefício assistencial ou previdenciário recebido por outro membro do grupo familiar, conforme preceitua o artigo 34 da Lei n. 10.741/03?

Neste sentido, faz-se necessário ilustrar a seguinte situação hipotética: de um lado um casal composto por dois idosos, do outro um casal

portador de deficiência e um idoso, ambos necessitados. Nesse contexto, o casal de idosos teria direito ao benefício assistencial de prestação continuada desde que o outro não receba nenhum benefício previdenciário, pois a aposentadoria previdenciária entraria no cálculo da renda familiar. Ainda, na situação em que um é portador de deficiência o deficiente não pode ser beneficiário caso seu companheiro já receba o benefício assistencial.

Em síntese, a pesquisa se concentra no estudo do BPC ao idoso e deficiente como direito essencial para a qualidade de vida digna, tendo em vista a possibilidade de configuração de dano irreparável a aqueles que não dispõem de condições fáticas e financeiras para suprir as suas necessidades e as de sua família. Para tanto, adota-se procedimento metodológico de pesquisa bibliográfica e com a aplicação do método explicativo e exploratório na busca da concretização de um tema que nada mais são que medidas já previstas em nosso ordenamento jurídico que necessitam de mudanças para melhorar atender à população.

2 SÍNTESE TEÓRICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais são uma conquista histórica, e no atual Estado Democrático de Direito a existência dos direitos sociais, como a alimentação, o trabalho, a previdência social, bem como a assistência aos desamparados, entre outros, servem para garantir às classes subalternas o mínimo de direitos para a redução da exclusão social ao propiciar meios e oportunidades para aqueles que não têm.

A falta de recursos financeiros na atual crise econômica que o Brasil enfrenta é um dos problemas enfrentados pelos indivíduos na busca pela concretização dos direitos fundamentais. Em que pese alguns posicionamentos, como da autora Pachú (2015, p. 15), a procura pelo Poder Judiciário para garantir os direitos sociais carece de efetivação e necessita de

observação acerca do processo de gestão das Políticas Públicas, na qual não há mais dúvida do caráter fundamental que necessitam.

Pode-se dizer que, no Brasil, desde a Constituição de 1988, tem-se um extenso registro de Direitos Fundamentais. Dentre estes, destaque-se para os consagrados no art. 6º (direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados), associados à dignidade da pessoa humana (LEAL, 2015, p. 99).

Este extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais, assegurados na Constituição Federal de 1988, visa garantir melhores condições de vida aos hipossuficientes, sobretudo, aos que estão em situação de vulnerabilidade, buscando a justiça social, igualdade por intermédio do Estado e das medidas de proteção social.

Conforme Pezzi (2008, p. 44), é incumbência do Estado o cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, promovendo o aumento do bem-estar de todos, especialmente, dos mais desfavorecidos. Presume-se que, futuramente, um maior número de pessoas possa usufruir dos seus direitos de forma igualitária pelo Estado.

Ainda sobre o assunto, Sales e Pachú (2015, p. 30) informam que os direitos sociais devem ser garantidos a todos, sem discriminação. Para tanto, é fundamental a legitimação de medidas efetivas, planejadas e definidas pelo Poder Público para o cumprimento dos direitos. Nesse sentido, as Políticas Públicas são mecanismos de garantia dos direitos sociais, pois proporcionam elo entre o indivíduo e o Estado.

Consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos sociais formam o ordenamento jurídico dos quais vive a maior parte da população, todavia, no que diz respeito à prática social e política, poucos são os Estados que protegem os direitos sociais (SARLET, 2003, p. 111).

Diante disso, a ausência de uma administração competente para a efetivação dos direitos sociais faz com que o sistema apresente um déficit

na concretização dos direitos sociais básicos, como a saúde, a moradia, a educação e, principalmente, a assistência aos desamparados, dessa forma, faz-se necessária a implementação de políticas públicas capazes de garantir o mínimo para uma vida digna ao cidadão.

Ademais, o direito à assistência aos desamparados se encontra previsto na Lei n. 8.742/1993, de LOAS, com fulcro no artigo 1^o que classificou a assistência social como parte do conjunto de políticas não contributivas do Sistema de Seguridade Social Brasileira.

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 203 e 204, estabeleceu que a assistência social deve ser oferecida a quem dela precisar, independentemente de contribuição à seguridade social, bem como as ações governamentais serão elaboradas a partir dos recursos existentes do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195 da mesma Constituição.

O benefício assistencial é para aqueles que se encontram desprovidos de promover sua própria subsistência, geralmente, destinado a pessoas deficientes ou idosas, refletindo o caráter de necessidade para se garantir dignidade humana. E, perante isso, não basta a existência de garantias constitucionais consagradas na lei para se ter eficácia jurídica, eis que é imprescindível a exigibilidade por parte dos cidadãos para se consagrar um direito tão importante e, assim, determinar a redução das desigualdades sociais e regionais em busca de uma humanização e tratamento igualitário.

No decorrer da história, a necessidade de proteção para garantir o mínimo para uma vida digna nos setores vulneráveis da população surgiu, muitas vezes, pelo medo de convulsões sociais relacionadas ao estado dos fatos, das situações e das coisas, independentemente do momento que pudessem abalar o “estado atual” (SARMENTO, 2016, p. 195).

² Art. 1^o A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Numa conceituação simplória, Lazari (2016, p. 98) entende que o mínimo existencial é construído por meio de condições elementares ao homem, como forma de se garantir e assegurar a dignidade humana sem que os limites pessoais sejam desrespeitados.

De acordo com o momento que vivemos é notório que os direitos sociais se encontram em grandes discussões, deixando claro que a teoria do mínimo existencial existe para assegurar as condições mínimas aos cidadãos, abrangendo as prestações materiais necessárias e extremamente essenciais para a dignidade humana.

Independentemente do seu reconhecimento, Sarmiento (2016, p. 194) elucida que o mínimo existencial não é de fato garantido à significativa parcela da população, que não dispõe dos bens e direitos fundamentais assegurados na Constituição para uma vida digna.

Não obstante, na mesma linha a autora Franceschina (2014, p. 106) faz menção acerca da decisão do Tribunal Constitucional Federal, da qual é possível extrair que sem dúvida a assistência aos necessitados engloba as obrigações essenciais de um Estado Social, ou seja, inclui a assistência social aos cidadãos, que em razão de sua duvidosa condição física e mental, estão limitados a realizar suas atividades sociais e, assim, não conseguem prover a sua própria subsistência, devendo lhes ser assegurado, pelo menos, as condições mínimas para uma existência digna, fomentando a criação de instituições assistenciais.

Cabe mencionar que o poder Público é o órgão que deve assegurar o respeito aos direitos previstos no ordenamento jurídico aos indivíduos e se caso isso não ocorrer, todo ser humano ou instituição legitimada pode adentrar em Juízo para manter a ordem jurídica.

Conforme Silva et al. (2015, p. 47-48), o Brasil como país subdesenvolvido está distante de obter a igualdade na qualidade de vida da população. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do país, conforme dados do censo 2010, é de 0,699, ocupando o 73º mundial. Diante disso, o

Estado, mediante políticas assistencialistas, tenta igualar as pessoas carentes em condições limites de miséria, por meio de auxílios na renda.

É certo que o princípio da dignidade da pessoa humana ligada ao mínimo existencial se constitui em objetivo de exterminar a pobreza e a marginalização reduzindo as desigualdades sociais por intermédio da existência de um sistema tributário que garanta a sobrevivência dos mais desfavorecidos com parcelas mínimas que cada um necessita para sobreviver.

De acordo com Quintas, Amaral e Pereira (2015, p. 107), o fruto do completo descaso ao próximo, advém “[...] de uma deficiência muito mais profunda na sociedade, a deturpação da dignidade humana.”

Em outras palavras, a defesa de um mínimo existencial para a efetivação dos direitos fundamentais deve vir acompanhada de comprometimento por parte do Estado na ideia de justiça social.

Neste sentido, Volpe (2012, p. 121) traz que o Judiciário tem sido obrigado a se manifestar e o STF questiona-se sobre a relação da reserva do possível e do mínimo existencial perante a garantia a efetividade destes direitos, pressionando o Poder Executivo para criar as políticas públicas que assegurem esta efetividade, bem como garantam estes direitos para que o indivíduo tenha uma vida digna e mais igualitária.

Diante disso, os autores citados esclarecem que no Brasil se busca a justiça de tratamento igualitário conforme os pilares da Constituição Federal, devendo ser promovida por políticas públicas de responsabilidade dos governos federal, estadual e municipal. É por meio do mínimo existencial que se busca equiparar os cidadãos, e, dessa forma, chegar-se ao principal objetivo da justiça, o acesso aos direitos e à igualdade de todos.

Segundo Canotilho (2010, p. 21-22), mesmo que o Estado não seja mais, um simples objeto útil de relações subjetivas interpessoais, ele continua a realizar a tarefa de inserção social no contexto da carência dos meios financeiros. Na verdade, as posições mais assíduas contra o Estado dizem respeito a preceitos, como a redução das despesas públicas, que

obrigam o Estado a cortes orçamentais e drásticos, deixando os indivíduos desamparados.

A respeito do tema compreende-se que os recursos estatais se encontram limitados aos custos relativos à realização dos direitos previstos na Constituição, observando-se o relacionamento da reserva do possível com os indivíduos perante o Estado.

No entanto, verifica-se que dependendo o caso existe a necessidade de maior ou menor quantidade de recurso para atender todas as demandas, e esta decisão de efetivar um direito qualquer previsto na Constituição pode, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas, deverá estar seguro da sua decisão para não causar nenhum mal maior e levar em conta as consequências que poderá ocorrer (MARMELSTEIN, 2011, p. 353).

Ora, por outro lado, temos o princípio da igualdade que é primordial no crescimento da justiça, necessitando de políticas públicas mais eficazes, bem como de instrumentos jurídicos para a sua efetivação, além de ser um fundamento às teorias para a garantia e gestão do direito.

Com isso, esclarece-se que a reserva do possível utilizada como fundamento para a escassez de recursos estatais é apenas mais um argumento utilizado para não cumprir com o seu dever legal assegurado na própria Constituição de provedor aos necessitados da sociedade, os direitos que por ora foram enaltecidos.

Diante disso, verifica-se a necessidade de as políticas públicas serem instrumentos de união capazes de assegurar a todos os indivíduos os direitos sociais, como a previdência e o amparo assistencial, de forma coerente e adequada independente de raça, religião ou nível social.

Dessa forma, o Poder Executivo deve assegurar a todos os indivíduos o mínimo existencial, bem como administrar os gastos dos recursos públicos que normalmente são realizados de forma exorbitante,

conforme preceitua o art. 165 da Constituição Federal³, de acordo com a racionalização dos recursos existentes.

Contudo, é necessário considerar que o fato de a sociedade ser pluralista, que aceita, reconhece e tolera a existência de diferentes posições, opiniões ou pensamentos, com diversos interesses, valores, bem como inúmeras necessidades, a escassez de recursos deve ser analisada pelo critério da necessidade e proporcionalidade, tendo em vista o momento que o Estado se encontra e a participação de vários grupos sociais na vida democrática.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL EXIGÍVEL

A publicação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) ocorreu em 7 de dezembro de 1993, para dar efetividade a um conjunto de medidas previstas nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal Brasileira de 1988, e nasceu com a finalidade de garantir um mínimo existencial aos necessitados.

Santos (2013, p. 123) esclarece que a assistência social possui inúmeros objetos, dentre eles se destaca o amparo da classe mais carente, como as crianças, adolescentes, idosos ou deficientes que necessitam ser reintegradas ao convívio social, e que possuem o direito ao BPC que é a garantia de um salário mínimo mensal a pessoa que comprar não possuir meios de prover a sua própria vida ou tê-la provida por algum membro do grupo familiar.

Apesar de a assistência social existir há mais de 25 anos, o assunto ainda apresenta inúmeras polêmicas e debates, para uns a compreensão seria de que só teria direito quem se encontrasse em estado de necessidade, para outros, seria necessária a configuração da condição de pobreza absoluta.

³ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I - o plano plurianual;
II - as diretrizes orçamentárias;
III - os orçamentos anuais.

Classifica-se, desse modo, como pobre a pessoa com remuneração inferior ao percentual da renda média, determinada pela desigualdade existente na sociedade, conforme a Lei Orgânica de Assistência Social n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, em seu artigo 20, parágrafo 3º que traz: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa à família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.”

Ainda conforme Oliveira (2003, p. 105), a LOAS, ao instaurar a descentralização político-administrativa, em seu artigo 5º, para os estados, o Distrito Federal e os municípios, como estratégia de gestão da Assistência Social, demonstra a necessidade de reorganização das funções dos governos no entendimento de criar a ideia de pluralismo institucional, que remete ao Estado o dever essencial no enfrentamento da pobreza.

Rocha (2003, p. 54) ressalta que as novas ações assistenciais diante da nova realidade do cidadão necessitam ser regidas por alguns princípios, os quais, atualmente, encontram-se amparados no artigo 4º da lei de LOAS, supremacia do atendimento às necessidades sociais, universalização dos direitos sociais, respeito à dignidade do cidadão e à sua autonomia, igualdade de direitos no acesso ao atendimento, divulgação ampla dos benefícios, serviços e programas.

A lei trata, em especial, dos benefícios, fazendo-se necessário analisar o Benefício da Prestação Continuada, especialmente, no que se refere ao critério de necessidade para a sua concessão. Verifica-se que o benefício é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência (física, mental, intelectual, ou sensorial) e ao idoso com 65 anos ou mais (SANTOS, 2013, p. 140).

Santos (2013, p. 142-143) explana que o serviço da assistência social não é pecuniário e se relacionam a atividades de melhoria de vida da população, cujas ações são voltadas para as necessidades básicas da população, em meio

à criação de programas de amparo a crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco ou que residem nas ruas.

A assistência passa a compor a seguridade social que possui um dos três programas sociais de maior relevância, a previdência social, a assistência social e a saúde, conforme preceitua o artigo 194 da Constituição Federal. Além do mais, possuem o intuito de reduzir e prevenir situações de risco e vulnerabilidade social, das quais qualquer cidadão pode ser acometido, afastando seu caráter acessório, de política complementar.

Ainda para a autora (SILVA, 2014, p. 53), os dados apresentados pelo estudo realizado no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2012, do ano de 2004 a 2009 os dados apontam que houve uma diminuição no índice de pobreza de 8% para 5%, porém, mesmo com esta diminuição de 3%, nos últimos seis anos o país apresenta um número elevado de pessoas vivendo em estado de miséria.

A dignidade da pessoa humana é uma característica inerente de todo e qualquer indivíduo e o constituinte, ao consagrá-la na Constituição de 1988, priorizou como direito básico e essencial de forma expressa e como fundamento de um Estado Democrático de Direito o direito à dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo dever do Estado amparar, cuidar e proteger todos os indivíduos.

Ademais, uma leitura atenta à doutrina constitucionalista, como a de Sarmiento (2016, p. 25), evidencia que independentemente do fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana ou se ele é resultado das lutas políticas e sociais, não há dúvida de que o princípio, tal como idealizado hoje, não nasceu pronto e acabado.

Os direitos fundamentais, após se consolidarem a partir do princípio da dignidade humana, encontram-se previstos no ordenamento constitucional. Cabe salientar, ainda, que a vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais compõe uma das evidências constitucionais contemporâneas, na qual a dignidade no direito

positivo brasileiro ainda não foi expressamente reconhecida, porém se encontra protegida na Constituição Federal na parte dos direitos fundamentais.

Desde logo vale registrar que o princípio da dignidade humana se associa com a qualidade de vida do ser humano, bem como aos valores morais e espirituais, o bem-estar físico, mental, psicológico e emocional do indivíduo. Dessa forma, compreendem-se as desigualdades existentes, quando existem pessoas vivendo em situação de miséria, carentes de recursos para gerir a sua própria subsistência, passando fome, sem terem onde morar.

É justamente neste sentido que se atribui à dignidade da pessoa humana particular importância, haja vista que é imposto ao Estado que efetive as ações tanto no sentido de preservar quanto no sentido de objetivar a promoção da dignidade, que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado (SARLET, 1998, p. 105-106).

Revela, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana deve garantir o mínimo dos direitos sociais a todos de forma igualitária, tendo em vista que todos, sem distinção, também possuem iguais direitos e, portanto, são iguais em dignidade e devem ser reconhecidos como pessoa.

Autores jurídicos elucidam que dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, no entendimento de que as pessoas humanas não podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade e por este entendimento que se deve preservar garantir e efetivar os direitos básicos, como o benefício da prestação continuada a todos que necessitam.

Diante deste contexto, compreendem-se excelentes propostas de garantias e direitos na Constituição e nas leis, mas os poderes públicos que deveriam ser capazes de efetivar os projetos não os fazem. Além do mais, hoje mais do que antes, ao se analisar a atual situação econômica que o Brasil enfrenta, novas obscuridades surgem sobre os direitos obtidos com tamanhas dificuldades.

Da mesma maneira, os conflitos existentes entre os princípios da vida privada, imagem da pessoa humana, honra, intimidade, bem como a liberdade de expressão e intimidade, temos o princípio da dignidade, que dá

a direção e solução aos conflitos existentes nesses princípios, ou seja, no real conflito é a dignidade que auxilia para compensar as limitações e interesses postos (NUNES, 2010, p. 70).

Apesar de existir inúmeros impedimentos, conflitos e até mesmo problemas, existem inúmeros outros elementos que buscam a solução à efetivação de tais direitos fundamentais, mas que necessitam do compromisso do ser humano na luta pela garantia desses direitos que são regulamente recusados, para que a voz do povo, que nunca foi escutada antes, tenha destaque na efetivação do que é justo para todos.

Assim sendo, Dallari (2009, p. 45) afirma que são inaceitáveis as desigualdades existentes na sociedade, fazendo referência expressa à discriminação, que despreza a igualdade essencial de todos os seres humanos, impondo tratamento diferenciado e discriminatório a pessoas que tenham alguma característica que pode não ser do agrado dos discriminadores, como a deficiência, idade avançada, etc., afetando assim a dignidade, elemento essencial da pessoa.

Com o passar do tempo e os avanços nas vivências democráticas, a partir da antiguidade Greco-romana, as lutas demarcadoras de 1848 trouxeram com o tema da Igualdade e Liberdade, inúmeras tensões envolvendo os setores políticos antagônicos (PINAUD, 2009, p. 71).

Diante desse confronto de analogias, o princípio da igualdade se encontra previsto na Constituição Federal de 1988, que dispõe, em seu artigo 5º, *caput*, os seguintes termos: “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.” (BRASIL, 1988).

Para Moraes (2011, p. 87), o princípio da igualdade possui dois objetivos distintos: o primeiro diz respeito à edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, que impedem a criação de tratamentos diferenciados aos indivíduos perante o poder legislativo ou diretamente ao executivo. O

segundo diz respeito à autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem discriminação por qualquer razão ou convicção.

Por isso que, por exemplo, Nunes (2010, p. 69), quando fala do princípio da isonomia, leciona que a igualdade não pode privilegiar, beneficiar ou prejudicar qualquer cidadão em razão de sua instrução, situação econômica ou condição social. Existe uma grande relação entre a igualdade e o princípio da proporcionalidade, que serve para igualar e harmonizar os demais princípios existentes no ordenamento jurídico, sendo o principal componente fomentador da busca pelo tratamento igualitário para todos os indivíduos.

Dessa forma, para se dar tratamento igualitário aos indivíduos, bem como garantir uma vida digna a todos, o princípio da igualdade exerce um papel essencial na efetivação dos direitos básicos ao ser humano, uma vez que impede qualquer tipo de discriminação. Assim, no decorrer dos anos e com a busca pelo tratamento de todos igualmente, o ordenamento jurídico previu inúmeras garantias aos indivíduos para que não se sintam excluídos ou diferenciados.

Nesse sentido, segundo Ferreira Filho (2011, p. 44-45), o princípio da igualdade existe para assegurar a todos um tratamento igualitário, sem qualquer discriminação por motivo de idade ou deficiência, referenciando-se também ao direito de que todos os seres humanos possuem o direito de reivindicar um direito previsto no ordenamento jurídico que não esteja sendo-lhe assegurado.

Para Mello (2011, p. 10-11), a lei não deve conter princípios que beneficiem ou persigam os homens, mas mecanismos intercessores na vida social para um tratamento justo para todos. Nesse sentido, ao se efetivar a lei, o entendimento existente é que todos os indivíduos hão de receber o tratamento igualitário. Dessa forma, surge a seguinte indagação: Se no próprio ordenamento jurídico é proibido distinguir pessoas para fins de tratamento jurídico, por que em situações semelhantes o tratamento é dado de maneira desigual?

Um fato positivo que vem persistindo no mundo, inspirado nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos é a eficácia jurídica e social do artigo 2º da Declaração, que reconhece perante todo ser humano sua dignidade, buscando lhe atribuir tratamento igualitário e ético para se construir uma sociedade justa, igualitária, para que todos os indivíduos possam viver em paz (DALLARI, 2009, p. 47).

Como conclusão lógica desta seção, pode-se afirmar que a igualdade deve servir como referência para a edição de leis e procedimentos emanados do poder público, de forma que não sejam cometidas injustiças, tampouco se trate de maneira desigual indivíduos que se encontram na mesma situação.

4 O ESTATUTO DO IDOSO E DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PROBLEMA ENVOLVENDO O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA

Enquanto, nos países desenvolvidos, o envelhecimento ocorreu aliado aos avanços para melhorar a vida dos idosos, nos países em desenvolvimento o procedimento resultou na precariedade do sistema social para atender às demandas consideradas emergentes.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus princípios basilares a dignidade da pessoa humana. Tendo em vista este princípio, faz-se necessário evidenciar que todos os idosos com 60 anos ou mais, que não possuem condições de prover a sua própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, fazem jus ao benefício assistencial de prestação continuada, razão pela qual os artigos 34, do Estatuto do Idoso, e 20, da LOAS, ao estabelecerem que apenas os idosos com 65 anos ou mais fazem jus ao benefício, violam frontalmente o texto Constitucional.

Ademais, para Martinez (2005, p. 13), a Lei n. 10. 741/03, ao trazer que o Estatuto do Idoso enalteceu a liberdade individual e social das pessoas com mais idade, destacou também que a medida obrigava muitos idosos, já com dificuldades físicas e emocionais, a buscar a efetivação dos seus direitos

básicos, como a igualdade de tratamento e a dignidade da pessoa humana por meio de vias judiciais. Esse desrespeito que antigamente era cultural e afrontava os cidadãos no campo da moral, atingia a personalidade da dignidade do idoso, não podendo prosperar.

Dessa forma, tentar conceituar o que é envelhecimento ou pessoa idosa parece ser uma tarefa fácil, no entanto, por ser um tema complexo não existe um consenso pela literatura, nem pela sociedade, que costumeiramente relaciona o envelhecimento com a aposentadoria. Todavia, em virtude das modificações legais relativas às idades para a obtenção do benefício assistencial ou previdenciário, bem como a existência de parte da população, cuja trajetória de vida não lhes dota de nenhum direito de aposentadoria, não é possível estabelecer um consenso a respeito do que vem a ser o envelhecimento (BATISTA, 2008, p. 86).

Dessa forma, os cidadãos que se enquadram nos requisitos necessários para ter direito ao benefício da prestação continuada, previsto na LOAS, deverão se direcionar ao poder Executivo, que por meio do Congresso Nacional, criará projeto de lei para garantir que todos os idosos que carecem do amparo assistencial sejam atendidos, e, conseqüentemente, ocorra a diminuição das desigualdades existentes na sociedade.

Para Hathaway (2015, p. 6), o Estatuto do Idoso assegura que todos os direitos devem ser protegidos e efetivados e não violados mediante qualquer tipo de discriminação, violência, negligência ou até mesmo pela opressão, devendo ser punido caso haja alguma irregularidade, conforme preceitua a lei.

Ademais, o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, em seu parágrafo único, traz que em um mesmo grupo familiar é direito do idoso receber aposentadoria no valor de um salário mínimo e o outro o benefício assistencial.

A Constituição Federal e o Estatuto do Idoso trazem que é direito de cidadania do idoso poder escolher, manifestar suas opiniões, ter preservada sua

dignidade, sua vida, bem como gerir a sua própria existência. Neste sentido, faz-se necessário uma maior atenção na efetivação dos direitos garantidos aos idosos, para que os mesmos possam se redescobrir diante de uma cultura preconceituosa que os rejeita, desvaloriza-os e os limita, devolvendo ao idoso o reconhecimento e o valor necessário para que tenham uma vida digna e igualitária (BRASIL, 2006, p. 9).

Para ocorrer a redução das desigualdades sociais existentes em nosso país o ideal seria que nenhum cidadão necessitasse receber o benefício da prestação continuada, pois, a vista disto, estaria o país efetivando o que consta no artigo 3º inciso III, da Constituição Federal, qual seja, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais.

Portanto, deve o Poder Público, ao analisar a administração legal e o plano de atividades, alterar a legislação e o Estatuto do Idoso à luz do benefício assistencial e previdenciário, a fim de efetivar que os instrumentos existentes à sua concretização sejam cumpridos, bem como para que se sustente a eficácia da norma em estudo.

Ainda, Bortman et al. (2015, p. 44) explanam que em 06 de julho de 2015 foi aprovada a Lei n. 13.146, que tem como objetivo incluir a pessoa com deficiência em condições de igualdade e cidadania ao exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, sem discriminação, garantindo a preservação da dignidade da pessoa com deficiência, bem como a sua proteção e segurança, caso se encontre em alguma situação de risco ou calamidade pública.

Ademais, o atual sistema de perícia médica do Instituto Nacional Seguro Social (INSS), e o Sistema de Administração dos Benefícios por Incapacidade (SABI), instalado nas Agências da Previdência Social (APS), julgam na avaliação da incapacidade os critérios que são compreendidos, como autocuidado, capacidade de locomoção, de vestir-se, higienizar-se e alimentar-se e não critérios que realmente demonstrariam a incapacidade do indivíduo para realizar atividades básicas para a vida, bem como para o trabalho (BRASIL, 2007, p. 30).

Nesse sentido, pode-se analisar que os deficientes não estariam amparados com tanta frequência na norma jurídica buscando os mesmos direitos que qualquer outro cidadão, conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal, que traz que todos devem ter igualdade perante a lei sem distinção de qualquer natureza, ou seja, faz-se necessário no âmbito do Direito Previdenciário proporcionar meios que tornem os deficientes cidadãos iguais aos eficientes, mesmo com as suas diferenças físicas ou emocionais. Em algum momento de nossa história, auxiliar os deficientes com amparos assistenciais acabará por inspirar o mais nobre dos propósitos da norma jurídica, o respeito, bem como o tratamento igualitário, que é direito do deficiente (MARTINEZ, 2015, p. 13).

E foi por intermédio desta intenção que Batista (2008, p. 116-117) constatou que a Constituição Federal, em seu artigo 203, inciso V, criou, no âmbito da Assistência Social, o direito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) como uma forma de assegurar aos desiguais um tratamento digno para gerir a sua própria subsistência, e juntamente com o Decreto n. 1.744/1995 e a criação do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), buscaram proporcionar recursos e meios para financiar o benefício de prestação continuada, além de apoiar serviços, programas e projetos de assistência social. Além do mais, o Decreto n. 6.214/2007 prevê que para que o deficiente tenha acesso ao benefício se faz necessário que ele passe por uma avaliação médica e social com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), que necessita sofrer alterações no que diz respeito ao conceito médico legal, para que se tenha um parecer assistencial social que evite as demandas judiciais.

E, neste sentido, sabe-se que é o Ministério Público o órgão estatal com a notável incumbência de em nome de todos os cidadãos da sociedade proteger, fiscalizar e buscar a efetivação dos direitos existentes na Lei n. 8.742/93, de LOAS, bem como reivindicar a implantação efetiva de políticas públicas, no sentido de assegurar a todos, de forma igualitária, o exercício da cidadania plena.

Tendo em vista que o INSS não reconhece o direito alheio, o cidadão se vê encurralado ao descaso e recorre à justiça por intermédio de ações judiciais para a concessão do BPC como amparo assistencial, o que acarreta certa morosidade na sua demanda, mesmo tendo em vista que grande parte da população carente e vulnerável possui necessidades urgentes. O Estado deveria proporcionar a todos os seres humanos o reconhecimento do direito previsto e garantido a todos na Constituição Federal, como o direito à dignidade humana.

Quando se postula o BPC o cidadão passa por uma avaliação a fim de verificar o nível da sua incapacidade tanto para vida independente como para o trabalho. O Médico Perito analisará as deficiências existentes no indivíduo bem como o impacto que a deficiência trará para a realização de atividades no seu dia a dia. Ademais, a avaliação para as pessoas com 16 anos ou mais bem como para crianças e adolescentes com idade até 16 anos incompletos se dá por meio de um assistente social. Nesse sentido, e observando as informações coletadas pela avaliação social e médica, se terá o resultado para a concessão ou não do amparo assistencial, previsto no artigo 20, parágrafo segundo, da Lei n. 8.742/1993 (BRASIL, 2007, p. 81).

É por intermédio desta avaliação que atesta o grau de incapacidade independente para a vida e para o trabalho que muitos dos deficientes acabam por serem excluídos do BPC, fazendo-se necessária a alteração do procedimento junto ao INSS, para que haja, além do conceito médico, uma visão assistencial social para evitar a violação da dignidade humana, ao ver um direito que é do deficiente ser infringido, não sendo efetivado. A avaliação se inicia pela análise dos Fatores Ambientais, sob a responsabilidade do assistente social, seguindo-se à avaliação dos componentes Funções do Corpo, sob a responsabilidade do médico-pericial (BRASIL, 2007, p. 82).

Por fim, o que se busca demonstrar nesta seção é que ao ser realizada a avaliação de incapacidade para o trabalho da pessoa com deficiência, o INSS analisa o conceito médico-pericial do deficiente. É preciso haver uma

reforma para ser analisado também o conceito assistencial social, pois além dos obstáculos supradescritos, muitas vezes, outros conflitos também são externados para a concessão do BPC, benefício este que assegura a muitos deficientes viverem de forma livre e igualitária no meio social. Apesar dos grandes esforços para se combater este tipo de discriminação, ainda há muito caminho para superar completamente esta tensão.

Tendo em vista que as ações judiciais para a concessão do BPC têm originado um acentuado debate entre a sociedade, Poder Judiciário e a Administração Pública. A avaliação realizada pelo INSS não atende os cidadãos, que lutam pela reformulação dos critérios utilizados para o acesso ao BPC que, considera para o cálculo o benefício previdenciário de um salário mínimo recebido por outro membro do grupo familiar.

Ou seja, para se eliminar os conflitos existentes e buscar a igualdade de tratamento para todos, por meio da justiça, é preciso de um lado tomar consciência das necessidades e dificuldades que grande parte da população carente e vulnerável se encontra, e, do outro lado, superar as dificuldades que a má administração mostra constantemente, ameaçando o desenvolvimento e a qualidade de uma vida digna para todos.

Dessa forma, e para atender à demanda judicial existente, as ações propostas estão sendo examinadas por intermédio da aplicação da analogia do parágrafo único do art. 34, do Estatuto do Idoso, decisão esta que se estendeu aos portadores de deficiência por não haver distinção entre tais grupos sociais na efetivação do BPC, tratando-os com igualdade.

Isso não quer dizer que não seja necessária a reforma no que diz respeito à legislação do Estatuto do Idoso, bem como a alteração do procedimento junto ao INSS que, pelo contrário, exige alterações radicais no padrão de relacionamento entre o Estado, sociedade, INSS, o que acarreta a implantação de esferas públicas efetivamente democráticas (RAICHELIS, 2000, p. 76-77).

Por fim, o que esta seção procurou demonstrar é que o julgador, além de mero aplicador da lei, deve procurar se inteirar da realidade social de cada indivíduo, reconhecendo as mudanças e as necessidades da nova realidade social. Não há a intenção de fazer com que o magistrado aplique o direito baseado nos sentimentos pessoais, afastando-se do que diz a lei, o que se procurou demonstrar é que a falta de recursos e medidas iguais, tratadas de forma desigual, não deve prosperar devendo o Poder Judiciário se orientar e se pautar em critérios de justiça e equidade na busca da melhor solução para o caso concreto.

3 CONCLUSÃO

Sem dúvidas a matéria tratada nesta pesquisa gera muita discussão. É um assunto que retrata a problemática da efetivação dos direitos inerentes ao ser humano. No que diz respeito ao benefício da prestação continuada, tem-se que é responsabilidade do Estado garantir a todos os indivíduos que se encontram desprovidos de condições para o seu próprio sustento o mínimo, para que vivam com dignidade.

Neste estudo, promoveu-se destaque especial para o aporte teórico aos direitos fundamentais, insculpidos no artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificadamente, o direito social à assistência aos desamparados. O Benefício da Prestação Continuada também foi de grande destaque no desenvolvimento e encontra-se previsto na Lei n. 8.742/93 (LOAS) no artigo 20º.

Foram considerados como direito, para fins deste trabalho, aqueles previstos constitucionalmente, os quais não podem ser usurpados do indivíduo, como, por exemplo, a igualdade, dignidade da pessoa humana e o direito de amparo assistencial no valor de um salário mínimo mensal.

Uma das condições de assistência é a garantia de um salário mínimo para os idosos ou deficientes que não têm condições de se autoprover ou de

ter provida sua subsistência por algum membro da sua família. Contudo, verificou-se no decorrer do trabalho que a Lei n. 8.742/1993, originariamente estabeleceu critérios demasiadamente rígidos, restringindo o benefício a um grupo pequeno de indivíduos, deixando desassistida grande parcela de seres humanos, que também necessitam da proteção da Assistência Social.

Entretanto, como visto no decorrer do trabalho, a concessão do benefício, além de não estar sendo efetivada aos cidadãos, demonstra a carência do Estado em promover o bem-estar social dos idosos e das pessoas com deficiência, que se efetivado acabaria por reinseri-los na sociedade de forma efetiva e digna.

Portanto, o que se buscou não foi a criação de novas leis ou ultrapassar seus limites, mas, com base na dignidade da pessoa humana e na igualdade, permitir que todos os indivíduos consigam ter os direitos garantidos e efetivados por meio do estudo da alteração do texto legal, para que se possa produzir os efeitos desejados, ampliando a proteção assistencial.

Com as alterações propostas, será possível garantir a dignidade aos indivíduos e também a todos os seus familiares, que englobam o grupo frágil e necessitado do país.

Em termos conclusivos, o problema de pesquisa pode ser respondido da seguinte maneira: para fins do recebimento de benefício de prestação continuada, por questões de justiça e de equidade, não deve ser considerado no cálculo da renda da família o benefício, previdenciário ou assistencial, concedido a outro ente familiar. Assim, faz-se necessário um estudo para a alteração da legislação do Estatuto do Idoso à luz dos direitos fundamentais sociais, bem como a alteração dos procedimentos junto ao INSS, a fim de garantir tratamento igualitário e digno a todos os necessitados.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Analía Soria et al. *Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social*. Brasília, DF: MPS, SPPS, 2008.

BORTMAN, Daniela et al. *A Inclusão de pessoas com deficiência: o papel de médicos do trabalho e outros profissionais de saúde e segurança*. Curitiba, 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Avaliação das pessoas com deficiência para acesso ao Benefício de Prestação Continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Brasília, DF: MDS, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Igualdade de direitos: Conquista da Humanidade. In: OAB; CONSELHO FEDERAL; COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (Org.). *Os direitos humanos desafiando o século XXI*. Brasília, DF, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. Possibilidade de consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais na expectativa subjetiva. *Unoesc & Ciência – ACSA*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 5, n. 1, p. 103-112, 2014.

HATHAWAY, Gisela Santos de Alencar. *Comentários ao estatuto do idoso – Lei 10. 741/2003*. Consultora Legislativa da Área II. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. *Dimensões teóricas e pragmáticas dos direitos fundamentais sociais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Benefícios previdenciários das pessoas com deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo, Atlas, 2011.

NUNES, Rizzatto. *O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Heloisa José de. *Cultura política e assistência social: uma análise das orientações de gestores estaduais*. São Paulo: Cortez, 2003.

PACHÚ, Clésia Oliveira. *Direitos sociais: o Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites á tributação no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

PINAUD, João Luiz Duboc. Igualdade, Liberdade e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: OAB; CONSELHO FEDERAL; COMISSÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (Org.). *Os direitos humanos desafiando o século XXI*. Brasília, DF, 2009.

QUINTAS, Fidelis Bery Assunção; AMARAL, Juvêncio; PEREIRA, Lucas de Jesus da Costa. Direito Social: Direito à Saúde. In: PACHÚ, Clésia Oliveira. *Direitos sociais: o Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

RAICHELIS, Raquel. *Esfera Pública e Conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática*. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2000.

ROCHA, Daniel Machado da et al. *Temas atuais Previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SALES, Juliana Maria Araújo de; PACHÚ, Clésia Oliveira. Direitos sociais e as políticas públicas como mecanismo de efetivação. In: PACHÚ, Clésia Oliveira. *Direitos sociais: o Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

SANTOS, Denise Tanaka dos. *Assistência Social: O Critério de Necessidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. 181 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Jefferson de Oliveira et al. O assistencialismo no Brasil por meio do Bolsa Família: as origens e a aplicação da maior política de assistência social do país. In: PACHÚ, Clésia Oliveira. *Direitos sociais: o Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

SILVA, Marta Borba. *Assistência social e seus usuários: entre a rebeldia e o conformismo*. São Paulo: Cortez, 2014.

VOLPE, Karina Rocha Martins. A judicialização dos direitos sociais estudos de caso na ótica do mínimo existencial. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 13, n. 1, p. 119-138, jun. 2012.

DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NA RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE: MORTE DIGNA A PARTIR DA AUTONOMIA DA VONTADE

Gleciane Pereira Katschi¹
Roni Edson Fabro²

Resumo: O presente artigo tem por objetivo entender o significado de autonomia e, nesta linha, as diretivas antecipadas de vontade, onde a manifestação da vontade da pessoa é fundamental para sua validade. A medicina busca, por meio de resoluções, uma adaptação à realidade brasileira, mas ainda não encontrou uma saída definitiva, devido à falta de legislação que regulamente o que deve ser feito em casos concretos. Seria possível a prática da eutanásia ou da ortotanásia sem consequências jurídicas? A morte é algo certo e natural, o que se pretende é a manutenção da dignidade da pessoa na hora de sua morte. Verifica-se que as diretivas antecipadas de vontade, utilizadas na condição de testamento vital, devem ser respeitadas, pois a decisão do paciente vincula os médicos e seus familiares e essas pessoas, mesmo contrárias à decisão do ente querido, devem lhe assegurar a liberdade de escolha.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Diretivas antecipadas de vontade (DAV's). Morte digna.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo caracteriza-se metodologicamente como uma pesquisa bibliográfica, realizada principalmente na literatura jurídica, a fim de verificar a validade da autonomia da vontade no contexto das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV's), sob uma perspectiva principiológica.

A relevância do tema apresenta uma análise quanto ao desenvolvimento brasileiro em relação às DAV's, pois se antes a morte era encarada como um

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; gleici_k@hotmail.com

² Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Mestre em Direitos Fundamentais Civis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado; roni.fabro@unoesc.edu.br

processo natural, atualmente esse processo (mesmo ainda sendo natural), é concebido como uma derrota, um acontecimento que demonstra a fragilidade da medicina e a indisponibilidade da vida, frente ao evento final.

O Direito tem se defrontado com questionamentos sobre os direitos dos pacientes, especialmente dos pacientes terminais e qual seria sua vontade real e efetiva: que sua vida seja prolongada de todas as formas possíveis ou que em caso de comprovação do estado vegetativo sejam desligados os aparelhos e que sua vida seja encerrada sem dor e de forma digna?

A Constituição Federal de 1988 já prevê o direito à dignidade e também à liberdade e, por este viés, se questiona qual a maneira de morrer com dignidade, qual o momento de parar de tentar? Qual o momento certo para morrer?

Até que ponto vale o sofrimento de uma pessoa pelo orgulho de outras? Perder alguém não é fácil, tão pouco aceitável, mas é o curso da vida. O ser humano deve ser respeitado como pessoa enquanto vivo e com poderes de exprimir sua vontade, o que não muda quando estiver em estado terminal e sem capacidade para demonstrar sua vontade.

O que se propõe nesta pesquisa é uma breve análise da manifestação da autonomia, bem como a evolução das declarações prévias de vontade no atual ordenamento jurídico brasileiro, para verificar se a autonomia da vontade, quando expressa nas diretivas antecipadas de vontade, possibilita ao paciente a condição de uma morte digna.

2 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade vem ao longo dos anos sofrendo mutações em seu significado, principalmente pela influência histórica e novos pensamentos, o que explica a grande variação em sua definição.

No entanto, existem muitos sentidos que buscam uma compreensão mais clara do fenômeno da vontade: a psicologia, a sociologia, a filosofia e até mesmo a área jurídica.

Neste âmbito, Cantalli (2009, p. 202) ressalta que a autonomia deveria ser entendida além de uma identificação exclusiva, da liberdade contratual, considerando um poder do indivíduo de se auto regulamentar. Pela expressão de sua vontade, como forma de ação ou omissão, o homem possui o discernimento necessário para fazer ou não fazer algo, muitas vezes sendo algo totalmente inconsciente.

De Marco (2011, p. 247) afirma, a partir de postulados de Kant, que estabelecida a liberdade individual, a vontade seria a raiz dos efeitos e causa nos negócios jurídicos.

A força da autonomia da vontade concentra-se no contrato, sendo uma relação entre sujeitos de direito, por consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre as pessoas. A liberdade e a vontade jurídica podem aparecer algumas vezes como sendo coisa fictícia do ponto de vista da realidade natural, como pura construção racional, mas apesar de tudo elas não deixam de ser autênticas e hoje, o que interessa são os efeitos que essa autonomia é capaz de produzir pela vontade humana. Sendo a autonomia da vontade, então, a possibilidade de contratação pelo particular, é fundamental a verificação das diretivas antecipadas de vontade.

3 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE (DAV'S)

As diretivas antecipadas de vontade se constituem, atualmente, na base de inúmeras discussões jurídicas, principalmente na relação médico-paciente. A vontade sobre a disposição do próprio corpo, até mesmo a possibilidade de manter-se vivo por meios alternativos, requer que a família esteja ciente do que pretende o familiar. Para isso, é necessário utilizar-se de mecanismos jurídicos para expressar esse desejo de última vontade.

As diretivas antecipadas de vontade, via de regra, devem ser um instrumento escrito, pois a relação médico-paciente consiste basicamente em

um contrato de prestação de serviços, haja vista que o médico tende a utilizar todos os meios possíveis e cabíveis para reestabelecer a saúde do paciente. No entanto, não se pode esquecer que é uma pessoa que está sendo tratada e, em primeiro lugar, deve-se resguardar a sua dignidade (da pessoa).

Neste viés é que as diretivas podem se revelar um grande instrumento da área jurídica, pois estariam ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, sucedâneo do direito à vida, à saúde, à liberdade de escolha e à autonomia propriamente dita, devendo desta forma, que suas escolhas quanto ao tratamento ou forma de morrer sejam respeitadas (RODRIGUES, 2007, p. 357).

Na realidade brasileira não existe uma legislação própria e específica que regule as diretivas de vontade. Sendo assim, os profissionais da área médica se deparam com situações excepcionais, inusitadas, pois ainda há muita insegurança das consequências jurídicas decorrentes de pacientes em fases terminais, de pré-morte. A decisão quanto à eutanásia, ortotanásia ou ordem de não reanimar, pode gerar sérias consequências quando não se tem o conhecimento necessário de cada item. Para se entender as diretivas antecipadas como um todo, é preciso conceituar cada instituto existente, bem como verificar o que é ou não permitido pela legislação brasileira.

3.1 TESTAMENTO VITAL

Todos desejam uma boa morte e a medicina tem evoluído com modernas tecnologias capazes de prolongar a vida humana durante um período inimaginável. Neste meio, a autonomia do ser humano buscou desenvolver-se de modo semelhante, cabendo ao próprio indivíduo estabelecer o que deseja em sua incapacidade.

O planejamento de como requerer o fim da vida surge com a elaboração de um documento, denominado testamento vital, no qual o paciente poderá descrever qual a forma de tratamento deseja receber. Este documento tem como principal finalidade tornar pública a vontade do agente

e fazer com que a equipe médica respeite as suas decisões (BONAMIGO, 2015, p. 154).

A elaboração do testamento vital pode ocorrer de quatro formas: por escritura pública, pelo registro no prontuário médico, declaração perante familiares e amigos ou por um documento particular (RIBEIRO, 2010, p. 2018), ou seja, quando ocorrer alguma divergência na tomada de decisões, a palavra do paciente deve sempre prevalecer, não competindo ao médico ou aos familiares outra decisão, senão o acatamento à vontade do paciente.

Para Diniz (2014, p. 482), a ciência e todo o conhecimento devem sempre estar a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano, o que coloca em discussão o direito a uma morte digna. Perante uma situação em que esse direito é ameaçado, necessário se faz refletir acerca da compreensão desses problemas tão difíceis, delicados e polêmicos. Continuando, Diniz (2014, p. 46) ressalta que o testamento vital³ nada mais é do que um documento onde o paciente vai delimitar quais os tratamentos que pretende receber quando estiver em um estágio terminal, compreendendo também as medidas referentes à disposição do seu corpo, como doação de órgãos, doação do corpo para estudos, dentre outras disposições.

3.2 MORTE DIGNA X LIBERDADE DE ESCOLHA

Neste tópico é preciso compreender alguns conceitos importantes, como a dignidade, a morte e o que vem a ser a liberdade. A dignidade da pessoa humana já lhe é assegurada desde a concepção, devendo-se ter em mente que, ao término da vida, ela também precisa ser observada e, acima de tudo, respeitada.

³ O testamento vital é espécie do gênero Diretivas Antecipadas de Vontade e poderá ser amplo quando admitido em qualquer circunstância, ou restrito em situações determinadas, neste caso conhecido como limitação consentida.

Para Bomtempo (2011, p.77), “Os momentos finais da vida incluem o processo de morrer, nos quais deve ser assegurada a autonomia daquele que busca ter um término de vida digno, o direito de morrer dignamente.”

Diniz (2014, p. 42), considera a dignidade humana como um valor ético, para o qual “a prática bioética está condicionada e obrigada a respeitar. Para a bioética a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade.”

Meireles (2009, p. 102) mostra que é imprescindível a existência entre a dignidade e a liberdade, isto é, a dignidade da pessoa humana tem um poder de autodeterminação, limitado pela incapacidade civil. Mesmo aqueles considerados incapazes pelo Código Civil não deixam de serem mercedores de tutela pela dignidade.

A dignidade da pessoa humana e a liberdade por vezes estiveram muito próximas, posto que para alguns filósofos a autonomia é o fundamento da dignidade. Para Sarlet (2002, p. 62) a dignidade da pessoa humana compreende uma qualidade intrínseca do ser humano, “que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano [...]”

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), reconhece que o ser humano é dotado de liberdade, tanto em seu preâmbulo, “[...] destinado a assegurar, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, [...]”, quanto em seu art. 5º, bem como de dignidade, em um país com um pretense Estado democrático de direito, com a autonomia de pensamento e a liberdade de escolha, principalmente quando se decide a maneira de morrer.

Ainda no entendimento de Sarlet (2001, p. 40), a dignidade da pessoa humana não possui um significado, uma definição fixa, que possa ser aplicada a todas as pessoas, pois deve ser compreendida como uma “categoria axiológica aberta”, que está em constante evolução e construção.

Para Claudino [2017?], a dignidade se encontra como um macroprincípio, com valores essenciais ao Estado, não sendo exagero quando se diz que a dignidade é essencial ao ser humano.

Além disso, é preciso entender o que significa liberdade, em suas várias concepções. Para Cury (1986, p. 70), a liberdade seria a capacidade dos homens de opinar sobre as mais diversas situações, optar principalmente sobre o que deseja ou não, “é a capacidade que só os homens têm de tomar posição, escolher, optar. É própria ao homem como ser espiritual que é: a vontade é o instrumento que possibilita a liberdade, mas a escolha repousa no conhecimento que é efetuado pela inteligência.”

Ainda, o homem pode ser livre, pelo livre arbítrio, justamente porque pode optar. Pode acontecer que em certos momentos o homem não tenha a consciência, as condições necessárias para externar essa liberdade, o que não significa que ele não é livre (CURY, 1986, p. 70).

Pelo art. 1^o da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o homem possui seu indisponível direito de escolha. Então, nesse sentido, o que vem a ser a morte? Apesar de mórbida e sombria, a morte é certa e natural, no ciclo comum da vida, constituindo apenas uma certeza humana, de que um dia, todos morrerão. Giostri (2009, p. 156) diz que a morte é um fenômeno natural da vida, pois em algum momento todos passaram por essa situação.

Para que a medicina moderna possa detectar a morte, basta a interrupção das funções do cérebro, conforme Resolução nº. 1.480, de 8 de agosto de 1997 do Conselho Federal de Medicina, (BRASIL, 1997), onde ficou estabelecido um conceito formado por profissionais da área médica. A morte ocorre quando não houver mais funções cerebrais, antes disso o paciente está em processo de morte e, por esta razão, sua dignidade deve ser assegurada (BOMTEMPO, 2011, p. 77).

⁴ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Para Sá (2001, p. 72), mesmo o homem sendo dotado de cultura, e a morte seja parte integrante da vida, de maneira geral as pessoas não estão preparadas psicologicamente para lidar com o pensamento de perder alguém, pois a morte não é apenas a extinção da vida, mas a extinção de uma personalidade no meio jurídico.

Não há do que duvidar dos avanços tecnológicos e da evolução da medicina em busca de meios alternativos de prolongar a vida terrena e diminuir o sofrimento, pois hoje é possível manter um paciente vivo por vias mecânicas, indefinidamente, garantido pelos médicos, sem dor ou sofrimento, mas, seria digno manter um ente querido nesse estado? Seria inadmissível que o direito à vida, garantido constitucionalmente, se transforme em um dever de viver, com sofrimento (SÁ, 2001, p. 95).

Entretanto, é preciso considerar a autonomia da vontade da pessoa enquanto ainda possuidora de capacidade para exprimir se deseja ser mantida viva por aparelhos e se isso não vai ferir sua dignidade ou se essa vontade deve prevalecer. Em caso contrário, se a pessoa não deseja ser mantida por aparelhos, ferindo sua dignidade, sua vontade, ao atingir essa condição deseja morrer, deve-se dar à pessoa o direito de morrer dignamente, respeitando acima de tudo a sua liberdade de escolha.

É absolutamente relevante compreender quais as modalidades de intervenção no processo da morte que existem, bem como quais modalidades o ordenamento jurídico brasileiro considera prática ilícita.

3.3 MODALIDADES DE INTERVENÇÃO NO PROCESSO DA MORTE

Este é um item onde são abordados alguns conceitos sobre o fim da vida, haja vista que o progresso da ciência modifica inúmeros aspectos relacionados a esse tema, tornando sua abordagem sempre atual. Como a eutanásia, a ortotanásia, a distanásia, a mistanásia, ordem de não reanimar

e o suicídio assistido são processos para o fim da vida e, muitas vezes, confundidos, é imprescindível a definição de cada um destes termos.

3.3.1 Eutanásia

O termo eutanásia surgiu no século XVII, pelo filósofo Francis Bacon (1561-1626), pois o contexto da época era voltado à compaixão humana. Bacon destacava a importância dos médicos para o alívio da dor do paciente e também os criticava quando abandonavam seus pacientes em estágio terminal (BONAMIGO, 2015, p. 133).

Explica Sá (2005, p. 38) que a eutanásia ocorre quando o paciente, sabendo de sua doença incurável que o levará a perder sua total capacidade de comunicação e a dignidade, solicita ao médico ou ao seu representante que o mate antecipadamente, visando, neste momento, evitar dor e mais sofrimento.

Bonamigo (2015, p. 136), sustenta a existência de três elementos fundamentais da eutanásia, como a “intenção, ação ou omissão e a eliminação do sofrimento.” A eutanásia se constituiria em uma ação ou omissão, que por sua natureza provoca a morte com o intuito de eliminar a dor, podendo ocorrer na forma ativa direta, ativa indireta e passiva.

A despeito de a eutanásia ser comum em outros países, no Brasil não existe um tipo específico descrito em lei, já que o Código Penal não faz menção ao instituto. Sua prática, no mais das vezes, mesmo com as melhores das intenções das partes envolvidas, poderá e será reconhecida como homicídio, ou seja, quando a pessoa possui a intenção de matar alguém.

Para Borges (2005), a falta de uma regulamentação especial no ordenamento jurídico brasileiro é prejudicial. Apesar de ser uma prática antiga, o médico, além de ser criminalmente responsabilizado (pelo crime de homicídio) ainda poderá responder administrativamente junto ao Conselho Federal de Medicina do estado em que está inscrito.

Existem alguns tratamentos, descritos como alternativos, em caso do paciente apresentar morte iminente, coma ou estado terminal, estabelecendo-se um limite para o que são crimes e o que seria ético do ponto de vista médico. Apressar a morte (eutanásia ativa) é crime, não utilizar meios artificiais ou medidas que minimizem o sofrimento (eutanásia passiva) é ético, desligar progressivamente os aparelhos respiratórios é considerado um procedimento ético e usar meios artificiais após a morte para preservar os órgãos para um possível transplante também é denominado como um procedimento ético (OLIVEIRA; JAPAULO, 2005).

O manter-se vivo é um dos maiores direitos elencados pela Constituição Federal de 1988, no entanto, se há direito à vida, também é preciso decidir sobre a própria morte, pois viver bem não significa viver muito tempo, mas viver com qualidade (OLIVEIRA; JAPAULO, 2005), pois com o avanço da medicina na criação de métodos paliativos de tratamento, a tendência é que os pedidos de eutanásia diminuam.

3.3.2 Ortotanásia

O instituto da ortotanásia ocorre quando o médico pode influenciar no momento da morte do paciente, deixando a morte ocorrer no momento certo, sem prolongamento ou abreviações. O termo ortotanásia significa morte certa, *orto* (certa) *thanatos* (morte), ou seja, o não prolongamento artificial do processo de morte, além do processo natural empregado pelo médico (BOMTEMPO, 2011, p. 76).

Diniz (2014, p. 499-500) reforça que a ortotanásia é uma ajuda do médico para que o paciente possa morrer com dignidade e determina que a ortotanásia iguala-se à eutanásia por omissão, pois consiste no ato de omitir, suspender medicamentos ou medidas que aliviam a dor e prolongam a vida. Ele não age, deixa apenas de prolonga-la.

Deve-se observar que a ortotanásia simplesmente objetiva a morte no seu tempo certo, sem meios de prolongar o sofrimento. Significa, portanto, respeitar o momento certo da morte de cada pessoa, sem abreviações ou prolongamentos desnecessários. Embora o seu conceito seja claro, seus limites podem ser confundidos com a eutanásia passiva. Apesar disso, Bonamigo (2015, p. 146), discorda do ponto de vista etimológico, pois a ortotanásia é a morte no seu tempo, a suspensão dos meios desproporcionais e não eutanásia passiva, já que a intenção da ortotanásia é a morte a seu devido tempo.

3.3.3 Distanásia

A distanásia é o oposto da eutanásia, haja vista que, enquanto uma abrevia, a outra prolonga a vida utilizando todos os recursos da medicina disponíveis. Seu termo é composto pelas palavras *dis* (mal) e *thanatos* (morte), tem o significado de ato defeituoso, prolongamento exagerado da agonia e também pode ser empregado para o tratamento fútil e inútil, tendo como consequência uma morte lenta e sofrida (BONAMIGO, 2015, p. 140).

Para Diniz (2014, p. 399), a distanásia seria obstinação, uma espécie de futilidade médica, buscando-se manter o paciente vivo a todo custo por meio de máquinas.

A convicção médica em defender a vida a qualquer custo está relacionada à não aceitação em perder um paciente, apesar da morte não ser vista como algo natural, mas como algo a ser vencido. Em contrapartida, a não aceitação da morte pode partir da própria família, que não acolhe a perda de seu ente querido e busca por todos os meios possíveis trazê-lo ou mantê-lo de volta. Graças aos avanços da medicina, aumentou o poder de manter a vida humana e a morte natural pode ser adiada por meio de tecnologias. Entretanto, em determinadas situações, a manutenção da vida pode ser contraindicada.

Assim, como ninguém deve ser obrigado a fazer algo com o qual não concorda, à utilização de meios ordinários apenas como um dever básico

para manter a saúde deve existir uma proporcionalidade. Contudo, se não houver mais chances de se recuperar a saúde, não há porque utilizar-se de meios extraordinários apenas para evitar o inevitável, ou seja, a morte.

3.3.4 Mistanásia

A mistanásia hoje, infelizmente, é mais comum e corriqueira do que se pode imaginar, sendo uma modalidade de morte que se apresenta com um nome um tanto quanto diferente. Bonamico (2015, p. 148), diz que é uma palavra que provém do grego, *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte), ou seja, uma morte miserável, antes do seu tempo.

A mistanásia ou também chamada de eutanásia social, é uma morte que ocorre prematuramente, quando há falta de recursos, erro, imperícia médica ou quando o paciente não consegue atendimento em tempo hábil.

Atualmente, a mistanásia está ocorrendo principalmente pela omissão de socorro, considerando as barreiras existentes para se conseguir uma consulta médica, as longas filas de espera e o pouco caso do governo, fatores que contribuem significativamente para que a mistanásia esteja presente no Brasil.

Namba (2016), ressalta como a mistanásia vem acontecendo, com longas filas, o descaso do poder público com a saúde, que é o que vem causando a morte de milhares de pessoas no Brasil. Consiste em uma das piores modalidades do processo em que envolve a morte, não confundida com a ortotanásia, pois esta segue o caminho natural da morte, enquanto aquela ocorre por abandono de causa, desleixo dos governos e má aplicação das verbas, com os pacientes pagando o preço com a própria vida.

É de conhecimento público que a Constituição Federal de 1988 garante, na forma do art. 5^º, *caput*, o direito à saúde e à vida com dignidade.

⁵ 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: [...]

Porém, a realidade brasileira ainda está longe do ideal descrito na legislação, pois há falta de leitos, hospitais em situações precárias e desigualdade social, alguns dos elementos que aumentam significativamente as taxas de morte de crianças e idosos.

A mistanásia hoje é mais do que apenas uma das modalidades de morte, é um problema social que atinge uma coletividade e, para que ela deixe de acontecer e a morte realmente ocorra na sua forma natural, ordinária, é preciso muita vontade dos governantes em proporcionar qualidade de vida aos cidadãos.

3.3.5 Ordem de Não Reanimar

Este instituto surge quando o paciente informa a seu médico o desejo de não ser reanimado, em situações específicas e determinadas. Assim, compete ao médico descrever no prontuário do paciente que em caso de este vir a sofrer uma parada cardíaca ou respiratória, a equipe de enfermagem nada deverá fazer, apenas deixá-lo partir. É usada quando a reanimação não vai fazer com que o quadro terminal do paciente se altere, apenas prolongando seu sofrimento.

Via de regra, ela é aplicada quando comprovadamente não se apresenta mais nenhum benefício ao paciente terminal, ou seja, a sua reanimação em nada lhe agregará, frente à situação em que se encontra.

A idade do paciente sempre é levada em consideração, porque uma pessoa jovem tem maiores condições de se recuperar do que uma pessoa mais idosa, assim, não significa que se deve desprezar os mais velhos, pelo contrário, deve-se confortar a pessoa no momento certo, adequado.

Saraiva (2007, p. 171) afirma que, “diminuir a morte em idades jovens e não prolongar a vida dos velhos, mas sim aliviar o sofrimento, são conceitos que atendem ao bem comum, tendo em atenção o bem individual.”

A não adoção de medidas de reanimação muitas vezes pode parecer uma omissão de socorro da parte médica, por isso que Diniz (2014, p. 513)

esclarece que é lícito o ato de se opor a uma massagem cardiotorácica se estiver comprovado o estado terminal da pessoa, no entanto “se o médico entender que o paciente tem condições de sobrevivência deve proceder com a reanimação.”

O crime de omissão de socorro, previsto no art. 135⁶ do Código Penal, não se confunde com a ordem de não reanimar, pois na omissão de socorro o agente deixa de prestar atendimento quando poderia fazê-lo, enquanto que na ordem de não reanimar, diante de uma morte iminente, o princípio do não sofrimento deve vigorar.

A ordem de não reanimar não está regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se como um complemento do testamento vital e específico na forma de tratamento apenas no âmbito da ética médica, que algumas Resoluções – como as de ns. 1.805/2006 e 1.995/2012 ambas do CFM, além do Novo Código de Ética Médica, dão suporte ao médico pelo acatamento desta vontade do paciente.

3.3.6 Suicídio Assistido

O instituto do suicídio assistido pode ser caracterizado como auto suicídio, pois o ato advém do próprio paciente, com auxílio de um médico ou de um terceiro para ministrar algum medicamento. Para Bonamigo (2015, p. 97), é uma ação com intenção de lhe causar a própria morte e, para que o pedido seja aceito e válido, é preciso que o pedido seja voluntário, o paciente deve ser capaz de exprimir esse desejo, deve existir uma relação médico e paciente, a decisão deve ser tomada de forma conjunta, é preciso um ambiente de decisão que dê apoio, que o paciente esteja aberto a ouvir a opinião de outros médicos,

⁶ Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

que o doente expresse uma preferência pela morte, esteja passando por um sofrimento inaceitável e o método deve ser o mais confortável possível.

A Constituição Federal de 1988 prioriza como direito fundamental a dignidade da pessoa humana. Sendo o Brasil um estado democrático de direito, para Borges (2005) o principal significado de dignidade da pessoa humana está ligado à possibilidade de a pessoa conduzir a vida da maneira que deseja.

Assim, visando à dignidade da pessoa humana, a pessoa tem o direito de escolher o momento pelo qual não deseja mais viver. No entanto, o Código Penal brasileiro não criminaliza a autolesão, sendo o suicídio a vontade consciente de o agente retirar a própria vida. Muitas vezes, para a caracterização do suicídio assistido, surge a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa.

Toda a legislação brasileira em vigor prioriza a vida e todos aqueles que de alguma forma agem para a ocorrência da morte de alguém podem ser penalizados. Desta forma, o Código Penal criminaliza três condutas ativas, ou seja, o ato de induzir, instigar ou auxiliar, descrito no art. 122,⁷ cominando pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Aquele terceiro que, de alguma forma praticar algum ato do tipo penal, mesmo que a intenção seja o suicídio assistido, pode vir a ser processado pelo crime de induzimento ao suicídio.

O sujeito ativo, o terceiro auxiliador, agindo de forma livre e consciente, livre do dolo ou da culpa, busca apenas ajudar um ente, amigo, conhecido, a cometer o suicídio. Em sua mente o ato é legal, porém está agindo de forma dolosa contra a vida e, além de processado, será julgado pelo tribunal do júri. Portanto, no Brasil, o instituto do suicídio assistido, mesmo

⁷ Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único. A pena é duplicada:

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

sendo uma vontade livre, consciente, escrita publicamente pelo paciente, levará o seu auxiliador a ser criminalmente punido.

4 DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

As diretivas antecipadas de vontade surgiram tanto no Brasil como no mundo afora com o intuito de limitar os meios extraordinários de manutenção da vida, bem como inibir a prática dos abusos médicos com a intenção de salvar uma vida.

Muitos países, como os Estados Unidos da América, estão bem evoluídos nesse sentido e toda sua população ciente da função e regulamentação das diretivas antecipadas de vontade.

O Brasil, por sua vez, está timidamente procurando legislar sobre esse assunto, pois muitas pesquisas já foram elaboradas por acadêmicos de medicina, de direito e pelo próprio Conselho Federal de Medicina, porém não há nada concreto que traga segurança jurídica ao paciente, aos profissionais da área médica e, principalmente, aos familiares do paciente.

Neste âmbito da pesquisa, verifica-se a pouca evolução legislativa do Brasil frente às diretivas antecipadas de vontade.

4.1 RESOLUÇÃO N. 1.805 DE 28 DE NOVEMBRO DE 2006, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Por muito tempo o Conselho Federal de Medicina (CFM) se deparou com entraves quando o assunto era as diretivas antecipadas de vontade. Os médicos encontravam vários empecilhos em como seguir ou parar com algum tratamento, por medo das consequências que essa atitude poderia lhes causar.

Consta na exposição de motivos da Resolução n. 1.805/2006, que “o médico é aquele que detém a maior responsabilidade da ‘cura’ e, portanto, o que tem o maior sentimento de fracasso perante a morte do enfermo sob

os seus cuidados.” Visando ao auxílio dos familiares e principalmente dos médicos quanto à tomada de decisões dos pacientes, o CFM, ao editar essa Resolução, logo em seu art. 1^o (CFM, 2006), possibilita ao médico limitar ou até mesmo suspender tratamentos, quando o paciente estiver em estado terminal, visto que, prolongar o seu tratamento apenas lhe trará dor e sofrimento.

Os seres humanos, no mais das vezes, como seres dotados de sentimentos, não aceitam o fim da vida e estão constantemente procurando respostas e meios alternativos de prolongar a vida. Desta forma, quando estava sendo elaborada a Resolução n. 1.805/2006, o CFM procurou, em sua exposição de motivos, esclarecer para os cidadãos a necessidade, muitas vezes, da limitação de tratamento.

Mesmo o médico possuindo a autonomia de decidir se limita ou restringe os tratamentos, não pode de maneira nenhuma deixar o paciente padecer, sofrendo, conforme o art. 2^o (CFM, 2006), já que o paciente deve continuar recebendo medicações para que sua dor seja amenizada e a sua morte seja a menos dolorosa possível, seguindo a mesma linha da exposição de motivos, quando determina que a atuação da legislação serve para buscar uma prevenção e um alívio para o sofrimento, seja ele físico, mental e até mesmo espiritual.

⁸ Art. 1^o É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1^o O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2^o A decisão referida no *caput* deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3^o É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

⁹ Art. 2^o. O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

4.2 RESOLUÇÃO N. 1.931 DE 24 DE SETEMBRO DE 2009, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICIAN – ATUAL CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Em 2010, após receber e ouvir mais de duas mil sugestões de médicos, o CFM sentiu a necessidade de editar um novo Código de Ética Médica, frente à mudança dos tempos, de tecnologias, de pensamentos, das necessidades das famílias, dos pacientes e também dos próprios médicos.

Considerado por doutrinadores como “Um Código para o Novo Tempo”, o novo código de ética médica trouxe para a sociedade um verdadeiro compromisso no exercício da medicina, com comprometimento e qualificação no ensino.

A alteração de maior significância do Código de Ética foi a inclusão das diretivas antecipadas de vontade em seu texto, algo que necessita urgentemente de regulamentação, haja vista que, por enquanto, a medicina vem suprindo essa necessidade, até mesmo para resguardar seus profissionais.

Logo nos princípios fundamentais da resolução é possível notar a presença das diretivas antecipadas, pois o Conselho Federal de Medicina (2009), no Capítulo I em seus incisos XXI e XXII¹⁰ demonstra que os profissionais deverão tomar decisões de acordo com a vontade expressa do paciente e de seus familiares, sendo que o médico poderá aceitar as sugestões impostas, desde que adequadas ao caso. Quando se tratar de paciente terminal, o médico deverá evitar tratamentos degradantes e terapêuticos desnecessários, devendo propiciar conforto ao doente.

¹⁰ Capítulo I - Princípios Fundamentais: [...]

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

No Capítulo V, logo em seu art. 31¹¹ (CFM, 2009), já demonstra o interesse nas decisões do paciente, quando veda ao médico o desrespeito aos direitos de escolha do paciente, exceto quando houver risco de morte.

Veda ainda, por seu art. 41¹² (CFM, 2009), abreviar a vida do paciente a seu pedido ou a pedido do representante, apenas nos casos de doenças incuráveis, mas é preciso apresentar todos os métodos paliativos e cuidados, sempre levando em consideração a vontade do paciente.

Para Claudino [2017?], a resolução então deixa claro que não existe uma obrigação médica em prolongar a vida de um paciente de forma indefinida, mas cabe a ele respeitar a vontade do paciente caso este não deseje mais receber o tratamento.

Com a entrada em vigor do novo código, foi possível observar uma nova ótica para a autonomia da vontade do paciente enfermo, um resguardo médico quanto às consequências de seus atos mas, acima de tudo, o respeito com a vontade da pessoa.

Não mantê-la viva quando essa decidiu a hora de parar com o tratamento demonstra a empatia com o ser humano. Por óbvio que a medicina busca a manutenção da vida, mas é fundamental perceber o momento de parar e de acolher a decisão do paciente.

4.3 RESOLUÇÃO N. 1.995 DE 31 DE AGOSTO DE 2012, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Em 2012 houve a edição da Resolução n. 1.995, de 31 de agosto, que trata exclusivamente sobre as diretivas antecipadas de vontade, visto que o

¹¹ Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

¹² Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

tema, já discutido, levantava dúvidas acerca de procedimentos. A sua edição levou em consideração a falta de regulamentação, a necessidade de disciplinar as condutas médicas, o respeito pela autonomia do paciente e a necessidade de dar ao médico uma segurança jurídica mínima.

Enquanto a resolução estava sendo elaborada, foi preciso explicá-la por meio de uma exposição de motivos, com a descrição das dificuldades médicas frente às diretivas antecipadas de vontade, quando muitas vezes o paciente já se encontrava sem capacidade e as decisões eram tomadas por uma terceira pessoa, nem sempre conhecendo as reais vontades do paciente. Com um documento escrito, resguarda-se o profissional médico para uma decisão correta quanto ao modo de agir.

Por óbvio que foram realizadas algumas pesquisas até para se ter ciência da população em geral acerca do que efetivamente se entendia por diretivas antecipadas de vontade, bem como se considerariam e fariam um testamento vital. A pesquisa foi feita no estado de Santa Catarina e contou com a participação de médicos, advogados, estudantes, pacientes e 61% levaria em conta as vontades do paciente, sendo eleita a ortotanásia a melhor das opções. (CLAUDINO, [2017?]).

Ainda para Claudino [2017?], esta resolução foi a maior inovação que houve no território brasileiro, uma vez que consagrou as diretivas antecipadas de vontade, pois “com ela, os tratamentos médicos extraordinários e a obstinação da família (muitas vezes insana) em curar o seu ente querido, foram rechaçados visando somente o bem estar e os desejos do enfermo, consolidando novos paradigmas médicos.”

Deste modo, conforme o art. 2º¹³ (CFM, 2012), as decisões médicas sobre os cuidados e tratamentos, quando o paciente já estiver incapacitado de se comunicar, deverá levar em consideração a sua diretiva antecipada, a qual

¹³ Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

estará descrita em algum documento público, particular ou até mesmo no prontuário médico.

O médico apenas vai impor a sua vontade contra a do paciente quando as diretivas antecipadas descritas por este estiverem totalmente em desacordo com o que estabelece o Código de Ética, isso porque o médico também tem uma legislação que o rege.

Quando o paciente não deixar expressada sua vontade previamente, nem um representante para responder por ele, o médico, conforme o § 5^o¹⁴ do art. 2^o (CFM, 2012), não pode agir, mas deverá levar o caso até o Comitê de Bioética atinente ou ao Conselho Regional de Medicina.

A edição desta Resolução comprova o avanço no cenário nacional no quesito morte, mas o ordenamento jurídico brasileiro precisa de uma regulamentação efetiva sobre o assunto, pois a tendência é que a prática da diretiva antecipada de vontade aumente e o ordenamento deve estar preparado para enfrentar as discussões advindas.

4.4 PROJETO DE LEI N. 5.559 DE 14 DE JUNHO DE 2016, DO CONGRESSO NACIONAL

Há uma constante evolução legislativa junto ao Conselho Federal de Medicina sobre as diretivas antecipadas de vontade. Porém, é preciso que o Congresso Nacional elabore legislação específica para dar fim aos inúmeros questionamentos.

Atualmente a Câmara de Deputados possui em trâmite o Projeto de Lei (PL) n. 5.559,¹⁵ de 14 de junho de 2016, de autoria do Deputado Pepe Vargas

¹⁴ § 5^o Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

¹⁵ Art. 2^o Para os fins desta Lei, são adotadas as seguintes definições:
I – autodeterminação: capacidade do paciente de se autodeterminar segundo sua vontade e suas escolhas, livre de coerção externa ou influência subjugante;

(PT/RS), que dispõe sobre os direitos dos pacientes, quando estes estiverem recebendo qualquer tipo de intervenção médica.

O projeto de lei relaciona as diretivas antecipadas de vontade como um documento, onde o paciente vai descrever exatamente o que deseja ou não receber como forma de tratamento, devendo ser respeitada a sua vontade quando não for mais possível externar sua vontade, seguindo no sentido de descrever quem será a pessoa representante do paciente quando este estiver inconsciente, sendo aquele descrito na diretiva ou em outro registro, mas será a pessoa indicada.

O projeto foi apresentado à Câmara no dia 14 de junho de 2016 e atualmente está aguardando a designação de um relator, mas constitui-se no maior avanço que pode-se observar em relação às diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico brasileiro.

II – diretivas antecipadas de vontade: documento que contém expressamente a vontade do paciente quanto a receber ou não cuidados, procedimentos e tratamentos médicos, a ser respeitada quando ele não puder expressar, livre e autonomamente, a sua vontade;

III – representante do paciente: pessoa designada pelo paciente, em suas diretivas antecipadas de vontade ou em qualquer outro registro escrito, para decidir por ele sobre os cuidados à sua saúde, nas situações em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente a sua vontade;

IV – consentimento informado: manifestação de vontade do paciente, livre de coerção externa ou influência subjugante, sobre os cuidados à sua saúde, após ter sido informado, de forma clara, acessível e detalhada, sobre todos os aspectos relevantes sobre o seu diagnóstico, prognóstico, tratamento e cuidados em saúde;

V – cuidados paliativos: assistência integral à saúde prestada por equipe multidisciplinar a paciente com doença ativa e progressiva que ameaça a vida e para a qual não há possibilidade de cura, com o objetivo de promover o bem-estar e a melhoria da qualidade de vida do paciente e de seus familiares, mediante a prevenção e o tratamento para o alívio da dor e do sofrimento de natureza física, psíquica, social e espiritual, e VI – grupo vulnerável: Pessoas que por sua condição biológica ou psíquica, como crianças, idosos incapacitados, indivíduos com sofrimento mental grave, estão impedidas de dar o seu consentimento livre e esclarecido ou que por sua condição social, como povos indígenas, quilombolas, indivíduos em situação de rua, tem dificuldades de cunho cultural e social para expressar as suas opções ou de opor resistência a um procedimento que não estão de acordo.

Art. 3º Submetem-se às disposições desta Lei os profissionais de saúde, os responsáveis por serviços de saúde públicos ou privados e as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege suas atividades.

Art. 4º A aplicação desta Lei não afasta os direitos do paciente quando adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final.

Art. 5º Os direitos dos pacientes previstos em legislações específicas devem ser aplicados em conjunto com os estabelecidos nesta Lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A declaração prévia de vontade dos pacientes é uma realidade no âmbito médico-jurídico e o ordenamento está avançando em relação a esse assunto. Assim, recomenda-se que quando o paciente ainda esteja dotado de capacidade, que todos os seus desejos sejam documentados, com o registro público do documento no Cartório de Notas, para quando necessário, ser apresentado ao médico que deve anexá-lo ao prontuário.

Essa declaração vincula os médicos, desde que as disposições não sejam contrárias ao que está disposto no Código de Ética Médica, deixando o profissional médico livre para utilizar todos os meios possíveis e legais para salvar uma vida, pois apenas as disposições acerca da interrupção de tratamentos fúteis serão válidas.

Observa-se que a sociedade se encontra com a mente mais aberta a novas discussões e uma delas é sobre a inclusão da ortotanásia como uma prática legal. Entretanto, é necessário compreender todos os demais tipos de morte que já estão presentes em ordenamentos estrangeiros, como a eutanásia, a ortotanásia, a mistanásia, a ordem de não reanimar e o suicídio assistido.

O Conselho Federal de Medicina saiu na frente com a elaboração de Resoluções, a primeira já no ano de 2006 e outra depois, em 2012. Ainda de forma tímida o Congresso Nacional possui apenas um projeto de lei em andamento, protocolado em 2016, pelo deputado Pepe Vargas (PR/RS), considerado um grande avanço para a legislação brasileira.

Por fim, verifica-se que as diretivas antecipadas de vontade, seja com a inserção do testamento vital, do mandato duradouro, da ordem de não reanimar ou ainda outra determinação médica, devem ser consideradas válidas e lícitas, pois a decisão do paciente vincula os médicos e seus familiares e essas pessoas, pois mesmo contrárias à decisão do ente querido, devem lhe assegurar a liberdade de escolha, para que a dignidade da pessoa humana seja preservada e que descanse em paz.

REFERÊNCIAS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional. *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, v. 13, n. 68, p. 73-92, nov. 2011.

BONAMIGO, Elcio Luiz. *Manual de Bioética: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: AllPrint, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI11097,71043-Eutanasia+ortotanasia+e+distanasia+breves+consideracoes+a+partir+do>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Senado Federal, 08 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei. n. 5.559/2016. Dispõe sobre os direitos dos pacientes e dá outras providências. Câmara dos Deputados, 14 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2087978>>. Acesso em: 15 set. 2017.

CANTALLI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. *Diretivas Antecipadas de vontade no ordenamento jurídico Brasileiro*. Rio Grande. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785>. Acesso em: 05 out. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.805/2006*. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931/2009. Aprova o Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: CFM, 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 22 set. 2017.

CURY, Silvia de Melo Lemos. *A filosofia da fidelidade ao ser: noções de humanismo*. São Paulo: Loyola, 1986.

DE MARCO, Cristian Magnus. Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier e CASSEL, Douglas. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: UNOESC, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOAIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e a dignidade da pessoa humana*. Diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Mistanásia: panorama da saúde no Brasil*. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/mistanasia-panorama-da-saude-no-brasil2/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

OLIVEIRA, Lilian Carla de; JAPAULO, Maria Paula. *Eutanásia e o Direito a Vida*. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=19041>. Acesso em: 18 set. 2017.

RIBEIRO, Diaulas C. *Autonomia e Consentimento Informado. Relação médico e Paciente: velhas barreiras, novas fronteiras*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2010.

RODRIGUES, Renata de Lima, *Diretivas Antecipadas: planejamento preventivo para decisões futuras sobre o exercício do direito ao próprio corpo, à saúde e à vida digna*. In: BROCHADO, Ana Carolina; DADALTO, Luciana. *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARAIVA, Ana Maria Pinto. *A Suspensão de Tratamentos em Cuidados Intensivos e Seus Fundamentos Éticos*. In: NUNES, Rui; BRANDÃO, Cristina. *Humanização da Saúde*. Coimbra: Gráfica Coimbra, jan. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

UNICEF BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

EFETIVIDADE DA ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL

Natália Mota Medeiros¹
Magda Cristiane Detsch da Silva²

Resumo: Para discorrer sobre o tema efetividade da ata notarial como meio de prova no processo civil, foi necessária a demonstração teórica e prática da utilização deste instrumento notarial e, ao final, a averiguação dos benefícios que advém deste uso. Isto porque, além do desprovimento de material sobre o tema, este assunto é relativamente novo, vez que apenas foi regulado pelo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2015. O objetivo geral é analisar se a ata notarial inserida no processo judicial civil é a forma mais eficaz para produzir provas, dando robustez ao argumento da parte que a utilizou. No tocante aos objetivos específicos, fez-se, de forma concisa, um relato sobre as noções gerais e histórico dos tabelionatos e a verificação dos poderes conferidos ao tabelião. Além disso, foi realizada a explanação a respeito da fé pública do tabelião para melhor compreensão sobre a validade dos documentos feitos por notário competente. Ademais, com os estudos realizados ao longo da pesquisa foi possível o entendimento da ata notarial como um todo, mormente quando se encontra inserida no processo civil.

Palavras-chave: Ata notarial. Fé pública. Tabelião. Efetividade. Processo Civil. Meio de prova.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo a abordagem da ata notarial inserida no processo civil, tendo em vista que esta foi devidamente regulamentada quando do advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em seu artigo 384, o qual dispõe que “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; nataliamotamedeiros@hotmail.com

² Mestre em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; magda.dasilva@unoesc.edu.br

documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.” (BRASIL, 2015), porém pouco utilizada na prática.

Desta forma, a pesquisa justifica-se devido às constantes problemáticas enfrentadas no dia-a-dia do Poder Judiciário, no que tange à melhor elucidação dos fatos, haja vista que nem sempre é possível saber o que efetivamente ocorreu. No decorrer desta pesquisa, entendeu-se que a ata notarial é uma solução viável para tornar o processo mais efetivo no concernente à busca constante da justiça, considerando sua capacidade de dar robustez à prova acostada.

A ata notarial é instrumento de suma importância na aplicação prática do ordenamento jurídico brasileiro e, não à toa, foi inserida no corpo do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista ser meio de prova que tende a facilitar a compreensão do litígio pelo juiz que o analisa.

É cediço, porém, que este instrumento já era utilizado por quem compreendia sua função, mesmo quando carecia de regulamentação, contudo acredita-se que por meio do esclarecimento que objetiva este trabalho, aliado ao fato de que passou a constar em artigo próprio do Digesto Processual Civil, sua utilização alcançará novas proporções.

Por esta razão, de início, foram citados os aspectos da função notarial em conjunto com sua evolução histórica, desde a época em que tal encargo possuía caráter hereditário, até constar no corpo da Constituição Federal, quando tornou-se atividade de caráter privado, por delegação do Poder Público e fiscalizada pelo Poder Judiciário, tudo visando uma compreensão mais abrangente sobre o tema, pois sabe-se que a exploração deste assunto no mundo acadêmico ainda é escassa.

Ainda, buscou-se a abordagem da fé pública notarial, vez que é elemento essencial quando se busca a explanação da validade dos documentos produzidos pelo tabelião, garantindo, também, segurança jurídica aos que se utilizam destes.

Passando desta visão geral, passa a discorrer de forma restrita sobre o cerne do trabalho, qual seja, a ata notarial inserida no processo civil. Sendo assim, foram apresentadas as provas admitidas no processo civil brasileiro, já que a ata notarial agora compõe este rol, bem assim o debate específico sobre a ata, quando documento público feito por notário habilitado e, também, como prova dentro do processo judicial civil.

A metodologia utilizada para a realização da pesquisa, consistiu na abordagem dedutiva, partindo de premissas amplas como noções gerais sobre tabelionato e poderes do tabelião, para, após, concluir se a ata notarial inserida no processo judicial civil tem ou não eficácia probatória.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO TABELIONATO DE NOTAS E PROTESTOS

Para acurar o entendimento acerca do assunto deste trabalho, é necessário, primeiramente, destacar os conceitos e a evolução histórica da função notarial, as atribuições e atos do tabelião e as responsabilidades deste.

A origem e as aplicações da função do tabelião advêm de séculos remotos, mais precisamente das civilizações egípcias e hebraica, até o momento da criação da serventia, expressamente prevista na Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, para que seja possível a compreensão da necessidade do surgimento desta instituição.

2.1 ASPECTOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FUNÇÃO NOTARIAL

Para adentrar ao tema da função notarial de forma mais abrangente para, após, filtrar-se o conteúdo e chegar ao problema em si, que é a ata notarial, necessário conhecer as funções e atribuições do notário, bem como sua evolução no tempo até sobrevir os cartórios hodiernos.

No entendimento de Santos (2004, p. 21), a origem do notário remonta à antiguidade, uma vez que na época do Código de Hamurábi havia a figura

do *escriba*, os quais redigiam os atos jurídicos do monarca, bem assim anotavam todas as atividades privadas. Todavia, não é possível afirmar que possuía todas as atribuições do atual notário, porquanto era desprovido de fé pública, sendo assim, seus atos necessitavam de homologação por autoridade superior.

Nos tempos do Brasil Colônia, os tabeliães eram nomeados pelo rei. A investidura em tais cargos dava-se por meio de doação, o donatário era investido de um direito vitalício, ou até por compra e venda ou ainda sucessão *causa mortis*. Muitas vezes dava-se posse no cargo de tabelião a pessoas que não eram merecedoras, isso porque não se exigia preparo ou aptidão para o exercício da função [...] (SANTOS, 2005, p. 6).

Continuando com os ensinamentos de Santos (2013, p. 23), a atividade notarial no Brasil era vista como meramente autenticadora de uma documentação. Além disso, era tida como “casta privilegiada”, por prevalecer a hereditariedade, impedindo o acesso de outros profissionais. A referida autora ainda especifica que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 houve a inclusão do notário em seu corpo, tornando a atividade de caráter privado, por delegação do Poder Público e fiscalizada pelo Poder Judiciário (regulamentada pela Lei n. 8.935/1994 – Lei dos Cartórios), quando a atividade, vez hereditária, deu lugar ao concurso público, concedendo acesso a todos os bacharéis em direito ou que tenham exercido a atividade por dez anos.

A Lei em questão, trouxe a regulamentação necessária aos serviços notariais e de registro, conforme dispõe o artigo 236 da Carta Magna, regulando as atividades, disciplinando acerca da responsabilidade civil e criminal dos notários, definindo a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário e estabelecendo normas gerais para a fixação de emolumentos. O artigo 14 da Lei estabelece os requisitos para o exercício da atividade notarial e de registro, especialmente a obrigatoriedade de concurso público.

Notória, portanto, a desvinculação da atividade notarial da hereditariedade, dando vez ao concurso público para provimento de cargo de

tabelião com a participação efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil nesse processo.

2.2 DA FÉ PÚBLICA DO TABELIÃO

Primordialmente, cumpre salientar que todas as atribuições conferidas ao notário decorrem, principalmente, da fé pública conferida a este. Deste modo, necessário discorrer brevemente acerca de cada uma delas para que, ao final, seja possível compreender da melhor forma possível o porquê da ata notarial deter tamanha força probante, notadamente quando encontra-se *sub judice*.

De acordo com Wambier et al. (2016, p. 112), o princípio da notoriedade ou da fé pública é intrínseco ao Direito Notarial, sendo que os fatos atestados pelo tabelião possuem presunção relativa de veracidade, a qual admite prova em contrário, todavia é importante ressaltar que a desconstituição da prova pública é dificultosa, haja vista que a arguição de falsidade de documento público, pode, até mesmo, acarretar condenação em litigância de má-fé.

No mesmo sentido, Chaves e Rezende (2013) afirmam que dentre as exigências que a sociedade impõe, uma delas é a segurança jurídica, daí a necessidade de depositar fé pública na atividade notarial, a qual deve manter-se intrínseca aos preceitos de liberdade, justiça, igualdade e demais valores institucionalizados. Tais prescrições possuem como finalidade precípua a garantia e a certeza das relações humanas.

No mesmo norte, Brandelli (2004, p. 85), afirma que a fé pública deve decorrer de lei que assim a reconheça, mediante processo legislativo apropriado. Destarte, infere-se que a fé pública pressupõe uma presunção de veracidade do documento, de modo que a prova do oposto delegará a quem o alegue. Além disto, sustenta que a lei firma requisitos formais para o acolhimento

da fé pública, ou seja, o documento deve respeitar forma específica para ser contemplado com ela, não basta que o tabelião redija o documento.

Por conseguinte, “A forma, na espécie, integra as condições de validade do ato, as quais, em não sendo atendidas, nem por isso tornam-no ineficaz, mas apenas lhe negam a fé pública.” (BRANDELLI, 2004, p. 85).

Ademais, a atividade notarial deve ser considerada documentadora da vida social e o notário como jurista-documentador, visto que sua função é prestar serviço fundamental à administração da justiça, pela fé pública [...], tanto em relação à eficácia probatória, como à força executiva (VASCONCELOS E CRUZ, 2000, p. 3).

Não bastasse isso, ante a temática abordada neste trabalho, é significativo consignar a lição de Ferreira e Rodrigues (2010, p. 97), os quais aduzem que quando o documento público encontra-se em juízo o magistrado está vinculado a aceitar o documento como verdadeiro, pois a declaração de falsidade deste depende de prova e declaração em procedimento adequado.

Sendo assim, pode-se auferir que a ausência da fé pública geraria uma instabilidade no concernente aos negócios jurídicos entabulados entre os indivíduos, de forma que tal princípio, ou atributo, colabora com a certeza e a segurança que as pessoas esperam de seus atos.

3 FORÇA PROBATÓRIA DA ATA NOTARIAL INSERIDA NO PROCESSO CIVIL

O objetivo deste capítulo é a abordagem específica acerca da força probatória da ata notarial inserida no processo civil, sendo este o âmago deste trabalho.

Preliminarmente, far-se-á um apanhado histórico sobre o documento, inclusive trazendo seu conceito para, posteriormente, demonstrar em que hipóteses é possível utilizar a ata notarial no processo judicial civil, bem como sua eficiência.

3.1 ATAS NOTARIAIS

O cerne deste trabalho consiste na abordagem da efetividade da ata notarial como meio de provas no processo civil e, sendo assim, um tópico que verse sobre o documento em si é de suma importância para o desenvolvimento deste. A ata notarial, conforme será demonstrado a seguir, é um ato notarial importante para o ateste da veracidade de um fato, bem como sobre sua existência ou modo de existir. Tal afirmação encontra alicerce no artigo 384 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Sobre a ata notarial, cumpre tecer um breve esboço histórico, sendo assim, nos ensinamentos de Brandelli (2004, p. 41), o antecessor do notário captava fatos e redigia instrumentos, objetivando que tais fatos perdurassem. Evoluindo, a ata notarial individualizou-se, desvinculando-se dos demais atos notariais e destinada a constituir prova dos fatos narrados pelo tabelião.

No Brasil, a primeira ata notarial de que se tem conhecimento, foi lavrada por Pero Vaz de Caminha, quando narrou para o rei de Portugal a descoberta de novas terras. Sendo assim, pode-se dizer que esta ata notarial é o “registro de nascimento” do Brasil. Porém, embora esta tenha sido a primeira ata redigida em solo pátrio, restou esquecida por longo período, até ser positivada pela Lei nº 8.935, no ano de 1994. Todavia, tal fato não embaraça o reconhecimento da utilização da ata notarial pelos notários, como, por exemplo, no caso da aprovação de testamento cerrado e das “escrituras declaratórias”, as quais, a bem da verdade, podem ser consideradas atas notariais. (BRANDELLI 2004, p. 42).

Consoante Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 238-239) se houver interesse em documentar algum fato, qualquer pessoa poderá fazê-lo, mediante auxílio de tabelião, o qual deverá narrar por escrito tudo o que ocorreu em sua presença. Ainda, narram os autores que dentre tantas outras:

[...] existem as atas de notoriedade cujo objeto é a comprovação e fixação de fatos notórios (por exemplo: a prova de que o solicitante está *vivo*, algumas vezes

solicitada pelo INSS); as atas de presença e declaração, que visam a documentar a declaração de alguém sobre algum fato; as atas de constatação ou inspeção, onde o tabelião documenta algo que viu ou presenciou; atas com gravação de diálogo telefônico, em que o tabelião ouve diálogo telefônico, em viva-voz ou não, bem como transcreve integralmente este quando da elaboração da ata; as atas da internet que tem como intento não só a demonstração do conteúdo do que foi postado em meio virtual, mas também atestar que aquela informação encontra-se disponível em ambiente público; as atas de subsanação, nas quais o tabelião constata erros em documentos particulares ou oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental.

Necessário, ainda, elucidar a diferença entre ata notarial e escritura pública, vez que, com frequência, são confundidas no meio jurídico. Conforme dizem Ferreira e Rodrigues (2010, p. 112-113):

Na escritura pública, o tabelião recebe a manifestação de vontade, qualifica essa manifestação fazendo incidir um instituto jurídico pertinente, presta assessoria, tem poder discricionário, obstando manifestações que estiverem em desacordo com o direito e, por fim, redige o instrumento jurídico adequado. [...] o tabelião documenta mediante atividade “ativa”, ou seja, recebe a vontade das partes e molda-a com liberdade de atuação e subjetividade (a forma de moldagem). Os outorgantes são protagonistas do ato que se documenta, e o tabelião emite juízos sobre tal ato para a sua eficácia plena.

Já a ata notarial, possui objeto distinto, ou seja, descreve o fato no instrumento, enquanto a escritura pública declara os atos e negócios jurídicos, constituindo-os. Ainda, pode-se dizer que a ata notarial apresenta um caráter passivo por parte do tabelião, já que atua como um observador apenas, não se intrometendo na ação exceto, por óbvio, se houver a necessidade de algum aconselhamento por parte do tabelião. Por conseguinte, pode-se dizer que o notário, quando da elaboração da ata, apenas atesta os fatos, não influi na ação, pois esta possui uma natureza meramente autenticatória, sem constituir

direitos ou obrigações, apenas preservando aqueles fatos sob a salvaguarda da autenticidade notarial (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 112-113).

De acordo com os ensinamentos de Campilongo (2014):

Documento ainda pouco utilizado na prática brasileira, a ata notarial não foge dos princípios basilares que orientam a profissão. Diferentemente das escrituras de venda e compra, que pressupõem o consenso entre as partes, ou da procuração, que implica na declaração de vontade com outorga de poderes, a ata notarial conta com seleção de fatos e redação do registro de eventos nas quais a participação do notário é decisiva. Na ata notarial o tabelião relata o que escuta, visualiza e constata. O notário se circunscreve a um juízo de fatos. O juízo de valor sobre os fatos escapa ao alcance da ata notarial e à competência do tabelião que a lavra. Por se tratar de ato unilateral declaratório do notário, os atributos de independência, imparcialidade e prudência do tabelião ganham aspectos similares aos da atuação de um árbitro da legalidade das próprias afirmações. A narrativa dos fatos na ata notarial deve ser suficientemente direta e minuciosa para que, de sua simples leitura, não parem dúvidas a respeito do ocorrido. A figura do *gatekeeper* desempenha, aqui, duplo controle de “purgação” da ata notarial: primeiro, o filtro dos fatos relevantes observados com os sentidos do tabelião e o consequente descarte daquilo que, ao seu arbítrio, escape ao juízo de constatação empírica; depois, o controle da lavratura do ato, a juízo exclusivo do notário, sem que o requerente possa contestar ou rejeitar o que constar do relato.

Em concordância com Brandelli (2004, p. 45), o objeto da ata notarial é obtido por exclusão, isto é, o que não for objeto de escrituração pública, pode ser objeto de ata notarial. Além disso, tem-se que a diferença básica entre estes dois documentos reside na manifestação de vontade, que inexistente quando da lavratura da ata.

Segundo Lins (2011, p. 36):

A ata notarial é um instrumento público que se constitui num importante meio de prova para o eventual uso em processos judiciais ou extrajudiciais. Ela é elaborada a partir da narrativa de fatos verificados pessoalmente pelo Tabelião ou seus colaboradores, ou seja, não tem como conteúdo um negócio jurídico. Devido a tais características,

a ata notarial não se confunde com escritura, procuração ou testamento, sendo uma espécie própria e prevista pela Lei 8.935/94 como competência exclusiva do Tabelião de Notas para lavrá-las.

Consoante Brandelli (2004, p. 45), a ata notarial consiste num fato cuja captação e transcrição em documento apropriado é feita pelo notário, devendo ser mera narração fiel do fato, ou fatos, verificados, vedado o juízo de valor. Neste norte, entende-se que o tabelião pode, até mesmo, narrar em ata um ato jurídico presenciado.

Ainda, de acordo com Lins (2011, p. 36) e, corroborando com o exposto anteriormente, “A ata deve retratar fielmente a realidade em sua narrativa dos fatos. Não pode haver alteração, adaptação ou juízo de valor do tabelião.”

Na voz de Teixeira (2014):

Trata-se de um testemunho oficial do notário, cuja constituição se dá de maneira livre por ele. Assim, a ata está impregnada dos limites cognitivos do notário, pois ele relata os fatos conforme a sua percepção primária adquirida pelos sentidos. A ata, formulada a requerimento de um interessado, é ato unilateral e declaratório, constituindo resenha ou relato fático, e deve ser escrita com segurança, detalhamento e precisão conceitual.

De mais a mais, Vasconcelos e Cruz (2000, p. 81) doutrinam que o instrumento da ata notarial é ato unilateral do notário, sendo que este tem a obrigação de relatar os fatos de forma meticulosa, com riqueza de detalhes, a fim de caracterizar com precisão o fato ocorrido, através de simples leitura.

Afirma Santos (2004, p. 54, grifo do autor) que o fato objeto de ata notarial deve ser aquele *presenciado* pelo tabelião, sendo vedado relatar um fato que um terceiro presenciou ou ouviu. Do mesmo modo, não pode, por exemplo, lavrar um contrato por meio de ata notarial, pois contratos são manifestações de vontade. Por conseguinte, atos jurídicos, depoimentos de testemunhas arroladas ou não em processo judicial que tenham a finalidade de instruir processo em juízo, não podem ser matéria de ata notarial.

Em relação à eficácia da ata notarial, leciona Brandelli (2004, p. 54):

As atas notariais não têm eficácia substantiva nem executiva, presentes nas escrituras, mas tão-somente eficácia probatória, também presente nas escrituras. Quer-se dizer com isto que a ata notarial perpetua no tempo, com caráter probatório revestido de fé pública, os atos ou fatos descritos pelo notário. [...] Tem a ata notarial o condão de preconstituir prova dotada de fé pública, isto é, os fatos que o notário declarar que ocorreram em sua presença, presumem-se verdadeiros, tornam-se críveis, até que se prove o contrário. Por isso diz-se que a ata notarial tem a característica de perpetuar o fato no tempo, com força de fé pública.

Outrossim, revalidando o elucidado, o art. 405 do Código de Processo Civil reza que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.” (BRASIL, 2015).

Desta forma, pode-se aferir tamanha proteção que a ata notarial fornece à vida daquele que a utiliza com a finalidade de resguardar algum fato, mormente no concernente à realidade processual civil.

3.2 DAS PROVAS ADMITIDAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Diversos são os meios probatórios admitidos na seara processualista civil brasileira, tudo com o intuito de dar robustez às alegações das partes, de modo que a não oportunidade de produzir as provas que entenderem cabíveis revelaria flagrante desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Corroborando com o que foi exposto, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 49, grifo do autor) lecionam que:

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental. Esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro [...]. Não

custa lembrar que, [...], após a EC n. 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Daí nasce a importância de abordar referido tema neste trabalho, pois fundamentais são os meios de provas que já eram previstos no Código de Processo Civil de 1973 e, com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, a ata notarial passou a constar neste rol.

Contudo, necessário esclarecer que a abordagem sobre o tema será de forma breve, porquanto apesar de ser fundamental para o trabalho versar acerca do assunto, não é a principal finalidade deste.

Primeiramente, tem-se como meio de prova o depoimento pessoal. Este meio probatório, encontra previsão nos artigos 385 e seguintes do Código de Processo Civil. De acordo com os ensinamentos de Bueno (2015, p. 280), o novo *Codex* Processual Civil manteve o depoimento pessoal como meio de prova, sendo que se trata de prova prestada por uma parte a pedido de outra. Conforme traz o art. 385, §1º, em verdade, esta forma de prova busca a confissão do indivíduo depoente. Além disso, o novo CPC também manteve a regra de que a parte que não prestou depoimento não pode ouvir o da outra, porém o que o Código trouxe de inovador foi a possibilidade da colheita das informações por meio de videoconferência.

Sobre a confissão, esta encontra esteio nos artigos 389 e seguintes do Código de Processo Civil, o qual assim dispõe: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.” (BRASIL, 2015). Sobre esta modalidade, desnecessárias maiores elucidações, vez que o artigo é autoexplicativo.

Além disso, outro meio probatório previsto nos artigos 396 e seguintes do Código de Processo Civil, é a exibição de documento ou coisa. Sobre este assunto, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 257) prelecionam que dependendo do caso ou da circunstância, se o documento ou coisa

estiver em poder da parte contrária ou de terceiro particular, são diversos os procedimentos para a obtenção do documento, porquanto a natureza jurídica do instituto é distinta. Quando se encontrar em mãos da parte adversária, tem-se um incidente processual e, quando em mãos de terceiro particular, um processo incidente.

Trata-se, portanto, de meio de obtenção de alguma prova que uma das partes precise produzir, porém que não possui condições de conquistar por conta própria. Por esta razão, por intermédio do Poder Judiciário o interessado busca satisfazer sua pretensão.

Concernente à prova documental, esta é utilizada desde o início do processo, quando há a juntada de documentos com o intuito de constituir o direito do autor, na petição inicial. A prova documental encontra-se disposta nos artigos 405 e seguintes do Código de Processo Civil, estando prevista em três subseções, quais sejam, “Da Força Probante dos Documentos”, “Da Arguição de Falsidade” e “Da Produção da Prova Documental”.

Necessário esclarecer que o legislador se preocupou em enaltecer a importância do documento público, quando da redação da primeira subseção. Isto se vê logo no aludido artigo 405, pois este dispõe que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença” Ainda, o artigo 406 assim preleciona: “Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.” (BRASIL, 2015). Ou seja, não há dúvidas de que o documento público é prova privilegiada para comprovar as alegações.

Sobre o assunto, Bueno (2015, p. 290) instrui que:

O art. 411 amplia o rol de casos em que se considera autêntico o documento. Destarte, além da hipótese de o tabelião reconhecer a firma do signatário (inciso I), também é considerado autêntico o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico (inciso II) ou

quando não houver impugnação da parte contra quem o documento foi produzido (inciso III) [...]

Portanto, evidente que este meio probatório é o mais usual e abrangente na seara processual.

Adiante, tem-se a prova testemunhal como outra forma de evidenciar um direito. A prova testemunhal encontra respaldo nos artigos 442 e seguintes do Código de Processo Civil. Tal alternativa é de grande valia quando o documento for providência ineficiente, como por exemplo em um negócio jurídico firmado mediante contrato verbal.

Sobre a prova em questão, o Código de Processo Civil é claro e minucioso, sendo que em seu artigo 443 elenca duas hipóteses em que o juiz deve indeferir a inquirição de testemunhas. Isto se dará quando os fatos já foram provados por documento ou confissão da parte ou quando só por documento ou exame pericial tais fatos puderem ser provados (BRASIL, 2015).

Diante do exposto, é possível perceber que tal modalidade serve, a bem da verdade, para suprir a fraqueza ou inexistência de documento hábil a constituir um direito.

Corroborando com o elucidado e em relação ao artigo supramencionado, Figueiredo (2015) afirma que “A regra é que sempre é possível a utilização da prova testemunhal; a exceção está neste artigo.”

A prova pericial vem explicada pelo, o artigo 464 do Código de Processo Civil, trazendo as modalidades de perícia, bem como as hipóteses de indeferimento pelo magistrado.

A respeito do assunto, Carneiro e Pinho (2015, p. 259), afirmam que os parágrafos segundo a quarto do referido artigo regulamentam a possibilidade de substituição da prova pericial pela prova técnica simplificada. Esta servirá para esclarecer situações menos complexas, sendo que nestes casos, o juiz inquirirá diretamente o profissional especialista, podendo ser feito por meio de recurso tecnológico de transmissão de dados, ou seja, videoconferência.

Por fim, já no artigo 481, o último meio de prova elencado no rol é a inspeção judicial. Esta, conforme Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 337) tem por objetivo esclarecer ao juiz sobre algum fato que interesse na decisão da causa, esclarecendo algum ponto controverso. Ainda, não é admitida inspeção com o intuito de satisfazer curiosidades pessoais ou “[...] instintos de perseguição em torno dos envolvidos no processo.”

Desta forma, é possível perceber que a inspeção judicial, em que pese ser pouco utilizada na prática, seria meio eficaz ao deslinde da demanda, vez que o juiz, com seus próprios olhos perceberia de fato o que acontece.

Portanto, isto colaboraria imensamente para que o magistrado pudesse decidir de forma mais justa e equânime, já que, se atrelado apenas ao que dizem os autos, não seria capaz de perceber a real situação do processo.

3.3 ATA NOTARIAL INSERIDA NO PROCESSO CIVIL

Buscando ainda mais a inserção do documento notarial no meio processual, já que esta é a essência da pesquisa, torna-se imprescindível a abordagem contida nesta seção.

Inovando em relação ao Código de Processo Civil de 1973, o atual Código de Processo Civil, traz em seu artigo 384 uma nova modalidade de produção de prova: a ata notarial. Este documento, conforme já devidamente esclarecido, existe desde a época de Pero Vaz de Caminha, porém, o que se vê atualmente é uma tendência em incluí-lo cada vez mais na seara processual.

O *caput* do artigo 384 admite que a existência ou modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata notarial lavrada por tabelião. O parágrafo único deste artigo autoriza a utilização do documento quando o que necessitar ser atestado forem os dados representados em imagem ou som, gravados em arquivos eletrônicos (BRASIL, 2015).

Este meio de prova está tomando força e sendo utilizado com maior frequência dentro dos processos judiciais, por ser um instrumento robusto e concreto, mormente na produção de provas retiradas em meios eletrônicos, tendo em vista que a mera menção de acontecimentos em páginas da internet não é suficiente para formar um convencimento no magistrado.

Acerca da natureza da ata notarial, Nery Junior e Nery auxiliam a assimilar o seu conceito com a sua finalidade e aptidão:

A ata notarial é documento público, fruto da atuação notarial, documento revestido de fé pública, lavrado por tabelião que atesta a existência de um fato ou o modo de esse fato existir, descrevendo-o conforme ele se apresenta de sorte a preservar a memória de sua ocorrência e servir como prova autêntica de como, quando e de que forma tais fatos se deram. (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1015-1016).

Sendo assim, no dizer de Brandelli (2004, p. 182), “A ata notarial é instrumento probatório valioso para demonstrar veracidade dos fatos materiais e encarta-se no rol das provas admitidas em direito [...]”

Ainda, concernente aos acontecimentos em sítios virtuais, cita Wambier et al. (2016, p. 1112) que a impressão das páginas não garante que o juiz tome como verdadeiro o conteúdo do documento, cotejando-o com o endereço eletrônico e o momento em que existia. Diante desta situação tida como insolucionável – aparentemente – no plano probatório é que os Tabeliães foram procurados para lavrar atas notarias que descrevessem a solicitação de acesso à internet, bem assim o endereço eletrônico em si com o horário e a íntegra do descrito. Destarte, em razão da fé pública do notário, referido documento é tido como verdadeiro, sendo capaz de inverter o ônus da prova, devendo a parte contrária, querendo, impugnar, ou seja, demonstrar que o que foi escrito não é verdadeiro.

Relativamente ao ônus da prova, Nery Junior e Nery (2015, p. 994), declaram que a expressão tem origem latina, derivando das palavras “carga, fardo, peso, gravame”. Se o ônus da prova não for atendido, a parte que pretende o direito litigado no processo fica em posição desvantajosa em relação

à outra. Além disso, asseveram os autores que “[...] a produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei é ônus da condição de parte.”

Não bastasse isso, Wambier et al. (2016, p. 1071) destacam que o desrespeito ao ônus da prova acarreta uma punição e, igualmente, sua exigibilidade no caso em que não for realizado. Além do mais, continuando com os ensinamentos dos autores, necessário mencionar que a regra geral prevista no Código de Processo Civil é a distribuição estática do ônus da prova, ou seja, o autor deve constituir o seu direito e o réu deve comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Esta regra está explanada no artigo 373 do Código de Processo Civil e traz o que comumente é aplicado na seara processual. Entretanto, a depender do caso concreto, a regra geral sofre alteração, o que se denomina inversão do ônus da prova. Referida inversão, merece destaque quando se trata de documento público, pois, conforme exaustivamente foi exposto neste trabalho, a fé pública do agente público que o descreve, atesta ou elabora gera uma presunção de veracidade do documento apresentado, sendo que para desconstituí-lo a parte adversa é que deve comprovar que o que está contido nele não condiz com a realidade.

Com a finalidade de sustentar os argumentos suprarreferidos, Brandelli (2004, p. 180) doutrina que a ata notarial, assim como outros documentos públicos “É prova plena que, independente de corroboração por outras provas, o instrumento constitui elemento bastante dos fatos nela declarados como aferidos diretamente pelo oficial público que a lavrou.”

Além disso, Teixeira (2014), não destoia, pois entende que a ata notarial, além de plenamente eficaz como meio de prova, coadjuva com princípios processuais, conforme se lê: “Na medida em que o novo Código mantém a preocupação com a celeridade da Justiça, outorgar a tutela antecipada a quem demonstrar maior densidade probatória é uma das maneiras mais eficazes de garantir um resultado útil e a razoável duração do processo.”

Indubitavelmente tal afirmação auxilia a esclarecer o porquê da aplicação da inversão do ônus da prova quando há um documento público no processo.

4 CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa foi possível explanar como, de fato, iniciou-se a prática notarial, desde a figura do *escriba* egípcio, o qual redigia os atos jurídicos efetuados pelo monarca, sendo considerado o ancestral legítimo do notário atual, todavia desprovido de fé pública até a atividade notarial moderna, a qual, uma vez hereditária, deu lugar ao provimento por intermédio de concurso público, oportunizando um acesso mais amplo ao cargo.

Dando sequência, abordou-se acerca da fé pública do tabelião, sendo, este, princípio fundamental que norteia a atividade notarial, constituindo o tabelião de notas como sendo verdadeiro atestador dos próprios documentos, garantindo sua fidelidade em juízo.

Deste modo, após o estudo efetuado e sustentando-se no princípio supra elencado, abre-se, no segundo capítulo, a discussão sobre o cerne deste trabalho, ou seja, a respeito da força probatória da ata notarial inserida no processo civil e, para tanto, primordialmente versou-se sobre a ata notarial em si.

A ata notarial, conforme já exposto, serve para certificar algum fato presenciado pelo tabelião e, sendo assim, quem a utiliza com o objetivo de demonstrar que certa situação efetivamente ocorreu, certamente está, a partir de sua inclusão no rol de provas constante do Código de Processo Civil, acobertado pelos seus benefícios. Isto porque, referido documento detém caráter público e isto refletirá de forma direta no ônus da prova, o qual, conforme inteligência do artigo 373 do Digesto Processual Civil, traz como regra o seguinte: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato

constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” (BRASIL, 2015).

Desta feita, detendo o autor um documento público e revestido de fé pública, por óbvio que tal prova possui tamanha robustez que é capaz de inverter a regra prevista no aludido artigo, isto é, inverter o ônus da prova e, desta forma, ao réu cabe desconstituir o escrito na ata notarial, pois esta possui presunção relativa de veracidade.

Neste norte, constando a ata notarial dentre os tipos de prova, houve a necessidade de debater sobre os meios probatórios previstos na legislação civil pátria, a fim de incluir, contextualizar e familiarizar ainda mais o leitor com este instrumento, visando a utilização deste com maior segurança e convicção.

Superado este ponto, abriu-se tópico particular denominado ata notarial inserida no processo civil, revelando o verdadeiro objetivo de todo o estudo efetuado. Felizmente, o acervo doutrinário colacionado nesta seção corroborou com o fim que se almejava, ou seja, os estudiosos pesquisados reiteraram que a ata notarial consiste em importante e sólido meio de prova.

Com o acervo bibliográfico que fora destrinchado, verificou-se que a ata notarial não só é instrumento eficiente, como também se considera instrumento concreto, viável, prestigiado pelos aplicadores do direito e, portanto, um meio de prova deveras admitido, sem que haja divergências de entendimentos entre os órgãos colegiados sobre sua admissão. Sendo assim, pelo fato de que tais órgãos norteiam as decisões de primeira instância, entende-se que a ata notarial será adotada e respeitada de forma vasta e abundante pelos magistrados e demais profissionais que necessitam solucionar os litígios tão presentes no Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo et al. (Org.). *Ata Notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.935 de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos Cartórios). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.286 de 10 de maio de 2016. Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da Lei no 8.935, de 18 de novembro de 1994. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 maio 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13286.htm>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. 752 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Função Social do Notariado*. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA. *Sobre o CEP*. Disponível em: <<http://www.unoesc.edu.br/pesquisa/cep>>. Acesso em: 02 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm. 2016.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata Notarial: doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Simone Diogo C. Figueiredo. *Novo Código de Processo Civil anotado para Concursos*. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. *Ata notarial e as novas tecnologias*. Disponível em: <<http://www.advogado.com/atanotarial/doutrina/atanotarialeasnovastecnologias.html>>. Acesso em: 07 set. 2017.

LINS, Caio Mário de Albuquerque. *Tabelionato de Notas e de Contrato Marítimo*. Companhia Mundial de Publicações, 2011. vol. 5. Col. Concurso para Notários e Registradores.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Arlete Aparecida dos. *Responsabilidade Civil do Notário*. Joaçaba, 2005.

SANTOS, Marcia Elisa Comassetto dos. *Fundamentos Teóricos e Práticos das Funções Notarial e Registral Imobiliária*. Porto Alegre: Norton Editor, 2004.

SANTOS, Maria Christina dos. *A função do notário: um instrumento da paz social*. São Paulo: All Print Editora, 2007.

SANTOS, Maria Christina dos. *O serviço notarial como forma de desafogar o Poder Judiciário: Uma análise sob a perspectiva dos tabelionatos de protesto de títulos*. Curitiba. 2013.

SANTOS. Sinval dos. *Reflexos do novo código civil no serviço notarial*. Joaçaba, 2003.

TEIXEIRA, Eduardo Didonet. *O novo CPC e o uso da ata notarial em juízo*. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao060/Eduardo_Teixeira.html>. Acesso em: 08 set. 2017.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes; CRUZ, Antônio Augusto Rodrigues.
Direito Notarial: Teoria e Prática. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

Barbara Padilha dos Santos¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente artigo analisou a conduta do artigo 217-A (estupro de vulnerável) do Código Penal que foi criada pelo legislador quando da elaboração da Lei nº 12.015 de 2009 visando acabar com a discussão que existia acerca da presunção de violência se seria absoluta ou relativa quando o crime era praticado com menor de 14 anos. Com as alterações passou-se a utilizar a nomenclatura “estupro de vulnerável” quando o agente pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, deficiente ou enfermo que não possuem condições de discernir quanto ao ato e qualquer pessoa que, por qualquer outra causa, não possui condições de apresentar resistência. Assim, foi utilizado do método dedutivo já que partiu de uma premissa ampla para uma mais específica, sendo abordada a atualização do ordenamento jurídico para atender a evolução da sociedade, a Lei nº 12.015, o estupro de vulnerável e, por fim, a discussão que ainda se mantém, agora acerca da presunção de vulnerabilidade ser absoluta ou relativa quando a vítima é menor de 14 anos.

Palavras-chave: Dignidade sexual. Crimes sexuais. Estupro de vulnerável. Presunção de vulnerabilidade absoluta e relativa.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal previa no Título VI os crimes sexuais, os quais eram tratados sob a nomenclatura “crimes contra os costumes” que na realidade visava uma moralidade social, a imagem da vítima perante a sociedade e não a proteção da própria vítima, sua dignidade e consequências causadas a ela advindas da conduta violenta.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; babippadilha@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; rafaella.caon@unoesc.edu.br

Sem dúvida foi um longo e doloroso caminho até a promulgação da Lei 12.015/09 que realizou alterações no referido Título VI, deixando de utilizar a nomenclatura “crimes contra os costumes” para utilizar “crimes contra a dignidade sexual” visando uma proteção à vítima propriamente dita.

O presente trabalho abordará as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, analisando especificamente a criação do artigo 217-A que trata do estupro de vulnerável, sendo que anteriormente utilizava-se do artigo 213, estupro, e artigo 214, atentado violento ao pudor, tendo como parâmetro o artigo 224, o qual tratava da presunção de violência para punir o agente que mantinha relação sexual com pessoa menor de 14 anos, alienada, débil mental ou que não pudesse oferecer resistência por qualquer outro motivo.

O legislador buscou com a criação do artigo 217-A acabar com a discussão que havia anteriormente sobre a presunção de violência constante no artigo 224 quando se tratava de vítima menor de 14 anos, passando a utilizar a nomenclatura “presunção de vulnerabilidade” no artigo 217-A, que considera, entre outros casos, vulnerável o menor de 14 anos. Entretanto, apesar desta alteração, doutrina e jurisprudência discutem no momento a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos, sendo que alguns consideram que se trata de vulnerabilidade absoluta, e outros que se trata de vulnerabilidade relativa.

Num segundo momento foram analisados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial os entendimentos de alguns operadores do Direito, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina acerca da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos.

2 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES – TÍTULO VI DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL – AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

O Código Penal de 1940 trazia em seu título VI os crimes sexuais, os quais eram tratados com a nomenclatura “crimes contra os costumes”. Com as mudanças e avanços da sociedade, houve a necessidade de adaptação do Direito com relação a estes crimes. Estas adaptações ocorreram principalmente com as reformas trazidas pela Lei 12.015 de 2009.

Mirabete e Fabbrini (2013, p. 401) alegam que o Código Penal previa os costumes como objeto central de tutela nos crimes sexuais, dando o legislador igual ou mesmo maior importância à moralidade e ao pudor público do que a outros bens jurídicos relevantes, como a integridade física e psíquica e a liberdade sexual.

É notável que a nomenclatura utilizada para tratar dos crimes sexuais era baseada na moral conservadora social da época, que tratava o próprio sexo como um tabu, onde não se via a vítima e as consequências causadas a ela, e sim sua imagem perante a sociedade, já que valia muito a opinião social em relação as pessoas e suas condutas.

As mudanças ocorridas na sociedade trouxeram outras preocupações para o Estado, como a exploração sexual das crianças, por exemplo (GRECO, 2011, p. 450).

Deste modo, foi criada uma CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito por meio do requerimento nº 02/2003 que tinha como finalidade investigar os casos de violência e exploração sexual de crianças e adolescentes. Por conta do alto número de exploração foi proposto o Projeto de Lei nº 253/2004, que, após, veio a ser convertido na Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 (GRECO, 2011, p. 450).

A referida lei suprimiu a nomenclatura “crimes contra os costumes”, passando a utilizar a nomenclatura “crimes contra a dignidade sexual”,

reconhecendo que os crimes sexuais atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano (BITENCOURT, 2016).

Deste modo, nota-se que a nova nomenclatura veio atender prontamente as necessidades e visões da sociedade, objetivando a proteção da pessoa, da sua dignidade, da sua saúde física e psicológica, dando importância e valor ao indivíduo por si só, e não acerca da moralidade social.

2.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/09 trouxe diversas alterações ao Código Penal, principalmente no que diz respeito aos menores. Objetivando uma maior proteção acerca da dignidade sexual destes, houve a criação dos crimes sexuais contra vulneráveis dispostos nos artigos 217-A, estupro de vulnerável; 218, corrupção de menores; 218-A, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e 218-B, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável do Capítulo II do Título VI do Código Penal (BRASIL, 2009).

Abordando o tema, qual seja, estupro de vulnerável, constante no artigo 217-A do Código Penal, antes do advento da Lei nº 12.015/2009 não existia a expressão “estupro de vulnerável”, este era enquadrado como estupro, no artigo 213, parágrafo único, ou atentado violento ao pudor, artigo 214, parágrafo único, ambos do Código Penal, que traziam em seus parágrafos únicos um aumento de pena caso o crime fosse cometido contra menor de 14 anos, tendo como parâmetro o artigo 224, também do Código Penal, o qual tratava de presunção de violência nos casos de a vítima ser menor de 14 anos, alienada ou débil mental ou que não pudesse oferecer resistência por qualquer outro motivo (BRASIL, 1940).

Com relação ao revogado artigo 224 do Código Penal, afirma Nucci (2013, p. 869-870) que, com a Lei nº 12.015/2009, eliminou-se o disposto no artigo 224 do Código Penal relativo a presunção de violência, adotando-

se a conceituação de presunção de vulnerabilidade, no atual artigo 217-A, tratando-se de capacidade de compreensão e aquiescência no que diz respeito ao ato sexual.

Estupro de vulnerável é o crime constante no artigo 217-A do Código Penal, o qual é redigido da seguinte forma:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009).

Com o exposto, verifica-se que com a Lei nº 12.015/09, não há mais que se falar em presunção de violência quando há ato sexual com menor de 14 anos e com pessoas que se encontram em condições fragilizadas, e sim presunção de vulnerabilidade, pois certas pessoas em certas situações são consideradas vulneráveis, não possuindo capacidade de consentir com o ato sexual.

Há esta presunção de vulnerabilidade em casos específicos, que o próprio artigo 217-A em seu caput e §1º menciona, sendo o caso de ato sexual com pessoa menor de 14 anos e com aquelas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou não podem oferecer resistência, respectivamente (BRASIL, 1940).

2.1.1 Objeto material e bem juridicamente protegido

Aqui se passa a demonstrar o objeto material, qual seja, a vítima do delito; e o bem juridicamente protegido, ou seja, aquele que a tipificação penal

busca proteger ou mesmo punir o agente quando houver a violação deste ou destes bens.

Greco (2011, p. 535) traz o objeto material como sendo a criança, ou seja, o menor de 12 anos, nos termos do caput do art. 2^o³ do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o adolescente menor de 14 anos, bem como a vítima portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha discernimento quanto ao ato ou capacidade para oferecer resistência.

Quanto ao bem juridicamente protegido, este seria a liberdade, dignidade e desenvolvimento sexual. No momento em que ocorre a violência sexual, a liberdade de dispor do próprio corpo é agredida, atingindo também a dignidade do ser humano e seu desenvolvimento sexual (GRECO, 2011, p. 534-535).

2.1.2 Elementos objetivos e subjetivos

Mirabete e Fabbrini (2013, p. 428) dispõem que o tipo objetivo é a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso do agente com pessoa vulnerável, independentemente de haver violência, grave ameaça ou fraude, bastando a prática de um dos atos sexuais. O delito do artigo 217-A absorve os crimes dos artigos 213 e 215, estupro e violação sexual mediante fraude, respectivamente, por se tratar de especialidade com relação à vítima. Havendo violência, grave ameaça ou fraude, o juiz deverá analisar na dosimetria da pena.

Elementos objetivos, conforme Nucci, (2013, p. 867):

Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário

³ Art. 2^o Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

(indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por outra causa (motivo, razão), não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo).

Segundo Estefam (2015) “A conjunção carnal se traduz no ato libidinoso em que ocorre a introdução do pênis na vagina (cópula vaginal), ainda que parcialmente.”

Ato libidinoso seriam outras formas de realização do ato sexual, como a cópula oral e anal, por exemplo (CAPEZ, 2010, p. 81).

Portanto, para haver o crime consumado, basta que ocorra qualquer tipo de ação sexual com vítima considerada vulnerável, de acordo com o artigo 217-A do Código Penal, sendo que a conjunção carnal, como visto, apenas pode ocorrer entre homem e mulher, por tratar-se da introdução do pênis na vagina; entretanto, pode haver o delito entre pessoas do mesmo sexo, sendo, neste caso, enquadrado na expressão “outro ato libidinoso”.

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, sendo necessária a consciência da condição de vulnerabilidade pelo sujeito ativo. Se o agente possuía dúvida quanto à idade da vítima, enfermidade ou doença mental, responde por dolo eventual. Já o erro quanto às condições exclui o dolo, podendo configurar outro crime, como o estupro do art. 213 (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 430).

2.1.3 Sujeito ativo e passivo

Sujeito ativo é aquele que pratica o delito. Sujeito passivo é aquele que sofre com o delito praticado, ou seja, a vítima.

De acordo com Greco (2011, p. 535) tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativos do delito, entretanto quando tratar-se de conjunção

carnal, esta deverá, obrigatoriamente, ser heterossexual, quando houver outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá ser o sujeito ativo.

Sujeito passivo, “ [...] é o indivíduo menor de 14 anos ou aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (CAPEZ, 2010, p. 81).

2.1.4 Consumo e tentativa

Quanto à forma que o delito é consumado, dispõe Estefam (2015) que este ocorre no momento em que há a conjunção carnal, havendo a introdução completa ou incompleta do órgão genital masculino no feminino, mesmo que não tenha tido rompimento do hímen, caso existente, e que não tenha havido ejaculação. No caso de prática de outro ato libidinoso, o crime se consuma com a sua efetiva execução.

Com relação à tentativa, Mirabete e Fabbrini (2013, p. 430-431) diz que esta é admissível, configurando-se quando o agente iniciou a prática do delito, visando sua consumação, mas é impedido de finalizá-lo.

2.1.5 Ação Penal

A ação penal pode ser pública condicionada à representação, sendo necessária a participação da vítima; pública incondicionada à representação, não sendo necessária a participação da vítima, tendo o Ministério Público poder para propor e privada, ou seja, apenas existirá uma ação penal se a vítima ou seus responsáveis, em alguns casos, quiserem ajuizá-la.

Segundo Nucci (2013, p. 880) na antiga redação do artigo 225 do Código Penal os crimes sexuais eram todos de iniciativa privada, constituindo hipótese de ação pública quando a vítima ou seus responsáveis não pudessem arcar com as custas do processo; quando o delito fosse cometido com abuso do poder familiar ou por padrasto, madrasta, tutor ou curador.

Com o advento da Lei 12.015/09, os crimes dos artigos 213 ao 218-B do Código Penal passaram a ser de ação penal pública condicionada à representação, entretanto, se a vítima é menor de 18 anos ou vulnerável, a ação será pública incondicionada (NUCCI, 2013, p. 881).

2.1.6 Qualificadoras

Os fatos gravosos que por vezes ocorrem após a prática do delito são chamados de qualificadoras, ou seja, se ocorrer um ou mais dos fatos tipificados como qualificadoras no dispositivo legal, ocorre um aumento na pena do agente.

As formas qualificadas de estupro de vulnerável são as previstas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A. Qualifica-se o crime se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave (§ 3º), hipótese em que se comina pena de 10 a 20 anos de reclusão, ou morte (§ 4º), em que se prevê pena de 12 a 30 anos de reclusão (MIRABETE; FABBRINI, 2013, p. 431).

Conforme Greco (2011, p. 52) “Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129⁴ do Código Penal.”

2.1.7 Causas de aumento de pena

Causas de aumento de pena são situações específicas que o agente se encontra e/ou causa à vítima, proporcionando assim, um aumento da sua pena.

⁴ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. Lesão corporal de natureza grave § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

As causas de aumento de pena previstas no Código Penal são as do artigo 226,⁵ quais sejam: crime cometido com concurso de 2 ou mais pessoas; se o agente for ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, empregador ou possui qualquer tipo de autoridade sobre vítima (BRASIL, 1940).

O artigo 234-A⁶ também prevê aumento de pena se o do crime resultar gravidez e se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível (BRASIL, 1940).

São justas as causas de aumento de pena, visto que as pessoas próximas às vítimas abarcadas no referido dispositivo deveriam zelar pelo seu bem-estar e também possuem maior contato com estas, facilitando a execução do ato sexual.

As demais causas de aumento de pena também se demonstram adequadas pela gravidade das consequências causadas à vítima. No caso da gravidez, a vítima terá que lidar com o fato de estar gestando um filho que adveio de um ato de violência, ou optar pelo aborto, momento de sofrimento e diversas vezes de trauma para a mulher, e ainda a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis que causam a quem as possui muito sofrimento e desconforto, tendo que lidar com o preconceito social que possuem estes tipos de enfermidades, com tratamentos demorados, sendo que algumas necessitam de uso de medicamentos pelo resto da vida e também podem ser fatais.

⁵ Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

⁶ Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) I – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) III - de metade, se do crime resultar gravidez; e (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

2.1.8 Crime hediondo

Para Capez (2010, p. 87/90), O artigo 9º da Lei nº 8.072/90,⁷ prevê aumento de pena da metade nos crimes do artigo 214 e sua combinação com o 223, estando a vítima nas hipóteses do artigo 224, todos do Código Penal. Com a revogação do artigo 224, e a implementação do crime de estupro de vulnerável como crime autônomo, não há mais que se falar na aplicação deste artigo para o crime de estupro de vulnerável, haja vista não haver mais a denominada “presunção de violência”.

Conforme Estefam (2015), “O estupro de vítima vulnerável, é crime hediondo, tendo em vista sua expressa inclusão no rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90 (inciso VI),⁸ promovida pelo art. 4º da Lei n. 12.015/2009.”⁹

Assim, o crime de estupro de vulnerável, além de ter sido implementado como crime autônomo através da Lei nº 12.015/09, também passou a ser considerado crime hediondo, através da sua inclusão no art. 1º, inciso VI da Lei nº 8.072/90, ou seja, tratado como um dos crimes considerados mais gravosos, tendo, desta forma, tratamento mais rigoroso pelo sistema judiciário, haja vista sua violência e consequências devastadoras para suas vítimas, tanto no âmbito físico quanto psicológico.

3 PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

Como visto anteriormente, houve alteração da nomenclatura “presunção de violência” na Lei Penal, passando a utilizar a nomenclatura

⁷ Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.

⁸ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

⁹ Art. 4º O art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação: VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

“presunção de vulnerabilidade”, para tratar de casos de estupro em que a vítima apresenta determinadas condições taxadas na própria lei.

Conceito de vulnerabilidade para Nucci (2013, p. 870), é o estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito a lesão ou despido de proteção, sendo que há vários momentos na vida em que uma pessoa pode encontrar-se vulnerável a algo, entretanto, no contexto do artigo 217-A do Código Penal, trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência do indivíduo no que diz respeito ao ato sexual.

Prado (2010, p. 622) redige que a vulnerabilidade diz respeito à capacidade que o indivíduo tem de se defender quanto a abusos de terceiros no que se refere a sua sexualidade, sendo caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível a sofrer lesões de sua liberdade sexual.

Quanto às formas de presunção de vulnerabilidade discorre Bitencourt (2016) que a presunção de vulnerabilidade poder ser absoluta ou relativa. Presunção absoluta de vulnerabilidade é aquela em que se considera que a vítima é indiscutivelmente vulnerável. A presunção relativa de vulnerabilidade é aquela em que se deve examinar a situação para se constatar se a vítima é vulnerável, devendo esta vulnerabilidade ser comprovada.

Assim, há uma discussão acerca da presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos elencado no artigo 217-A, sendo que alguns juristas consideram que se trata de presunção absoluta de vulnerabilidade e outros consideram que se trata de presunção relativa, como será analisado a seguir.

3.1 DISCUSSÃO ACERCA DA PRESUNÇÃO ABSOLUTA E RELATIVA DE VULNERABILIDADE

Como exposto anteriormente, o artigo 217-A em seu caput e § 1º elencam os indivíduos que o Direito considera vulneráveis ou em estado de vulnerabilidade. Ocorre que há uma discussão entre doutrinas e jurisprudências acerca desta presunção de vulnerabilidade, sendo que alguns

consideram a presunção de vulnerabilidade destes indivíduos como absoluta, ou seja, se o indivíduo enquadra-se em uma ou mais situações previstas na lei, considera este vulnerável, sem discussão, já outras entendem que a presunção de vulnerabilidade é relativa, ou seja, é necessário uma avaliação de cada caso concreto, para então determinar se o indivíduo mesmo estando em alguma das condições do artigo 217-A é considerado vulnerável.

Conforme Greco (2011, p. 527) a partir da década de 80, os Tribunais começaram a questionar a presunção de violência constante no art. 224, “a” do Código Penal, entendendo que esta presunção de violência poderia ser tratada como relativa, visto que a sociedade mudou muito do século XX ao XXI, não exigindo os menores de 14 anos tamanha proteção quanto os de quando da edição do Código em 1940.

Visando acabar com essa discussão, Mirabete e Fabbrini (2013, p. 426) redigem que:

Ao abolir a presunção de violência contida no revogado art. 224, referindo-se à idade do menor como elemento das condutas típicas nos crimes descritos nos arts. 217-A a 218-B, o legislador teve a intenção de excluir possíveis indagações no caso concreto a respeito da maturidade, conhecimento e experiência do menor em relação às questões sexuais. Assim, o menor de 14 anos e o menor de 18 anos são especialmente protegidos nos diversos dispositivos legais em razão da idade que possuem, independentemente de terem, no caso concreto, maior ou menor discernimento ou experiência em matéria sexual.

Nucci (2013, p. 870) defende que a Lei 12.015/09 provou a eliminação do debate acerca da incapacidade do menor para consentir com o ato sexual, sendo a vulnerabilidade considerada absoluta, entretanto apenas a mudança na redação não é suficiente para alterar a realidade e acabar com os debates que ocorrem há anos nas cortes brasileiras.

Deste modo, apesar das alterações legais visando acabar com a discussão acerca da presunção quanto ao menor de 14 anos e a interpretação de alguns doutrinadores no sentido de que não há mais que se falar em

presunção relativa já que o artigo 217-A é objetivo em considerar o menor de 14 anos como absolutamente vulnerável, ainda permanecem discussões, no momento acerca da presunção de vulnerabilidade, visto que algumas doutrinas ainda consideram um debate importante para evitar julgamentos errôneos e injustos, sendo a presunção relativa o entendimento de alguns juristas, como será exposto adiante.

3.1.1 Presunção absoluta de vulnerabilidade

Acompanhando o entendimento e a vontade do legislador, alguns doutrinadores e tribunais consideram que não há que se falar em presunção de vulnerabilidade da vítima, pois esta é considerada absoluta, tanto pela objetividade da norma quanto por considerarem que o menor não possui consciência e maturidade suficiente para consentir com o ato sexual e lidar com as consequências decorrentes deste ato.

Gonçalves (2011, p. 27) redige que se estabeleceu objetivamente como crime praticar relação sexual com pessoa vulnerável, ou seja, uma daquelas elencadas no artigo 217-A. Tendo o legislador expressado claramente sua vontade de afastar a presunção relativa de vulnerabilidade, deve-se entender como cometido o crime quando o indivíduo pratica relação sexual com pessoa vulnerável, mesmo que com o consentimento desta, ciente da condição de vulnerabilidade.

Demonstra-se a intenção do legislador em acabar com a relativização do ato sexual com menor de 14 anos quando da prolação da justificção pela elaboração da Lei 12.015/09, conforme parcialmente redigida:

[...] Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças

e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

[...] Vale lembrar que alguém que mantenha relações sexuais com pessoa menor de 14 anos cometeria estupro de vulneráveis (novo art. 217), em situação de prostituição ou não [...] (BRASIL, 2004, p. 29240).

Deste modo, nota-se que anteriormente também havia discussão acerca da presunção de violência ser absoluta ou relativa, o que fez com que o legislador fizesse alterações com a elaboração da Lei nº 12.015/09, sendo que justificou expressamente que a norma jurídica em questão trata-se de uma objetividade, sendo considerado estupro de vulnerável manter relação sexual com menor de 14 anos, independentemente de o menor ter consentido, já ter praticado relação sexual anteriormente ou mesmo se encontre em situação de prostituição.

Para Abreu e Silva (2011) a lei penal deve ser precisa, e esta precisão é encontrada no momento em que o legislador determina como vulnerável as pessoas menores de 14 anos, independentemente de terem uma vida desregrada sexualmente ou de consentimento com o ato sexual.

Greco (2011, p. 529-530) dispõe que o núcleo ter, previsto no tipo penal em questão, diverso do verbo constranger, não exige que haja violência ou grave ameaça, bastando que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, tendo conhecimento da menoridade deste. Pode ocorrer tanto de o ato ter sido praticado com violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, quanto ter sido praticado com o consentimento, entretanto, na última hipótese, a lei desconsidera o consentimento do menor de 14 anos, devendo o agente responder pelo crime de estupro de vulnerável.

Mirabete e Fabbrini (2013, p. 427) compreendem que com a redação do artigo 217-A a lei presume, de forma absoluta, que o menor de 14 anos não tem maturidade para praticar relações sexuais, sendo o crime configurado quando há conjunção carnal ou outro ato libidinoso com este tipo de vulnerável, ainda que se observe que o menor possui discernimento e experiência no âmbito sexual ou que exerça a prostituição, pois o tipo penal busca defender a dignidade sexual, independentemente de qualquer juízo moral.

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 593 no dia 25 de outubro de 2017 que dispõe que:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Assim, alguns doutrinadores bem como o Superior Tribunal de Justiça compreendem que a lei é clara em seu dispositivo, sendo irrefutável a intenção do legislador em acabar com a discussão acerca da presunção ser absoluta ou relativa, dizendo claramente na exposição de motivos que esta é absoluta, não dando margem a entendimentos diversos, sendo, portanto, irrelevante o consentimento da vítima ou possível maturidade e entendimento desta quanto ao ato sexual, devendo os juristas aplicar a lei conforme o entendimento do legislador e não realizando interpretações extensivas.

3.1.1.1 Entendimentos jurisprudenciais acerca da presunção absoluta de vulnerabilidade

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento sedimentado de que se trata de presunção absoluta de vulnerabilidade, conforme exposto a seguir:

EMENTA HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONSENTIMENTO E EXPERIÊNCIA ANTERIOR. IRRELEVÂNCIA.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. Para a configuração do estupro ou do atentado violento ao pudor com violência presumida (previstos, respectivamente, nos arts. 213 e 214, c/c o art. 224, a, do Código Penal, na redação anterior à Lei 12.015/2009), é irrelevante o consentimento da ofendida menor de quatorze anos ou, mesmo, a sua eventual experiência anterior, já que a presunção de violência a que se refere a redação anterior da alínea a do art. 224 do Código Penal é de caráter absoluto. Precedentes (HC 94.818, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 15/8/08). 2. Ordem denegada. (BRASIL, 2011).

Deste modo, demonstra-se que o Supremo Tribunal Federal compreende que os agentes que praticam conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores de 14 anos devem ser punidos, sendo irrelevante o consentimento da vítima ou mesmo se esta já iniciou sua vida sexual, ou seja, se um dos envolvidos possuía, ao tempo do ato sexual, menos de 14 anos, é considerado estupro de vulnerável indiscutivelmente, não sendo analisadas possíveis capacidades de entendimento quanto ao ato, pois se considera que a vítima é absolutamente vulnerável, não possuindo condições de compreender o ato sexual.

Assim, os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça com a súmula anteriormente mencionada) possuem entendimento pacificado no sentido de que se trata de presunção absoluta de vulnerabilidade, sendo irrelevante qualquer análise ao caso concreto, pois sendo a vítima menor de 14 anos o crime é consumado.

3.1.2 Presunção relativa de vulnerabilidade

Apesar da mudança de presunção de violência para presunção de vulnerabilidade e a intenção do legislador em acabar com a relativização desta presunção com relação aos menores de 14 anos, alguns doutrinadores e tribunais ainda consideram necessária a discussão acerca de a presunção ser absoluta ou relativa, pois não entendem ser suficiente a alteração da nomenclatura pelo legislador, visto que consideram ser possível a relativização

da vulnerabilidade de alguns menores por já terem praticado relação sexual ou mesmo por terem consentido com o ato.

Conforme Nucci (2013, p. 870-871) o legislador continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças da sociedade, pois perdeu a oportunidade de equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança pessoa menor de 12 anos. Deste modo, deve-se manter o debate acerca da capacidade de consentimento do indivíduo de 12 e 13 anos, devendo considerar a presunção de vulnerabilidade destes indivíduos como relativa. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual, não tendo ocorrido violência, grave ameaça ou pagamento, o fato deve ser atípico ou ocorrer a desclassificação, devendo apenas considerar como absoluta a presunção de vulnerabilidade do indivíduo que possua menos de 12 anos.

Estefam (2015) entende que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto, pois pode haver indivíduos que, apesar de não ter atingido a idade mínima de 14 anos, possuem consciência e maturidade sexual, admitindo prova em contrário. Isto porque, se o indivíduo de 13 anos pratica voluntariamente ato libidinoso com outrem não há que se falar em violação da dignidade sexual.

Acerca da não violação ao bem jurídico, Faria e Vianna (2016) possuem o mesmo entendimento de Estefam quando dispõem que o estupro de vulnerável, como qualquer outro crime do Código Penal, deveria ser punido apenas se o bem jurídico ao qual o crime se refere fosse violado ou se existisse perigo de violação. Entretanto, a redação atual do artigo 217-A, abre margem para que haja punição sem que o bem jurídico protegido seja violado, pois pune o parceiro sexual de um adolescente menor de 14 anos que pode ser capaz de compreender o ato sexual e praticá-lo com consciência, momento no qual o dispositivo acaba prejudicando a liberdade e autonomia sexuais do adolescente, aplicando uma norma incriminadora em uma situação onde não há bem jurídico lesado.

Leal e Leal (2009) discorrem que é possível afastar a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos quando comprovado que este possuía experiência da prática sexual, pois o menor amadurecido nas questões sexuais pode perder seu estado de inocência e ingenuidade, deixando de ser considerada pessoa vulnerável. Nesses casos, não havendo violência ou grave ameaça, tendo o menor já iniciado a prática de coito anal, vaginal ou outros atos libidinosos, a presunção de vulnerabilidade poder ser afastada, e com ela o crime de estupro de vulnerável.

Assim, demonstra-se que os juristas que defendem que a presunção de vulnerabilidade deve ser relativizada o fazem com o entendimento de que sempre se deve analisar o caso concreto analisando as condições da vítima, suas vivências, experiências e real entendimento quanto ao ato sexual, pois entendem que um menor de 14 anos pode perfeitamente ter maturidade para compreender o ato sexual e determinar-se frente este ato, praticando a relação sexual com consentimento e consciência de seus atos, resultando no afastamento da presunção de vulnerabilidade e, conseqüentemente, na absolvição do agente.

3.1.2.1 Entendimentos jurisprudenciais acerca da presunção relativa de vulnerabilidade

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina compreende que deve ser analisado cada caso isoladamente para determinar se a vítima é absolutamente vulnerável ou se pode haver relativização desta presunção. Nos casos em que se compreende que a vítima não possuía capacidade para consentir com o ato sexual considera-se vulnerabilidade absoluta, punindo o agente, já nos casos em que se constatar que a vítima possuía condições de entender e consentir com o ato sexual, a presunção de vulnerabilidade deve ser relativizada, conforme jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL

(ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO LASTREADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERTIFICAM A MATURIDADE E A CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA, COM 13 ANOS DE IDADE QUANDO DA PRÁTICA CONSENTIDA DA RELAÇÃO SEXUAL. ADEMAIS, APELANTE E ADOLESCENTE QUE ESTABELECEM RELACIONAMENTO AMOROSO COM O CONSENTIMENTO DE SEUS FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL. ATIPICIDADE MATERIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017).

O caso do acórdão citado trata de uma menor de 14 anos que conheceu o réu através do site de relacionamentos Facebook sendo que, após algum tempo de conversas, decidiram se encontrar tendo a vítima ido até a casa do agente onde mantiveram relação sexual. O relator desembargador Ernani Guetten de Almeida justificou sua decisão no sentido de que a vítima consentiu com a relação sexual, demonstrou maturidade e normalidade quando tratado do assunto, não tendo se arrependido quanto ao ato praticado nem que este tenha causado impactos negativos em sua vida. Ainda, após o ocorrido, vítima e acusado passaram a ter um relacionamento afetivo com o consentimento dos familiares. Compreende, deste modo, que em casos excepcionais, analisando o caso concreto e demonstrado que a vítima (entre 12 e 14 anos) possuía maturidade para a prática do ato sexual, a presunção de vulnerabilidade deve ser relativizada. Ademais, o relator entendeu que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, não ocorrendo violação de sua dignidade sexual, nem o agente aproveitou-se de sua inocência para satisfação de lascívia, já que a vítima demonstrou possuir discernimento

suficiente para consentir com o ato sexual, tornando o fato atípico por ausência de lesão ao bem jurídico.

Portanto, embora a lei seja clara quanto a relativização da presunção de vulnerabilidade, alguns doutrinadores e tribunais ainda compreendem que pode haver uma análise do caso concreto, quando a vítima possuir entre 12 e 14 anos, para evitar que algumas pessoas sejam punidas “injustamente”, já que o fato de o menor ter consentido com o ato sexual e ter demonstrado compreensão quanto a este tornaria o fato atípico por não haver lesão ao bem jurídico, já que o ato não teria sido forçado, a própria vítima, em muitos casos, vai ao encontro do agente para praticar relação sexual, mantendo, inclusive, um relacionamento amoroso com este.

3.1.3 A presunção de vulnerabilidade na atualidade

Atualmente, apesar da intenção do legislador em acabar com a discussão acerca da possível capacidade que o menor de 14 anos teria de consentir ou não com o ato sexual, demonstrou-se que ainda existe discussão na doutrina e jurisprudência quanto à presunção de vulnerabilidade destes menores.

Alguns doutrinadores defendem que se trata de presunção absoluta de vulnerabilidade, alegando que não existe, portanto, discussão quanto à presunção de vulnerabilidade, pois esta foi superada quando o legislador criou o tipo penal, sendo claro que praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime, indiscutivelmente, independentemente de a vítima ter consentido, sendo irrelevante este consentimento e desnecessária ainda a análise acerca da possibilidade de compreender o ato sexual.

Contrariamente, outros doutrinadores e tribunais vêm defendendo a presunção relativa de vulnerabilidade, apontando a necessidade de se analisar o caso concreto, pois entendem que alguns menores de 14 anos já possuem capacidade para compreender e consentir com o ato sexual. Assim,

sendo constatada esta maturidade, a presunção de vulnerabilidade deve ser afastada e o acusado absolvido por não haver lesão ao bem jurídico.

Por fim, foi demonstrado que atualmente os juristas estão divididos entre a presunção absoluta e relativa de vulnerabilidade, porém no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça o assunto está pacificado, sendo compreendido que a presunção de vulnerabilidade é absoluta. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 593 no dia 25 de outubro de 2017 que dispõe que: “O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”

Apesar do entendimento dos Tribunais Superiores, alguns Tribunais ainda entendem que a presunção é relativa, como é o caso do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, haja vista não haver até o momento uma decisão que vincule todos os Tribunais, possibilitando a interpretação e aplicação da norma de maneira individual.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo a análise de um instituto específico do Direito Penal, qual seja, o estupro de vulnerável.

Neste patamar, o Código Penal de 1940 tratava o crime de estupro como um crime contra a sociedade, voltada à moral e costumes sociais e não visando a proteção da pessoa propriamente dita.

Estudaram-se as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09, mais especificamente o crime de estupro de vulnerável constante no artigo 217-A do Código Penal, tendo o legislador, com a mencionada lei, buscado proteger com mais efetividade crianças e adolescentes, criando tipos penais específicos

e mais rigorosos por conta do alto índice de exploração e violência sexual contra crianças e adolescentes.

Com relação ao crime de estupro de vulnerável, o legislador entendeu por bem criar este tipo penal, pois anteriormente punia-se o agente que cometia estupro contra menor de 14 anos com o mesmo dispositivo do estupro comum, havendo como parâmetro o artigo 224, o qual tratava da presunção de violência. Porém, esta presunção de violência era relativizada por doutrinadores e tribunais, que entendiam que poderia ser afastada em casos específicos relacionados à vítima.

Deste modo, observou-se que o legislador buscou pôr um fim nesta discussão criando o tipo penal estudado, tratando não o ato como presunção de violência, mas sim o menor de 14 anos como pessoa vulnerável, necessitado de especial proteção pelo Direito Penal, pois incapaz de compreender o ato sexual para que possa consentir com este sem que ocorram prejuízos em seu desenvolvimento psicológico.

Entretanto, apesar da mudança do tipo penal e a clara intenção do legislador, demonstrou-se que a discussão acerca da presunção da capacidade do menor de consentir com o ato permaneceu, tendo apenas alterado a nomenclatura de “presunção de violência” para presunção de vulnerabilidade. Alguns doutrinadores e tribunais, inclusive os superiores, compreendem que é um tipo penal objetivo e que, além de dever ser cumprido de acordo com o que dispôs o legislador, ainda entendem que o menor de 14 anos não possui realmente condições e maturidade para compreender e consentir com o ato sexual. Já outros doutrinadores e tribunais compreendem que deve sempre ser analisado o caso concreto, pois quando constatado que a vítima possuía capacidade para consentir com o ato sexual por já o ter praticado anteriormente ou por manter um relacionamento com o réu, deve-se relativizar a presunção de vulnerabilidade, absolvendo o réu por falta de tipicidade já que não haveria violação de um bem jurídico.

Assim, conclui-se que a sociedade está em constante alteração, tendo o Direito a necessidade de se adequar aos anseios desta, já que cabe a ele a proteção e resolução de conflitos.

É notória a importância da criação do estupro de vulnerável para que haja maior proteção às crianças e adolescentes e uma punição mais severa aos agentes que se aproveitam da fragilidade destas para satisfação de seus desejos, causando nas vítimas consequências psicológicas que irão afetá-las em suas vidas, seja logo após o ato ou mais tarde, sendo dever do Direito zelar pelo desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, cumprindo parcialmente com seu papel quando da criação do artigo estudado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jusélia Quadros de; SILVA, Mariana de Oliveira. *Estupro de Vulnerável: crime hediondo*. Uma análise de seus elementos constitutivos e principais discussões que envolvem o tipo penal. 2011. Disponível em: <<http://www.juridicohightech.com.br/2011/05/estupro-de-vulneravel-crime-hediondo.html>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Ata da 126ª Sessão Não Deliberativa, em 13 de setembro de 2004. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 14 set. 2004. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=1035&paginaPesquisa=8¶metroPesquisa=%22ESTUPRO%22>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Código Penal. Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990b. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 593*, de 25 de outubro de 2017. O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Brasília, DF, 06 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat.#TIT24TEMA0>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 97052*. Relator: Dias Toffoli. Decisão em 16 ago. 2011. Brasil, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, p. 15-54, jan./fev. 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/28747847/Maioridade_Sexual_por_uma_idade_de_consentimento_sexual_pautada_na_tutela_de_bens_juridicos>. Acesso em: 30 jul. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13480>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AC 0003946-71.2013.8.24.0004. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Santa Catarina, 21 fev. 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAN0MHAAO&categoria=acordao_5>. Acesso em: 29 jul. 2017.

FEMINICÍDIO: EVOLUÇÃO SIMBÓLICA E MIDIÁTICA DA LEGISLAÇÃO PENAL

Roberto Jacobi de Oliveira¹
Sarajane Rodrigues Candeia²

Resumo: O presente trabalho tem como finalidade analisar os aspectos mais relevantes da tipificação do feminicídio no Brasil. Para tanto, foi realizada uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, objetivando elucidar os pontos divergentes trazidos pelo novel diploma, e a consequência prática da sua aplicação. A relevância do tema é demonstrada a partir da grave situação de violência sofrida pelas mulheres, e que, mesmo após a edição de algumas leis visando a diminuição de tais crimes, além de dar assistência e proteção a essas vítimas, elas continuam a sofrer as mais diversas formas de violência, chegando ao seu ponto culminante, que é a morte.

Palavras-chave: Feminicídio. Direito Penal Simbólico. Violência de Gênero. Criminologia. Circunstância Privilegiadora.

1 INTRODUÇÃO

A mulher sempre foi inferiorizada e subjugada perante a sociedade tradicionalmente machista, da qual, grande parte dessas mulheres ainda são totalmente dependentes financeira e emocionalmente, ocasionando, assim, uma situação de subordinação entre o agressor e a vítima, sujeitando-as muitas vezes a um ciclo de violência constante.

Diante dessa realidade, aliada ao fato do Brasil ser signatário de diversos acordos internacionais relacionados às questões de violências contra a mulher, o governo brasileiro foi obrigado a adotar medidas mais efetivas visando à proteção das mulheres. Porém, na maioria das vezes, no impulso

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; robertojacobi85@gmail.com

² Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; sarajanerc@yahoo.com.br

em dar respostas rápidas à sociedade, o legislador, ao realizar essas alterações, toma por base o imediatismo penal, e como consequência, abre-se espaço para um direito penal simbólico e midiático que não cumprirá a sua função, a exemplo, do recém-criado Femicídio.

Neste sentido, a importância do presente trabalho será demonstrada através da análise sobre a necessidade, os benefícios e as implicações trazidas pela Lei nº 13.104/2015 que criou a nova figura penal do *femicídio*, alterando assim, o art. 121 do Código Penal.

O trabalho foi estruturado em dois capítulos. De início, faz-se uma breve análise histórica da legislação de proteção as mulheres, abordando os principais motivos que levaram a tipificação do femicídio, discorrendo, por conseguinte, sobre as razões da condição de sexo feminino e sua consequente natureza jurídica.

Em seguida, tratar-se-á as problemáticas e discussões trazidas com a introdução da nova qualificadora no Direito Penal brasileiro, sob a perspectiva do Direito Penal Simbólico e midiático e sua real efetividade. Por fim, conclui-se o presente trabalho, com a apontamentos que, visam na prática, solucionar esse paradigma de violência de gênero, de modo a prevenir uma das mais cruéis formas de violência contra as mulheres, a qual, deve ser buscada, sobretudo, através da implantação de políticas públicas e da conscientização da sociedade sobre necessidade de enfrentamento desse problema.

A metodologia empregada no desenvolvimento do presente trabalho, se deu através da utilização do método, cuja natureza dos dados, fora qualitativa, com uma abordagem valorativa acerca do tema. No que se refere aos objetivos, esses foram esclarecidos através da forma exploratória, utilizando-se de fontes bibliográficas e jurisprudências.

2 FEMINICÍDIO, CONCEITO E TIPOLOGIA

Publicada em 9 de março de 2015, a Lei nº 11.104, criou uma nova modalidade de homicídio qualificado, assim entendido, como aquele em que a mulher figura como vítima, simplesmente por razão de pertencer ao sexo feminino. Chamada de feminicídio, a nova figura penal alterou o art. 121, §2º, do Código Penal, acrescentando, o inciso VI, no rol das qualificadoras do referido artigo (GRECO, 2015a).

Dada a relevância do tema, o presente capítulo e as seções e subseções seguintes, serão dedicadas a análise histórica da legislação de proteção à mulher no direito brasileiro, o conceito de feminicídio, os aspectos da criminologia na criação da qualificadora, as razões da condição do sexo feminino e a vitimologia.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO À MULHER NO DIREITO BRASILEIRO

Em uma sociedade historicamente patriarcal, a supremacia do homem inferioriza a mulher, exteriorizando, explicitamente, dominantes e dominados. Razão pela qual, inúmeras infrações penais são praticadas de forma naturalizada, e que vão desde agressões verbais como, ofensas à honra subjetiva e objetiva das pessoas, passando por ameaças, lesões corporais, crimes contra o patrimônio, até crimes mais graves como estupro e homicídios. Infrações essas, que, não ocorrem apenas dentro dos lares, mas também, fora desses ambientes, e que na maioria das vezes, as vítimas dessa violência figuram no polo passivo pela sua simples condição de pertencerem ao sexo feminino, motivo que levou o legislador a despertar para uma maior proteção (GRECO, 2015a).

Neste sentido, segundo, Nery e Vasconcelos [entre 2011 e 2016]:

O Brasil é signatário de vários acordos internacionais que remetem, direta ou indiretamente, à questão da violência

contra a mulher. Tais compromissos firmados pelo governo brasileiro perante a comunidade internacional criam consenso internacional sobre as matérias discutidas e definem objetivos, o que faz com que os países assumam a responsabilidade de implementar os princípios e programas aprovados pelas conferências como parte de suas políticas.

Nesse diapasão, destacam-se, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, considerada o ponto culminante da evolução dos direitos humanos, no qual se pode afirmar que a igualdade entre os sexos foi positivada. Assim, os direitos das mulheres passaram a ser reconhecidos como direitos humanos e, como tal, merecedores da proteção estatal. Após a aprovação desta Declaração, foram elaborados outros instrumentos internacionais, entre eles, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, bem como, a Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma clara violação aos direitos humanos (NERY; VASCONCELOS, [entre 2011 e 2016]).

Ampliando as considerações da referida Convenção de Viena, com vista à necessidade de uma proteção diferenciada à mulher “o Brasil, editou o decreto 1.973, em 1º de agosto de 1996, promulgando a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 09 de junho de 1994.” (GRECO, 2015a).

No que se refere a legislação, em âmbito nacional, houve diversas alterações, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que proporcionou um grande avanço em relação aos direitos e garantias fundamentais, até a mais recente alteração do Código Penal, que criou a figura penal do “feminicídio”.

Dentre esses direitos e garantias fundamentais, previstos na referida Constituição, cita-se o artigo 5º, caput, e inciso I, o qual determina que homens e mulheres são iguais perante a lei, não havendo nenhuma distinção,

sendo assegurado o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em igualdade de direitos e obrigações (BRASIL, 1988).

No tocante a legislação infraconstitucional, insta salientar a notificação compulsória, derivada da Lei 10.778 de 24 de Novembro de 2003, a qual obriga os serviços públicos ou privados de saúde, a levarem ao conhecimento das autoridades responsáveis, qualquer hipótese de violência contra a mulher, verificada no atendimento a essas vítimas, em todo o território nacional, resguardado de todo modo, em seu artigo 3º, o sigilo da notificação (BRASIL, 2003).

Não obstante, objetivando dar eficácia aos preceitos estabelecidos na referida Convenção do Pará, foi publicada em 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340, intitulada Lei Maria da Penha, em referência a uma das vítimas desse tipo de violência, Greco (2015a):

Seguindo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” que, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada Lei.

E mais recentemente, foi inserida uma nova qualificadora ao crime de homicídio, prevista no artigo 121, §2º, inciso VI, do Código Penal, denominado feminicídio, que efetivamente ocorrerá quando o crime for praticado por *razões de condição de sexo feminino*, em uma relação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 1940).

Além disso, esse novel diploma também alterou a Lei 8.072 de 25 de Julho de 1990, fazendo nela constar expressamente em seu art. 1º, inciso I, o feminicídio como crime hediondo, assim disposto: são considerados hediondos os crimes tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de

1940 - Código Penal, consumados ou tentados, dentre os quais, o homicídio qualificado previsto no art. 121, § 2º, inciso VI (BRASIL, 1990).

2.2 CONCEITO DE FEMINICÍDIO

Antes de discorrer sobre o conceito, feminicídio, faz-se necessário entender e definir o que é homicídio, visto ser esse o tipo central da referida qualificadora. A melhor definição do dito crime, é por excelência do ilustre Doutrinador, Nelson Hungria (1979, p. 25, grifo do autor), que assim dispõe:

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o *crime* por excelência. É o padrão da delinqüência *violenta* ou *sanguinária*, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Dentre as infrações penais, o homicídio, é aquela que efetivamente desperta mais interesse, pois sua consumação reúne uma mistura de sentimentos como o ódio, rancor, inveja, paixão, o que o torna um delito especial em relação aos demais (GRECO, 2015b, p. 132).

Feitas essas considerações, urge ressaltar, neste ponto, a diferente terminologia dada ao homicídio na hipótese em que a morte violenta tenha como vítimas mulheres, pois comumente são utilizados como sinônimos o *femicídio* e o *feminicídio* para morte de mulheres ocasionadas em razão do seu sexo.

A formulação do termo, *femicídio*, (*femicide*, em inglês) é atribuída a Diana Russel, (2011 apud Souza, 2015, p. 19, grifo nosso), feminista e socióloga norte-americana, que o empregou pela primeira vez em 1976, no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, realizado em Bruxelas, na Bélgica, crimes que segundo a autora, deve ser entendido como toda e qualquer forma de opressão patriarcal e sexista contra as mulheres. Prática essa, que segundo a autora, vem sendo praticada há muito tempo, desde a queima de bruxas no

passado, ao infanticídio feminino em muitas sociedades, até o assassinato de mulheres alicerçado no chamado, *direito à honra*.

Por sua vez, o termo feminicídio é atribuído a Lagarde (2004 apud BUZZI, 2014, p. 46) feminista e antropóloga mexicana, a qual, ao traduzir os textos de Diana Russell, alterou o termo femicídio para feminicídio, que segundo a autora significa bem mais que morte de mulheres em razão do gênero, pois extrapola a misoginia e agrega ao termo uma condição política. Destarte, o feminicídio seria então o genocídio praticado contra as mulheres, cometidos por conhecidos ou desconhecidos, individuais ou em grupo, que levam à morte cruel de suas vítimas, pelo fato de acreditarem que as mulheres são utilizáveis, dispensáveis, maltratáveis e descartáveis. Ou seja, todos tem em comum em sua infinita crueldade que tais práticas são, de fato, crimes de ódio contra as mulheres.

Em geral, a expressão femicídio é utilizada genericamente na tipificação dos crimes contra a vida, em que as vítimas sejam mulheres, independentemente de qualquer motivação especial por conta de sua condição de gênero. Já o feminicídio, ao contrário, refere-se a morte de mulheres, de modo que haja um nexo causalidade entre a morte e a condição de gênero, ou seja, o motivo da violência contra sua vida foi o fato de ser mulher (SIMIONATO; MICHELIS, 2015, p. 7).

Cunha (2016a, p. 63), ao abordar o assunto, define o feminicídio como a hipótese em que, “a incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.”

No mesmo sentido, Greco (2015a, grifo nosso) esclarece que, não basta o fato de uma mulher figurar no polo passivo, para que fique caracterizado por si só o delito previsto no art. 121, §2º, inciso, VI, do Código Penal, ou seja, o feminicídio. Para a incidência da referida da qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do aludido diploma, o crime deverá ser praticado por *razões*

de condição de sexo feminino, que efetivamente ocorrerá quando envolver: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Por fim, Barros (2016, p. 40), define o feminicídio como um crime motivado pelo ódio contra as mulheres, em que as circunstâncias específicas do caso, como, a violência doméstica e familiar, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, o pertencimento da mulher ao sexo feminino são características tipo central na prática do delito. E que a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher são características marcantes da referida qualificadora.

2.3 TIPOLOGIA DO FEMINICÍDIO

O patriarcado, fortemente enraizado na sociedade brasileira, faz com que determinadas condutas culturalmente aceitas pela sociedade, fragilizem a relação de igualdade reproduzida e objetivada por determinados instrumentos nacionais e internacionais de combate a violência de gênero, demonstrando a clara posição de inferioridade e vulnerabilidade do gênero feminino. Essa relação de poder e dominação, transmitida de forma naturalizada, mitiga a autonomia social da mulher e dissemina a violência a um ciclo muitas vezes infinito.

Agressões e maus tratos perpetuadas no tempo, que na maioria das vezes tem o próprio companheiro com seu algoz, ocasionando um reflexo devastador na saúde e na cidadania dessas vítimas. Neste sentido, o legislador, se viu obrigado a romper esse ciclo de violência histórico, através de mecanismos inibitórios e punitivos em face do agressor.

Além dos aspectos da criminologia na criação da referida qualificadora, também serão objeto de estudo nessa subseção, as razões da condição do sexo feminino e a vitimologia.

2.3.1 Os aspectos da criminologia na criação da qualificadora

Historicamente a mulher sempre foi vítima de violência em razão do gênero, seja no âmbito público ou privado, o que reflete a sua nítida posição de subordinação e que se perpetua no tempo em razão de uma sociedade claramente patriarcal baseada na relação de poder, dominação, controle e exploração transmitida de geração em geração de forma naturalizada, permitindo assim, a disseminação dessa violência e a criação de estereótipos de submissão tanto nas relações íntimas com familiares, parentes e amigos, quanto nas suas relações com a *política, o governo, a religião, o mercado de trabalho, os meios de comunicação* e demais círculos sociais da sociedade a qual está inserida (GEBRIM; BORGES, 2014, p. 59, grifo nosso).

Jesus (2010, p. 8), descreve a violência contra as mulheres como um dos fenômenos sociais de maior repercussão nas últimas décadas e que o seu caráter devastador à saúde e a cidadania dessas vítimas faz com que os diversos setores da sociedade sejam corresponsáveis pelo enfrentamento a esse problema. A vulnerabilidade dessas vítimas, a periodicidade com que ocorrem essas agressões e as graves consequências desse tipo de violência, faz com que parcelas historicamente marginalizadas na sociedade tenham uma atenção especial, pois como visto, tal conduta se baseia principalmente no fato de a pessoa agredida pertencer simplesmente ao sexo feminino o que demonstra uma séria violação dos direitos humanos.

Nessa mesma trilha, Díaz (p. 45 apud Greco 2015a, grifo do autor) nos esclarece que:

Dentro das tipologias que levam em conta a relação prévia entre vítima e autor do delito (vítima conhecida ou desconhecida) temos que ressaltar a especial condição das vítimas pertencentes ao mesmo grupo familiar do infrator; tratam-se de hipóteses de vulnerabilidade convivencial ou doméstica. Os maus tratos e as agressões sexuais produzidos nesse âmbito têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças. A impossibilidade de defesa dessas vítimas –

que chegam a sofrer, ademais, graves danos psicológicos – aparece ressaltada pela existência a respeito de uma elevada *cifra negra*.

Nesse sentido, o Brasil como signatário de diversos instrumentos internacionais de proteção a mulher, dentre os quais, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (DEVAW), da ONU, que reconheceu a violência contra as mulheres como uma grave forma de violação de direitos humanos, se viu obrigado a tomar medidas de combate a esse tipo de violência objetivando estabelecer precipuamente uma igualdade entre homens e mulheres em todos os âmbitos, sejam culturais, políticos ou sociais (FERREIRA; SILVA, 2015, p. 30).

Corroborando o exposto, Lima (2016, p. 889), aduz que os diversos Instrumentos de proteção a mulher representam um avanço na proteção dos Direitos Humanos e como designado pela própria doutrina, reflete um sistema especial e particularizado de combate a violência e a discriminação em virtude da condição de vulnerabilidade a qual está inserida. Por meio desses instrumentos, o sistema geral de proteção aos direitos humanos concebidos com o propósito de conferir uma proteção genérica e abstrata a toda e qualquer indivíduo, passa a coexistir, como dito, com um sistema especial de proteção, que visa por força de tais instrumentos atender a determinados grupos específicos dentre eles, as mulheres.

Nessa perspectiva, o Projeto de Lei nº 292/2013, resultante da CPMI da Violência contra as Mulheres, teve como escopo traçar estratégias para sensibilizar as instituições e a sociedade sobre a ocorrência e permanência desse tipo de violência, como se vê:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido ‘crime passional’. Envia, outrossim, mensagem positiva à

sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege ainda a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (BRASIL, 2013).

Segundo, Heinisch e Machado (2017), resta evidente que essa nova tipificação dada ao homicídio quando praticado contra a mulher em razão de condições do sexo feminino, visa suprir as demandas sérias e necessárias relacionadas ao ponto máximo do ciclo de violência contra a mulher. Nesse ponto, esclarece o autor que falar em feminicídio é penetrar na instância máxima do ciclo de violência contra a mulher, alicerçado principalmente pela dominação sexual, legitimada pela naturalização patriarcal da hierarquia masculina sobre a vulnerabilidade feminina.

2.3.2 Razões da condição do sexo feminino e a vitimologia

De acordo com a nova lei, não se tipifica o feminicídio pelo simples fato de a vítima pertencer ao sexo feminino, pois, se assim fosse, bastaria que o novo inciso, constasse a expressão, contra mulher, para a configuração da nova figura penal.

Neste sentido, Nabuco Filho (2015, p. 201) encontra o sentido da expressão, por razões da condição de sexo feminino, no próprio Código Penal, assim ilustrado:

A palavra “razão” aparece dezenove vezes na parte especial do Código Penal. Dentre os vários sentidos possíveis do vocábulo, a única acepção adequada aos tipos é “aquilo que provoca, ocasiona ou determina um acontecimento, a existência de algo; causa, origem”. Vale dizer, o crime é praticado em razão de uma circunstância, quando a motivação do crime é tal circunstância, sendo imprescindível uma relação de causa e efeito entre a circunstância e o crime.

De acordo com Cunha (2016a, p. 63), para a incidência da referida qualificadora, a Lei nº 13.104/15, exige que a violência praticada contra a mulher, ocorra em razão da condição de sexo feminino, ou seja, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre outra mulher em situação de vulnerabilidade. Para esclarecer quando a morte de uma mulher se dá em razão de condição de sexo feminino, foi acrescentado o § 2º-A, ao referido art. 121, contendo dois incisos: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Ratificando os ensinamentos ora transcritos, Delmanto et al. (2016, p. 689, grifo nosso), esclarece que o conceito de *violência doméstica e familiar*, insculpido no art. 121, § 2º-A, inciso I, do Código penal, deve ser buscado em conjugação com o art. 5º, da Lei Maria da Penha da Lei nº 11.340/2006, segundo o qual, configura violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Ainda, sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, explica o autor, que se compreendem entre suas diversas formas, a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral dentre outras, como disposto no art. 7º da referida Lei nº 11.340/2006.

Já em relação a hipótese prevista no *art. 121, § 2º-A, inciso II*, segundo o qual, ocorre o crime quando presente o menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino. Esses têm respectivamente o sentido de depreciar, desprezar, desdenhar, ao passo que discriminar alguém por ser mulher faz remissão à ideia de preconceito, inferioridade, não possuindo o mesmo valor, a mesma dignidade (DELMANTO et al., 2016, p. 689, grifo nosso).

Para Gonçalves (2016, p. 164), a tipificação do feminicídio na hipótese inciso II, está intimamente ligado à sua condição de gênero, ou seja, deve haver uma correlação entre o crime e a sua condição de vulnerabilidade, inarredável, portanto, que o motivo determinante do crime seja o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, seja ela conhecida ou não do agente.

Exemplifica o autor: na hipótese em que a morte de uma mulher ocorra por entender que ela não deva trabalhar como motorista ou que não deva estudar em uma universidade são exemplos nitidamente tipificados como menosprezo ou discriminação a sua condição de mulher.

Dessa maneira, a nova qualificadora do homicídio, denominada pela doutrina de feminicídio, invocada quando o crime for cometido contra a mulher por razões de condição de sexo feminino, nada mais é do que o fiel espelho, da Lei Maria da Penha. Ou seja, busca o legislador com esse novel Diploma Legal, dar continuidade tutelar à mulher considerada o sexo fragilizado nas relações domésticas e familiares, pois segundo o autor, mesmo que o motivo do crime seja torpe (ódio às mulheres), ainda é aplicável a qualificadora do feminicídio por eliminar a vida da mulher, sexo frágil, física e culturalmente frágil (NUCCI, 2016, p. 606).

3 A QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO E DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Como se sabe, o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que além de regular o poder punitivo do Estado, descrevem um tipo penal e suas respectivas sanções, bem como, disciplinam a incidência e validade de tais normas.

Já no Direito Penal Simbólico o Legislador preocupa-se exclusivamente com a satisfação da opinião pública, criando novos tipos penais, de função nitidamente punitivistas, gerando uma falsa sensação de tranquilidade e segurança a sociedade.

Dada a importância desse tema, serão abordados nesse capítulo e nas respectivas seções e subseções, questões relacionadas a natureza do Feminicídio, sua compatibilidade com a circunstância privilegiadora prevista no §1º do art. 121, do Código Penal, bem como, sua efetividade no campo prático, sob o prisma simbólico do Direito Penal.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO

Antes de tratarmos especificamente da natureza jurídica do feminicídio, torna-se oportuno entendermos o que são as circunstâncias e as elementares do crime e conseqüentemente suas divisões. Nesse seguimento, indispensável a leitura do art. 30, do Código penal, que assim dispõe: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.” (BRASIL, 1940).

Elementares, são elementos típicos do crime, dados que integram a definição da infração penal. Já as circunstâncias, são dados acessórios que mesmo ausentes, não alteram o tipo penal, mas sim afetam a sua gravidade e podem ser divididas, em circunstâncias objetivas (materiais ou reais), que se relacionam com os meios e modos de realização do crime, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades de vítima ou circunstâncias subjetivas (ou pessoais), que dizem respeito com a pessoa do participante, sem qualquer relação com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes (JESUS, 2011, p. 480-481).

Ainda segundo o autor, Jesus (2011, p. 481-482), sob outra perspectiva, as referidas circunstâncias do crime, podem dividir-se em, judiciais ou legais, as primeiras, previstas no art. 59 do Código Penal, são utilizadas pelo julgador na primeira fase da dosimetria da pena e as últimas, subdividas em, gerais, comuns ou genéricas ou ainda em especiais ou específicas, previstas na Parte Especial do Código Penal, dentre elas, as qualificadoras do art. 121, § 2.º, que serão objeto do nosso estudo.

Entendido o que são as elementares, circunstâncias e condições pessoais, com a conseqüentemente divisão em objetivas e subjetivas, passa-se a análise da qualificadora objeto do presente estudo e sua natureza jurídica. Neste ponto, embora divergente a doutrina, com respeitáveis autores a

considerando de natureza objetiva, prevalece o entendimento de que ela tem natureza é subjetiva, visto a motivação do crime.

Adeptos da corrente majoritária, aduzem a imprescindibilidade da circunstância, *por razões de sua condição de sexo feminino*, na tipificação do feminicídio, sendo assim, não há que se discordar da sua natureza subjetiva, visto a motivação, a razão da empreitada homicida, sobre o assunto, tem-se os ensinamentos de Cunha (2016a, p. 66):

Ressaltamos, por fim, que a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inciso I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

No mesmo sentido, Gomes (2015), entende que, o sujeito mata em razão da condição do gênero feminino. Mata por considerar mulher como objeto, e como tal, pertence a um dono e não pode, assim contrariar suas vontades. Motivação aberrante que ofende a liberdade da mulher, e conseqüentemente a própria condição de sexo feminino. Para que uma qualificadora seja considerada objetiva haveria de estar presente circunstância ligada ao modo ou meio de execução do crime, o que não é o caso, pois a morte é perpetrada em razão disso, ou seja, por causa disso. Essa conduta violenta em razão de gênero não é a forma de execução do crime, mas sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva.

Esse também é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso em Sentido Estrito nº 0003128-47.2015.8.26.0052, senão vejamos:

Ementa: Recurso em sentido estrito. Decisão que pronunciou o réu como incurso no artigo 121, § 2º, incisos

I, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, na forma do artigo 14, inciso II, todos do Código Penal. Recurso da defesa que visa o afastamento das *qualificadoras* do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima. [...] *A qualificadora do feminicídio tem natureza subjetiva, não podendo ser cumulada com a qualificadora relativa ao motivo torpe, sob pena de "bis in idem"*. Recurso parcialmente provido. (TJSP/Recurso em Sentido Estrito / Homicídio - 0003128-47.2015.8.26.0052. Relator(a): Laerte Marrone / **Órgão** julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal / Data do julgamento: 10/11/2016). (SÃO PAULO, 2016, grifo nosso).

Em outros termos, embora o feminicídio não seja um tipo penal autônomo, tem como fundamento, político-legislativo, a *discriminação da mulher*. Com efeito, a tipicidade estrita exige que esteja presente, alternativamente, a situação caracterizadora de violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, *motivadora* do agente, tal como expostas no § 2º - A, do art. 121 Código Penal. Dessarte, em ambos os casos, esses são os motivos encorajadores da prática violenta perpetrada por homens covardes, presumivelmente cientes da falta de resistência ante a própria condição feminina, por isso, conclui-se que a referida qualificadora é sim subjetiva (BITENCOURT, 2015, grifo nosso).

Data vênua, Nucci (2016, p. 605), ilustra entendimento contrário, para o autor:

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Não aquiescemos à ideia de ser uma qualificadora subjetiva (como o motivo torpe ou fútil) somente porque se inseriu a expressão "por razões de condição de sexo feminino". Não é essa a motivação do homicídio. O agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo.

Partilha dessa posição, Pires (2015), para ele, momento da quesitação do Tribunal do Júri, os jurados deverão fazer uma avaliação valorativa acerca dos motivos que levaram o autor a agir de tal maneira, a nova qualificadora

do feminicídio demandará dos jurados mera avaliação objetiva da presença de uma das hipóteses legais de violência doméstica e familiar (art. 121, § 2º-A, I, do CP, c/c art. 5º, I, II e III, da Lei 11.340/06) ou ainda a presença de menosprezo ou discriminação à condição de mulher (art. 121, § 2º-A, II, do CP).

3.2 CONCURSO ENTRE O FEMINICÍDIO E A CIRCUNSTÂNCIA PRIVILEGIADORA EXPOSTA NO § 1º, DO ART. 121, DO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, convém tratar de forma genérica o chamando homicídio privilegiado. Capez (2012b, p. 50), em uma de suas passagens, ressalta, claramente, a subjetividade das circunstâncias privilegiadoras expressas no art. 121, § 1º, do Código Penal, pois o agente ao praticar o crime, o faz, movido pelo relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Ainda sobre o assunto, Masson (2015, p. 53), esclarece que, as circunstâncias que ensejam o reconhecimento do privilégio, são todas de caráter subjetivo, pois, no cometimento do delito, o agente, atua imbuído por relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não havendo, pois, sua comunicabilidade aos demais coautores ou partícipes, vez que, tais circunstâncias são todas de caráter pessoal, conforme o art. 30 do Código Penal.

Quanto a possibilidade da ocorrência do chamado homicídio qualificado privilegiado, Bitencourt (2014, p. 109-110, grifo nosso), sustenta que, somente é possível em relação as qualificadoras objetivas, pois, para o autor, as circunstâncias privilegiadoras são incompatíveis com as qualificadoras subjetivas, por absoluta incompatibilidade da intersubjetividade motivadora do ato. Com efeito, não é possível que alguém, por motivo de relevante valor moral ou social, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, possa cometer um homicídio concomitantemente por *motivo fútil ou torpe*.

Dissertando sobre o assunto, assim se posicionou, Hungria (1979, p. 523):

O homicídio privilegiado se caracteriza pela presença de certos elementos *subjetivos* (motivo de relevante valor social ou moral e violenta emoção), que certamente não podem concorrer com as circunstâncias subjetivas de qualificação (motivo fútil ou motivo torpe; assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime).

De modo contrário, Noronha (1991, p. 26) diz ser impossível a existência do chamado, homicídio qualificado-privilegiado, vejamos:

Veja-se primeiramente a disposição técnica do Código. Depois de definir o homicídio simples, no artigo, passa no § 1º - a que ele denomina Caso de diminuição de pena - a tratar de mitigação penal. Qual será, entretanto, a pena? Evidentemente a cominada antes, ou seja, a do artigo, ou do homicídio simples. Elementar conhecimento de técnica legislativa levaria o legislador, se quisesse estender o privilégio ao homicídio qualificado, a definir este em primeiro lugar, isto é, antes da causa de diminuição que, então, vindo depois dele e do homicídio simples, indicaria que a pena era tanto a de um como a de outro.

Como visto, embora haja controvérsia doutrinária, com alguns autores repudiando esta possibilidade, por questões de política criminal é forte o entendimento pela coexistência do privilégio com a circunstância qualificadora, desde que essa seja de natureza objetiva, a fim de que ocorra compatibilidade entre elas. Esse também é o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a coexistência entre o privilégio e qualificadora de natureza objetiva (DELMANTO, 2016, p. 684).

Feitas essas considerações, trataremos agora, especificamente sobre a possibilidade da coexistência entre o feminicídio e a circunstância privilegiadora do art. 121, §1º do Código Penal. Neste ponto, diverge a doutrina, para alguns, a coexistência de ambos os institutos é plenamente

possível, ao passo que outros sustentam sua inaplicabilidade, visto o caráter subjetivo de ambos as circunstâncias.

Dentre os defensores da inexistência do chamado “feminicídio privilegiado” está, Nabuco Filho (2015, p. 206), para ele, a coexistência de tais institutos é inviável, pois, em ambos os casos, a natureza da circunstância é subjetiva, vejamos:

Como visto acima, a coexistência de uma qualificadora com o privilégio, apenas é possível no caso das qualificadoras objetivas, relativas ao meio e ao modo. Segundo o sustentado neste artigo, a qualificadora do feminicídio tem natureza subjetiva, pois se refere ao motivo do crime. Desse modo, não tem o menor sentido se cogitar que a mulher foi morta por “razões da condição de sexo feminino” e por motivo de relevante valor moral.

Pressupondo motivação especial no cometimento do crime, qual seja, a violência doméstica ou familiar, ou ainda o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, claro está, a natureza subjetiva da qualificadora, e conseqüentemente no momento da quesitação no Tribunal do Júri, se o Conselho de Sentença reconhecer a forma privilegiada do crime, fica afastada, por conseguinte, a tese do feminicídio (CUNHA, 2015).

As circunstâncias que qualificam o feminicídio, não são formas de execução do crime, e, sim, a motivação delitiva, sendo portanto, de natureza subjetiva. Do mesmo modo, o privilégio descrito nos núcleos típicos do art. 121, § 1º, são todos subjetivos, algo que repele as qualificadoras da mesma natureza. Por isso, não se tem admitido o feminicídio qualificado-privilegiado (BARROS, 2016, p. 48).

Doutro modo, autores como Nucci (2016, p. 605), posicionam-se a favor do feminicídio privilegiado, por entender que trata-se de uma qualificadora objetiva, ligada, pois, ao gênero da vítima: ser mulher, e assim, nada impede a sua convivência pacífica com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo, como por exemplo, o homem que surpreende a esposa em adultério, na presença dos filhos menores, violentamente emocionado, a

mata, porque é mais forte, condição objetiva, mas o faz porque ela injustamente o provocou, circunstância subjetiva.

3.3 DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Torna-se de grande relevância para o estudo do próximo subtítulo, saber qual o significado de Direito Penal e as suas possíveis implicações quando aplicado de maneira simbólico, voltado apenas a satisfação de uma política criminal fulcrada em premissas midiáticas norteadoras da sua atuação.

Sabe-se, segundo a melhor doutrina, que o direito penal é tido como um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado. Logo, este, titular do *ius puniendi*, busca tutelar os bens jurídicos, que não interessam exclusivamente ao indivíduo, mas a toda a coletividade. Sendo o delito, pois, uma ofensa à sociedade, sua pena, conseqüentemente, atua em função dos interesses desta (NORONHA, 2004, p. 4-5, grifo nosso).

Zaffaroni (2011, p. 83), do mesmo modo, entende que o direito penal é um conjunto de leis, traduzidas em normas, cuja função precípua é tutelar os bens jurídicos diversos, sendo que, qualquer violação aos preceitos nela contidos, tipifica um delito e assim, aspira uma coerção jurídica, cujo objetivo é evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. Outrossim, considera-se o direito penal, como um sistema de compreensão da legislação, na medida que busca interpretar o tipo descrito e aplicá-lo ao caso concreto.

Por outro lado, em razão da insegurança que permeia a sociedade, o Estado cria normas nitidamente punitivistas, sem observar a real necessidade e eficácia de tal provimento, abrindo campo ao direito penal simbólico e midiático, que não cumprirá sua função social, neste sentido, Cunha (2016b, p. 37-38):

Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de

penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para um Direito Penal Simbólico.

Uma sociedade amedrontada pela violência é o terreno fértil para um Direito Penal simbólico, que na verdade, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, e conseqüentemente seu caráter valorativo. Sendo essa política-legislativa vertente para um direito penal ineficiente e despreocupado com a finalidade primária do Estado Social. De fato, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, levado ao convencimento da sociedade através do sensacionalismo com que se transmite imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social, faz com que, a sociedade, acuada, acredite erroneamente que o Direito Penal será a solução de todos os seus problemas (GRECO, 2012?).

No dizer de Jakobs (2007, p. 59),

Quando se usa em sentido crítico o conceito de direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é que predomina uma função latente sobre a manifesta.

Em suma, o direito penal é um conjunto de normas que regulam as relações jurídicas derivadas da violação do tipo penal, mediante a descrição do fato tido como crime, sua pena, e respectivamente os limites da atuação do Estado, titular do jus puniendi. Já o direito penal simbólico, verte da súplica popular, como solução a criminalidade acentuada e que gera uma sensação falsa e momentânea de segurança, frente a ineficiência preventiva do Estado.

3.3.1 O feminicídio como um reflexo do direito penal simbólico

Entendido as premissas essenciais sobre o direito penal e seu desdobramento no campo simbólico, passa-se ao estudo específico do

feminicídio sob o aspecto controverso do novo tipo penal, qual seja, a criação dessa qualificadora foi necessária ou tem apenas um viés simbólico e midiático.

Dentre os defensores dessa nova Lei, cita-se a Promotora de Justiça, Valéria Diez Scarance Fernandes, designada para o GEVID - Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento à Violência Doméstica. Para ela, os críticos, em regra não estão familiarizados com a violência de gênero, e assim, negam-se a ver o caminho de morte que está sendo trilhado por inúmeras mulheres brasileiras. Segundo eles, caso os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade tivessem imperado em nossa sociedade não haveria necessidade de uma lei tutelar as mulheres vulneráveis a esse tipo de violência (FERNANDES, 2015).

Adepto dessa corrente, Nucci (2016, p. 604-605), afirma que o “feminicídio”, antes da sua edição era tutelado pelo Direito Penal, na forma do homicídio, todavia, segundo ele essa afirmação normativa não mais bastava, tendo em vista que as mulheres continuavam a sofrer dentro de seus lares (principalmente) inúmeras formas de violência física e psicológica. Assim, essa nova Lei é uma continuidade da tutela especial dada pela Lei Maria da Penha, considerando homicídio qualificado e hediondo a conduta de matar a mulher, valendo-se de sua *condição de sexo feminino*.

Neste sentido, foi a justificação do projeto da Lei, criado para reconhecer na forma da lei que o Feminicídio existe:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônica e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido crime passional (BRASIL, 2013).

Além disso, outros defensores da nova qualificadora aduzem que a tipificação do feminicídio em lei específica pode, em termos concretos, “criar a obrigação de estabelecer-se procedimentos detalhados e laudos periciais,

policiais ou médicos adequados e eficientes para a apuração dos crimes contra as mulheres, além de ditar modos de investigação diferenciados caso o crime tenha ocorrido na esfera privada ou na pública.” (BUZZI, 2014, p. 91).

Contrários a essa corrente, autores como Cabette (2015, grifo do autor), argumentam que a seara criminal não é a panaceia para todos os males, posto que, a elaboração de um novo tipo penal ou pior, a alteração do nome de uma conduta já prevista como crime, não é e nunca será a solução para qualquer problema social ou conflitivo.

Antes mesmo da criação da Lei 13.104/15, que denominou-se feminicídio pela doutrina, esse crime já era qualificado pelo motivo torpe, sendo considerado igualmente hediondo. A mudança, portanto, foi meramente topográfica, migrando o comportamento delituoso do art. 121, § 2º, I, para o mesmo parágrafo, mas inciso VI. Essa alteração simbólica, não resolve o problema da violência contra as mulheres, isto é, serve apenas como alerta sobre a existência e necessidade de se coibir com mais rigor a violência contra a mulher em razão da condição do sexo feminino (CUNHA, 2015).

Corroborando o exposto, Lima (2015, grifo nosso), afirma tratar-se de um *pleonasma jurídico*, ou seja, a reprodução de um tipo penal já existente, mas reformulado com palavras diferentes, que na prática não trará grandes mudanças. Para o autor, matar uma mulher por razões de gênero se encaixa perfeitamente nas qualificadoras do motivo fútil ou torpe dependendo do caso, e cita, como exemplo, matar a namorada ao saber que ela não era virgem, motivo torpe, desprezível, abjeto, repugnante para a sociedade.

Do mesmo modo, Nabuco Filho (2015, p. 203), assevera, tratar-se, claramente do uso do direito penal, como forma de manipulação política, que a pretexto de tutelar a mulher, criou-se uma lei desnecessária, vejamos os dizeres do autor:

Parece evidente que estamos diante de uma lei de nítido caráter simbólico, em que suas funções latentes, notadamente o de dar a impressão de que o legislador está fazendo algo para a diminuição da violência contra

a mulher, superam as funções manifestas de punir mais severamente e, por consequência, diminuir as taxas de homicídio contra a mulher. A lei, na prática, só servirá “para a própria imagem do legislador ou do ‘empresário moral’ bem-sucedido”.

Prossegue afirmando o autor, Nabuco Filho (2015, p. 204, grifo nosso) que, o ato de matar a mulher por razões de sexo feminino já configuraria o homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP). E que, o discurso, segundo o qual, matar uma mulher não teria previsão legal, do mesmo modo, segundo o autor, também não o tem, o ato de matar o pai, mãe, filho, homossexual e portanto, a fórmula genérica, *motivo torpe*, já seria suficiente para qualificar tais crimes, quando a condição da vítima for o motivo do crime.

Inegável a correlação deste assunto com o que será abordado no subtítulo seguinte, por isso, convém destacar os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt, a fim de adentrar no entendermos ambas as posições em conflito. Para o autor, Bitencourt (2015), estamos claramente diante de uma *política repressora* da criminalidade discriminatória da mulher, e neste ponto, mais importante do que punir, será a implantação de políticas públicas preventivas com fins a diminuição dessa violência condenável e insuportável em um Estado Democrático de Direito, e assim salvar vidas cuja perda é irreparável.

3.3.2 A efetividade da qualificadora do feminicídio

Ambas os lados, defensores e contrários a qualificadora, são unânimes no que se refere a gravidade do crime e a necessidade de combatê-lo. Para eles, falar em feminicídio é penetrar na instância máxima do ciclo de violência contra a mulher, alicerçado principalmente pela dominação sexual, legitimada pela naturalização patriarcal da hierarquia masculina sobre a vulnerabilidade feminina, todavia, divergem quanto a real efetividade.

Toda vez que o Poder Judiciário é chamado a intervir na seara penal já houve a perda de uma vida, que é em si mesmo inaceitável. Por isso, antes de punir, há necessidade de saber a causa do crime e buscar com isso prevenir, orientar, educar, ou em outros termos, impedir que se chegue a última instância desse crime que é a supressão de uma vida humana. Mas para isso, deve-se formar novos cidadãos extirpando a herança histórico-cultural machista, de uma vez por todas, e assim, homens e mulheres possam conviver harmonicamente, sem qualquer disputa de gênero, na qual todos perdem (BITENCOURT, 2015).

No mesmo sentido, Buzzi (2014), atrela a diminuição da violência contra a mulher e, conseqüentemente, o feminicídio a conscientização do problema, além da educação da população e da desconstrução do discurso machista vigente, que tem a mulher como um objeto, posto à disposição do homem, e da sociedade patriarcal, há séculos sustentada por leis que toleram e justificam essas agressões.

Lima (2015) ressalta a importância do combate a esse tipo de violência, contudo, questiona a eficácia da nova qualificadora:

É importante ressaltar que o assassinato de mulheres deve ser combatido. Entretanto, a sociedade deve estar atenta para quais ações do Estado estão sendo implantadas e gerando resultados positivos, e quais são apenas fruto de uma política simbólica voltada para iludir a população, de modo a evitar políticas mais onerosas, porém realmente eficazes.

Sabe-se que enfrentar a violência contra as mulheres não depende somente de novos tipos penais, requer esforços a longo prazo, através de políticas públicas voltadas a compreensão da origem desse fenômeno. O rompimento desse ciclo de violência, deve-se sobretudo, levar em consideração a implantação de ações voltadas a diminuição dos efeitos das desigualdades e da exclusão da mulher no meio social e, acima de tudo, preservar a autonomia dessas mulheres. Deve-se ainda, atentar a formação de uma consciência crítica as ideologias patriarcais voltadas ao poder e submissão, garantindo-se

as mulheres os direitos e garantias consagrados constitucionalmente, e que qualquer ato contrário seja considerado atentatório a própria dignidade da pessoa humana (GEBRIM; BORGES, 2014, p. 73-74).

Por fim, resta evidente que a simples nomenclatura não traz efetividade ao novo tipo penal, imprescindível pois, olhar as causas intrínsecas dessa violência, implantar ações voltadas a conscientização da população, de modo a prevenir tais condutas atentatórias a autonomia e por conseguinte a própria cidadania feminina. Essas ações devem ter um enfoque multidimensional, envolvendo as mais diversas áreas do conhecimento, não se atendo apenas ao Direito Penal, mas sobretudo, aquelas relacionadas a saúde, educação, assistência social, segurança pública, cultura, justiça.

4 CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente trabalho, o patriarcado, característica marcante da nossa sociedade, cria estereótipos de mulheres submissas, fazendo com que, um dos fenômenos sociais de maior repercussão nas últimas décadas, e que causam uma extrema devastação à saúde e a sua cidadania das mulheres, a violência de gênero, sejam tidos como natural.

A partir desse paradigma de violência e da pressão de organismos internacionais e de movimentos pró-direitos das mulheres, parcelas historicamente marginalizadas, passaram a ter uma atenção especial, vez que, essa violência, baseia-se principalmente no fato de a pessoa agredida, simplesmente, pertencer ao sexo feminino, o que, demonstra, uma séria violação dos direitos humanos.

Neste sentido, cita-se a Lei nº 13.104/2015, que além de criar uma modalidade de homicídio qualificado, chamado de feminicídio, também alterou a Lei 8.072, fazendo nela constar expressamente o novo tipo penal como crime hediondo, e conseqüentemente, por se tratar de crime contra a

vida, a competência para julgamento é do tribunal do júri, nos termos do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal.

Para a doutrina, o *feminicídio*, é a supressão da vida de uma mulher, em virtude do gênero. Não sendo, portanto, a simples conduta homicida circunstância capaz de tipificar a nova qualificadora, necessita pois, atentar contra a mulher, imbuído por razões da condição de sexo feminino, a qual efetivamente ocorrerá quando envolver, violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Certo é que se caracteriza o feminicídio quando a violência praticada contra a mulher, ocorra em razão de sua condição de sexo feminino, ou seja, quando o crime envolver *violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição do sexo feminino*. Essa violência pode ser tanto física, sexual ou psicológica, ao passo que, o menosprezo é característica depreciativa, desprezível à mulher, quanto a discriminação, essa, remete à ideia de preconceito, inferioridade. Todas essas circunstâncias, quando determinantes do crime, tipificam o *feminicídio*.

Prevalece, neste ponto, que sua natureza é subjetiva, visto a motivação do crime, a razão da empreitada homicida, a morte é perpetrada em razão disso, por causa disso. Deste modo, não pode coexistir com as qualificadoras do motivo fútil ou torpe, também de natureza subjetiva, vez que, também estão ligadas à motivação do agente, do contrário, haveria *bis is idem*, o que é vedado.

Quanto à possibilidade do chamado homicídio qualificado privilegiado, é forte o entendimento doutrinário e jurisprudencial pela sua aceitação, desde que, a qualificadora seja de natureza objetiva, a fim de que ocorra compatibilidade com a circunstância privilegiadora de natureza subjetiva.

No tocante ao feminicídio, a posição dominante repele sua coexistência, pois, conforme demonstrado no presente trabalho, o feminicídio tem natureza subjetiva, visto a motivação delitiva, e assim, não há que se pensar em sua coexistência com o privilégio, também de natureza subjetiva. Com efeito, não se

pode cogitar a morte de alguém, por motivo de relevante valor moral ou social, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, concomitantemente com o *motivo fútil ou torpe*, ou ainda, motivado por razões da condição de sexo feminino que tipifica o feminicídio.

Sabe-se, que o direito penal é um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado e tutelam os bens jurídicos mais importantes. Já o Direito Penal Simbólico, nada mais é, do que, um conjunto de normas nitidamente populistas, que visam tranquilizar a opinião pública, gerando uma falsa sensação de segurança, frente a ineficiência preventiva do Estado.

Embora, defensores e contrários a essa nova qualificadora, concordem que, falar em feminicídio, é penetrar na instância máxima do ciclo de violência contra a mulher, devido a gravidade do delito, divergem quanto a sua efetividade. Defensores do feminicídio, mencionam que essa nova lei veio para auxiliar na coleta de dados, além de conscientizar a população sobre a ocorrência e permanência desse tipo de violência. Contrários, argumentam que, toda vez que o Poder Judiciário é chamado a intervir na seara penal já houve a perda de uma vida, o que é, em si mesmo, inaceitável. Para eles, a premissa básica de rompimento desse ciclo de violência, está diretamente relacionada a implantação de políticas públicas preventivas, com ações envolvendo as mais diversas áreas do conhecimento.

A conclusão a que se chega é que independentemente dos argumentos favoráveis ou contrários à existência do feminicídio na legislação brasileira, é premissa básica do Direito Penal sua função de *ultima ratio*, porém o que se tem visto é a utilização exacerbada de meios penais como fonte ilusória de solução a problemática violência de gênero.

De nada adiantará a simples tipificação do feminicídio sem o envolvimento do Poder Público e da população em geral no combate a esse tipo de problema. Para tanto, faz-se necessário, reconhecer que, as mulheres estão sendo mortas pela simples razão de serem mulheres. E assim, criar mecanismos preventivos, além de implantar políticas públicas com ações

voltadas, sobretudo, aquelas relacionadas a saúde, educação, assistência social, segurança pública, cultura, justiça. Além do aprimoramento dos mecanismos já existentes, como as delegacias especializadas no atendimento às mulheres vítimas dessa violência.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo completo do feminicídio. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Ed. Síntese, v. 17, n. 98, p. 40-55, jun./jul. 2016. Suplemento. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-sintese-de-direito-civil-e-processual-civil-1/2016-v-16-n-98-jun-jul>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa*/Cezar Roberto Bitencourt. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Homicídio discriminatório por razões de gênero: Homicídio discriminatório por razões de gênero*. Brasília: 2015. Disponível em: <<http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/37-homicidio-discriminatorio-por-raozes-de-genero>>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.778, de 24 de novembro de 2003.** Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 nov. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado n. 292, de 2013 (Da CPI de violência contra a mulher no Brasil). Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. *Diário Oficial da União*, Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. Brasília, DF, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. Feminicídio e o Projeto de Lei n. 292/2013 do Senado Federal. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/122342>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: lei 13.104/15 Consagra a Demagogia Legislativa e Direito Penal Simbólico Mesclado com o Politicamente Correto. *Jus navigandi*, mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37148/feminicidio/1>>. Acesso em: 12 maio 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte especial - dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 2.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016a.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1^o ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016b.

CUNHA, Rogério Sanches. *Lei do Feminicídio: breves comentários*. Jus navigandi. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-brevs-comentarios>>. Acesso em: 22 maio 2017.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Violência doméstica/feminicídio: uma lei necessária? *Jornal - Carta Forense*, São Paulo, 02 fev. 2015. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/feminicidio-uma-lei-necessaria/15183>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FERREIRA, Carolina Costa; SILVA, Maria Eduarda Praxedes. *O feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio no sistema penal brasileiro*: O Direito Penal pode ser instrumento no combate à violência de gênero? Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, 12 ago. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7101/1/21059713.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

GBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/feminicídio? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 202, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/14180246/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero_Tipificar_ou_n%C3%A3o_o_femic%C3%ADdio_feminic%C3%ADdio>. Acesso em: 21 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Feminicídio*: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. São Paulo: 2015. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*®: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado®/coordenação Pedro Lenza).

GRECO, Rogério. *Direito Penal do inimigo*. Niterói: 2012?. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>>. Acesso em: 19 maio 2017.

GRECO, Rogério. *Feminicídio*: Comentários Sobre a Lei n. 13.104, de 09 de março de 2015. Niterói: 2015a. Disponível: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa/Rogério Greco. 11.ed. Niterói: Impetus, 2015b.

HEINISCH, Luiza Miranda; MACHADO, Carolina Lacerda. *Feminicídio*: um tipo penal de retrocesso ou evolução? A penalização simbólica da violência de gênero, a partir dos contornos da Lei Maria da Penha. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/feminicidio-um-tipo-penal-de-retrocesso-ou-evolucao/>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. v. 5. Arts. 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução André Luiz Callegari e Neréu Jose Giocomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei nº 11.540/2006*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1: parte geral/Damásio de Jesus*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIMA, Thaís Costa. Feminicídio como exemplo do Direito Penal simbólico. *Jus navigandi*, jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40804/feminicidio-como-exemplo-do-direito-penal-simbolico>>. Acesso em: 11 maio 2017.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte especial*, 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. v. 2.

NABUCO FILHO, José. Feminicídio. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Judas Tadeu*, São Paulo: n. 3, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

NERY, Inez Sampaio; VASCONCELOS, Tatianne Bandeira de. *Políticas públicas de enfrentamento à violência de gênero*. Teresina, [entre 2011 e 2016]. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/downloadSuppFile/135/124>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 2.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38. ed. rev. e atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIRES, Amom Albernaz. *A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua questão no Tribunal do Júri*. Ceilândia, DF, 2015. Disponível em: <https://amomalbernaz.jusbrasil.com.br/artigos/172762972/a-natureza-objetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-questicao-no-tribunal-do-juri?ref-news_feed>. Acesso em: 17 maio 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14ª Câmara de Direito Criminal. *Recurso em Sentido Estrito nº 0003128-47.2015.8.26.0052*. Recorrente: João Batista Souza de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Des. Laerte Marrone. São Paulo, 10 nov. 2016. Disponível em: <[>. Acesso em: 20 set. 2017.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10020336&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_7faa7147c92148789020257dd7d69390&v1Captcha=pke&novoVICaptcha=)

SIMIONATO, Girlene Nascimento; MICHILES, Ronaldo. *Feminicídio: uma realidade brasileira*. *Revista de Produção Acadêmico-Científica*, Manaus: Ciesa, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<ftp://revista.ciesa.br/R2/dir02.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SOUZA, Carla Danielle Peixoto de; Orientador: FERREIRA, Pedro Luciano Evangelista. *Aspectos relevantes do feminicídio na legislação brasileira*. Monografia (Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização)–Escola da Magistratura do Estado do Paraná, núcleo Curitiba, 2015. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Carla%20Souza.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATERNIDADE E CÁRCERE: UMA ANÁLISE À LUZ DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Heloizi Marina Slongo¹

Resumo: Esta pesquisa tem por tema a dignidade da pessoa humana e como recorte a relativização da prisão preventiva e da pena privativa de liberdade para atendimento da dignidade dos filhos das mulheres encarceradas. O problema de pesquisa versa sobre as implicações da relativização da pena privativa de liberdade da genitora encarcerada no intuito de atender aos princípios consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente o princípio do melhor interesse da criança. O objetivo geral consiste em verificar se é possível que o Estado exerça seu direito/dever de punir as mulheres-mães encarceradas e ao mesmo tempo respeite os direitos básicos dos filhos destas, consagrados na Constituição e legislação infraconstitucional. Os objetivos específicos são: examinar quais são as garantias conferidas pela legislação à genitora encarcerada, verificar se os presídios brasileiros têm condições de receber crianças, estudar os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como verificar as recentes atualizações legislativas sobre o tema da mulher encarcerada. Realiza-se breve análise de julgados no intuito de constatar se o Poder Judiciário aplica as novas hipóteses de prisão domiciliar nos casos concretos. Por fim, busca-se refletir sobre a dicotomia entre o atendimento do melhor interesse da criança e o poder/dever punitivo do Estado. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, realizando um levantamento bibliográfico referente ao tema com base em leis, doutrinas e julgados.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Maternidade. Cárcere. Doutrina da Proteção Integral.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral verificar a possibilidade de relativização do poder punitivo do Estado sempre que este se encontre

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; hslongo@outlook.com

em confronto com a garantia da proteção integral e do melhor interesse da criança, a qual não deve sofrer os reflexos diretos da reprimenda aplicada à mãe encarcerada, sob pena de ter violada sua dignidade.

Para abordar o tema, analisa-se, num primeiro momento, o princípio da dignidade da pessoa humana, que não se afasta nem da mulher encarcerada e, muito menos, de sua prole. Isso porque o indivíduo encarcerado continua sendo portador de todos os seus direitos humanos e fundamentais, tendo em vista que a segregação deve restringir, apenas, o direito à liberdade.

A garantia da dignidade das crianças filhas de mulheres encarceradas se encontra consagrada na legislação infraconstitucional, bem como no princípio da individualização da pena, que dispõe que as mulheres serão alocadas em estabelecimento próprio, dotado de creches e berçários para abrigar crianças enquanto as mães cumprem pena privativa de liberdade.

As crianças nascidas de infratoras devem ser amparadas pelos princípios inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como o direito à convivência familiar, direito à proteção integral e demais direitos conferidos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional.

Além da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, existem os tratados e regras de direitos humanos que o Brasil é signatário, dentre eles as Regras de Bangkok. Essas regras foram traduzidas para a língua portuguesa no ano passado e prevêm que as mulheres encarceradas devem ser tratadas de maneira especial sempre que ostentem também a condição de genitoras.

Algumas das regras têm como foco principal a criança e pregam pelo desencarceramento das mães, de modo a garantir o melhor interesse da criança. Há, inclusive, atualização recente do Código de Processo Penal relativizando a privação da liberdade, no caso de prisão preventiva, demonstrando que as Regras de Bangkok estão sendo incorporadas, aos poucos, no ordenamento jurídico brasileiro.

Num segundo momento, abordam-se os princípios consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, nos moldes da Doutrina da Proteção Integral, que definem a criança e os adolescentes como prioridade absoluta, nos âmbitos sociais, públicos, familiares, judiciais e extrajudiciais.

Colacionam-se dados a fim de constatar se as penitenciárias estão preparadas para receber “crianças encarceradas”, com a estrutura prevista em lei, e se elas são tratadas como absoluta prioridade nesse aspecto.

Analisa-se a recente atualização do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 13.257, de 2016 (Estatuto da Primeira Infância) que inseriu novas possibilidades de substituição da segregação cautelar nos estabelecimentos prisionais pela prisão domiciliar e visando proteger os direitos da criança.

Num terceiro momento, analisa-se julgados recentes a fim de averiguar se o Poder Judiciário tem substituído a segregação cautelar pela domiciliar e quais os argumentos utilizados para tanto. Para finalizar, sugere-se meios para conciliar o direito de punir do Estado e, ao mesmo tempo, garantir o respeito dos direitos da criança que, ao contrário da mãe, não foi condenada e, logicamente, não deve ser tratada como presa.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo. No intuito de responder ao problema de pesquisa, realiza-se um levantamento bibliográfico com base em leis e doutrinas.

Em resumo, a intenção desta pesquisa é tratar sobre as implicações da relativização da pena privativa de liberdade da genitora encarcerada no intuito de atender aos princípios consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente os princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROTEÇÃO NORMATIVA À MULHER – MÃE ENCARCERADA

A dignidade da pessoa humana, direito e qualidade inerente a todas as pessoas físicas, veda qualquer tratamento desumano ou degradante aos indivíduos, privados ou não de liberdade, e constitui-se como postulado básico do Estado Democrático de Direito que está previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Conforme explica Sarlet (2006, p. 113), o Constituinte teve manifesta intenção de outorgar aos princípios fundamentais a função de verdadeiras normas embasadoras e norteadoras de toda a ordem constitucional, notadamente dos direitos fundamentais, referidos pelo autor como sendo o núcleo da Carta Magna.

Sabe-se que cada ser humano possui autonomia para agir conforme sua própria lei moral e autodeterminar sua conduta. Contudo, embora transgrida determinados costumes ou até mesmo cometa algum ato delituoso, não deve ser privado da dignidade que lhe é inerente e intrínseca.

Embora o princípio em exame seja originariamente constitucional, é íntima sua relação com o direito penal, tendo em vista que a carta magna dispõe expressamente, no artigo 5º, incisos XLIX e XLX, respectivamente, que: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e “às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação.” (BRASIL, 1988).

Os artigos supracitados demonstram que o preso, “conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (PRADO, 2011, p. 181). Ou seja, é dever do Estado garantir que a restrição à liberdade não ultrapasse o limite insculpido na dignidade da pessoa humana. Se a intervenção penal não for adstrita aos limites constitucionais e atinja de forma ilimitada os

direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana, deve ser considerada inconstitucional.

O constituinte “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que homem constitui finalidade precípua, e não meio, da atividade estatal.” (SARLET, 2006, p. 115). Desta forma, é possível afirmar que cabe ao Estado, e também ao Direito, assegurar ao homem/mulher, mesmo na condição de criminoso (a), a imposição de uma pena humana e socialmente útil. O significado de uma pena socialmente útil é distinto para homens e mulheres encarceradas, notadamente diante da condição peculiar e inerente à esta: a maternidade.

Assim como a dignidade da pessoa humana, a individualização da pena foi positivada expressamente no texto constitucional e constitui direito individual do infrator. Isso porque cada pessoa deve ser punida de acordo com a sua culpabilidade e a pena deve ser ajustada, de forma diferenciada, para cada transgressor da norma penal.

O texto constitucional consagrou expressamente que a execução penal não pode ser igual para todos os presos e deve considerar suas particularidades com relação ao sexo, idade e condições físicas peculiares, tais como a gravidez e amamentação, direitos previstos no inciso “L” do artigo 5º (BRASIL, 1988).

Assim, atendendo ao princípio da individualização da pena e “refutando a noção de que presos são blocos de uma entidade unificada e homogênea, dotada de uma única vontade geral” (VIEIRA; VERONESE, 2015, p. 36), o ordenamento jurídico despendeu tratamento diferenciado para homens e mulheres no tocante à execução da pena privativa de liberdade aliada ao exercício da maternidade.

Além do texto constitucional, mencionado no item acima, a legislação infraconstitucional conferiu direitos e garantias à mulher-mãe. O Estatuto da Criança e do Adolescente reitera, em seu artigo 9º, que o poder público deverá propiciar condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive

aos infantes de genitoras submetidas a medida privativa de liberdade, assim como às que não se encontrem nessa situação. Ainda, o artigo 37 do Código Penal Brasileiro dispõe que “as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal [...]” (BRASIL, 1940).

Assim, o legislador, ainda que implicitamente, reconhece a necessidade de tratar as mulheres de forma diferenciada no tocante ao ambiente em que cumprirão a reprimenda, tendo em vista suas necessidades biológicas e psicológicas distintas daquelas do preso do sexo masculino.

A Lei de Execução Penal também possui em seu escopo regras próprias às mulheres encarceradas. O artigo 89 do referido diploma legal disciplina que a penitenciária feminina deverá ser dotada de seção para gestantes e parturientes e de creches aptas a abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos de idade, tudo com o fim de assistir e resguardar os direitos da criança cuja responsável cumpre medida restritiva de liberdade (BRASIL, 1984).

Além das previsões legais e constitucionais a respeito do cárcere e maternidade constante do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se as regras e pactos internacionais de direitos humanos nos quais o Brasil está inserido, é signatário ou desempenhou participação ativa na elaboração.

As regras que serão citadas a seguir ainda não estão inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, mas, ainda que de forma tímida, recentes atualizações no Código de Processo Penal têm ocorrido e podem estar relacionadas aos tratados de direitos humanos que o Brasil é signatário, diante da evidente relação que possuem com os textos dos referidos tratados.

Em 22 de maio de 2015 as Nações Unidas oficializaram um novo quadro de normas, em substituição às “Regras Mínimas Para Tratamento de Presos”, intituladas como “Regras de Mandela” que disciplinam, de forma atualizada e recente, as novas regras mínimas das nações unidas para o tratamento de presos. Elas despenderam cuidado especial e diferenciado às

mulheres encarceradas. É pertinente citar e/ou parafrasear algumas dessas regras, tendo em vista serem norteadoras de um cárcere mais humano e digno às mulheres e crianças encarceradas.

A Regra 48, item “2”, disciplina que nenhum instrumento de restrição, tais como algemas ou correntes nas mãos ou nos pés, sejam utilizados em mulheres em trabalho de parto ou imediatamente após o parto. Essa regra foi recentemente positivada no art. 292, parágrafo único, do Código de Processo Penal, nos termos a seguir expostos: “É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.” (BRASIL, 1941).

Tanto a regra de n. 48 quanto a lei que alterou o diploma processual penal brasileiro, prestam-se a resguardar a dignidade humana da presa, bem como da criança, que, quando possível, não deve sentir os reflexos maléficos da pena privativa de liberdade enfrentada por sua progenitora, desde a concepção.

Ainda no âmbito de tratados internacionais de direitos humanos, tem-se as Regras de Bangkok que dispõem acerca das Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Veja-se:

A Regra n. 2 estabelece que é necessária atenção especial ao ingresso de mulheres e crianças nos estabelecimentos prisionais e ressalta que antes ou no momento do ingresso, deve ser permitido e viabilizado à mulher responsável pela guarda de seus filhos tomar as providências necessárias com relação a eles, inclusive com a possibilidade de suspensão da pena privativa de liberdade por período razoável, levando em consideração o melhor interesse da criança (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Complementando o postulado de n. 2, a Regra n. 3 esclarece que devem ser registrados o número e os dados pessoais dos filhos das mulheres que adentram nas prisões, que deverão ser mantidos em sigilo, mas utilizados

quando necessário às crianças. Ainda, “O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, CNJ, 2016).

Derradeiramente, com relação às Regras de Bangkok, tem importância ímpar a regra de n. 64 que disciplina que “Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado [...]” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Outro ponto que merece destaque e que se trata de recente atualização legislativa do diploma processual penal brasileiro é o artigo 318 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre as novas possibilidades de prisão domiciliar, nos incisos IV, V e VI. Agora, o Juiz pode substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante, mulher com filho de até 12 anos de idade e homem, se for o único responsável por menor de até 12 anos (BRASIL, 1941).

Além das alterações legislativas, importante citar um recente ato do poder executivo federal ocorrido no dia 12 de abril do corrente ano, por meio do qual o Presidente da República sancionou decreto concedendo indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, brasileiras e estrangeiras, por ocasião do dia das mães.

Ante todo o exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico atual, notadamente por meio das recentes atualizações legislativas colacionadas neste capítulo, bem como o recente decreto presidencial, buscam resguardar os direitos da criança à convivência familiar, independentemente se o pai, a mãe, ou ambos, exercem o poder familiar.

3 CÁRCERE E PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Assim como a dignidade da pessoa humana não se destaca da pessoa encarcerada, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), seus princípios e regras não se afastam da criança que, por determinado lapso temporal, acompanha a mãe no ambiente hostil do cárcere durante o cumprimento da reprimenda definitiva ou prisão provisória desta.

O artigo 6º da Constituição elevou à categoria de direito fundamental social a proteção da maternidade e da infância e no artigo 227 dispôs que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar direitos civis e sociais às crianças e adolescentes com absoluta prioridade (BRASIL, 1988).

A fim de regulamentar o disposto na Constituição Federal, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que de fato consagra a Doutrina da Proteção Integral e possui em seu bojo diversos princípios/direitos conferidos à criança ao adolescente, dentre eles: prioridade absoluta, direito à convivência familiar e princípio do melhor interesse da criança.

Os únicos direitos constitucionais intitulados “de prioridade absoluta” são àqueles outorgados a crianças e adolescentes. Dessa forma, havendo conflito de normas, os direitos e interesses dos infantes são capazes de sobrepor-se a outras normas (FONSECA, 2015, p. 21). Todavia, não parece que este direito se aplica às, possivelmente, mais vulneráveis - e porque não dizer relegadas ao esquecimento – crianças: àquelas que permanecem nos presídios com suas genitoras.

Conforme já exposto, tanto a Carta Magna quanto o texto infraconstitucional preveem que o aleitamento materno é direito da lactante encarcerada e da criança que dela adveio. Ainda, assegura-se que os presídios serão dotados de creches e berçários para que esta permanência seja digna. Então, como explicar a irrisória quantia de presídios que disponham dessa estrutura?

De acordo com o primeiro e único levantamento nacional de informações penitenciárias voltadas às mulheres – INFOPEN Mulheres, publicado em junho de 2014, em que pese a Lei de Execução Penal disponha que os estabelecimentos prisionais devem ser divididos de acordo com o gênero, em junho de 2014, existiam 1.420 unidades prisionais no país, sendo que 75% (setenta e cinco por cento) eram voltadas exclusivamente a homens, 7% (sete por cento) exclusivamente à mulheres e os outros 17% (dezessete por cento) tratam-se de estabelecimentos mistos (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2014, p. 15).

No que tange à estrutura de unidades que recebem mulheres, apenas 34% (trinta e quatro por cento) dispõem de celas e/ou dormitórios adequados para gestantes, enquanto este número cai para 6% (seis por cento) nos estabelecimentos mistos (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2014, p. 18).

Com relação à existência de berçário, 32% (trinta e dois por cento) das unidades femininas dispunham deste espaço, enquanto 3% (três por cento) das unidades mistas o possuíam. De outro lado, apenas 5% (cinco por cento) das unidades femininas possuíam creches, não havendo registro de nenhuma instalação desta natureza em unidades mistas (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2014, p. 18-19).

Já foi possível concluir que os direitos da criança podem sobrepor-se a outros direitos, em havendo conflito de normas. Teria a “criança encarcerada” menos importância do que os infantes que não passam por essa terrível experiência?

Os filhos de mulheres presas, infelizmente, parecem ser considerados, novamente, reflexos de uma patologia social. Permitir que continuem desta forma é aceitar – e fechar os olhos – a uma clara forma violação à vedação ao retrocesso prevista no texto constitucional e, ainda, permitir que não haja a consagração da absoluta prioridade prevista no estatuto que deveria protegê-los.

Inobstante os dados acima colacionados, a permanência dos infantes no interior do cárcere é permitida atualmente, principalmente no período da lactação, forte no direito à convivência familiar conferido às crianças e adolescentes.

De acordo com o ECA, a criança deve permanecer convivendo com os pais encarcerados, em visitas periódicas, as quais prescindem, inclusive, de autorização judicial. Nesse sentido, o estatuto prevê, em seu artigo 23, § 2º, que a condenação criminal do pai ou da mãe apenas implica na destituição do poder familiar quando os genitores cometem crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho (BRASIL, 1990).

Somente em situações excepcionais as crianças devem ser retiradas de suas famílias. Esse afastamento deve ser ainda mais excepcional quando se cuidam de crianças de tenra idade que, via de regra, não devem ser apartadas de suas genitoras, ainda que encarceradas, sobretudo para garantia do pleno desenvolvimento daquelas.

Por isso, o Estatuto da Criança e do Adolescente ressaltou que “O poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade.” (BRASIL, 1990). Essa garantia de convivência é intimamente vinculada ao direito ao pleno desenvolvimento da criança.

Este desenvolvimento é composto por diversos processos biológicos, afetivos e cognitivos que dependem das condições ambientais do local em que a gestante encontra-se inserida, de sua situação emocional, nutricional e física e até mesmo do desejo dos pais de conceberem a prole (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 2006, p. 27).

É cediço que o nascituro reagirá às condições ambientais nas quais a presa gestante está inserida. Em meio ao cárcere e suas condições sabidamente precárias, é certo que aspectos negativos incutirão na vida intrauterina do menor e seus reflexos virão por ocasião do nascimento.

Por fim, o princípio do melhor interesse da criança é autoexplicativo. Significa que na análise do caso concreto, quando for necessário decidir sobre o presente ou o futuro dos infantes, deve o operador do direito, seja o Órgão do Ministério Público o Magistrado ou o Advogado, buscar a solução que apresente mais benefício àqueles.

Veronese e Vieira (2015, p. 140-141), esclarecem que o princípio em análise deve ser observado pelo Estado em suas atividades precípua de implementação e execução de políticas públicas, pelo Estado-juiz na aplicação das normas jurídicas e, ainda, pela família na tomada de qualquer decisão que envolva os infantes. Isso serve para atender tanto ao crescimento da criança e do adolescente quanto à evolução da família que convive com indivíduos que não chegaram a vida adulta.

Nesse ínterim, uma das regras de Bangkok (regra 49) dispõe que todas as decisões que autorizem os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança, sendo que elas jamais devem ser tratadas como presas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 33).

Contudo, diante da falta da infraestrutura dos presídios, conforme dados acima colacionados, os menores sofrem com a privação de liberdade e, em alguns casos, são tratados como presos, convivendo no interior das celas com as genitoras.

Essa foi uma situação vista na Penitenciária Feminina de Teresina, no Piauí. Bebês de poucos meses de vida, que ainda engatinhavam foram flagrados no interior da celas sujas, insalubres e precárias do ergástulo, brincando no chão, ao lado da genitora e das colegas de cárcere (GAMA, 2014). Há duas situações chocantes, veiculadas na mesma reportagem, ocorridas na citada penitenciária, relatados pelo representante do Sindicato dos Agentes Penitenciários – SINPOLJUSPI, da Parnaíba.

Um bebê nascera em uma das celas da cadeia e dividia o espaço com a mãe e outra presa. Em uma oportunidade, a mãe se envolveu em uma

briga e sua punição foram 20 (vinte) dias sem banho de sol. Nesse período, a criança também não saiu da cela. Embora as agentes penitenciárias tenham se sensibilizado com a situação, e solicitado que outras presas levassem o(a) infante para fora do local, estas responderam negativamente, por alegarem que não querem tomar conta do filho das outras (GAMA, 2014).

Outra situação foi de um casal de suecos que estava preso pelo crime de tráfico de entorpecentes, período em que conceberam uma criança. Este menor, ficou “preso” até os quatro anos de idade, oportunidade em que a mãe obteve liberdade. O marido permaneceu preso e a mãe, que continuava a visitá-lo, relatou aos agentes penitenciários que a criança adquiriu vários traumas em virtude do lapso temporal que permaneceu encarcerada, como temor de sair de casa, medo de barulho de chaves e portas, entre outros (GAMA, 2014).

A permanência de crianças nesses ambientes, desprovidos de infraestrutura, representa nítida violação a diversos direitos fundamentais dos infantes. Outrossim, há transgressão à norma constitucional penal de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado. Portanto, é necessário um olhar especial a esses infantes, que devem ser descriminalizados, pois sofrem e são penalizados socialmente por algo que não fizeram.

Para possibilitar que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado e que a permanência das crianças nos presídios seja digna, cabe ao Estado equipar as penitenciárias com espaços adequados à permanência deles, com berçários e creches, conforme prevê a Lei de Execução Penal.

Diante do evidente descaso/morosidade do Estado em adequar as penitenciárias à infraestrutura adequada ao recebimento das proles das apenadas, impera no país uma cultura de desencarceramento, conforme foi verificado no primeiro capítulo deste estudo. Isso ocorre por intermédio do decreto presidencial editado no início do ano, das Regras de Bangkok, que o Brasil é signatário, das recentes atualizações do Código de Processo Penal, que relativizam a segregação preventiva de mulheres e homens responsáveis

por filhos de até 12 anos de idade incompletos, diante de recente atualização do Código de Processo Penal, entre outros.

Alguns acórdãos serão analisados nos itens seguintes, a fim de verificar como o Poder Judiciário tem lidado com situações tais como as aventadas neste trabalho.

4 FUNÇÃO DA PENA E RELATIVIZAÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

A recente atualização do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 13.257, de 2016 (Estatuto da Primeira Infância) inseriu novas possibilidades de substituição da segregação cautelar nos estabelecimentos prisionais pela prisão domiciliar. Neste item, serão analisadas jurisprudências dos tribunais superiores a fim de visualizar se esta prisão tem sido reconhecida e aplicada e, em caso positivo, em que casos.

Outrossim, o texto atualizado reporta-se apenas às hipóteses de substituição da prisão preventiva, sem fazer qualquer menção à pena definitiva, advinda de condenação. Alguns Juízes da Execução Penal têm substituído a prisão definitiva por recolhimento domiciliar, mas, conforme se analisará, o ordenamento jurídico vigente não prevê essa possibilidade.

Diante da ascensão das Regras de Bangkok, que enxerga o desencarceramento/prisão domiciliar de mulheres, mães ou não, como solução para a situação penitenciária, bem como para resguardar os direitos dos infantes e considerando o ponto de vista de alguns Órgãos do Ministério Público e membros no Poder Judiciário de que o desencarceramento é a solução, inclusive em caso de mulheres-mães infratoras de crimes graves, analisar-se-á se a pena cumprirá ou não seu papel quando se adota a medida domiciliar.

Ao final, será abordada a alternativa para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes e serão destacadas políticas públicas que podem

evitar a violação dos direitos das crianças e adolescentes e, ao mesmo tempo, sejam aptas à punição das infratoras.

4.1 A RELATIVIZAÇÃO DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE E JULGADOS ATUAIS

A prisão cautelar domiciliar, substitutiva da prisão preventiva, consiste no recolhimento do indiciado (a) ou acusado (a) nas dependências de sua residência, de onde não pode se evadir sem autorização judicial. Conforme dito acima, foram inseridas recentemente novas hipóteses de recolhimento domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro.

No texto atualizado do diploma processual penal foram acrescentados os incisos IV a VI advindos do Estatuto da Primeira Infância, que dispõem que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados de criança de até 12 (doze) anos (BRASIL, 1941):

É necessária a análise minuciosa deste artigo. Inicialmente, tem-se que o Juiz *podará* (e não *deverá*) substituir a prisão preventiva pela domiciliar nos casos acima citados. Ou seja, trata-se de faculdade do Magistrado que, analisando o caso concreto, decidirá sobre a possibilidade da substituição da segregação no cárcere pelo recolhimento domiciliar.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, em decisão em Habeas Corpus nº 351.494, ressaltando que não é dever do magistrado conceder a prisão substitutiva. Para ele, “o uso do verbo “*podará*”, no *caput* do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria “dever” do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Seguiu explicando que essa interpretação acabaria por gerar verdadeira vedação ao emprego da segregação cautelar, inobstante ela seja necessária em alguns casos concretos. Outrossim, asseguraria,

indiscriminadamente, a toda pessoa com prole o direito de permanecer sob a prisão alternativa, mesmo não havendo necessidade da medida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Ainda, o Juiz exigirá prova idônea, tais como estudos, laudos ou documentação que justifique a medida alternativa, sendo que o ônus da comprovação incumbe a quem a requerer, tendo legitimidade a Autoridade Policial, o investigado/acusado ou o *Parquet* (MARCÃO, 2016).

Em um caso de prisão domiciliar de mulher que supostamente praticou os crimes de receptação e uso de documento falso e, por isso, foi segregada preventivamente o Superior Tribunal de Justiça concedeu a custódia alternativa, após ter a acusada impetrado *habeas corpus*. No caso em exame, a paciente era tecnicamente primária, os crimes supostamente praticados eram comuns e não envolviam violência ou grave ameaça à pessoa. O motivo determinante da concessão da segregação alternativa foi o fato da beneficiada ter dois filhos, um de 6 (seis) e outro de 10 (dez) anos (HC 342.890/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca).

Ainda, no caso em tela, havia laudo elaborado pelo Conselho Tutelar, dando conta dos reflexos da ausência da genitora no dia a dia dos infantes, sendo esta uma prova idônea da necessidade da substituição da custódia, conforme exigido no diploma processual penal.

O Poder Judiciário, contudo, não se limita à substituição da custódia preventiva no cárcere pela medida alternativa apenas nos casos de crimes comuns. Isso ocorreu também em um processo em que a mulher-mãe foi acusada pelos crimes de tortura (crime hediondo), extorsão mediante sequestro e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, tudo em concurso material.

A acusada preencheu um dos requisitos subjetivos elencados no artigo 318 do Código de Processo Penal, qual seja, possuía uma filha com 7 (sete) e outra com 9 (nove) anos e era a responsável pela guarda de ambas até o momento da segregação.

Os crimes a ela imputados eram graves, sendo dois deles praticados com violência/grave ameaça, mas não representaram óbice à concessão da medida. Isso porque a denunciada não possuía antecedentes criminais e por tratar-se de fato isolado em sua vida (STJ, 2016, HC 71.697/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik).

Houve concessão da medida alternativa, também, em caso de mulher presa preventivamente pela suposta prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, crimes que também são equiparados a hediondos, por possuir quatro filhos menores, cujo genitor falecera (HC 357.470/RS).

Contudo, há entendimentos diversos, nos quais os membros do poder Judiciário utilizaram da faculdade conferida pelo artigo antes transcrito e consignaram a necessidade da manutenção da segregação no cárcere, em que pese a condição de gestantes ou responsáveis por filhos menores presas preventivamente.

Sabe-se que a prisão preventiva é medida processual, que pode ser decretada durante o inquérito policial ou durante a instrução criminal, antes do trânsito em julgado quando existirem motivos autorizadores, determinados em lei. Essa modalidade de segregação visa garantir a eficácia do provimento jurisdicional até decisão definitiva (CAPEZ, 2015).

Ela pode ser decretada nas hipóteses do artigo 312 do Código Penal para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal em havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (BRASIL, 1941).

Fundamentando a decretação da prisão preventiva em um dos requisitos acima citados, é possível que, embora comprovado algum dos requisitos do artigo 318 do CPP, haja indeferimento do pedido de prisão domiciliar, sobretudo por se tratar de faculdade e não dever do Magistrado a decretação da medida alternativa. Este foi o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Habeas Corpus n. 4013388-63.2017.8.24.0000, julgado em 20 de julho do corrente ano.

Há autores, tais como Marcão (2017), críticos da possibilidade da apreciação dos requisitos subjetivos disciplinados no artigo que dispõe sobre as possibilidades de prisão domiciliar, por entenderem que os olhos se voltam a pessoa errada (presa) e não a quem o Estatuto da Primeira Infância visava proteger (proles menores de idade). Ele afirma que não se trata de “dar ou não uma chance” a quem se encontra custodiado. O foco é outro [referindo-se ao Estatuto da Criança e do Adolescente].

Partindo deste pressuposto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pelo indeferimento da custódia domiciliar em caso que a presa, por tráfico de drogas, era lactante, a segregação estava fundamentada na garantia da ordem pública, devido à natureza da droga apreendida, e o ambiente carcerário, onde também permanecia o nascituro, seguia as normas disciplinadas na Lei de Execução Penal (HC nº 340.366/SP, Min. Sebastião Reis Júnior).

As decisões judiciais mencionadas demonstram a necessidade da aplicação da norma jurídica benéfica às encarceradas, de forma cautelosa, no caso concreto. Contudo, há uma tendência muito mais permissiva do que repressiva desta forma alternativa de segregação, a fim de, ao que parece, atender aos interesses das proles dos encarcerados.

Até o presente momento discutia-se sobre a prisão preventiva. Contudo, as regras de Bangkok, cujas determinações o Brasil comprometeu-se, gradativamente, a seguir, bem como o entendimento de alguns operadores do direito é necessário analisar a possibilidade da concessão de prisão domiciliar a mulheres-mães *condenadas*.

4.2 DA FUNÇÃO DA PENA E DA RELATIVIZAÇÃO DA PRISÃO DEFINITIVA

É absolutamente vedada a permanência dos infantes no interior das celas ou em locais inapropriados à permanência digna nos presídios.

Diante disso, normalmente o que ocorre é a entrega da criança aos cuidados de terceiros, o que se torna um impasse, por exemplo, ao exercício da amamentação, que é essencial à criança.

Contudo, colocar a genitora em liberdade para exercer esse direito, que é seu e do infante, durante a reprimenda definitiva, ainda não possui previsão legal e há quem acredite que pode servir como um incentivo para que outras presas engravidem, em busca de que a criança se torne um verdadeiro “alvará de soltura” (SANTOS, 2002).

Em que pese a ausência de previsão legal da substituição da prisão definitiva por domiciliar, essa prática tem sido adotada por alguns magistrados. Isso ocorreu, por exemplo, nos autos nº 0002363-43.2013.8.24.0038 que tramitam na 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, e se trata de execução penal, cujas penas da reeducanda, somadas, totalizavam 16 (dezesesseis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicialmente fechado. Os crimes que a apenada restou condenada foram tráfico de drogas, posse de munição de uso restrito, falsificação de documento público, estelionato e furto.

A reeducanda requereu a conversão da segregação em prisão domiciliar, para o cuidado de 4 (quatro) filhos, três deles menores de 12 (doze) anos e logrou êxito em seu petítório. O Magistrado lhe concedeu prisão domiciliar, fundamentando sua decisão, analogicamente, no artigo 318 do Código Penal, que prevê a prisão preventiva substituída por domiciliar. As condições para o cumprimento da medida foram de: recolhimento domiciliar em período integral, autorizadas saídas para acompanhamento de tratamento da sua saúde e dos filhos, comparecimento em Juízo sempre que requisitado, bem como comunicar nos autos eventual mudança de endereço.

Em que pese o entendimento do Ilustre Magistrado subscritor da decisão, se a mulher infratora, pelo simples fato de ser mãe, tenha sua pena privativa de liberdade substituída por prisão domiciliar, de forma desarrazoada, é questionável se a pena, de fato, cumprirá sua função de coibir e desmotivar a prática de novos crimes.

Para Busato e Huapaya (2007, p. 207), a função precípua do Estado é a manutenção do controle social. Para manter este controle, nas situações mais graves de transgressão às normas e lesões a bens jurídicos, ele faz uso da sanção penal. Os autores aduzem que “a resposta à pergunta “por que se pune?” está na expressão “se pune para manter o controle social, que é tarefa primordial do Estado.”

Importante tecer breves apontamentos sobre as teorias que circundam a função da pena, quais sejam, absolutas (retributivistas), relativas (utilitaristas ou prevencionistas) e mistas.

Primeiramente, a teoria absoluta ou retributivista “considera a pena como forma de retribuir o mal causado pelo autor da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.” (CANTERJI, 2008, p. 29). Para esta corrente a pena destina-se única e exclusivamente a “fazer justiça”, oferecendo uma resposta imediata à sociedade, como forma de retribuição àquilo que foi lesionado com a conduta do infrator.

De outro lado, para a teoria relativa, prevencionista ou utilitarista da pena, a sanção “se justifica não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir sua prática.” (BITTENCOURT, 2016). Ou seja, a reprimenda busca apenas coibir e desmotivar a prática de crimes futuros.

Essa prevenção divide-se em geral e especial, ambas subdivididas em negativa e positiva. A prevenção geral negativa visa dissuadir os futuros infratores a praticarem crimes, por temor da punição que lhes ocorrerá. Por intermédio da prevenção positiva, o Estado quer expor à sociedade que é efetivo, contrapondo-se ao crime que destrói sua imagem. De outra banda, a prevenção especial positiva entende que o Estado está fazendo um bem para o autor do crime, melhorando o indivíduo para que se torne apto a viver novamente em sociedade. A negativa, por fim, visa proteger a sociedade do autor do crime, afastando-o do meio social (CANTERJI, 2008, p. 31-34).

A teoria mista, por sua vez, unifica as exigências retributivas e preventivas. Para Busato e Huapaya (2007, p. 194) “seu mérito constituiu em

conciliar as exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma [...]” A teoria mista foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É questionável se a prisão domiciliar, realmente, é capaz de cumprir a função de reprovação e prevenção do delito praticado pela mulher beneficiada com este instituto, sobretudo ante a dificuldade de fiscalização deste tipo de regime de cumprimento de pena no país.

Ademais, no caso supracitado, da mulher que foi beneficiada com a substituição da pena na Comarca de Joinville, sequer houve a imposição do monitoramento eletrônico que, em tese, poderia facilitar a fiscalização das demais condições impostas.

Outrossim, alguns crimes, tais como o tráfico ilícito de entorpecentes, são praticados na própria residência das mulheres, com grande risco de reincidência, sendo que os infantes continuariam expostos a situação inapropriada, mesmo em suas próprias casas, na presença da mãe. Este foi um motivo para o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por domiciliar em julgado do Tribunal Gaúcho (Agravo n. 70073499519, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 14/06/2017).

Em outro julgado, também oriundo do Tribunal Gaúcho, consignou-se a impossibilidade de concessão da prisão domiciliar para os presos de regime diferente do aberto, nos termos do artigo 117 da Lei de Execução Penal. Ainda, ressaltou-se que a criança não pode ser um salvo-conduto à apenada (Agravo n. 70073343816, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 17/05/2017).

Assim, verifica-se que embora as Regras de Bangkok tenham sido reconhecidas pelo Brasil, elas ainda não são aplicadas, por inteiro, nas decisões na execução penal, pois ainda não há previsão legal da possibilidade da substituição da pena definitiva por domiciliar quando as apenadas estão grávidas, têm filhos e são responsáveis pelos seus cuidados.

É necessário, portanto, que o legislador se debruce sobre esta questão e estabeleça regras a serem seguidas pelos aplicadores do direito por ocasião da prisão de mulheres. É imperioso que sejam estabelecidos os requisitos, objetivos e subjetivos, para substituição da segregação definitiva por prisão domiciliar, a fim de atender ao melhor interesse dos infantes, e de modo a conceder este benefício a presas que não representem perigo à sociedade. Somente dessa forma a pena atenderá todas as suas funções precípuas.

Ante a impossibilidade do desencarceramento em todos os casos, é necessária, também, a concretização de políticas públicas criminais que protejam tanto a maternidade quanto à criança no interior do cárcere.

4.3 POLÍTICAS PÚBLICAS

É delicada a relação entre privação da liberdade da genitora e absoluta prioridade da criança que é atingida com os reflexos da reprimenda. Diante disso, conforme já visto, o ordenamento jurídico brasileiro tem criado algumas alternativas para mitigar a falta das genitoras por ocasião da prisão preventiva. Contudo, esta providência, por si só, não representa a solução do problema enfrentado.

Incumbe ao Estado proporcionar a efetivação dos interesses das crianças e adolescentes com absoluta prioridade, conforme previsão constitucional. Do mesmo modo, também cabe ao Estado garantir que a execução penal seja digna e que o preso seja punido nos limites constitucionalmente previstos, não podendo a pena passar da pessoa do condenado.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o tema, ressaltando que diante das condições precárias em que se encontram as prisões brasileiras, os Magistrados estão autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas e ações para garantir a dignidade dos presos (STA 807/RJ; Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski).

Busca-se, portanto, nada mais que a concretização de políticas públicas que podem ser conceituadas como “as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de intervenção pública [...] para fazer investimentos ou para mera regulamentação administrativa” (BONETI, 2011, p. 17-18) relacionadas, no caso, ao âmbito carcerário.

Contudo, as “soluções” que tem sido adotadas, tanto pelo poder Executivo quanto pelo poder Legislativo, embora resolvam momentaneamente a situação, permitindo que mães permaneçam com seus filhos durante a prisão preventiva, não resolvem a raiz do problema.

Veronese e Vieira (2015, p. 281) lecionam que a ação do Poder Público deve ocorrer “mediante um conjunto articulado de ações e programas do Estado e da sociedade, criando uma rede ou teia que potencialize a Proteção Integral da criança e do adolescente” tudo isso para observar a prioridade absoluta e superior interesse destes.

Isso poderia ocorrer, por exemplo, por meio dos sistemas de Assistência Social locais, como os Centro de Referência especializados (CRAS e CREAS), que são instituições que possuem em seu bojo profissionais qualificados para intervir, por exemplo, em situações delicadas e de risco envolvendo crianças e adolescentes, como é o caso em que a criança é mantida sob a guarda de pessoa diversa de sua genitora (avós, tios e outros familiares). Tal acompanhamento, psicológico, por exemplo, poderia minimizar os reflexos negativos da ausência da mãe, bem como orientar a pessoa que fará o papel de mãe por determinado lapso temporal.

Ademais, Veronese e Vieira (2015, p, 293) entendem que nos presídios deveria haver a estruturação de um atendimento voltado à saúde mental e física da mulher presa, a participação de médicos pediatras para tratamento das crianças, atendimento hospitalar, psicológico e assistencial adequados, a fim de que a criança que permanece no cárcere ou que lá visita sua genitora, tenha sua estadia digna, nos moldes da doutrina da proteção integral.

De acordo com Mello (2016, p. 323) há necessidade de recriar os espaços em que se encontram as mães e as crianças encarceradas, para que eles “não limitem as capacidades das crianças de descobrirem o mundo e desenvolverem plenamente suas potencialidades.”

Atentos a esta realidade, o Ministério Público e o Poder Judiciário na Comarca de Joaçaba, resolveram agir e proceder à interdição da ala feminina do Presídio Regional de Joaçaba, caso não sejam efetuadas adaptações estruturais necessárias, por intermédio dos autos nº 0900047-96.2017.8.24.0037.

Isso porque, conforme consignado em decisão interlocutória pelo Magistrado, “as detentas estão alocadas em uma pequena parte improvisada do Presídio, ao final do corredor, onde estão situadas as salas da administração, depósito [...], local pequeno, com ventilação precária, úmido e, portanto, insalubre.” O referido presídio deveria ser ocupado apenas por presos homens.

Por fim, determinou a interdição da ala feminina, com a transferência de, no mínimo 50% (cinquenta por cento) das mulheres, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias e, do restante em 90 (noventa) dias para local adequado. Alternativamente, diante da crise de vagas no sistema prisional estadual, determinou que no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, fosse apresentado projeto visando a adequação das instalações da ala feminina, nos moldes previstos em lei.

Atualmente, o Departamento de Administração Prisional – DEAP, que realizou visita no local, informou que procederá as obras de adequação da ala feminina, sendo que lhe foi concedido prazo para apresentação de plano/cronograma das referidas obras.

Assim, denota-se que alguns Magistrados e Promotores têm voltado o olhar a essa tão delicada questão que é a permanência de crianças no interior dos presídios e tentam buscar, ao máximo, a garantia dos direitos destas. Esse olhar diferenciado às mulheres presas e, conseqüentemente, a suas proles, seja por meio de políticas públicas no interior dos estabelecimentos prisionais,

ou por meio de ações assistenciais quando as proles e as mães afastam-se, deve passar de exceção à regra, para que haja cumprimento das disposições constitucionais atinentes às penas privativas de liberdades dignas e à doutrina da proteção integral, debatida no segundo capítulo deste trabalho. Somente dessa forma o Estado cumprirá sua função de controle social, exercendo o direito de punir de forma digna e humanitária.

5 CONCLUSÃO

Embora se reconheça a importância do direito de punir do Estado, e a importância do direito penal para a sociedade, existem limitações constitucionais ao direito de punir. Isso porque a reprimenda deve ser digna, humana e, em tese, não pode privar o indivíduo encarcerado de nada além de sua liberdade. A dignidade da pessoa humana é inerente a todos, até mesmo ao mais cruel criminoso. Assim, qualquer pena degradante e desumana deve ser considerada inconstitucional.

Verificou-se que em muitos Estados do País inexistem estabelecimentos femininos, mas apenas alas localizadas no interior dos complexos prisionais masculinos para que as mulheres infratoras cumpram a reprimenda imposta, desrespeitando as condições do sexo feminino e, de forma reflexa ou direta, as condições dos filhos delas.

O legislador infraconstitucional, atento aos princípios insculpidos na Constituição, reconheceu a importância do direito à amamentação e previu que os bebês de até seis meses de vida devem permanecer na presença de suas mães, ainda que essas estejam privadas de liberdade. Previu ainda que as crianças maiores, precisamente aquelas de até sete anos de idade, devem permanecer em creches construídas nas dependências dos estabelecimentos prisionais, voltadas para tal finalidade.

Importante ressaltar que apesar da previsão legislativa, conforme se constatou durante o estudo, conforme dados do último senso penitenciário,

não foi identificada no país nenhuma penitenciária que disponha de creches para este fim.

Diante dessa realidade e do aumento significativo de mulheres encarceradas no país, vieram à tona as chamadas Regras de Bangkok que o Brasil é signatário e que dispõem sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdades. De acordo com essas regras, o correto seria privar de liberdade mulheres com filhos tão somente em casos excepcionais. Uma das regras, inclusive, dispõe sobre a viabilização da suspensão da pena da mulher responsável pela guarda de filhos até que ela tome as providências necessárias em relação a eles, ou busque alguém para realizar os cuidados que realizaria. Tudo isso levando em conta o melhor interesse da criança.

Assim como a dignidade da pessoa humana não se destaca da pessoa encarcerada, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e seus princípios e regras não se afastam da criança que por determinado lapso temporal acompanha a mãe no cárcere durante o cumprimento da reprimenda. A criança deve ser vista como prioridade absoluta pela família, sociedade e Estado, seja qual for o assunto.

Contudo, constatou-se que esse princípio (da absoluta prioridade) não é seguido à risca pelo país. Isso porque ainda se vislumbram casos de crianças que permanecem no interior de presídios que não dispõem de qualquer estrutura para recebê-las e, até mesmo, no interior das celas junto das mães. Furtar-se da construção de creches nos presídios representa grave violação aos direitos das crianças.

Entretanto, ainda que as crianças não permaneçam em presídios que disponham de estrutura que elas realmente merecem, com presídios que possuem berçários improvisados, por exemplo, certamente a privação do leite materno nos seis primeiros meses de vida e a falta do contato com a mãe causaria reflexos muito piores no desenvolvimento delas. Ademais, ainda

que às avessas, permitir a permanência das crianças junto das mães encontra suporte no princípio da convivência familiar, também disposto no ECA.

Também dispondo sobre um princípio do estatuto, a regra de Bangkok de nº 49 dispõe que todas as decisões que autorizem os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança, sendo que elas jamais devem ser tratadas como presas. Dessa forma, é inadmissível a manutenção dos infantes no interior das celas, especialmente tendo em vista a superlotação e falta de salubridade, conduta que deve ser absolutamente vedada pela Administração Prisional e por todos os Órgãos que fiscalizam a execução da pena.

Diante dessa falta de estrutura e utilizando-se de uma solução rápida, mas que possui reflexos que ainda não puderam ser verificados, o legislador brasileiro concedeu novas possibilidades de prisão domiciliar à encarcerada que possui filhos menores.

Verificou-se que o Poder Judiciário tem concedido a substituição da segregação preventiva por domiciliar, mesmo quando mulheres cumprem penas por crimes graves e até mesmo hediondos e equiparados, sendo que na fundamentação da maioria dos julgados analisados, há a citação das Regras de Bangkok e a fundamentação de que a decisão atende ao melhor interesse da criança, qual seja, permanecer junto de sua genitora.

Em muitos casos há a análise minuciosa da situação, com a confecção de laudos e prova documental comprovando a imprescindibilidade da mãe na vida de crianças. Noutros, contudo, essas questões não são sopesadas. Pelo simples fato de possuir filhos, a mulher não é recolhida ao cárcere. Contudo, entende-se que essa não foi a intenção do legislador. O foco, ao que parece, deveria ser outro. A criança, e tão somente ela.

Alguns julgadores indeferem o pedido de prisão domiciliar em casos, por exemplo, em que a mãe realizava mercância de drogas na própria residência, visto que expor a criança a este ambiente, no qual há sérios riscos

de que a mãe volte a delinquir, não atende ao princípio do melhor interesse da criança. Atende-se ao melhor interesse da infratora.

Em um julgado catarinense isolado, embora não haja previsão legal para tanto, houve a substituição da pena definitiva de uma mulher condenada a 16 (dezesseis) anos de prisão por crimes hediondos e equiparados a hediondos porque ela possuía filhos menores de idade.

A falta de requisitos exatos da possibilidade ou não da substituição da segregação nos presídios por domiciliar é preocupante. Em alguns casos as crianças tornam-se verdadeiros alvarás de soltura para as mães e, certamente, a pena não refletirá nelas a função esperada. Além disso, corre-se o risco de homens delegarem a prática de crimes a mulheres para que elas não sejam recolhidas ao cárcere, a exemplo do que acontece com a delegação de atos criminosos de maiores de idade para menores, ante a inaplicabilidade do Código Penal e das sanções mais brandas previstas no ECA.

Além disso, não se sabe como procederão os magistrados por ocasião da condenação dessas mulheres, que antes estavam presas em regime domiciliar preventivamente.

É urgente e necessário um olhar diferenciado para os filhos das mães encarceradas, seja pela concretização de políticas públicas que visem reestruturar os presídios brasileiros para que as crianças permaneçam junto de suas mães com dignidade, seja pelo acompanhamento psicológico das crianças que tem os vínculos rompidos com a mãe, entre outros.

O que não se pode admitir é que as mulheres acreditem que nunca serão segregadas pela condição de mães. Deve-se prevenir crimes, não motivá-los. Deve-se olhar, de fato, para as crianças. O estudo necessário a este caso é muito mais abrangente do que se imagina.

Espera-se que o legislador, em breve, regulamente a forma de privação de liberdade de mães condenadas, visando ao interesse de seus filhos. O país deve, de uma vez por todas, decidir: ou aplicam-se as Regras de Bangkok, e desencarceram-se as mulheres, reconhecendo que as crianças não

merecem ficar em locais desprovidos de estrutura para recebê-las ou, o mais rápido possível, reestrutura os presídios brasileiros.

Em termos conclusivos, pode-se afirmar que as crianças devem ser tratadas com absoluta prioridade por todos, incluindo-se o Estado, que tem o direito de punir quem transgride o ordenamento jurídico, mas tem o dever de resguardar os direitos fundamentais de todas as pessoas. O que não se pode aceitar é que crianças sejam tratadas como presas e sofram por um crime que não cometeram. A relativização da privação da liberdade da mãe encarcerada atende diretamente os interesses dos bebês e das crianças que podem contar com o cuidado materno, tão importante na primeira infância. Na ponderação entre a aplicação da pena e o atendimento ao direito fundamental da maternidade e da infância, deve prevalecer os dois últimos.

Por fim, há que se considerar que critérios objetivos necessitam ser estabelecidos, de forma que o princípio da isonomia seja também atendido nas decisões judiciais, seja para determinar o encarceramento conjunto da mãe e da criança, seja para determinar a prisão domiciliar.

REFERÊNCIAS

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário*. 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Conselho nacional dos direitos da criança e do adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/a_pdfdht/plano_nac_convivencia_familiar.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2484, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017

BRASIL. Decreto-Lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Lei Federal n. 8060, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão n. REsp 1551650*. Relator: Herman Benjamin. Brasília, DF, 19 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502117029&dt_publicacao=01/06/2016>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 340.366/SP*. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento em 23 fev. 2016a. Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 342.890/SP*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Órgão Julgador: Quinta Turma. *JusBrasil*, Brasília, DF, 2015a. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 71.697/SP*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento em 17 nov. 2016b. Brasília, DF. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Retido n. 63933*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 15 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CRECHE+RESERVA+DO+POSS%CDVEL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hls6jvh>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 807. Relator: Ministro Presidente Ricardo Lewandowski. Julgamento em 23 nov. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=807&classe=STA&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal*: Fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANTERJI, Rafael Braude. *Política Criminal e Direitos Humanos*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Código de processo penal comentado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main>>. Acesso em: 23 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Bangkok*: Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 3 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP*, de 15 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>>. Acesso em: 10 out. 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GAMA, Aliny. *Vídeo mostra bebês dentro de celas em presídio do Piauí*. 2014. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/01/29/video-mostra-bebes-dentro-de-celas-em-presidio-feminino-do-piaui.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substituti+va+da+preventivaa+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

MELLO, Daniella Canazaro de. *A Maternidade No Meio Prisional - Vivências de Mães Encarceradas na Realidade Brasileira e Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70073343816, Relator: Sylvio Baptista Neto. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Julgamento em 17 maio 2017a. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 ago. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo n. 70073499519*. Relator: Jayme Weingartner Neto. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Julgamento em 14 jun. 2017b. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 29 ago. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus n. 4013388-63.2017.8.24.0000. Relator: Des. José Everaldo Silva. Julgamento em 20 jul. 2017. Disponível em: <www.tjs.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SANTOS, José Heitor. *Estado omissivo: Direito de mãe amamentar filho na prisão não é respeitado*. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-09/presidios_ao_sao_adequados_aleitamento_materno>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

O DIREITO AO PORTE DE ARMA FUNCIONAL AOS SERVIDORES DA PERÍCIA CRIMINAL: UMA DISCUSSÃO VOLTADA AO CASO DE SANTA CATARINA

Rafaella Zanatta Caon Kravetz¹
Vanessa Rech²

Resumo: O presente artigo discorre sobre a necessidade do direito ao porte de arma funcional aos servidores da Perícia Criminal, abordando as dificuldades enfrentadas pelos servidores da Perícia Oficial do Estado de Santa Catarina. É clara no ordenamento jurídico a importância da Perícia Criminal junto a elucidação de crimes e a busca pela justiça, contudo, atualmente não existe uma padronização nos órgãos da Perícia Oficial no Brasil, visto a organização e regularização dessa ter ficado a encargo dos próprios estados. Junto com a falta de padronização surge a desigualdade nos direitos conferidos a esses, em especial o direito ao porte de arma funcional. Tal direito ainda é objeto de discussão em vários estados, pois com a desvinculação de grande parte dos órgãos da Polícia Civil e com a vigência do Estatuto do Desarmamento, não ficou claro se o direito de portar arma de fogo é concedido a Perícia Criminal, tendo em vista que esta não está elencada entre os órgãos da Segurança Pública no texto da Constituição Federal. Recentemente o Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina passou por dificuldades ao não portar arma de fogo para prover a defesa da integridade física de seus servidores, direito esse concedido após o órgão sofrer ameaças e atentados junto a uma onda de crimes cometidos por facções contra os órgãos da Segurança Pública do estado. **Palavras-chave:** Perícia Criminal. Direito ao porte de arma funcional. Estatuto do Desarmamento. Arma de fogo.

1 INTRODUÇÃO

A perícia criminal é, indiscutivelmente, de suma importância para o processo penal. Sua elucidação possibilita apurar com destreza a autoria e a materialidade do crime de forma irrefutável.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Criminal pela Unicuritiba; Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina

² Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

No entanto, a credibilidade do órgão foi objeto de questionamentos e dúvidas quanto a sua imparcialidade, visto essa ser desempenhada por muito tempo pelas polícias civis brasileiras. Foram esses questionamentos os responsáveis pelo início da desvinculação no ano de 1988, a qual teve previsão legal somente no ano de 2009, com a promulgação da Lei nº 12.030, porém deixando ainda uma grande lacuna quanto aos direitos conferidos aos Servidores que integram a Perícia Criminal.

O presente artigo retrata as dificuldades enfrentadas pela Perícia Criminal para promover a segurança de seu quadro de servidores, em especial a luta para que seja concedido o porte de arma funcional para esses, demonstrando os riscos aos quais os servidores são expostos diariamente ao exercer suas funções. Ademais, retrata a pesquisa a solução encontrada no território catarinense a fim de resolver o impasse trazido pela proibição do porte aos servidores da Perícia Criminal.

2 PERÍCIA CRIMINAL: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E LEGAL

Antes de tratar especificamente sobre a perícia criminal, é de extrema valia expor o conceito de prova, considerando a sua relevância diante daquela. Nas palavras de Capez (2012, p. 714), a prova pericial, no processo criminal, implica em um dos métodos mais eficazes de buscar e apurar a verdade, de forma que sua realização deve “ser determinada pela autoridade policial, logo após o conhecimento da prática da infração penal, e pelo juiz, durante a instrução criminal.”

É por meio da prova que a perícia criminal trará todas as informações preciosas ao deslinde da *quaestio*. No Brasil, estima-se que o grande marco para a Criminalística brasileira se deu nos anos 1832, onde em um governo regido pela monarquia, fora lançado nesse mesmo ano o Código de Processo Criminal. Naquele tempo, não havia estruturação para os departamentos

policiais e o referido código tratava da justiça civil em caráter provisório. Porém, de forma obscura e de pouca relevância, observa-se no que dispõe os artigos 134 e 135 deste, a presença irrelevante, porém já existente da Perícia Criminal (SOUZA, 2011, p. 14).

Discorrem Albuquerque e Teixeira (201-?) que no Brasil, a perícia surgiu no período da Ditadura Militar, dentro das unidades de polícia judiciária, e devido as questões da época, sua atuação era por muitas vezes parcial e limitada, não se desenvolvendo muito naquela época. Somente após o fim de tal período, com o a volta da democracia e com a garantia dos direitos humanos e individuais que estabelecerá a Constituição Federal de 1988 que se passou a se discutir a questão da autonomia da Perícia Criminal brasileira, visando um fortalecimento junto a justiça criminal de forma geral.

Aranha (2006, p. 157) afirma que a perícia é um meio instrumental, técnico-opinativo e alicerçador da sentença. Instrumental, pois é nada mais que um instrumento através do qual o judiciário busca a composição de um litígio, visando uma declaração comprovada da existência ou inexistência do que fora ajuizado, fundamentando assim a decisão. Logo, se justifica a perícia apenas havendo a necessidade de uma análise e posterior opinião de alguém com conhecimentos técnicos específicos no assunto. Desta forma, a perícia será fundamental para a decisão, funcionando como uma lanterna iluminando o caminho do juiz, tornando determinado fato claro, entendível aos que por vezes não entendem devido à falta de um conhecimento especial. Ainda, essa se encontra de forma intermediária entre a prova e a sentença, não sendo apenas um simples meio de prova, mas sim uma estrutura entre essas.

Para Garcia (1987), a Criminalística, também conhecida como Polícia Científica, Polícia Técnica ou Policiologia, engloba várias atividades, dentre elas a pesquisa, a coleta, a conservação e o exame dos vestígios encontrados no local do crime, sendo os laboratórios desse órgão, os responsáveis pelos encargos relacionados a prova objetiva ou material ao que tange os fatos processuais.

Rabello (1996) expõe o conteúdo da criminalística, segundo o qual o mesmo se divide em área Físico-química Legal, Medicina Legal (parte), Engenharia Legal, Papiloscopia e Datiloscopia Forense e Balística Forense.

Corroborando o que lecionava o autor acima citado há mais de vinte anos, encontra-se elencada no site do órgão responsável pela Perícia Criminal no Estado de Santa Catarina (IGP-SC) a distribuição dos Institutos que compõe atualmente esse órgão, sendo esse estruturado atualmente em quatro Institutos: a) Instituto de Análise Forenses, responsável pela análise de materiais genéticos ou de entorpecentes; b) Instituto de Criminalística, o qual se faz presente em locais de crime e faz posterior análise de provas a esses vinculadas; c) Instituto de Identificação Civil e Criminal, o qual alimenta diariamente os bancos de dados relacionados a população; e d) Instituto de Medicina Legal, o qual analisa os sinais deixados no corpo humano em casos de morte violenta ou que apresente suspeitas quanto a sua origem e também lesões oriundas de práticas relacionadas ao crime. Juntos, esses institutos proporcionam, de forma organizada, o auxílio necessário para elucidação de casos que exigem uma análise técnico-científica (INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS, 2017).

A perícia criminal trata-se de uma função estatal, legalmente prevista no sistema judiciário, tendo por atribuições a execução dos exames de corpo de delito, que abrangem desde a avaliação de materiais até a elucidação de dinâmica criminoso, por meio da observação e análise de vestígios encontrados em local de crime (GARRIDO; GIOVANELLI, 2011, p. 5).

Rege o Código de Processo Penal Brasileiro em seu art. 158 que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, 1941).

“É, pois, obrigatório, por disposição expressa de lei ser produzida a prova material da infração, resultante do exame dos vestígios desta, se e

quando os houver, *ou seja a prova por indícios e presunções.*" (RABELLO, 1996, p. 35, grifo do autor).

Para Aranha (1996, p. 157), a perícia funciona como intermediária entre os fatos e a verdade e afirma isso com base em três elementos. O primeiro está relacionado ao juízo de valor do perito, no qual sua função não se esgota apenas naquilo que constatou com os seus conhecimentos especializados, trazendo também um juízo de valor sobre os fatos, excedendo a condição de mera prova. O segundo vincula-se ao fato de a perícia ser prospectiva enquanto as provas são retrospectivas. E por fim, o terceiro elemento refere-se ao fato da perícia ser eminentemente subjetiva, em razão das provas serem objetivas.

Conforme Albuquerque e Teixeira (201-?) discorrem, as atividades executadas pela Perícia Criminal são indispensáveis para a investigação de atos ilícitos, tendo como principal objetivo a produção da prova técnica. Para isso, os métodos utilizados para elucidação dos fatos são científicos e possuem procedimentos padronizados. Essas atividades visam a materialidade através da produção da prova e identificação da autoria.

Garcia (1987) discorre que a intenção e o objetivo da criminalística não é tão somente comprovar a culpa do agente, incriminando-o para uma condenação, mas também, se esse for inocente, juntar elementos que isso comprove, conduzindo assim a absolvição do agente inocente.

Villanova (1977), Perito Criminal Federal e professor na área elenca como objetivo principal da investigação criminal, o estabelecimento das provas em relação ao delito cometido que deve ser apurado. Deve haver a busca pela elucidação dos fatos através da investigação de pessoas e coisas, visto as primeiras cometerem o crime sempre se utilizando, eliminando ou até mesmo interferindo ou se relacionando com as segundas.

O Código de Processo Penal Brasileiro estabelece em seu Capítulo II o que se refere ao exame de corpo de delito e as perícias em geral, regulamentando as providências a serem tomadas por Peritos Criminais em casos de espécies distintas de perícia, estipulando também os prazos para

elaboração dos Laudos Periciais (BRASIL, 1941). Logo, vê-se a objetividade dos artigos que compõe tal capítulo do Código de Processo Penal e percebe-se a busca pela celeridade através dos prazos ali elencados.

2.1 SEPARAÇÃO DA PERÍCIA CRIMINAL E DA POLÍCIA CIVIL NO BRASIL

Por anos a Perícia Criminal foi de exclusiva responsabilidade das autoridades policiais, mais especificamente da Polícia Civil, não havendo então um órgão específico para uma análise técnico-científica imparcial das provas que acarretariam na elucidação de um crime, conduzindo o juiz a uma sentença justa ao caso.

Segundo discorrem Garrido e Giovanelli (2011, p. 14), foi somente a partir de 1988 que os órgãos periciais iniciaram um processo de desligamento das respectivas policias civis estaduais que estavam diretamente ligados, embora na maioria dos casos os novos institutos periciais permaneceram associados às secretarias de segurança.

Expõe Oliveira (2013, p. 43), sobre a crucial importância da idoneidade da Perícia Criminal:

Se um vestígio material com valor probatório tiver sua origem questionada, o processo como um todo poderá ser ineficiente no que tange à aplicação da Justiça. Indivíduos culpados podem ser postos em liberdade por ineficiência da investigação, criando na sociedade a conhecida sensação de impunidade.

Quando se provam os crimes por meio de vestígios materiais, e os mesmos apresentam segurança na cadeia de custódia, dificilmente a Justiça não será aplicada.

Corroborando com o acima exposto, o referido autor discorre sobre a visão geral relacionada à inserção dos peritos oficiais nos órgãos policiais, onde a mesma aumenta consideravelmente a possibilidade de intromissão nos trabalhos periciais, tornando questionável a eficiência desses (OLIVEIRA, 2013, p. 53).

Na visão de Barbosa (2010), a autonomia da Perícia Criminal se traduziria em uma maior isenção no que diz respeito à produção da prova técnica, longe de ingerências de outros órgãos ou agentes que fossem estranhos ao processo, ao passo que no plano administrativo, dar-se-ia prioridade aos investimentos e capacitação científico-tecnológica necessária à adequada e eficaz atuação daquele órgão gestor da atividade de perícia oficial de natureza criminal.

Silva (2009) relaciona a imparcialidade da Perícia Criminal com a autonomia funcional do órgão competente pela realização dessa, explicando que tal autonomia significa que depois da lei, as atividades desempenhadas pela perícia oficial devem ser regradas apenas por essa, sem sofrer qualquer tipo de ingerências de outros órgãos.

Para Zaverucha (2003, p. 102) a perícia é peça fundamental e essencial à aplicação precisa da justiça. Julga ainda, a deformação dos órgãos periciais como consequência de uma subordinação inadequada, vinculada a períodos autoritários, como no caso da perícia atrelada a Polícia, o que contribuí para o aumento da impunidade e conseqüentemente da violência.

Nas palavras de Espíndula (2009)

a vinculação dos órgãos periciais às estruturas policiais é inadequada, pois a atuação pericial transcende o espectro policial. É sabido que o exercício da função pericial começa simultaneamente na fase policial de investigação dos delitos e com a polícia judiciária deve trabalhar harmoniosamente e em equipe, todavia estende-se até o processo judicial, seu destino final e principal.

Visando solucionar essa problemática, onde vários estados já desvinculavam sua função pericial da Polícia Civil, aprovou-se em 2009 a Lei nº 12.030, que dispõe sobre as Perícias Oficiais, assegurando a essas autonomias técnica, científica e funcional, bem como outras questões mais básicas, como meio de ingresso no cargo, servidores que se enquadram na classe, deixando demais questões a critério de legislação a ser elaborada por cada Estado brasileiro (BRASIL, 2009).

Expõe Silva (2009), quanto à importância da aprovação da Lei nº 12.030/2009:

A Lei n.º 12.030/2009 veio em boa hora, pois afasta qualquer entendimento de subordinação dos peritos criminais a qualquer ocupante de outro cargo, bem como afasta qualquer forma que procure diminuir a importância do trabalho realizado pelos peritos criminais. A autonomia conferida mostra, de forma clara, que a prova pericial apresenta como seu destinatário a autoridade judiciária e, por esta razão, devem-se assegurar estas modalidades de autonomia.

Quintiliano (2013) explica que a intenção do legislador foi assegurar ao perito oficial de natureza criminal a autonomia técnica, científica e funcional que assegurasse a defesa vigorosa da liberdade da pesquisa científica, baseada na ideia da suficiência do método científico. A autonomia concedida aos peritos criminais através dessa Lei é prerrogativa de poucos servidores públicos, podendo mencionar aqui o Ministério Público e as Defensorias Públicas, que por vezes não possuem esses três campos de autonomia a perícia concedido, tendo uns apenas autonomia funcional e outros apenas autonomia científica.

Dessa feita, embora sancionada a Lei nº 12.030/09, ainda não se pode falar em uma padronização quanto à Perícia Criminal brasileira, afirmando nesse sentido Barbosa (2010):

Não existe homogeneidade, em nível nacional, no que tange à definição de procedimentos administrativos e estruturas organizacionais das perícias oficiais nos estados brasileiros. Em vista disso, o Brasil apresenta vários modelos de perícia oficial, o que torna difícil a integração e o compartilhamento de recursos e informações. Assim, o ideal seria o estabelecimento de legislação federal que regulasse, de fato, os aspectos funcionais e estruturais básicos das perícias estaduais e garantisse a atuação autônoma desses órgãos.

Conforme Silva (2009), atualmente “Os órgãos periciais oficiais de natureza criminal estaduais encontram-se divididos em dois grandes grupos:

os que estão inseridos na estrutura da *polícia civil* e os que compõem estrutura própria, fora da polícia civil do estado.”

Logo, tendo ficado a encargo de cada Estado regulamentar de forma mais específica seu órgão da perícia criminal, desencadeou-se uma grande diversidade de direitos quanto a esse, ficando o órgão de cada Estado com características próprias e com direitos não correspondentes aos dos demais.

A ausência de uma regulamentação específica na legislação federal que defina um padrão quanto os órgãos responsáveis pela perícia criminal, ou até mesmo, a falta da menção no novo órgão entre os demais que compõe a Segurança Pública, esses elencados no Art. 144 da Constituição Federal, acarreta essas divergências nos direitos entre os órgãos ali elencados e os direitos Servidores que integram o quadro da Perícia Criminal no Brasil, desencadeando insatisfação por parte dos servidores do órgão mais novo.

Atualmente, tal impasse vem sendo abordado através da Proposta de Emenda à Constituição nº 325/09, a qual propõe o acréscimo de Seção ao Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal Brasileira e da Proposta de Emenda à Constituição nº 499/10, que propõe a alteração do inciso IV e acrescentar o §10º ao art. 144 (ANDRADE, 2016).

A Proposta de Emenda à Constituição nº 325/09, apresentada pelo Deputado Valtenir Pereira, visa a inclusão de texto que regulamente em âmbito federal a perícia criminal, devendo ser a pedido de tal proposta, criada a Seção IV, com o título Da Perícia Oficial de Natureza Criminal (AC) junto a Lei Pétrea, incluindo a essa o Art. 135-A e seus três parágrafos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009).

Já a Proposta de Emenda à Constituição nº 499 busca acrescentar no texto do art. 144 da Constituição Federal, a perícia oficial criminal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010).

Amorim (2012, p. 87) discorre sobre a importância da aprovação das duas Propostas de Emenda à Constituição expostas, ressaltando que essas não se restringem apenas ao fato de inserir a Perícia Criminal no texto

constitucional, visando a correção da omissão do processo constituinte de 1988. Na verdade, as propostas das referidas PECs trazem consequências diversas em relação a funcionalidade dos órgãos de perícia, sendo assim, importante que seja travado um debate com cautela e prudência, não deixando transparecer apenas o predomínio de interesses corporativos, visando sempre, em primeiro lugar, um serviço pericial mais efetivo para a sociedade brasileira.

Dentre os diversos direitos que não se equiparam entre a Perícia Criminal e os demais órgãos que compõe a Segurança Pública, destaca-se o Direito ao Porte de Arma Funcional.

O referido direito é concedido aos Servidores elencados no Art. 144 da Lei Pétrea, visto o mesmo estar elencado no rol taxativo do art. 6º da Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, que assim dispõe quanto a concessão do porte de arma:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

I – os integrantes das Forças Armadas;

II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos do caput do art. 144 da Constituição Federal;

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV - os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço;

V – os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI – os integrantes dos órgãos policiais referidos no art. 51, IV, e no art. 52, XIII, da Constituição Federal;

VII – os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais, os integrantes das escoltas de presos e as guardas portuárias;

VIII – as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos desta Lei;

IX – para os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas

demandem o uso de armas de fogo, na forma do regulamento desta Lei, observando-se, no que couber, a legislação ambiental.

X - integrantes das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil e de Auditoria-Fiscal do Trabalho, cargos de Auditor-Fiscal e Analista Tributário.

XI - os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP. (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Embora muitos já considerem a Perícia Criminal como um órgão que compõe a Segurança Pública, há a necessidade de um apoio legal a tal consideração, podendo assim serem conferidos os direitos de forma igual a esse ramo, quanto aos demais órgãos já partícipes da mesma.

Nesse sentido ainda afirma Andrade (2016) que a constitucionalização da autonomia dos órgãos periciais no Brasil é de extrema necessidade e deve ser explorada e debatida a nível nacional, tendo em vista a gradativa desvinculação destes em relação a Polícia Civil que está ocorrendo em diversos Estados brasileiros.

3 CONTEXTO HISTÓRICO E LEGAL DO DIREITO AO PORTE DE ARMA E O DIREITO FUNCIONAL AOS SERVIDORES DA PERÍCIA CRIMINAL

Conforme já mencionado, não obstante as inúmeras desigualdades que restaram pendentes entre os órgãos policiais e a Perícia Criminal quando de sua separação, o direito ao porte de arma funcional aos servidores da instituição mais recente é ainda objeto de discussão em alguns estados da Federação onde ocorreu o referido desmembramento, onde apenas alguns desses concederam ao seu órgão pericial o direito de portar arma de fogo e assim, por não ser a Perícia regulamentada de forma completa em âmbito

federal, não podendo se discutir o que tange a padronização desses sem uma norma que ampare.

Nesse sentido, é necessária uma breve abordagem quanto o histórico da legalidade do porte de arma no Brasil, mencionando os efeitos da Lei mais recente que dispõe sobre tal direito, bem como as consequências que a falta desse traz para a Perícia Criminal, dando destaque a problemática enfrentada pelo órgão do estado de Santa Catarina, corroborando com as justificativas da necessidade de padronizar os direitos concedidos, em especial o de portar arma de fogo para o uso ao executar as funções inerentes ao cargo, aos demais estados que não possuem esse.

No tocante ao histórico sobre a legalidade do porte de armas no Brasil, Albuquerque (2013) afirma que no Código Criminal do Império a alguns cidadãos era concedido o direito de portar arma mediante autorização, permanecendo assim até a promulgação do Decreto-Lei nº 3.668, conhecido como Lei das Contravenções Penais, que transformou o ato de portar arma de fogo em simples infração penal.

Marcão (2003) aduz que em 1995, com a Lei que regulamentava os Juizados Especiais, passou-se a considerar o referido delito como de menor potencial ofensivo. Em 1997, entrou em vigor uma norma versando especificamente sobre armas de fogo e sobre o Sistema Nacional de Armas de Fogo (SINARM). Por meio dela se buscava obter um levantamento de dados integrados junto ao Departamento de Polícia Federal das armas de fogo de uso permitido existentes no país, estabelecendo-se, assim, um controle quanto à circulação dessas, tendo em vista o aumento de crimes cometidos com as mesmas (ALBUQUERQUE, 2013).

Na mesma época passou-se a discutir sobre tal direito, sendo que a análise por parte de autoridades, estudiosos e agentes da segurança pública iniciou uma grande discussão quanto ao vínculo entre o fácil acesso da população às armas de fogo com o aumento do número de homicídios. Tal iniciativa tempos mais tarde começou a mostrar resultado, fazendo com

que uma comissão formada por Senadores e Deputados Federais analisassem todos os projetos de lei que abordavam a questão do desarmamento então o Estatuto do Desarmamento, o qual foi sancionado em 2003 pelo Presidente da República daquela época, Luiz Inácio Lula da Silva (INSTITUTO ELO, 2014).

Rocha (2014, p. 6), integrante da Consultoria Legislativa Brasileira, ao discorrer sobre as leis relacionadas às armas de fogo, expõe quanto ao Estatuto do Desarmamento:

A nova lei aperfeiçoou a anterior, alargando o leque de beneficiários do porte de arma, que, no entanto, remanesceu restrita às instituições e órgãos direta ou indiretamente vinculados à segurança pública. Assim são seus beneficiários os integrantes das forças armadas, das instituições policiais em geral, das guardas municipais, dos órgãos federais de inteligência, das guardas prisionais e portuárias, da fiscalização tributária federal, bem como dos atiradores desportistas e das empresas de segurança privada.

Conforme já exposto, não houve no art 6º do Estatuto do Desarmamento previsão legal do direito ao porte de arma aos servidores do órgão de Perícia Criminal. Assim, sendo um dos objetivos do Estatuto do Desarmamento a redução da criminalidade envolvendo armas de fogo, é de se questionar como tal redução poderia ser bem-sucedida tolhendo o direito ao porte a um dos órgãos da própria Segurança Pública, atentando-se contra a integridade física não apenas do próprio servidor, mas também da população que atende.

Ozelame (2004) apresenta a definição, bem como a função da Segurança Pública como um estado de garantia de tranquilidade a ser assegurada a população, buscando a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas, do patrimônio, devendo essa ser garantida pelo Estado.

Nesse sentido, o caput do art. 144 da Constituição Federal Brasileira dispõe: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”

Conforme texto publicado na página do Portal Brasil, cabe aos governos estaduais e ao Distrito Federal manter a segurança pública direta, através de seu policiamento ostensivo, e ainda através da organização da Polícia Civil e dos órgãos de investigação de crimes, cuja competência não é de âmbito federal (PORTAL BRASIL, 2014).

3.1 O DIREITO AO PORTE DE ARMA DOS SERVIDORES DA PERÍCIA CRIMINAL – O CASO DO TERRITÓRIO CATARINENSE

Importante registrar que, no caso de Santa Catarina, no ano de 2005, com a desvinculação da função da Perícia Oficial da Polícia Civil, enquanto não foi criada lei complementar específica regulamentando o novo órgão, esse ficou regido pelas normas da Polícia Civil, questão exposta na EC 39/2005. Em 30 de janeiro de 2007, a pendência foi resolvida, promulgando-se a Lei Complementar nº 374/2007, que trazia de pronto em seu texto que as atividades desempenhadas pelos servidores do novo órgão são de natureza técnica e especializada, envolvendo atividades com risco de vida, insalubres e sujeitas a regime de plantão, porém nada se mencionou quanto o direito desses em portar arma de fogo (SANTA CATARINA, 2007).

Resta claro que desde o início o legislador buscou manter a ambos os órgãos direitos iguais, uma vez que a própria Lei que regulamenta o órgão mais recente ressalta que o mesmo integra a Segurança Pública do Estado e ainda trabalha diretamente com situações que expõe a integridade física dos servidores, e com o evidente risco enfrentado pelos mesmos ao trabalhar em prol do bem da sociedade, elucidando fatos necessários para o controle e combate da marginalização.

Buscando demonstrar a busca decorrente de longa data quanto a concessão do Porte de Arma Funcional aos servidores da Perícia Criminal do Estado de Santa Catarina, cabe destacar o Projeto de Lei do Senado Federal nº 199/2006, o qual buscava incluir o artigo 6º e mudar o texto do §1º da Lei

nº 10.826/2003, permitindo com esse o porte de arma de fogo aos integrantes dos institutos que compõe o Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina (SENADO FEDERAL, 2006).

Segundo matéria publicada na página do Senado Federal, na data de 06 de março de 2013, foi rejeitado o projeto de lei acima mencionado. Esse recebeu parecer favorável de seu Relator, porém foi vetado pelos demais Senadores.

O Senador Humberto Costa, esse que no ano anterior teria sido autor de um Projeto de Lei que visava a extensão do porte de arma para os Agentes Penitenciários, onde o referido projeto fora aprovado no congresso, ainda concedendo a expansão para outras categorias, essas vetadas pela então Presidente Dilma Rouseff, afirmou que o motivo do mesmo vetar o projeto foi porque o mais lógico seria ter votado tal veto da Presidente, derrubando-o e garantindo o direito a todas as classes que estavam em discussão. Outros dois Senadores que se posicionaram contra ao parecer do Relator julgaram ser ofensiva a expansão do porte de arma, não considerando a perícia oficial parte da Segurança Pública. E ainda outros dois, afirmaram que pelo fato de os mesmos trabalharem em companhia de policiais armados, tal direito não seria necessário (SENADO FEDERAL, 2013).

A justificativa para o veto dos dois primeiros Senadores foi errônea, pois conforme o texto do artigo 105 da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, que dispõe sobre a Segurança Pública no Estado:

Art. 105 — A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia Civil;

II - Polícia Militar;

III - Corpo de Bombeiros Militar;

IV - Instituto Geral de Perícia. (SANTA CATARINA, 1989).

O Instituto Geral de Perícias foi incluso no referido artigo no ano de 2011, data essa anterior ao veto dos Senadores, sendo esse então fundamentado de forma errada (SANTA CATARINA, 1989).

Em desencontro ao veto dos últimos dois Senadores está o fato que é certo afirmar que em locais de crime a Polícia está presente, porém nem sempre acompanhando o trabalho ali feito pelo Perito, se distanciando e deixando vulnerável o profissional bem como o que o mesmo está fazendo. Ainda, outro fato que relata o desencontro da afirmativa desses com a realidade condiz com, por muitas vezes, o retorno do Servidor da Perícia ao local do crime para coleta de evidências ou uma nova análise do local. Nesses casos raramente há o acompanhamento da Polícia, podendo o indivíduo que tenha interesse na não efetivação do trabalho pericial que busca a solução do crime no local praticado, ali cometer qualquer atentado aos presentes, pois os mesmos, mais uma vez em desacordo com justificativa dos Senadores, estarão vulneráveis e não terão como prezar por sua vida e ainda pelas provas e indícios ali coletados ou existentes. E por último, mas não menos importante, cabe ainda mencionar que o transporte de materiais a serem periciados pelo IGP de Santa Catarina, por vezes não são periciados no mesmo Núcleo em que a autoridade policial entrega para perícia, pois por dificuldades desencadeadas pela falta de efetivo no quadro funcional do órgão, os Núcleos existentes no Estado dividem as espécies de perícias a serem efetuadas em cada um desses, logo, após recebidos diversos tipos de materiais para análise, podendo aqui citar armas, entorpecentes, objetos com vestígios de sangue e materiais eletrônicos, ficam, por vezes esses alocados nos Núcleos até a realização da Perícia, sem qualquer proteção policial e com os Servidores não possuindo qualquer meio de proteção ou defesa, e em outros casos, sendo necessário o transporte de materiais a outros Núcleos, momento em que os Servidores, se deslocam dentro do Estado de Santa Catarina em distâncias significativas, com viaturas muitas vezes caracterizadas, essas semelhantes a da Polícia, visto a Perícia

Criminal integrar os órgãos da Segurança Pública, e assim, expondo os mesmos ao risco, pois não estarão acompanhados de policiais armados.

No início do ano de 2017, tal falta de direito impossibilitou a celeridade nos trabalhos periciais, onde após uma ameaça de uma facção criminosa, fora ordenado aos Servidores que não saíssem de seus Núcleos para transporte de materiais, pois por muitos considerarem o IGP parte da Polícia e não como órgão da Segurança Pública com autonomia funcional, temia-se que em cumprimento as ameaças de tal facção, houvessem atentados contra os Servidores e ainda a violação e subtração dos materiais a serem periciados.

No decorrer do mesmo ano, novamente uma facção criminosa efetuou ameaças contra os órgãos da segurança pública de Santa Catarina, e logo deu-se início a uma onda de ataques.

Conforme noticiou-se nos Jornais do Estado, novamente o desenvolver das atividades da Perícia Criminal foi afetado, onde após alguns atos praticados contra órgãos da Segurança Pública, o Instituto Geral de Perícias prezando pela integridade física de seus servidores, restringiu os atendimentos periciais que ocorressem durante o período noturno, onde apenas casos de urgência, como assassinatos e acidentes de trânsito com vítimas fatais, devia ocorrer o deslocamento imediato para atendimento, as demais perícias deviam aguardar o dia seguinte, com o devido acompanhamento da Polícia (ALVES, 2017).

Ainda, nessa nova série de ataques, na noite do domingo, dia 03 de setembro de 2017, o prédio do Instituto Geral de Perícias de Florianópolis foi um dos alvos, registrando-se ali o atentado de maiores proporções, onde 19 tiros foram disparados contra o prédio. Os projéteis chegaram a perfurar as paredes, e um que quebrou o vidro de uma janela, chegou a cair sobre o corpo de um Auxiliar que estava de plantão naquela noite (BRUNO, 2017).

Não vendo outra medida que correspondesse a necessidade imediata, o Diretor Geral do IGP, Miguel Acir Colzani, publicou no Diário Oficial do dia 06 de setembro de 2017, a resolução 001/2017, a qual concede e

regulamenta o Porte de Arma para os servidores do Instituto Geral de Perícias (SILVA, 2017).

Essa Resolução colocou fim ao impasse enfrentado quanto a questão do porte de arma aos servidores do órgão que se expandia desde a publicação da Lei nº 15.156, de 11 de maio de 2010, onde essa, a qual institui o plano de carreiras e vencimentos do grupo Segurança Pública - Perícia Oficial e adota outras providências, aborda em seu artigo 78, sobre a concessão do porte de arma aos servidores, porém condicionando essa a regulamentação posterior pelo Diretor-Geral, e ainda deixando claro que o servidor não possui prerrogativa funcional para tanto (SANTA CATARINA, 2010).

Eis que depois de passados sete anos da publicação da mencionada Lei surge, em meio ao caos, a Resolução nº 001/2017, regulamentando em seu texto as condições inerentes ao porte de arma assegurado em estadual, porém até então, não concedido por falta de regulamentação desse, pois aguardava-se para a efetivação da Lei a aprovação das PEC's já mencionadas, considerando legalmente em âmbito federal a perícia como parte da Segurança Pública e igualando assim os direitos entre os órgãos que essa compõe.

O texto da Resolução nº 001/2017 traz alguns pontos a serem observados pelos servidores que com essa adquirem o porte de arma, tais pontos como documento onde constará a autorização do direito, os tipos de armas que a referida resolução autoriza o servidor a portar, as armas a serem fornecidas pelo Estado aos servidores, a hipótese de portar arma própria e as condições dessa, os requisitos a serem comprovados para que seja concedido o porte, e ainda, as hipóteses onde será recolhido o porte de arma do servidor (SANTA CATARINA, 2017).

É oportuno mencionar ainda que em uma breve análise das leis estaduais, conclui-se que 16 Estados brasileiros já possuem sua função pericial desvinculada da Polícia Civil, possuindo assim um órgão autônomo para realização das Perícias Criminais. Porém, desses, 9 não possuem direito ao porte de arma de fogo para o órgão responsável pela Perícia Criminal.

Frente a toda problemática enfrentada pelo Instituto Geral de Perícias do Estado de Santa Catarina, exposta a grande necessidade e importância do direito dos servidores da Perícia Oficial portar arma no momento em que desempenham sua função e visto a grande divergência entre os Estados brasileiros que não possuem mais a perícia subordinada a Polícia Civil quanto a questão de conceder ou não tal direito, fica evidente a necessidade de uma padronização entre essas, para que assim, os servidores dos Estados que não beneficiam essa classe com o porte, não venham a sofrer as consequências dessa falta.

Corroborando com todo o assunto abordado no presente capítulo, Gomes (2015) expõe que da mesma forma que as demais profissões, os peritos criminais estão expostos a riscos e devido a sua rotina ligada a casos de violências, sem a presença da polícia o trabalho desses seria impossível de ser efetivado, sendo assim o porte de arma um apelo da categoria em busca de promover sua própria segurança.

Nesse sentido, a necessidade de uma padronização, ocorrendo de pronto à concessão do Porte de Arma Funcional a todos os Servidores de todos os Estados brasileiros é necessária e urgente, para que outros Estados não precisem enfrentar um caos semelhante ao vivenciado pelo Estado de Santa Catarina, para perceberem a crucial importância de tal direito.

4 CONCLUSÃO

Através deste artigo foi possível observar que os órgãos responsáveis pela Perícia Criminal brasileira apresentam grandes divergências quanto a sua forma e estrutura, bem como os direitos atribuídos aos seus servidores.

A concessão do direito ao porte de arma funcional, que busca uma proteção a integridade física do servidor é alvo de discussão em alguns Estados, enquanto em outros Estados já é um direito adquirido.

A necessidade da regularização quanto à previsão legal da Perícia Criminal como órgão integrante da Segurança Pública brasileira, mais

especificamente, sua menção no artigo 144 da Constituição Federal, é de extrema e evidente necessidade, considerando os apontamentos abordados no presente trabalho, visto a grande valia da equiparação de direitos do órgão mais recente quanto aos demais órgãos da Segurança Pública já dispostos no referido artigo.

Tais apontamentos e relatos dos problemas enfrentados pelos órgãos da Perícia Criminal, em especial o do Estado de Santa Catarina, expõe a gritante emergência do direito dos servidores portarem arma de fogo no momento que desempenham sua função.

Ainda, é evidente a essencial função da Perícia Criminal junto aos demais órgãos da Segurança Pública, trabalhando para que haja justiça e que essa seja aplicada conforme a realidade dos fatos, analisando-os de forma técnica e científica, relatando o que realmente aconteceu e que deve ser considerado pelo judiciário na hora de julgar o delito. Não há justificativa para a não inclusão do órgão pericial no texto da Lei Pétrea, devendo essa ter as mesmas garantias dos demais órgãos ali elencados.

Por fim, é notório o risco a que esses são expostos, e clara a necessidade de providências preventivas e não emergenciais quando o caos causado pela falta do direito para promover a segurança dos que trabalham em prol de uma sociedade justa já tenha se implantado, podendo não haver tempo para que a concessão do direito seja declarada antes de algo pior acontecer.

REFERÊNCIAS

ACRE. *Lei n. 3.107*, de 29 de dezembro de 2015: Institui estrutura da carreira de perito criminal e perito médico legista de polícia civil e dá outras providências. 2015. Disponível em: <<http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2016/02/Lei3107.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ALBUQUERQUE, Felipe de Paula. *A Política de Desarmamento no Brasil e Suas relações com a Concessão do Porte de Arma*. 2013. Monografia (Curso de Direito)–Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2013. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/4456/4214>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

ALBUQUERQUE, Trícia C. Kommers; TEIXEIRA, Alex Niche. *Percepções, perspectivas e identidade da perícia gaúcha*. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/sjcvolume9/percepcoes_perspectivas_identidade_pericia_gaucha.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2017.

ALVES, Schirlei. Estado restringe perícia noturna por causa de atentados em SC. *Diário Catarinense*, Florianópolis, 01 set. 2017. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/09/estado-restringe-pericia-noturna-por-causa-de-atentados-em-sc-9885656.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

AMAPÁ. *Lei n. 1.468*, de 06 de abril de 2010. Institui o Plano de Cargos, Carreiras e Salários da Polícia Técnico - Científica e dá outras providências. 2010. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/galeria/100607061357PL0009_10GEA.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

AMORIM, José Viana. *A autonomia da Perícia Criminal Oficial no âmbito da Polícia Federal: percepções e reflexões dos profissionais do Sistema de Justiça Criminal*. 2012. 169 p. Dissertação (Mestrado)–Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9987>> Acesso em: 24 abr. 2017.

ANDRADE, Gilmara Pinheiro de. Autonomia dos órgãos de perícia criminal: uma análise do estado de Roraima. *Revista Eletrônica Ambiente, Gestão e Desenvolvimento*, Roraima, v. 9, 2016. Disponível em: <<https://academico.uerr.edu.br/ojs/index.php/REMGADS/article/view/37/16>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSOCIAÇÃO Nacional dos Peritos Criminais Federais. *Peritos no Paraná podem ganhar porte de arma*. Brasília, DF, 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.apcf.org.br/Noticias/AgenciaAPCF/tabid/341/post/peritos-no-paran-podem-ganhar-porte-de-arma/Default.aspx>>. Acesso em: 26 set. 2017.

BAHIA. *Decreto n. 10.186*, de 20 de dezembro de 2006. Aprova o regimento da Secretaria da Segurança Pública. Bahia, 2006. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/forum-nacional-de-ouvidores-de-policia-fnop/legislacao-1/normativa-da-bahia-regimento-interno>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BARBOSA, Cristiane S. *A autonomia funcional, técnica e científica dos peritos criminais após o advento da lei nº 12.030/2009: um estudo de caso em Minas Gerais*. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Segurança Pública e Justiça Criminal)–Fundação João Pinheiro e Secretaria Nacional de Segurança Pública, Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 nov. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. *Lei de 29 de novembro de 1832*. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.264, de 07 de fevereiro de 1996. Dispõe sobre o desmembramento e a reorganização da Carreira Policial Civil do Distrito Federal, fixa remuneração de seus cargos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 fev. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9264.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

BRUNO, Marcus. Criminosos acertam 19 tiros no prédio do IGP em Florianópolis. *Hora de Santa Catarina*, Florianópolis, 04 set. 2017. Disponível em: <<http://horadesantacatarina.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2017/09/criminosos-acertam-19-tiros-no-predio-do-igp-em-florianopolis-9887016.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 325/2009*. Acrescenta Seção ao Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, dispondo sobre a perícia oficial de natureza criminal. Regime de tramitação: especial, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=423899&ord=1>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 499/2010*. Altera o inciso IV e acrescenta o § 10º ao art. 144 da Constituição Federal. Regime de tramitação: especial, 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=482984>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 117/2015*, *Separa a perícia oficial de natureza criminal das polícias civis e federal e institui a perícia criminal como órgão de segurança pública*. Regime de tramitação: especial, 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1673140>> Acesso em: 21 abr. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELO, Instituto. *Desarmamento: Um breve histórico*. Disponível em: <<http://www.institutoelo.org.br/site/noticias/leitura/1056>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ESPÍNDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral pra peritos e usuários da perícia*. Campinas: Millennium, 2009.

ESPÍRITO SANTO. Decreto n. 2.965-N, de 20 de março de 1990. Regulamenta a Lei Complementar nº 4, de 17.01.90, que dispõe sobre a Organização Básica da Polícia Civil/ES. Vitória: 20 mar. 1990. Disponível em: <<https://pc.es.gov.br/Media/PCES/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Dec.%202965-N%20de%201990%20-%20Regulamenta%20a%20LC%2004-90%20que%20disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20b%C3%A1sica%20da%20PCES.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

GARCIA, Ismar Estulano. *Inquérito: procedimento policial*. 1. ed. Goiânia: AB, 1987.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; GIOVANELLI, Alexandre. A Perícia Criminal No Brasil Como Instância Legitimadora De Práticas Policiais Inquisitoriais. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP*, Marília, n. 7, 2011. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/1672>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

GOMES, Thiago. Peritos criminais vivem expostos à insegurança. *Gazeta de Alagoas*, Maceió, maio 2015. Disponível em: <<http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/noticia.php?c=267049>>. Acesso em: 20 set. 2017.

INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS. *Institucional*. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://www.igp.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=77&Itemid=2>. Acesso em: 28 set. 2017.

INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS. *Institucional*. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <http://www.igp.rs.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=28>. Acesso em: 28 set. 2017.

MARANHÃO. *Lei n. 8.508*, de 27 de novembro de 2006. Dispõe sobre a reorganização da Polícia Civil do Estado do Maranhão. São Luis, 2006. Disponível em: <<http://www.stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=4226>>. Acesso em: 24 set. 2017.

MARCÃO, Renato Flávio. O porte de arma de fogo e seu tratamento penal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, VI, n. 14, ago. 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3791>. Acesso em: 20 set. 2017.

MATO GROSSO. *Decreto n. 126*, de 14 de fevereiro de 2011. Aprova o Regimento Interno da Perícia Oficial e Identificação Técnica – POLITEC. Cuiabá, 2011. Disponível em: <<http://www.politec.mt.gov.br/institucional.php?id=8>>. Acesso em: 25 set. 2017.

MATO GROSSO DO SUL. *Lei Complementar n. 114*, de 19 de dezembro de 2005. Aprova a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe sobre sua organização institucional e as carreiras, os direitos e as obrigações dos seus membros. Campo Grande, 19 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.pc.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/87/2015/09/Lei-Complementar-114-atualizada-em-20.04.2016.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

MATO GROSSO. *Lei n. 8.321*, de 12 de maio de 2005. Dispõe sobre a criação da Carreira dos Profissionais da Perícia Oficial e Identificação Técnica do Estado de Mato Grosso - POLITEC/MT, e dá outras providências. Cuiabá, 2005. Disponível em: <<http://rouxinol.mt.gov.br/Aplicativos/Sad-Legislacao/LegislacaoSad.nsf/709f9c981a9d9f468425671300482be0/9cbeb6523a25fd0e-84257083005578c8?OpenDocument>>. Acesso em: 25 set. 2017.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. 15. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Estadual.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

OLIVEIRA, João Luiz Moreira de. *Perícia e investigação criminal: uma proposta de melhoria do modelo organizacional visando a otimização de resultados*. 2013. Dissertação (Mestrado em Gestão Empresarial)–Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11868>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

PARÁ. *Lei nº 6.282*, de 19 de janeiro de 2000. Cria o Centro de Perícias Científicas “Renato Chaves” - CPC e dá outras providências. Belém, 19 jan. 2000. Disponível em: <<http://www.pge.pa.gov.br/sites/default/files/lo6282.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

PARÁ. *Projeto de Lei nº 312/2015*. Dispõe sobre o porte de arma de fogo pelos servidores do Grupo Ocupacional Perícia Técnico Científica órgão da Secretaria da Segurança Pública do Estado do Pará e dá outras providências. Belém, 02 set. 2015. Disponível em: <http://www.ozoriojuvenil.com.br/data/0f75a795b91dd11c1077f66c916055ee_7019.pdf>. Acesso em: 24 set. 2017.

PARAÍBA. *Lei Complementar nº 85*, de 12 de agosto de 2008. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Polícia Civil do Estado da Paraíba, sua organização institucional, suas carreiras, os direitos e as obrigações dos seus integrantes e dá outras providências. 13 out. 2008. Disponível em: <<http://sspcpb.com.br/estatuto-da-policia-civil-da-paraiba-2/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

PARANÁ. *Constituição do Estado do Paraná*. Curitiba, 05 out. 1989. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>>. Acesso em: 26 set. 2017.

PARANÁ. *Lei n. 18179*, de 06 de agosto de 2014. Dispõe sobre a permissão de porte de arma de fogo pelos servidores de carreira do Instituto de Criminalística e do Instituto Médico-Legal no âmbito do Estado do Paraná. Curitiba, 06 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=126074&indice=5&totalRegistros=558&anoSpan=2014&anoSelecionado=2014&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Acesso em: 26 set. 2017.

PEREIRA, Katiana. Sesp tem derrota na Justiça e peritos criminais asseguram o direito de portar armas de fogo. *Olhar Jurídico*, 27 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=15402¬icia=sesp-tem-derrota-na-justica-e-peritos-criminais-asseguram-o-direito-de-portar-armas-de-fogo>>. Acesso em: 25 set. 2017.

PERÍCIA. Forense Governo do Estado do Ceará. *Histórico*, 03 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.pefoce.ce.gov.br/index.php/institucional/historico>>. Acesso em: 19 set. 2017.

PERÍCIA. Oficial do Amazonas tem nova diretoria. *Amazonas Notícias*, 27 nov. 2014. Disponível em: <<https://www.amazonasnoticias.com.br/pericia-oficial-amazonas-tem-nova-diretoria/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

PERÍCIA. Oficial do Estado de Alagoas. *Quem somos*, Maceió, 2017. Disponível em: <<http://www.periciaoficial.al.gov.br/institucional/quem-somos>>. Acesso em: 19 set. 2017.

PERNAMBUCO. *Decreto nº 44.469*, de 22 de maio de 2017. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 137, de 31 de dezembro de 2008, que institui, no âmbito da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, vinculada à Secretaria de Defesa Social, o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos – PCCV, para os servidores integrantes do seu Quadro Próprio de Pessoal. Recife, 22 maio 2017. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tipo-norma=6&numero=44469&complemento=0&ano=2017&tipo=&url=>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PIAUI. *Lei Complementar nº 37*, de 09 de março de 2004. Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí. Teresina, 09 mar. 2004. Disponível em: <<http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14497>>. Acesso em: 27 set. 2017.

POLÍCIA CIENTÍFICA GOVERNO DE GOIÁS. *Histórico*, 20--? Disponível em: <<http://www.policiacientifica.go.gov.br/historico>>. Acesso em: 25 set. 2017.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PIAUI. *Instituto De Criminalística: Evolução Histórica da Polícia Técnico-Científica*. Teresina, 20--? Disponível em: <<http://www.pc.pi.gov.br/ic.php>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PORTAL BRASIL. *Segurança Pública é dever de estado*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/seguranca-publica-e-dever-de-estado>>. Acesso em: 27 set. 2017.

QUINTILIANO, Paulo. *O princípio da autonomia da perícia oficial no âmbito da Lei 12.030/2009*. Departamento de Polícia Federal, 2013. Disponível em: <<http://icofcs.org/2013/ICoFCS-2013-011.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

RABELLO, Eraldo. *Curso de Criminalística: sugestão de programa para as faculdades de direito*. 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996.

RIO DE JANEIRO. *Decreto nº 3.044*, de 22 de janeiro de 1980. Aprova o regulamento do Estatuto dos Policiais do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 22 jan. 1980. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/580d18fcee2924e03256aef005e-6c39?OpenDocument&Highlight=0>>. Acesso em: 27 set. 2017.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 3586*, de 21 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação do quadro permanente da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, 21 jun. 2001. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe-0065abb4/407a5c1b832573fe03256a76005cbf1c?OpenDocument>>. Acesso em: 27 set. 2017.

RIO GRANDE DO NORTE. *Lei complementar nº 571*, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto dos servidores públicos do Instituto Técnico-Científico de Perícia do Rio Grande do Norte (ITEP/RN) e dá outras providências. Natal, 31 maio 2016. Disponível em: <<http://sinpolrn.org.br/app/pdf/projetodelei.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. *Lei nº 12.786*, de 14 de setembro de 2007. Dispõe sobre o porte de arma de fogo pelos servidores do Instituto-Geral de Perícias, órgão da Secretaria da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Porto Alegre, 14 set. 2007. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/Legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=50994&hTexto=&Hid_IDNorma=50994>. Acesso em: 28 set. 2017.

ROCHA, Claudionor. *Lei das Armas de Fogo*. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/desarmamento/texto-base-da-consultoria-legislativa-pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

RONDÔNIA. *Lei Complementar nº 828*, de 15 de julho de 2015. Dispõe sobre a criação da Superintendência da Polícia Técnico-Científica – POLITEC. Porto Velho: 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://ditel.casacivil.ro.gov.br/cotel/Livros/Files/LC828.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

RORAIMA. *Lei Complementar nº 055*, de 31 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Roraima e dá outras providências. Roraima: 31 dez. 2001. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/legislacao/phocadownload/LeisComplementaresEstaduais/2001/Lei_Comp_Est_055-2001.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

SANTA CATARINA. *Constituição do Estado de Santa Catarina*. 1989. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20-%20at%C3%A9%20EC74_0.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SANTA CATARINA. *Lei nº 15.156*, de 11 de maio de 2010. Institui o plano de carreiras e vencimentos do grupo Segurança Pública - Perícia Oficial e adota outras providências. Santa Catarina, 2010. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-15156-2010-santa-catarina-institui-o-plano-de-carreiras-e-vencimentos-do-grupo-seguranca-publica-pericia-oficial-e-adota-outras-providencias>>. Acesso em: 24 set. 2017.

SANTA CATARINA. *Lei nº 6.843*, de 28 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.acadepol.sc.gov.br/index.php/download/doc_view/1-lei-n-6-843-de-28-de-julho-de-1986>. Acesso em: 26 ago. 2017.

SANTA CATARINA. *Resolução 001*, de 06 de setembro de 2017. Regulamenta o porte de arma de fogo concedido pela Lei n. 15.156/2010 aos servidores efetivos do Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina (IGP/SC) e dá outras providências. Disponível em: <<https://justotal.com/diarios/sc-06-09-2017-pg-13>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SEGURANÇA. Pública é dever de estado. *Portal Brasil*, Brasília, DF, 31 out. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/seguranca-publica-e-dever-de-estado>>. Acesso em: 20 set. 2017.

SENADO FEDERAL. *Rejeitada extensão de porte de arma para peritos criminais*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/06/rejeitada-extensao-de-porte-de-arma-para-peritos-criminais>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

SERGIPE. *Lei Complementar nº 79*, de 27 de dezembro de 2002. Dispõe sobre Organização Básica e Normas Gerais de Funcionamento da Coordenadoria-Geral de Perícias - COGERP, e sobre Carreiras de Atividades Periciais, e dá providências correlatas. Aracaju, 27 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.al.se.gov.br/leis-complementares/leis-complementares-ler/?Numerolei=274>>. Acesso em: 28 set. 2017.

SILVA, Ânderson. Após ataques a sedes do IGP, direção regulamenta porte de arma para servidores do instituto. *Diário Catarinense*, Florianópolis, 06 set. 2017. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/09/apos-ataques-a-sedes-do-igp-direcao-regulamenta-porte-de-arma-para-servidores-do-instituto-9889793.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

SILVA, Erick Simões da Câmara. A autonomia funcional, técnica e científica dos peritos oficiais de natureza criminal após o advento da Lei nº 12.030/2009. *Revista Jus Navigandi*, ano 14, n. 2323, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13826/a-autonomia-funcional-tecnica-e-cientifica-dos-peritos-oficiais-de-natureza-criminal-apos-o-advento-da-lei-n-12-030-2009>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

SOUZA, Raquel Oliveira de. *A perícia criminal no Brasil: explanação histórica, legislativa e a função do perito*. 2011. Monografia (Licenciatura em Química)–Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/3492>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

SPTC. Excelência em Perícia Técnica no Maranhão. *Governo do Maranhão*, out. 2015. Disponível em: <<https://www.ssp.ma.gov.br/2015/10/12/4820/>>. Acesso em: 25 set. 2017.

SUPERINTENDÊNCIA da Polícia Técnico-Científica. *Histórico*, São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.policiacientifica.sp.gov.br/sptc-superintendencia/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. *Armas de Fogo: São elas as culpadas?*. São Paulo: LTr, 2001.

TOCANTINS. *Lei n. 1.654*, de 6 de janeiro de 2006. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Cíveis do Estado do Tocantins. Palmas, 2006. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/269631/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

VILLANOVA, Antônio Carlos. Criminalística e investigação policial. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CRIMINALÍSTICA, 4., 1977, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 1977.

ZAVERUCHA, Jorge. *Polícia Civil de Pernambuco: o desafio da reforma*. 3. ed. Pernambuco: Editora Universitária UFPE, 2003.

O PODER JUDICIÁRIO: REFLEXOS ADVINDOS DA INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS E O ERRO JUDICIÁRIO COMO CONSEQUÊNCIA AO RÉU

Cleonice Luvison¹
Rafaella Zanatta Caon Kravetz²

Resumo: O presente trabalho discorre a respeito do Poder Judiciário bem como a divisão dos seus órgãos judiciários, sobre os princípios norteadores do processo penal brasileiro, com o objetivo de analisar o erro judiciário, os motivos que levam o magistrado à prolação de uma sentença condenatória, bem como a identificação das causas do erro judiciário e suas possíveis consequências ao condenado. Muitas pessoas inocentes acabam sendo condenadas a cumprir pena por um crime cuja autoria não lhes pertence, tornando-se, assim, duvidosa a eficiência e imparcialidade, não apenas do magistrado, mas também do Poder Judiciário como um todo, pois é dever deste órgão zelar pelo justo, porém, acaba causando danos não só ao réu e as pessoas do seu convívio, mas também ao próprio Estado, o qual tem o dever constitucional de reparar os prejuízos causados ao indivíduo que passa de acusado, para vítima. Devido a inobservância dos princípios norteadores do direito, conseqüentemente, o julgador do processo criminal tem se induzido a cometer equívocos em suas decisões, cujo remédio adotado para rever a decisão transitada em julgado é a revisão criminal, sem esta o acusado jamais teria sua liberdade de volta, bem como o ressarcimento pelos danos sofridos.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Princípios do Processo Penal. Revisão Criminal. Responsabilidade do Estado. Causas e consequências do erro judiciário.

1 INTRODUÇÃO

O órgão responsável pela atividade jurisdicional brasileira é o Poder Judiciário, o qual atua de forma independente dos demais poderes, o

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; nice_luvison@hotmail.com

² Mestre em Direitos Fundamentais pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada especialista em Direito Criminal pela UniCuritiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

Legislativo e o Executivo, cuja separação se faz necessária para a organização do Estado, na qual zelar pelo justo na busca da efetiva aplicação do Direito na solução dos conflitos existentes na vida em sociedade é o principal e maior objetivo do Judiciário. Porém, nem sempre as sentenças proferidas pelo magistrado são decisões justas, causando assim o erro judiciário.

O Poder Judiciário representa o Estado em suas decisões, assim, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXV, tratando-se de um direito constitucional do indivíduo condenado por equívoco, é dever do Estado reparar o dano e indenizar por erro judiciário, cuja sentença que já foi prolatada e transitou em julgado poderá ser revista e reformada pelo instituto da revisão criminal.

Frequentemente, encontram-se notícias de casos de injustiça em ações penais, nas quais pessoas são presas e condenadas a cumprir pena por um crime que não praticaram, uma pessoa comum, de boa índole, sem qualquer antecedente criminal ou indício de má conduta na vida em sociedade, acaba se deparando com seu nome no rol de culpados por um crime que não cometeu. Tal assunto nos causa indignação e muitos questionamentos referentes a como tal fato vem ocorrendo se é justamente a competência do Poder Judiciário atuar na correta e justa aplicação da lei, contudo acaba cometendo injustiças.

O método utilizado neste trabalho consiste em uma abordagem dedutiva em um procedimento monográfico, o procedimento adotado para tal é o da pesquisa bibliografia e jurisprudencial.

Assim, inicia-se com a presente introdução, dividindo-se o trabalho em três seções e, por fim, finalizando-se com a conclusão, na qual será tratado sobre os motivos que levam o Judiciário a cometer equívocos em suas decisões, bem como as principais consequências ao condenado.

A primeira seção aborda o Poder Judiciário, sua independência em relação aos demais, bem como a organização judiciária.

A segunda engloba o Processo Penal Brasileiro na aplicação do Direito Penal, sendo que todo processo necessita das formalidades legais

expostas pelo ordenamento jurídico para sua validade, para tal, serão abordados os principais princípios do Processo Penal para a correta e justa aplicação da pena, quando necessária.

Ao final, a terceira seção trata do tema principal do presente artigo, o erro judiciário em processos criminais, suas possíveis causas e consequências ao condenado pelo erro. Conceitos e informações doutrinárias serão utilizados, referente à responsabilidade do Estado por erros nas condenações, também será analisada a função e a admissibilidade da revisão criminal.

É importante ressaltar que o presente trabalho não possui a finalidade de esgotar o assunto, mas proporcionar a reflexão que nem todo acusado é culpado e nem todo preso é criminoso, portanto, todo indivíduo tem direito ao devido processo legal de forma clara, justa e digna.

2 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário é um dos três poderes instituídos pela Constituição Federal brasileira. Seu principal objetivo é zelar pela justiça na vida em sociedade mediante a correta e efetiva aplicação das normas e leis do ordenamento jurídico, atuando na solução de conflitos.

O Brasil tem um Judiciário organizado, capaz de tomar suas decisões, ademais de atuar na correta aplicação da lei, buscando sempre o melhor caminho para o justo, sendo este seu principal objetivo enquanto um dos três poderes que regem a República Federativa.

Para Moraes (2006, p. 460), faz-se necessário um órgão que seja autônomo e justo para zelar pela Constituição, para assim assegurar e manter uma estrutura governamental organizada, preservando as funções tanto do Poder Federal quanto dos Estados Federados.

Assim, o Poder Judiciário atua na sociedade de forma independente dos demais poderes, tanto do Legislativo quanto do Executivo, porém, de forma harmônica entre eles, com o fim de manter o equilíbrio da sociedade,

sempre na busca de sua finalidade maior, que é ato de julgar e zelar pela justiça na solução dos conflitos.

2.1 ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

De forma conceitual, Robert (2001, p. 17) apresenta como definição a organização judiciária como “[...] o conjunto de normas de Direito Público que visa traçar a administração e organização do Poder Judiciário instrumentalizando o Princípio Constitucional de Acesso à Justiça, que por sua vez é um Direito Fundamental.”

O Capítulo III da Constituição Federal de 1988 trata do Poder Judiciário, especificando a atual estrutura judiciária do país, assim, o artigo 92 preceitua como sendo órgãos do Poder Judiciário:

- I - o Supremo Tribunal Federal;
- I-A o Conselho Nacional de Justiça;
- II - o Superior Tribunal de Justiça;
- II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;
- III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI - os Tribunais e Juízes Militares;
- VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 1988).

O Órgão do Poder Judiciário é um só, porém, neste terceiro Poder, a Constituição menciona duas Justiças, a Justiça dos Estados (Comum), e também a Justiça Federal, composta pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Juízes Federais, conforme artigo 106, incisos I e II (BRASIL, 1988).

Assim, o Poder Judiciário possui uma divisão em órgãos judiciários, onde cada um tem sua delegação, tratando-se a estrutura judiciária de apenas uma divisão do trabalho, cada qual com sua competência e devida função.

3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E PRINCÍPIOS

Dando sequência ao presente estudo, faz-se necessário compreender o Processo Penal Brasileiro, o qual é responsável pela aplicação do Direito Penal, sendo que este estabelece os crimes e as sanções, enquanto o Processo Penal é o meio pelo qual a pena será posta. Ainda, serão estudados os princípios norteadores do Processo Penal, a base para a aplicação do direito.

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que determinam quais são as infrações penais, estabelecem as sanções e regulam sobre as relações daí derivadas (ANDREUCCI, 2014).

Para Nucci (2015, p. 28-29), o Direito Processual Penal é um conjunto das normas jurídicas, possuindo a finalidade de determinar o modo, meios e órgãos do Estado competente para punir, realizando-se por meio do Poder Judiciário, sendo este competente para aplicar a lei ao caso concreto. É uma parte das ciências criminais, cujo objetivo é a aplicação dos princípios constitucionais objetivando garantias humanas fundamentais, servindo de defesa entre a pretensão punitiva do Estado, provinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado em seu direito específico.

Conforme artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, assim, quando uma infração penal é cometida, ou seja, quando um ato ou fato for contra a lei, compete ao Estado o dever de punir, bem como atender ao procedimento estabelecido em lei.

Segundo Tourinho Filho (2010, p. 57), o Processo Penal é regido não apenas por leis, mas também por diversos princípios que “outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como notável instrumento a serviço da liberdade individual”, as leis e os princípios norteadores do ordenamento jurídico representam a realidade que se vive em cada país. A seguir se observam alguns deles.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme afirma Tourinho Filho (2007, p. 9), é de competência do Estado quando ocorre uma lide penal, por meio dos seus órgãos competentes, tomar as primeiras iniciativas quanto à investigação para identificar o autor da infração penal, bem como para juntar as primeiras informações a respeito do fato infringente às normas do ordenamento brasileiro e, ainda, as circunstâncias e motivos que levaram à prática da infração penal. Por mais que essa primeira análise do fato não seja o processo propriamente dito, a ele está ligado de forma congruente. Após serem colhidas as primeiras informações e com a identificação do autor dos fatos, o Estado, agora representado pelo órgão do Ministério Público, leva ao conhecimento do Juiz, com o fim da pretensão punitiva, iniciando assim o processo, surgindo diversos atos na sequência, os quais devem seguir regras e formalidades.

Para Pacheco (2008, p. 134), “O princípio do devido processo legal se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros”, pois é este princípio que norteia todo o processo, do início ao fim, para que nenhuma injustiça seja cometida e que todo acusado tenha suas garantias preservadas no processo.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim, para que um indivíduo seja privado de sua liberdade ou seus bens, é preciso que sejam obedecidas as previsões e formalidades legais e, principalmente, de que seus direitos serão respeitados. Nas palavras de Tourinho Filho (2007, p. 15), “[...] Enquanto a Constituição proclama os direitos e garantias fundamentais do homem, é por meio do processo penal que as garantias tornam os direitos fundamentais realidade.”

O devido processo legal garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo-se ao direito de ser ouvido, ter uma defesa técnica e ser julgado pelo juiz competente, as decisões devem ser motivadas e públicas, havendo

duplo grau de jurisdição, uma sentença penal favorável ou absolutória, entre outras (PRADO; BONILHA, 2000, p. 22). Assim, pode-se dizer que o princípio da ampla defesa e do contraditório também estão ligados ao devido processo legal.

3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso LIV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988); assim, o contraditório e ampla defesa são princípios de direito fundamental na Magna Carta.

Para Rangel (2011, p. 18), “O princípio do contraditório traz, como consequência lógica, a igualdade das partes, possibilitando a ambas a produção, em idênticas condições, das provas de suas pretensões”, o contraditório é o direito e garantia de que o réu será ouvido e sua defesa será apresentada.

O princípio do contraditório significa que no decurso do processo, todos os atos realizados terão a presente participação das partes, tal princípio nasceu do brocardo *audiatur et altera pars*. Esse princípio não se trata da mera informação ou comunicação dos atos processuais às partes, mas que antes de emitir cada decisão, o juiz, dê igual oportunidade às partes, para que mostrem suas argumentações, ouvindo assim o juiz, o que cada um tem a dizer. Quando o juiz emitir seu parecer, deve conceder às partes o ensejo de que usem de seus argumentos e elementos de provas que venham a influenciar na formação de seu convencimento (BONFIM, 2015).

Segundo afirma Greco Filho (2015), “Para o desenvolvimento e a estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a ampla defesa [...]”, possibilitando ao réu o direito de defesa da acusação que lhe é imputada.

O contraditório, juntamente com a ampla defesa, é o alicerce de todo processo, sobretudo, do processo penal, em razão de sua fundada importância como cláusula de proteção do cidadão frente à esfera penal, estando solidamente ligado ao interesse público, na busca de um processo justo e imparcial, já que é o único caminho para a aplicação da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2011, p. 43).

Desse modo, a ampla defesa significa que todo indivíduo deve ter a garantia constitucional de defesa preservada, assim como no princípio do contraditório tanto o autor quanto o réu devem ter sua intervenção ativa no processo, dando às partes a possibilidade de intervir no processo e quanto às acusações.

3.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988); logo, ninguém deve ser considerado culpado sem antes passar pelas fases do processo, chegando-se a condenação, ou absolvição do acusado, com a decisão do juiz por meio da sentença.

Também muito importante ressaltar que tal princípio ainda se encontra presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, apresentando em seu texto que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” (ONU, 2009).

Ainda, segundo Nucci (2015, p. 34), o principal objetivo desse princípio é garantir que o ônus da prova compete à acusação e não à defesa, sendo assim, ao estado natural toda pessoa é inocente, desde que se prove

o contrário, para isso, compete ao Estado, no uso da acusação, demonstrar mediante provas a culpa do acusado.

3.4 INADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA

Para Nucci (2015, p. 43), a formação do processo penal deve acontecer pela composição de provas legítimas e legais, sendo inadmissível para compor o processo as provas obtidas por meios ilícitos.

Nas palavras de Greco Filho (2015), no que se refere ao conceito de prova, “No processo, a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato [...]”

Ainda, segundo Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 112), prova é “[...] o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”, pois, se é com as provas que se demonstra a veracidade dos fatos, com a análise das provas, o juiz dar-se-á convencido dos fatos alegados pela acusação ou pela defesa.

Para Oliveira (2011, p. 327), a prova judiciária tem um objetivo notoriamente fixado, sendo este o de reconstruir os fatos apurados no decurso do processo, buscando passar com maior conformidade possível a realidade dos fatos, tal como realmente aconteceram, atuando sempre na reconstrução da verdade, por mais que esta tarefa, muitas vezes, torne-se árdua e irrealizável.

Conforme o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 1988). Também, dispõe o Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 157, que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1941).

Dessa forma, todas as provas obtidas para a elucidação de um crime, que forem adquiridas de forma ilícita, perdem seu objetivo de comprovar o alegado, devendo ser extraídas do processo e inutilizadas, conforme preceitua

o § 3º do artigo 157 do Código de Processo Penal: “Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.” (BRASIL, 1941).

Na visão de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2009, p. 124), “A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada”, ou seja, cabe a sua classificação como uma prova proibida, que não pode ser usada ou aproveitada ao processo, seu objetivo de provar autoria ou participação em fato criminoso fica impedido.

Já Goulart (2002, p. 112) faz menção à teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual se trata da inadmissibilidade de prova obtida com gênese em uma prova ilícita, sendo assim, como a árvore que for envenenada contamina todos os seus frutos, as provas ilícitas também contaminam as provas que surgirem a partir delas.

Entretanto, após a análise dos objetivos e da importância de cada princípio no Processo Penal brasileiro, é preciso ressaltar que, muitas vezes, no decurso do processo penal os mesmos não são respeitados. Em face destas desobediências e o seu não cumprimento, é possível ocorrer a falha do Poder Judiciário, ocasionando o erro em suas decisões, sendo assim, faz-se necessário analisar como ele vem ocorrendo e quais são as consequências ao acusado.

4 ERRO JUDICIÁRIO EM PROCESSOS CRIMINAIS, POSSÍVEIS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS AO CONDENADO

O ato jurisdicional de prolação da sentença pode produzir várias consequências e efeitos, dentre elas, o erro judiciário, ocorrendo a condenação de uma pessoa que não cometeu crime algum ou que apenas, por ironia do destino, estava presente no local do fato ou até mesmo, em alguns casos, com o uso de provas forjadas, má investigação ou aplicação de tortura na fase do inquérito policial, induzindo o magistrado ao erro, ou, ainda, com inobservância dos princípios que regem o direito.

Por vezes, pessoas inocentes acabam sendo consideradas culpadas. Na presente seção, aborda-se a definição para o erro judiciário, a responsabilidade do Estado com o dever de indenizar, bem como análise da função da revisão criminal a título de rever a coisa julgada.

4.1 O ERRO JUDICIÁRIO

É com a decretação da sentença, sendo esta favorável ou não ao réu, que se concretiza o destino do acusado e demais pessoas envolvidas no caso, porém, esse julgamento pode se valer das mais diversas falhas, como provas forjadas, negligência do juiz, confissões equivocadas, onde o uso dos princípios para o trâmite do processo não é empregado, favorecendo equívocos e ocasionando o erro do judiciário com a condenação de uma pessoa que, na verdade, não cometeu crime algum, sendo inocente.

Afirma Nanni (1999, p. 122), no que se refere à definição do erro judiciário, como sendo todo aquele ato proveniente do Poder Judiciário, o qual é produzido no decurso do processo em alguma decisão, na sentença, despacho, ao exporem algum pronunciamento ou realizarem qualquer ato, estando os juízes à mercê de cometer equívocos, tanto de fato quanto do direito, pois todo ser humano é passível de cometer erros.

Ainda, quanto ao conceito do erro judiciário, Camargo (1999, p. 71) menciona que “[...] não pode ser outra a definição senão ‘aquela que decorre de toda atividade judicial danosa, enquanto exercício da função relativa ao Poder Judiciário’.”

Para Toledo (1977, p. 1), “[...] O erro resulta, pois, de uma ausência ou falha de percepção, ou de uma ausência ou falha de raciocínio”, tratando o erro judiciário como questão de compreensão e discernimento por parte do magistrado.

No litígio entre as partes, é notório que com a decretação da sentença uma das partes sempre irá se sobressair sobre a outra, porém, não

se admite que um indivíduo pague por um crime que não cometeu, assim, o Poder Judiciário, com a decretação da sentença, e representando o Estado em seu direito de punir e aplicar sanções, condena um inocente como se culpado fosse, cometendo, assim, o *erro judiciário*.

4.2 REVISÃO CRIMINAL

Após a análise do erro judiciário, faz-se necessário o estudo do mecanismo usado para reverter ou rever a decisão julgada de forma equivocada, sendo está a revisão criminal.

A condenação, quando for injusta, pode causar prejuízos não somente ao réu, mas também à sociedade, pois ela passa a desconfiar da aplicação da justiça e também do Poder Judiciário como um todo. Desde épocas passadas, admitem-se meios de eliminar injustiças de uma sentença condenatória, porém, de forma muito limitada e restrita. A chamada *indulgentia principis* era o meio de evasão das condenações injustas, contudo, não era um direito do réu, mas uma medida de natureza administrativa, dependendo unicamente da vontade do soberano (TOURINHO FILHO, 2010, p. 959).

Para Silva (2009, p. 282-283), a revisão criminal se trata de uma ação autônoma e impugnativa de uma sentença penal condenatória que transitou em julgado, com embasamento constitucional para tal. Sua competência é atribuída aos tribunais visando estabelecer o *statu quo ante*, ou seja, o estado em que a coisa se encontrava. É tida como *sui generis*, ou seja, é distinta das demais ações, pois pode ser proposta mesmo quando a punibilidade do agente já tenha sido extinta, surgindo, então, da sentença condenatória consequente do erro judiciário. A revisão criminal não se trata de um recurso, pois este é usado no decurso do processo e somente pode ser empregado antes do trânsito em julgado, tratando-se tanto de sentença absolutória quanto de sentença condenatória, não sendo possível a revisão em casos de processo

em curso. O sujeito passivo da relação processual, ou seja, o condenado, na revisão criminal passa a ser o sujeito ativo, o autor da ação.

No que se refere à previsão legal para a competência, a Constituição Federal de 1988 instituiu para processar e julgar originariamente a revisão criminal entre os órgãos do Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 102, inciso I, alínea j, ao Superior Tribunal de Justiça, conforme artigo 105, inciso I, alínea e, e, ainda, aos Tribunais Regionais Federais, conforme artigo 108, inciso I, alínea b (BRASIL, 1988).

Também, dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 624, incisos I, II e respectivos parágrafos, que as revisões criminais serão processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de condenações por ele proferidas, processadas e julgadas pelo Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça ou de Alçada em demais casos. O processo e julgamento deverá obedecer ao seu definido em regimento interno no caso do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, e nos Tribunais de Justiça ou de Alçada. O julgamento será realizado pelas câmaras ou turmas criminais, em sessão conjunta, quando existir uma, ou, caso contrário, pelo tribunal pleno (BRASIL, 1941).

Conforme menciona Tourinho Filho (2009, p. 922), em todo o ordenamento jurídico de um mundo dito como civilizado, a coisa julgada, apesar de necessária para manter a ordem pública, deixa-se romper quando houver a existência de um interesse maior, como uma sentença condenatória claramente injusta, assim, o remédio jurídico usado para tornar a abrir o processo em que se cometeu uma injustiça, abolindo-se a inatingibilidade da coisa julgada, é a revisão criminal.

Conforme artigo 623 do Código de Processo Penal Brasileiro, em rol taxativo, poderá promover a revisão o próprio réu ou, ainda, por intermédio de seu procurador legalmente habilitado, porém, se o réu for falecido, ainda assim será permitida a revisão, a qual poderá ser promovida pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do falecido (BRASIL, 1941).

Segundo entendimento da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a revisão criminal é provável reverter uma decisão transitada em julgado, pois é possível provar a inocência de um condenado e identificar o erro judiciário, tornando, ainda, cabível a indenização aos danos sofridos pelo condenado que foi privado de sua liberdade por um ato que não cometeu:

ERRO JUDICIÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. REVISÃO. ABSOLVIÇÃO. DANOS MORAIS. *Condenação criminal com cumprimento em regime prisional fechado, posteriormente comprovado, em revisão criminal, a inocência, configura erro judicial passível de indenização. É objetiva a responsabilidade civil do Estado, independente da atuação do magistrado, que é subjetiva.* Danos materiais pelo tempo que deixou de ganhar, a ser calculado em liquidação de sentença, considerando o labor do indivíduo. Danos morais devidos, fixados em um milhão de reais. (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Assim, como todo ato praticado no âmbito processual, o ordenamento jurídico exige algumas formalidades, procedimentos e requisitos que devem ser adotados para a aplicação das ações de impugnação, sendo assim, a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação, isso significa que tal pedido é feito em uma nova ação, independentemente do processo que se pretende rever.

O Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 621, incisos I ao III, sobre os casos em que a revisão dos processos findos serão cabíveis, sendo estes quando a sentença condenatória for diversa do texto da lei penal ou as comprovações dos autos; quando a sentença condenatória se basear em documentos usados como objetivo de prova sendo estes de origem falsa e quando após a decretação da sentença, novas provas da inocência do condenado forem descobertas, ou, ainda, quando possam vir a diminuir a pena imposta (BRASIL, 1941).

Sendo a revisão julgada procedente, poderá o tribunal alterar a classificação do delito, absolver o réu, modificar a pena ou, então, anular o

processo, porém, em hipótese alguma, poderá agravar a pena ao condenado, conforme artigo 626 e parágrafo único do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Após tratar sobre a definição do erro judiciário e sobre a revisão criminal, sendo este o meio pelo qual é possível rever uma decisão condenatória transitada em julgado, se faz importante discorrer sobre a responsabilidade do Estado, afinal, é este, representado pelo Poder Judiciário, que possui a competência para julgar.

Segundo Stoco (2003, p. 159), para que possa surgir o dever de indenizar algum indivíduo, pela responsabilidade consecutiva de algum ato ilícito, faz-se necessário a ação ou supressão que dela venha suceder, causando algum dano, ocorrendo a ligação da conduta do agente com o dano, sendo este o nexa causal, e, ainda, que tal comportamento seja provido de dolo ou culpa, tratando-se estes de elementos subjetivos.

O legislador constituinte previu no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, que tanto a administração pública direta quanto a administração indireta, devem obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência, sendo estas administrações de qualquer dos Poderes, tanto da União quanto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Portanto, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, que prestam serviço público, responderão pelos danos que seus agentes cometerem nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Também dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXV que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” (BRASIL, 1988). Com

previsão no título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, o Estado tem o dever de indenizar o indivíduo que foi vítima do erro judiciário.

Assim, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no que se refere à responsabilidade objetiva e o dever de indenização por danos morais ao cometimento de erro judiciário:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. SEGREGAÇÃO INDEVIDA DURANTE 48 (QUARENTA E OITO) HORAS POR FALHA NA IDENTIFICAÇÃO DO CONDENADO. DEVER DE INDENIZAR. OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA QUANTIA REPARATÓRIA. CONDIÇÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS DAS PARTES. EFEITO PEDAGÓGICO DA REPRIMENDA. RESPEITO À VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO INJUSTIFICADO. VERBA REDUZIDA. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. ADEQUAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.960/2009. RECLAMO PARCIALMENTE PROVIDO. “A par da responsabilidade objetiva inculpada no art. 37, § 6º, da CRFB/88, para a configuração do dever do Estado de indenizar pessoa presa equivocadamente devem estar presentes, além do dano e do nexo de causalidade entre esse prejuízo e a atuação dos agentes estatais, a existência de “dolo, erro grosseiro, abuso de poder ou arbitrariedade na ordem da prisão cumprida” (Yussef Said Cahali. Responsabilidade civil do Estado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 479/482). Nessa esteira, configura prisão ilegal (na acepção cível), e passível de indenização moral, aquela perpetrada em face de cidadão com base em ordem judicial (mandado) cumprido de forma equivocada. Reforça o dever de indenizar, outrossim, a desídia da autoridade policial na conferência dos dados do indivíduo segregado e daquele que, de fato, deveria ser preso.” (SANTA CATARINA, 2016).

Para Camargo (1999, p. 16), a responsabilidade civil é obrigar alguém em “[...] reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio, imputável de pessoa por quem ela responda, ou de fato, de coisa ou animal sob sua guarda [...] ou ainda de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).”

Quanto ao direito de indenização, também dispõe o artigo 10 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que “Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença transitada em julgado, por erro judiciário”, tratando-se assim de direito universal. Ao erro judiciário é cabível indenização, com o objetivo de ressarcimento a danos causados ao indivíduo, para isso, o ordenamento se faz valer de procedimentos, como um “remédio” a fim de obter a liberdade individual.

4.4 CAUSAS DO ERRO E SUAS RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS AO CONDENADO

Após toda a análise do cometimento de erros nas decisões do Poder Judiciário e a respeito da responsabilidade do Estado frente às suas equivocadas decisões referentes ao ressarcimento aos danos que uma condenação pela privação da liberdade pode causar ao indivíduo inocente, é importante ressaltar que alguns fatos simplesmente não podem ser revertidos e apagados da vida de cada indivíduo que padece de erro judiciário, que neste momento passa de acusado à vítima do mesmo órgão que deveria zelar pelo justo.

Para Silva (2015), o erro judiciário existente na esfera processual penal tem maior destaque em virtude da proporção da gravidade de suas consequências, sendo que em regra se tem em tela direitos indisponíveis ao ser humano, como o direito de sua liberdade, à vida, da honra, a dignidade, patrimônio, laços familiares do indivíduo, entre outros. O desrespeito a tais direitos reflete em outros princípios previstos na Constituição e fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

A atividade de julgar é competente à prática humana que por sua natureza está sujeita a erros, a justiça é feita pelo homem sendo este um ser falível, podendo realmente cometer erros. No processo, o dever das provas é de refletir e transmitir a verdade dos fatos, porém, por vezes, transmite uma

ideia transformada e irreal. Alguns depoimentos imaturos e sugestionáveis, bem como alguns interesses, paixões, o ódio, a vingança, a afinidade ou repugnância, os laços familiares ou de convívio, amparo ao próximo, grupos, partidos, ideologias ou seitas, são fatores que podem gerar um falso ou incompleto testemunho, juntamente com a emoção, ilusão, distração, o decorrer do tempo, que pode gerar alguns esquecimentos naturais ao ser humano, a rápida percepção, entre outras causas. São estes fatores que podem afetar a apreciação dos fatos e causar entendimento de forma equivocada no processo. Documentos podem conter informações falsas, em contrapartida, a ansiedade e a precipitação na pressa das audiências, a falta de atenção e cuidado do Magistrado no apanhado e colhimento de material probatório, e, muitas vezes, a falta de percepção e desinteresse das partes, inclusive do juiz, na elaboração das perguntas às testemunhas e a própria instrução criminal mal feita, até mesmo o uso de provas falsas, podem induzir o Magistrado ao decretar uma sentença de forma injusta, podendo o erro ocorrer também por falta de probidade do Juiz, o qual, em alguns casos já possui ideias preconcebidas, como aqueles que têm aversão a determinados crimes (TOURINHO FILHO, 2010, p. 957).

O juiz para fazer seu julgamento no processo penal deve se fundar no que contém nos autos do processo, sempre em busca da verdade real dos fatos, assimilando a lei e as provas, limitando-se ao que consta no processo, tendo em vista que a rigorosa interpretação da lei sempre deve ser em favor do réu (SILVA, 2009, p. 283).

Segundo Sayuri e Floresti (2016 apud ERRO..., 2016, p. 30-37), o equívoco das decisões do Judiciário apresentam os mais diversos erros, dentre eles, pode-se citar: acusado confundido com um sócia; falso testemunho, má conduta policial, falha de perícia, desconsiderar álibi, ou seja, desconsiderar a prova de que o réu por algum motivo não teria como ter cometido o crime, provas falhas, desconsiderar testemunhas e aceitar provas equivocadas,

falta de indícios, interpretação de texto, falsa confissão e falso testemunho (ERRO..., 2016).

Mossin apresenta alguns elementos capazes de influenciar na decisão do juiz causando equívoco em suas decisões, dentre eles, pode-se citar a confissão; a paixão pública e influência da imprensa; a mentira; a testemunha; provas periciais; elevado número de processos penais e também a diminuição das varas criminais (MOSSIN, 1994, p. 22-24).

Para Mossin (1994, p. 22), “A confissão, como é evidente, se eleva à condição de prova, posto que o juiz nela se embasando pode condenar. Como tal, deve ela também ser objeto de crítica por parte do julgador.” Ainda no que se refere à confissão dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 197, que o valor da confissão será apurado juntamente com outros elementos de prova, assim, o juiz não deve analisar a confissão como forma isolada, mas conjuntamente com as demais provas apresentadas ao processo, verificando se existe compatibilidade e conformidade entre elas, sendo esta retratável e divisível sem prejuízo da convicção do juiz, conforme artigo 200 (BRASIL, 1941).

A paixão pública é outro fator que pode influenciar o erro judiciário, aqui, a influência da imprensa acaba gerando um preconceito sobre os fatos, muitas vezes, por notícias distorcidas e irreais, que acabam desviando o rumo certo dos julgamentos. Alguns casos acabam ganhando grande repercussão em razão da cobertura da mídia e os acusados dos referidos casos acabam sendo prejudicados por isso, pois existe uma grande exigência sobre o Poder Judiciário quanto às punições (MOSSIN, 1994, p. 22). Em razão da influência que a mídia tem sobre a sociedade, muitas pessoas são condenadas pela sociedade antes mesmo do devido processo legal, princípio de fundamental importância e relevância para possíveis condenações.

A mentira e o testemunho são outra fonte esbanjadora capaz de causar o erro judiciário. A prova testemunhal pode, muitas vezes, estar corrompida pela mentira, na qual, ao prestar um depoimento ou relatar fatos supostamente ocorridos, o conteúdo relatado pode ser inteiramente falso,

a testemunha deve buscar apresentar a verdade real, porém, tem sido um meio que causa muitas dúvidas em virtude da possibilidade de erro, engano ou falhas do ser humano, onde não dificilmente, pessoas são arroladas para depoimentos com o objetivo justamente de mentir, também negando fatos verdadeiros (MOSSIN, 1994, p. 22). Em alguns casos, as testemunhas sequer estiveram presentes no local do crime, mas devido ao seu cinismo acabam convencendo o judiciário em seus depoimentos.

O relator Ministro Luiz Fux, no recurso especial n. 802.435 - PE (2005/0202982-0), menciona que “Os danos sofridos são inúmeros, aliados ao vexame, a dor, a revolta, a humilhação, a tristeza, o sofrimento, e a saudade de seus entes - queridos, são fatores que o dinheiro, a reparação financeira não cobrem.” Afirma, ainda, que os prejuízos vão além da “[...] ordem profissional, familiar, físico e psicológico, atingindo inclusive sua família, onde os filhos criados sem a presença do pai, [...] haverem crescido com a imagem de um pai presidiário, o que para uma criança é motivo de grande frustração.” Causam danos não somente ao condenado, mas também a todas as pessoas com o qual convivia.

Ainda, Camargo (1999, p. 103) menciona que o erro judiciário na esfera penal representa a condenação de inocente, “[...] cuja restrição da liberdade individual toma tais proporções, que lhe atinge a moral, a vida, os bens, a honra e a família”, assim, o indivíduo vítima de erro judiciário carrega este fardo por toda a vida, não sendo o valor de uma indenização capaz de reparar os danos algumas perdas sofridas no tempo em que esteve com sua liberdade restringida.

Afirma Silva (2015), em resumo, que o erro judiciário é a consequência da falta do cumprimento de normas procedimentais pelos funcionários do Estado, os quais ocupam cargos no judiciário, agindo, muitas vezes, de forma culposa, já em outras, por mais que seja tratada também como erro judiciário, agem de forma dolosa, por ação ou omissão.

Pode-se assim concluir que a inaplicabilidade e a inobservância aos princípios norteadores do direito processual penal, já mencionados na seção

três, podem ocasionar falhas no processo penal, causando o erro nas decisões do judiciário brasileiro, pois para se chegar a uma sentença condenatória todas as fases do processo devem ser cumpridas e respeitadas, processo este em que todo acusado deve ser considerado inocente até que se prove o contrário. Todas as provas devem ser lícitas, todo acusado deve ter o direito de ser ouvido e apresentar sua defesa garantindo, pelo devido processo legal, sua plenitude de defesa.

5 CONCLUSÃO

Neste trabalho foram analisados os motivos que levam o Judiciário a cometer erros em suas decisões. Para isto, fez-se necessário compreender que a função do Poder Judiciário é realizar o controle da atividade estatal no que diz respeito à efetivação da norma, o que se faz de forma independente dos demais poderes instituídos pela Constituição Federal brasileira, o Legislativo e o Executivo, todos atuando de forma harmônica entre si, possuindo a comum incumbência de zelar pelo bem comum, em prol de toda sociedade na busca pelo justo.

Assim, é pelo processo penal que se aplica a sanção ao indivíduo que cometeu um crime violando a lei brasileira, onde o direito penal, que é a definição dos delitos e suas penas, passa a ser aplicado pela soberania do Judiciário ao final do processo com a decretação da sentença.

Para que o processo penal possa ser iniciado com a denúncia ou queixa e concluído com a sentença, compreende-se que alguns princípios durante o trâmite foram observados e devidamente efetivados no processo, para a sua justa e correta aplicação da pena ao acusado caso seja condenado, princípios estes usados como garantia dos direitos humanos e fundamentais ao acusado de um crime. O princípio do devido processo legal estabelece que regras e formalidades devem ser seguidas e cumpridas, sendo este princípio o que rege o processo do seu início ao fim, evitando que injustiças ocorram

e permitindo que todo acusado tenha seu direito de defesa, utilizando-se, também, do princípio do contraditório e da ampla defesa, garantindo a igualdade entre as partes de provar sua inocência a cada acusação que lhe é imputada, não se admitindo provas obtidas de forma ilícita.

Pode-se concluir, que são diversas as causas do erro judiciário, bem como os fatores que podem influenciar no julgamento. Dentre os citados no presente trabalho observa-se a confissão, em alguns casos obtida sob tortura; a influência da mídia, que, muitas vezes, mostra o crime apontando como autor o suspeito, sem que este possa se defender, pois, muitas vezes, o acusado já é tratado como culpado antes do devido processo legal; a falha dos depoimentos com falsos testemunhos; falha em perícias e o uso de documentos falsos, fazendo uso de provas ilícitas para incriminar pessoas; equívoco do magistrado na interpretação da lei e, ainda, falta de imparcialidade do juiz, que em alguns casos se corrompe ao suborno “vendendo sua decisão”. Quanto às suas causas, pode-se perceber que muitas delas são fruto da falta de aplicabilidade dos princípios norteadores do processo penal, pois se fossem fielmente aplicados e respeitados no processo penal, alguns equívocos seriam evitados e uma pessoa não pagaria injustamente por um crime que não cometeu.

Desse modo, como forma de prevenir o erro judiciário na condenação de inocente, faz-se necessária a observância à real imparcialidade do Juiz em suas decisões, bem como a justa e crítica análise das provas trazidas e demonstradas no processo, bem como a efetiva aplicação dos princípios norteadores do processo.

Diante do erro judiciário com uma condenação transitada em julgado, o mecanismo usado para reverter ou rever a decisão julgada de forma equivocada é a revisão criminal, único meio para desfazer a coisa julgada, não se trata de um recurso e sim de uma ação independente, podendo ser realizada a qualquer tempo, mesmo depois de cumprir a injusta pena.

Assim, comprovada a inocência do até então condenado, o qual de acusado passa a ser vítima do próprio órgão que deveria zelar pelo justo, é admissível o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais, conforme dispõe o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, sendo a sentença condenatória decretada pelo juiz, deve este ser entendido como um agente público garantindo a indenização pelos danos sofridos; cominado ao artigo 5º, inciso LXX, que é dever do Estado indenizar o condenado por erro judiciário, assim, a responsabilidade do Estado em indenizar aquele que sofreu dano é um direito constitucional.

O erro judiciário carrega em suas consequências o sentimento de impotência, prevalecendo a injustiça. Não se trata somente da liberdade que se privou, do emprego que se perdeu ou que deixou de conquistar, do preconceito dos próprios amigos e familiares ao ser tratado como criminoso, pelos sonhos que deixou de construir, pela carreira profissional e acadêmica que ficou estagnada, além do crescimento do filho que ficou impossibilitado de acompanhar, dentre tantas outras consequências, que nem mesmo uma indenização valiosa é capaz de ressarcir tamanho dano, pois a honra e a moral são sentimentos que dinheiro algum consegue reparar.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/epub:162013>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 04 out. 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Processual Civil. *Recurso Especial Nº 802.435-PE (2005/0202982-0)*. Indenização por danos materiais e morais. Recorrente: Estado de Pernambuco, Recorrido: Marcos Mariano da Silva. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 out. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=657143&num_registro=200502029820&data=20061030&formato=PDF>. Acesso em: 12 out. 2017.

CAMARGO, Luís Antônio de. *A responsabilidade civil do estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ERRO da justiça. Confusão com um sócia. Incompetência dos advogados. Provas perdidas. Evidências forjadas. As histórias de inocentes que tiveram suas vidas arruinadas por falhas da justiça. *Super interessante*, ed. 366, São Paulo: Abril, out. 2016.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002. (Temas jurídicos).

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *A nulidade no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. atual. até a EC nº 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão criminal no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1994.

NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2017.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PRADO, Amauri Renó do; BONILHA, José Carlos Mascari. *Manual de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. TRF-4 - AC: 660 SC 2006.72.12.000660-9. Julgado em: 14 mar. 2012. Terceira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, 12 abr. 2012.

ROBERT, Cinthia. *O acesso à justiça: manual de organização judiciária*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2012.009068-0*. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Julgado em: 22 mar. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 0002482-46.2013.8.24.0025*. Gaspar. Relator: Des. Edegar Gruber. Julgado em: 10 nov. 2016.

SILVA, Adriano Machado da. *Erro Judiciário no Processo Penal*. 2015. Disponível em: <<https://adrianomachado.jusbrasil.com.br/artigos/202587069/erro-judiciario-no-processo-penal>>. Acesso em: 27 set. 2017.

SILVA, Cesar Antonio da. *Doutrina dos recursos criminais*. Revista e atualizada de acordo com as leis 11.689/08; 11.69/08 e 11.719/08. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2009.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil por erro judiciário em ação penal condenatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 158-167, set. 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

O PRINCÍPIO DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO FRENTE À ASCENSÃO DE MOVIMENTOS SEPARATISTAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA DO MOVIMENTO “O SUL É MEU PAÍS”

Juliana Costenaro¹

Resumo: O presente trabalho tem por tema o Princípio da Unidade da Federação e adota como recorte os fundamentos jurídicos apresentados pelo movimento O Sul é Meu País, tendo como problema central analisar se os argumentos trazidos pelos idealizadores desse movimento estão em consonância com as diretrizes dispostas na Constituição Federal. Diante do descontentamento da população brasileira, especialmente da Região Sul do país, com a administração pública e com a forma como esta gere e distribui os recursos financeiros entre as regiões, surgiu a ideia de separação dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul dos demais entes da federação, a fim de formarem um país independente. O objetivo geral é estudar o que vem a ser o princípio da unidade da federação, suas origens e características, bem como de que forma ele rege o Estado brasileiro. E com relação aos objetivos específicos, realiza-se uma abordagem do que vem a ser a forma federativa de estado, a fim de entender suas raízes históricas e as mudanças pelas quais passou ao longo do tempo, até chegar ao modelo atual. Também é abordado o conceito de movimentos separatistas, com enfoque nas principais manifestações dessa natureza ocorridas no Brasil, buscando compreender quais foram as causas que lhe deram início e quais suas consequências históricas. Por fim, realiza-se uma análise jurídica dos argumentos trazidos pelos idealizadores do movimento O Sul é Meu País, contrapondo-os com os preceitos e normas insculpidas na Constituição Federal, com o intuito de averiguar se respeitam o disposto na referida norma. Adotou-se como método de pesquisa o dedutivo, a partir da realização de um levantamento bibliográfico referente ao tema com base em leis e doutrinas, a fim de se chegar a uma conclusão acerca da problemática apresentada.

Palavras-chave: Princípio da Unidade da Federação. Movimentos Separatistas. Secessão.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; julianacostenaro@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da Unidade da Federação diante da ascensão de movimentos separatistas que visam à secessão de estados brasileiros com o intuito de formar um país independente, analisando especificamente os fundamentos apresentados pelos organizadores do movimento o Sul é Meu País, que pretendem a separação dos estados da Região Sul do Brasil a fim de formarem um Estado soberano.

Para abordar o tema principal, é necessário um profundo estudo acerca da expressão Federação, palavra que advém do latim *foedus* e significa pacto ou aliança. Com esse sentido de aliança, tal expressão passou a ser utilizada para denominar a experiência realizada entre unidades políticas soberanas que se uniam para formarem outra entidade, sendo que esta última absorvia a independência das primeiras, formando assim um ente uno.

O federalismo, como forma de Estado que visa a união de seus membros, dotando-os de certa autonomia, mas mantendo um governo central e soberano, teve seu ápice com a proclamação da Constituição norte-americana em 1787, tendo sido o modelo escolhido para retirar o povo das mazelas da colonização e dos governos autoritários.

No Brasil, apesar de algumas Constituições anteriores terem adotado o Federalismo como forma de governo, de forma que apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988 que esse sistema foi consagrado como um princípio basilar, sendo indissolúvel a união dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Apesar de conter um viés democrático, tal estrutura não tem agradado a todos, o que fez com que movimentos de caráter separatistas reascendessem buscando a secessão de determinados estados com vistas a formação de um País independente.

Foi o que ocorreu na Região Sul do Brasil, a qual historicamente já foi palco de revoltas com essas características, hoje é palco do movimento separatista mais em voga atualmente, denominado O Sul é Meu País, tem como objetivo a separação dessa região a fim de formar um Estado Soberano.

Emprega-se na pesquisa o método dedutivo, a partir da pesquisa bibliográfica, com base em materiais já existentes, seja em doutrina, artigos científicos e legislação, por meio da qual se buscará uma conclusão quanto à problemática apresentada.

O estudo está estruturado em três partes, tratando de modo específico das peculiaridades do princípio da unidade da federação e de que modo ele rege o Estado, passando a uma análise dos movimentos separatistas ocorridos no Brasil e desembocando na análise jurídica dos argumentos apresentados pelos defensores do movimento O Sul é Meu País, que justificariam a separação dessa região dos demais entes federativos brasileiros.

Na primeira parte, estuda-se de forma específica o sistema federativo de estado, abordando o conceito e características de uma federação, bem como suas origens históricas no Brasil e no mundo, e analisando a forma como o princípio da Unidade da Federação está inserido no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Constituição Federal de 1988.

Na segunda parte, é debatido acerca dos principais movimentos separatistas ocorridos no Brasil, como surgiu e quais os fundamentos apresentados pelos organizadores do movimento O Sul é Meu País, bem como é analisado a validade da realização de plebiscito consultivo com a população dessa região, como forma de viabilizar a separação dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, com vistas a formação de um País independente.

Na terceira parte, são analisados juridicamente os argumentos trazidos pelos idealizadores do movimento O Sul e Meu País, contrapondo-os com as diretrizes e preceitos expressos no texto Consitucional. A principal

intenção da presente pesquisa é analisar se a separação dos estados da Região Sul do Brasil é possível sob a ótica Constitucional.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O SISTEMA FEDERATIVO DE ESTADO

2.1.1 Federação e sua origem histórica

O Federalismo, apesar de ser uma forma de governo já utilizada na antiguidade, só passou a ser reconhecida desta forma na Era Moderna. Para compreender sua origem, e necessário buscar seu significado mais remoto, assim, ao observar a etimologia do termo “Federação”, percebe-se que este advém do latim *foedus*, que significa pacto ou aliança (ROCHA, 1997, p. 196).

Com esse sentido de aliança, a expressão federalismo passou a ser utilizada para denominar a experiência entre unidades políticas soberanas que se uniam para formarem outra entidade, sendo que esta última absorvia a independência das primeiras, formando assim um ente uno.

Neste sentido, pode-se dizer que o federalismo nada mais é do que um método de divisão de poderes, que permite a coexistência do governo geral com o governo das organizações participantes (denominados Estados Membros), em esferas distintas, coordenadas e independentes.

Caracteriza-se, pois, a experiência federativa, a partir da criação de um estado único, em que a detentora do poder central e da soberania é a União, cuja base jurídica se dá por meio de uma Constituição, a qual será de regra escrita e rígida, não havendo direito de secessão entre os entes federados, ou seja, o vínculo associativo que os une é indissolúvel (STRECK, 2014, p. 178).

Após a compreensão do sentido dessa expressão, deve-se atentar para sua origem, visando compreender de onde surgiu, bem como os motivos que levaram a criação desta forma de Estado, que até então, era diferente do que a maioria dos povos conhecia ou mesmo teriam experimentado.

No entendimento de Baggio (2006, p. 24), o federalismo teria sido criado no período do Estado Moderno, nitidamente influenciado pelas ideias liberais do Iluminismo. Tal ideologia teve como cenário principal a Europa do século XVIII, e combateu o Estado que inaugura a fase moderna da história, o absolutista, caracterizado pela ação de ingerência do príncipe (que era o próprio Estado), na vida privada dos cidadãos.

Deste modo, nos dizeres de Dallari (2016, p. 254), o federalismo surgiu objetivando a criação de novas ideias para a política e para as formas de governo, já que o povo se mostrava descontente com a ingerência de seus governantes, que detinham todo o poder. Isso porque, esse sistema possui determinados valores que buscam a integração e participação de seus membros nas decisões do estado soberano, os quais ainda possuem autodeterminação e soberania para gerir seus interesses internos, mas sempre mantendo a hierarquia funcional para garantir a organização social.

Por causa disso, essa forma de Estado, com seu governo peculiar, demonstrou ser capaz de dificultar a concentração de poder em um só órgão, impedindo assim, a formação de governos totalitários, porque assegurou oportunidades mais amplas de participação no poder político, pois aqueles que não obtiverem ou não desejarem a liderança federal poderão ter acesso aos poderes locais (DALLARI, 2016, p. 255).

Foi com base nessas premissas, que os EUA, por meio da promulgação em 1787, das dez primeiras emendas à Constituição norte americana, conhecidas como a *BillofRights*, optaram por esse tipo de forma de Estado, pois vinham de um rígido período de Colonização pela Inglaterra, a qual detinha o domínio total de suas colônias em território norte-americano.

Desse modo, vê-se que o federalismo, teve seu ápice com o modelo norte americano, o qual aproveitou seu momento histórico de insegurança, pois já havia sofrido com o autoritarismo de seus colonizadores, para solidificar as bases dessa forma de Estado, quais sejam, a união entre seus membros de modo a preservar a autonomia destes, mas garantindo a soberania da União.

Por este motivo, tal modelo serviu de inspiração para outras nações, que o adotaram e buscam mantê-lo por reconhecerem ser o mais democrático dentre os quais já tiveram a oportunidade de experimentar.

2.1.2 Histórico do federalismo no Brasil

O processo de adoção do sistema federativo no Brasil ocorreu de forma diversa da verificada nos Estados Unidos da América, uma vez que aqui o território já se encontrava unido como uma nação. Assim, nos dizeres de Baggio (2006, p. 78), o poder centralizado é que foi repartido entre as diferentes Províncias brasileiras, não havendo divergência entre os doutrinadores de que o sistema federativo foi instituído no Brasil com a Proclamação da República.

Foi por meio da promulgação da Lei Fundamental de 1891 que ocorreu de maneira definitiva a constitucionalização do federalismo brasileiro, deixando de existir assim, o sistema de governo absolutista ocorrido durante o Império.

Posteriormente, fortemente influenciada pelo conteúdo social da Constituição alemã de Weimar, a Constituição de 1934 embora tenha feito constar em seu texto diversos aspectos sociais, no que concerne ao sistema federativo, houve grande retórica, porém o que se viu foi um grande enfraquecimento dos Estados, o qual foi acrescentado proporcionalmente ao fortalecimento dos municípios (BAGGIO, 2006, p. 95).

A Carta de 1937, por sua vez, outorgada, porém inaplicada ativou o processo de redução de poderes dos Estados, os quais, na prática, foram eliminados por inteiro. Controlado e esvaziado, o federalismo brasileiro ficou apenas como uma ideia política de quem ainda ousasse pensar durante a ditadura de Vargas (ROCHA, 1997, p. 230).

Após esse período de retrocesso vivenciado na forma de governo adotada pelo Brasil, a Constituição de 1946 retornou à opção federativa, ampliando os poderes existentes nesse modelo, agora sob o impacto de novas

tendências constitucionais internacionais determinadas pela experiência da Segunda Guerra Mundial (ROCHA, p. 231).

Leciona Cruz (2003, p. 254), que no Brasil, sob a égide da Constituição da República de 1988, o pacto federativo abriga traços de centralização, dispositivos de cooperação e o caráter tripartido de sua organização federal, com o Município sendo reconhecido como membro da federação e tendo suas competências elencadas naquela Constituição.

Desse modo, tem-se que a Constituição de 1998 fez-se reflexo de um momento no qual se exigia o retorno à democracia e o respeito ao direito legítimo. O Federalismo fazia-se impositivo como um dos pontos nucleares do quanto demandado social, política e economicamente. A geografia brasileira impõe a descentralização e o federalismo mapeia-se territorialmente independente da ação de governantes (ROCHA, 1997 p. 236).

Em vista disso, tem-se que a história do federalismo no Brasil em seus primórdios foi muito parecida com a ocorrida nos Estados Unidos da América, pois surgiu da ânsia do povo em se tornar livre de seus colonizadores. Apesar de tal semelhança, o País enfrentou diversas mudanças em seus textos constitucionais, e por um período sofreu com a volta de um Estado centralizado governado por minorias. Porém, a experiência da democracia e liberdade que o federalismo proporcionou ao Brasil prevaleceu sob o autoritarismo, sendo agora consagrado como um preceito fundamental que rege a Constituição Federal Brasileira.

2.1.3 Princípio da unidade da federação como cláusula pétreia

O princípio federativo, que garante a unidade da federação, conforme exposto anteriormente, encontra-se expressamente previsto na Carta Magna de 1988, e desfruta de proteção especial conferida por esta. Primeiramente, é preciso entender seu significado para posteriormente compreender de que modo está inserido no ordenamento jurídico brasileiro e de que forma rege o Estado.

Martins (2003, p. 58), leciona que o princípio federativo se caracteriza por meio de dois grandes subprincípios reconhecidos na Constituição Federal, quais sejam o princípio da descentralização política constitucional e o princípio da participação política. O primeiro configura-se pela transferência de funções de um ente central para os entes periféricos, o segundo, por seu turno, compreende a exigência de que os membros autônomos participem do exercício do poder geral (poder total do Estado).

Verifica-se, portanto que sem autonomia dos entes federados e a participação dessas unidades, juntamente com o povo, a fim de formar a vontade nacional, não haveria que se falar em federalismo, posto que, constituem seus pressupostos de existência e validade, sem os quais, não existiria um estado democrático de direito, mas sim um estado unitário e centralizado.

Desse modo, tem-se que a combinação de elementos constitucionais que garantam o pluralismo político, é harmonizada pela existência de um centro de poder, denominado União, que descentraliza parcela de sua competência aos Estados-membros sem se anular.

Segundo Hesse (2009, p. 7-8), ao cumprir as tarefas de formação de unidade política e de ordem jurídica, a Constituição se converte não só na ordem jurídica fundamental do Estado, mas também na da vida não estatal dentro do território de um Estado, isto é, na ordem jurídica fundamental da comunidade. Esta constituição determina as decisões que levam a unidade política, estabelece princípios fundamentais do ordenamento jurídico, positiva princípios e critérios para estabelecer e aplicar as normas do ordenamento, ou seja, é o pano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade.

Na Constituição Federal de 1988, caracterizada como norma rígida, pois necessita de um sistema mais elaborado para modificações em seu texto, tal preceito encontra-se insculpido no artigo 1º, que dispõe que o Brasil é uma

República formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal.

Por isso, além da rigidez constitucional do sistema que adota o princípio federativo como fundamento da organização política de um estado, é dotado de uma condição especial em relação aos demais princípios que informam a Constituição, qual seja, a imutabilidade absoluta pelo poder reformador. Assim, cumpre destacar que o princípio federativo se qualifica por uma super-rigidez, de modo que somente por uma nova decisão fundamental do povo, diante de sua reserva originária e formadora de uma nova ordem constitucional, pode ser abolido (ROCHA, 1997, p. 178).

Diante desses aspectos, e para a proteção de preceitos fundamentais que regem o Estado brasileiro, é que o constituinte de 1988 adotou um sistema de cláusulas pétreas inseridas no art. 60, §4º da Constituição Federal. Tal sistema prevê, dentre as cláusulas, que não é possível emendar a Constituição de maneira a abolir a forma federativa de Estado.

Assim, a Constituição considera intocáveis, no artigo 60, § 4º, determinados princípios, os quais não podem ser abolidos sequer por emenda constitucional. Tais princípios, que constituem o cerne irreduzível da Constituição, que se impõem ao próprio poder constituinte derivado federal, devendo ser respeitados pelo poder constituinte dos estados membros, que também é derivado da Lei Magna, portanto, do Poder Constituinte Originário da nação brasileira (FILHO, 2003, p. 162).

Conforme preceitua Martins (2003, p. 103), cláusula pétrea é como o nome sugere uma cláusula imodificável de uma Constituição, onde está disposta uma limitação ao poder de modificar a obra constitucional. A cláusula pétrea é, portanto, um limite material expresso.

Vê-se que no dispositivo retro mencionado, especificamente no inciso I, a Constituição veda toda e qualquer emenda tendente a abolir a forma federativa de estado, o que revela a condição de imutabilidade do princípio da unidade da federação.

Deste modo, constata-se que o princípio da unidade da federação está inserido no ordenamento jurídico pátrio como clausula pétrea, o que impede sua abolição pelo constituinte derivado. De fato, para alterar a forma de estado, seria necessária a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte e a criação de uma nova carta constitucional.

2.2 OS MOVIMENTOS SEPARATISTAS NO BRASIL

2.2.1 Breve análise histórica dos principais movimentos separatistas ocorridos no Brasil

A ideia de separação no Brasil não é algo contemporâneo, pelo contrário, existe desde a época da colonização, onde o povo oprimido lutava pela sua independência, buscando fazer cessar a exploração que os países colonizadores lhe impunham.

Antes de analisar os movimentos separatistas ocorridos no país, faz-se necessário conhecer o seu conceito, que segundo Bandeira (2015), nada mais são do que movimentos nacionalistas ou de libertação nacional, em que determinados grupos de pessoas, habitantes de certa região, possuem identidade histórica e cultural próprias, assim, passam a reivindicar o seu direito à autodeterminação e à soberania política.

Por isso, de acordo com Deucher (2016, p. 15), não é de hoje que em diversas regiões da América Portuguesa surgem movimentos organizados pela sociedade civil, questionando o criminoso centralismo da federação brasileira e apontando a autonomia e principalmente a secessão como um dos remédios para libertar seus povos. Por meio destas organizações entende-se que a principal causa das revoluções entre os povos brásílicos e o poder central tinha como objetivo conquistar a liberdade através do autogoverno.

A partir desse ideal de liberdade, se deu origem aos movimentos separatistas, um exemplo destes foi a Conjuração Mineira, ocorrida em 1789, época em que Portugal descobriu o ouro no estado de Minas Gerais, o que fez

despertar a cobiça da Fazenda Real e contribuiu, de forma decisiva, para o constante choque de interesses entre os mineradores e a Capitania, resultando, posteriormente, em uma luta armada (MELLO, p. 392).

Mais tarde, já no período Republicano, o sertão baiano conviveu com outro sangrento conflito que colocava de um lado gente humilde do campo e de outro o Governo Republicano, militares e a Igreja Católica.

A Guerra de Canudos, ocorrida entre 1896 e 1899, foi um movimento que refletiu a extrema miséria sob a qual viviam os sertanejos nordestinos, os quais possuíam um líder, conhecido como Antônio Conselheiro, considerado um missionário de Deus ante a vasta legião de sertanejos que, desiludidos pelas autoridades constituídas, ouviam e seguiam suas pregações político-religiosas. No ano de 1897 o Arraial de Canudos foi destruído, mas o sonho de Conselheiro e seus seguidores foi única e exclusivamente, almejar a liberdade e a construção de uma sociedade mais justa dentro de uma ordem injusta e exploradora (DOMINGUES et al., 1998, p. 127-128).

A Guerra do Contestado, ocorrida entre os anos de 1912 e 1916, assim denominada pelo fato de a região Centro-Oeste do Estado de Santa Catarina, ao Leste do Rio do Peixe e entre os rios Iguaçu e Uruguai, estava sendo contestada, na época, pelo estado do Paraná, que dizia ser seu detentor por direito (THOMÉ, 2007, p. 75).

Nesta mesma linha, outra revolução ocorrida no Brasil que merece ser lembrada diante de sua relevância histórica e cultural é a Revolução Farroupilha, ocorrida no estado do Rio Grande do Sul, a qual reflete o patriotismo daquele povo desde os primórdios de sua história.

A guerra civil dos farrapos, mais conhecida como Revolução Farroupilha, ocorreu no estado do Rio Grande do Sul entre 1835 e 1845. O confronto armado opôs os farroupilhas, também denominados de liberais ou republicanos, e os imperiais, chamados também de legalistas ou caramurus (VOGT, 2014, p. 154-168).

Assim, verifica-se que o descontentamento do povo tanto em relação a política quando no que diz respeito a forma de administração do país, foram fatores determinantes para ensejar o desencadeamento de revoltas no Brasil.

Denota-se que tais fatores estão presentes no cenário brasileiro até hoje, isso fez com que ressurgisse o sentimento separatista na população, fazendo também renascer movimentos que lutam por essa causa, o principal deles, atualmente, chama-se “O Sul é Meu País”, o qual será estudado a seguir.

2.2.2 O Sul é Meu País, o movimento separatista da atualidade

Neste tópico, será explanado acerca do movimento “O Sul é Meu País”, o qual visa a separação da Região Sul dos demais entes federativos, objetivando a criação de um novo Estado Soberano. Tal movimento vem ganhando grande força e representatividade nos últimos anos, entretanto, sua trajetória vem de longa data.

A primeira vez em que foi defendida abertamente a unidade dos três estados meridionais e a formação de um Estado soberano envolvendo o Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul foi somente no ano de 1986, com a publicação do livro “A Independência do Sul”, escrito por Sérgio Alves de Oliveira (DEUCHER, 2016, p. 51).

Com base nisso, passou a cogitar a hipótese de ocorrer a união dos três estados da região sul com o objetivo separatista, diante da possibilidade prática de isso ocorrer, devido a posição geográfica que se encontram, possuem fronteiras abertas para negociações, além de possuem traços culturais muito semelhantes (OLIVEIRA, 1986, p. 69).

Entretanto, pode-se dizer que na prática o ideal floresceu no estado gaúcho no dia 20 de maio de 1990, onde tentava-se pela primeira vez na história do país, criar um “Partido Político” para sustentar os ideais de autodeterminação do Sul. A sede desse partido ficou estabelecida na capital

Porto Alegre e a sigla foi batizada com o nome de Partido da República Farrroupilha - PFR (DEUCHER, 2016, p. 51).

Primeiramente, deve se atentar para o que é o referido movimento, que, nos dizeres de DEUCHER (2016, p. 222), trata-se de uma instituição criada com a finalidade de elaborar estudos e organizar debates livres para avaliar as possibilidades pacíficas e democráticas de autodeterminação do povo Sul-Brasileiro, habitantes dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, por meio da forma plebiscitária.

Como percebe-se de início, diz respeito a um movimento organizado de forma pacífica e que preza pela opinião dos seus habitantes, como veremos com mais afinco no decorrer deste tópico, já que buscam uma democracia, que segundo seus organizadores, deixou de existir há muito tempo no Brasil.

Em princípio ninguém acreditava que uma instituição com essa finalidade iria conseguir apoio popular, já que o governo federal fazia questão de jogar na mídia que qualquer tipo de movimento independentista era ilegal, pois batia de frente com o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.

Antes disso, tais convicções eram debatidas apenas entre a população, que se organizava de maneira informal, buscando evitar desse modo possíveis represálias por parte do governo da época.

De outro norte, outro fator que trouxe milhares de militantes ao movimento “O Sul é Meu País”, nos dizeres de Deucher (2016, p. 81), foi o fato de seus organizadores não apresentarem uma proposta de país já pronta, o que pregava-se era justamente uma ampla e democrática discussão sobre o assunto, antes de qualquer decisão sobre símbolos e sistema de governo do futuro do País. Seus líderes acreditavam, e ainda acreditam que é desta discussão que nascerá a União Sulista. Isso porque, segundo os ensinamentos de Oliveira (1986, p. 60), a população já estava descontente com a ausência de capacidade governamental para gerir corretamente os destinos da nação, e isso reflete-se de maneira mais nítida nos estados membros e nos municípios.

No ano de 2003, pela primeira vez na história da entidade, conseguiu-se discutir ideias convergentes e divergentes nos três estados e unir todas elas em uma Carta de Princípios, a qual passou a nortear o caminho do referido movimento (DEUCHER, 2016, p. 128).

Posteriormente, a missão do movimento foi definida como a entidade que vai viabilizar a emancipação política e administrativa dos três estados do Sul (Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), de forma pacífica e democrática. A visão dessa organização objetiva seu reconhecimento como o movimento que possibilitou a união dos três estados em uma nação soberana. Junto a isso, os congressistas enumeraram cinco grandes valores agregados pela entidade ao longo dos anos e que devem nortear sua militância no presente e no futuro, são eles; determinação, democracia, transparência, ética e comprometimento (DEUCHER, 2016, p. 152).

Apesar de tantos anos de luta, o ponto chave deste movimento se deu no ano de 2016, com a efetiva realização de um plebiscito consultivo, o qual tinha por meta consultar um milhão de pessoas (DEUCHER, 2016, p. 196).

Entretanto, em consulta realizada no site oficial do movimento, foi possível verificar que o número de pessoas a serem consultadas não foi atingido,² o que impossibilitou os organizadores de realizarem algumas ações mais efetivas. De outro norte, cumpre mencionar que a forma como o plebiscito foi realizado deixou de observar alguns requisitos essenciais para sua correta elaboração, os quais estão elencados na Constituição Federal de 1988, e serão explanados a seguir.

2.2.3 Realização de plebiscito consultivo

² Disponível em: <<http://plebisul.sullivre.org/Resultado/Resultado2016>>. Acesso em: 25 de ago. 2017.

Após conhecer a história do Movimento “O Sul é Meu País”, como surgiu e quais são seus ideais, será tratado sobre o plebiscito, meio pelo qual os separatistas buscam conhecer a opinião da população diretamente interessada e validar a separação da Região Sul.

Antes de tudo, é preciso entender o que significa plebiscito, que no entendimento de Dallari (2011, p. 154), em que pese alguns prefiram considerar apenas um *referendum* consultivo, consiste numa consulta prévia à opinião popular. Assim, dependendo do resultado do plebiscito é que se irão adotar providências legislativas, se necessárias.

Desse modo, constata-se que o plebiscito é uma forma democrática de tomada de decisões pelo governo, sobre determinados assuntos, já que esta será feita a partir da opinião do povo. Tal instrumento da democracia direta está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, no artigo 14, inciso I.

Outrossim, destaca-se que a realização de plebiscito e referendo deverá obedecer a um procedimento específico, e dependerá de autorização do Congresso Nacional de acordo com o previsto no art. 49, XV, da Carta Magna.³

Ademais, a matéria referente ao exercício da soberania popular prevista no já citado art. 14, da Constituição Federal, hoje está regulada na Lei n. 9.709/98.⁴ O art. 3º do aludido diploma consagra que o plebiscito e o referendo serão convocados por meio de decreto legislativo proposto por no mínimo 1/3 dos votos dos membros que compõem uma das casas do Congresso Nacional. Rejeitou-se assim, proposta no sentido de admitir a convocação de plebiscito ou referendo mediante iniciativa popular, com fundamento do art. 49, XV da CF/88 (MENDES; BRANCO, 2011, p. 768).

Outro ponto que merece destaque em relação a esse instituto, é que poderá ser utilizado plebiscito nos casos expressamente previstos

³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional [...] XV - autorizar referendo e convocar plebiscito.

⁴ Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

no art. 18 §3º e §4º da Constituição, qual seja, para alteração territorial de Estados e Municípios, e também o previsto no art. 2º do Ato Das Disposições Constitucionais e Transitorias - ADCT, sobre a forma e o sistema de governo (MENDES; BRANCO, 2011, p. 765).

Dessa forma, nas hipóteses acima mencionadas os Estados já existentes poderão formar novos Estados ou até mesmo Territórios Federais, mas nunca poderão desmembrar-se para constituir um novo país, como pretende o movimento “O Sul é meu País”, com a secessão dos Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, para a formação de um estado soberano. Nesse ponto já pode ser constatada a primeira inconstitucionalidade das ações desse grupo separatista.

Além disso, a denominação plebiscito não é adequada para a referida consulta isso por que, não obedeceria aos trâmites legais de um plebiscito, se trataria apenas de uma consulta informal, sem validade jurídica nenhuma. Sob esta argumentação foi que o Desembargador do Tribunal Regional de Eleitoral de Santa Catarina – TER/SC, Cezar Augusto Mimoso Ruiz de Abreu determinou a substituição da palavra plebiscito de todos os materiais alusivos ao evento (SPERB, 2016).

Desse modo, verifica-se que o plebiscito elaborado pelo movimento “OSul é Meu País”, não observou a forma correta para sua realização prevista na Constituição Federal de 1988, caracterizando assim uma inconstitucionalidade formal, a qual segundo Branco e Mendes (2011, p. 1.070), diz respeito a um vício no procedimento do ato. Além disso, tal plebiscito também foi eivado de inconstitucionalidade material, sendo caracterizada esta pelo próprio conteúdo do ato, o qual tem por finalidade fundamentar a separação dos Estados da Região Sul do restante do Brasil, a fim de que estes formem um Estado soberano e independente (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1072).

Dito isso, constata-se que o plebiscito realizado pelos organizadores do movimento separatista em análise, não observaram seus procedimentos legais, sendo, portanto inválido.

2.3 ANÁLISE JURÍDICA DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELO MOVIMENTO O SUL É MEU PAÍS

2.3.1 Nação sulista versus princípio da unidade da federação

O sentimento nacionalista que incendeia o povo da Região Sul do Brasil, principalmente do Estado do Rio Grande do Sul, não é algo novo, mas sim uma paixão que vem de longa data, marcada pela luta dessa população no passado, que buscava sua independência e defendia seus antepassados. Por causa disso, os habitantes dessa região e, principalmente os organizadores do movimento separatista O Sul é Meu País, defendem a ideia de que tal área diz respeito a uma nação, por conter elementos que a caracterizam.

Desse modo, é prudente no momento, entender o significado de nação, a qual, nos dizeres de Guimarães (2008, p. 145), diz respeito a uma comunidade de indivíduos, os quais são vinculados entre si social e economicamente, que compartilham um determinado território, reconhecendo a existência de um passado comum, possuindo uma visão conjunta de futuro, o qual só será proveitoso se se mantiverem unidos.

O Estado, por sua vez, é formado por alguns elementos constitutivos, os quais, na voz de Bonavides (2016, p. 70-71), são divididos em elementos de ordem formal, constituídos pelo poder político na sociedade, e de ordem material, que abrange o povo e o território.

Desse modo, verifica-se que o Estado passa a ser concebido como uma unidade social formada pelo povo, o qual é gerido por um governo, e que ocupa um determinado espaço geográfico, ou seja, um território. Além disso, é dotado de soberania.

A partir do momento em que um determinado grupo de pessoas se une voluntariamente a fim de preservar os interesses e a identidade da

comunidade na qual está inserido, passa a ser nutrido um sentimento de amor pela sua nação, pelas suas raízes, o qual é conhecido como nacionalismo.

Para isso, os argumentos utilizados são de que a nação sul-brasileira é constituída por uma população razoável e que tem a intenção de ser reconhecida como um povo e nação. Além disso, a população dessa região está unida por uma herança conjunta de caráter histórico, bem como possui traços somáticos em comum e uma relativa uniformidade cultural (DEUCHER, 2016, p. 253-254).

De fato, várias outras regiões do planeta se separaram do seu Estado soberano, mas há de se levar em conta que na esmagadora maioria dos casos, o que motivou tal separação foi a divergência gritante de seus habitantes em relação a aspectos culturais e religiosos.

Não fosse isso, o ordenamento jurídico confere especial proteção ao princípio basilar da unidade da federação, o qual está esculpido na Constituição em seu artigo 1º, e estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se, dessa forma, em um Estado Democrático de Direito.

Quando um Estado Federal é criado, a Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico e possui como principal finalidade a harmonização das relações entre a sociedade, por isso deve ser seguida à risca para que a ordem nacional seja mantida. É justamente pelo fato de promover a harmonização social e a unidade da federação, é que a Carta Magna veda a secessão de seus estados membros com a finalidade de formar um Estado independente, mas ela não foi a única a repudiar tal ação.

Cumprido destacar que a legislação brasileira infraconstitucional também considera crime o ato de tentar separar o Brasil para a formação de Estados independentes, é o que dispõe o artigo 11, da Lei de Segurança Nacional:

Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:
I - a integridade territorial e a soberania nacional;

II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

[...]

Art. 11 - Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente.

Pena: reclusão, de 4 a 12 anos.

Verifica-se que o movimento “O Sul é Meu País”, apesar de pacífico, é inconstitucional, por ferir o princípio da unidade da federação, e também tem potencial para ser considerado ilegal, por infringir o artigo 11 da Lei de Segurança Nacional, ainda que parte dos habitantes dessa região queira o reconhecimento da nação sulista.

3.2.2 Autonomia dos estados x subordinação à União

Uma segunda premissa trazida pelos seus organizadores e simpatizantes, é a autonomia que os Estados possuem para tomarem decisões sobre sua organização, cabendo a eles, portanto, decidirem o que seria mais vantajoso para seus habitantes. Entretanto, verifica-se que essa autonomia que os estados membros possuem não é absoluta, uma vez que fica adstrita a certas determinações emanadas do Governo Federal, conforme será discorrido neste tópico.

A princípio, é importante compreender, a estrutura de um Estado Federal, o qual, segundo Bonavides (2016, p. 196) existe a partir do momento em que um poder constituinte soberano dispõe na Constituição Federal as diretrizes básicas da organização federal, determina a competência do estado federal e estabelece órgãos legislativos com atribuição para elaborar regras jurídicas de amplitude nacional, cujos destinatários diretos e imediatos não são os estados membros, mas sim as pessoas que vivem nestes, sujeitas à observância tanto das leis específicas dos estados a que pertencem, como da legislação federal.

Além disso, vale destacar que o Estado Federal, detentor da soberania, aparece por único sujeito de direito na ordem internacional, toda vez que se trate de atos que impliquem exteriorização originária da vontade soberana (BONAVIDES, 2016, p. 197).

Assim, denota-se que o Estado Federal é detentor de soberania perante organismos internacionais e também perante os estados membros, os quais são constituídos de autonomia que lhes é cedida pela Constituição Federal, sendo capazes de se auto-organizarem e autogerirem dentro dos limites impostos por esta.

No que concerne à autonomia dos estados membros de uma Federação, a qual é conferida pela Constituição, como é o caso dos estados brasileiros, é compreendida, nos ensinamentos de Reale (2003, p. 63), como uma espécie de liberdade de agir.

Logo, verifica-se que a forma de governo adotada pelo Brasil foi escolhida livremente, com o intuito de beneficiar a populações de todas as Regiões e o equilíbrio destas e o governo central, por isso, é que os estados membros devem respeitar o que está disposto na Constituição Federal, uma vez que esta possui as diretrizes que norteiam o funcionamento desse sistema.

Dallari (1986, p. 17-18) apresenta reflexões sobre o assunto dizendo que a partir do ingresso na federação, a soberania pertence à União, e os estados federados, embora gozando de autonomia, que é poder de autogoverno, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de agir por vontade própria em relação a muitos assuntos, ficam sujeitos ao que dispõe a Constituição Federal.

De acordo com Cimadon (2007, p. 118), a Constituição, no que tange à autonomia, atribui aos estados federados o poder de auto-organização, para exercer nessa atividade organizatória, a autonomia constitucional, da qual se difundem a autonomia política, administrativa, judiciária, legislativa e financeira. Do ponto de vista jurídico, a autonomia é entendida como a

capacidade que os entes estatais têm de expedir as normas que organizam e oportuniza, mais rapidamente, a solução dos problemas locais.

Entretanto, para os organizadores do movimento separatista “O Sul é Meu País”, há um grande desequilíbrio entre os poderes da União e os poderes estaduais, o qual reflete-se de maneira nítida no sistema tributário, onde grande parte dos recursos ficam em poder da União, obrigando os governadores estaduais e prefeitos a sistematicamente “mendigar” ajuda federal (OLIVEIRA, 1986, p. 29).

Na verdade, o que os simpatizantes desse movimento alegam é que os Estados, na sua condição de autônomos, deveriam gerir suas próprias riquezas de acordo com as suas necessidades. Além disso, fundados nesse mesmo argumento, poderiam decidir sobre sua permanência ou não no Estado Federado.

Pode-se perceber que, em que pese pareça existir duas soberanias no País, uma da União e outras dos Estados Membros, a soberania daquela é suprema. Logo, o federalismo adotado no Brasil visa a cooperação dessas duas esferas - estadual e federal - e para gerir melhor o Estado, a Constituição Federal reparte algumas de suas competências com os entes estaduais. Os Estados não possuem soberania, mas autonomia.

Em contraposição a esses preceitos insculpidos na Lei Fundamental, os organizadores do movimento separatista em análise, alegam que o desrespeito à regra constitucional de que todos são iguais perante a lei e de que para cada eleitor deve corresponder a um voto, permite que a representação na Câmara Federal seja viciada, gerando uma representação parlamentar desproporcionalizada, quebrando também o preceito sobre a igualdade dos Estados Federados (DEUCHER, 2016, p. 224).

Na medida que os Estados membros não são soberanos, ocorre a impossibilidade de separação da Região Sul do Brasil, tal fato pode ser corroborado com os demais fundamentos amplamente explanados no decorrer do trabalho, bem como com a exposição dos argumentos jurídicos que a

justificam. Assim, verifica-se que se a autonomia dada aos entes estaduais se sobrepusesse à soberania da União, haveria uma espécie de “mutação” no sistema Federal adotado pelo Brasil, o qual não atingiria mais seu objetivo de equilibrar a relação entre todos os entes.

2.3.3 A possibilidade de separação pela autodeterminação dos povos

Superadas as discussões anteriores, é chegada a hora de falar do último fundamento defendido pelos organizadores do movimento separatista que visa validar a secessão da Região Sul do Brasil objetivando a formação de um País, qual, seja, a invocação do princípio da autodeterminação dos povos.

O referido princípio proporciona aos povos o direito de se autogovernarem e aos Estados o direito de defender sua existência e associação a outros Estados. Tal preceito foi criado no início do Século XX, sendo posteriormente incorporado ao Direito Internacional Público, passando a ser valorizado principalmente após a Segunda Guerra Mundial e inserido na Carta da Organização das Nações Unidas - ONU, e em Tratados Internacionais (HEEP, 2005, p. 3).

Pode-se perceber que o princípio da autodeterminação dos povos passou a ser utilizado ainda na época colonial, para legitimar a independência das colônias de seus países exploradores, uma vez que estavam estritamente subordinados às vontades de seus monarcas.

Contudo, explica Heep (2005, p. 5), tal princípio não é aplicado exclusivamente a um povo, mas também aos Estados, conferindo a estes o direito de defenderem sua existência e sua condição de estado independente. Desse modo, quando sua condição de independência estiver ameaçada, esse estado possui o direito a legítima defesa, fundado no princípio da autodeterminação dos povos, podendo reagir inclusive na forma de luta armada, se as condições da ameaça assim a exigirem.

Entretanto, apesar dos Estados se tornarem independentes e poderem exercer sua autonomia em virtude do reconhecimento e aplicabilidade desse princípio, cumpre destacar que os principais destinatários do princípio da autodeterminação são os povos (HEPP, 2005, p. 12).

O princípio da autodeterminação dos povos é também aplicável a povos que não possuam um Estado próprio, que não possuam seus direitos preservados na jurisdição sob a qual se encontram, ou ainda, pela sua maioria, não pretendam mais fazer parte desse Estado. Em casos como esses, a autodeterminação será conferida nas modalidades de independência ou de direito das minorias, além disso, tal preceito também pode ser conferido a povos que tenham seus direitos preservados e que desejem um autogoverno, sem desejo separatista (HEPP, 2005, p. 24).

Ora, se o princípio em análise pode ser conferido a povos que mesmo tendo seus direitos preservados anseiam por um autogoverno, mas sem desejo separatista, tal argumento não pode ser utilizado para validar a secessão da Região Sul do Brasil, como pretendem os fundadores do movimento separatista “O Sul é o Meu País”, justamente por este possuir viés totalmente separatista.

De fato, O princípio da autodeterminação dos povos foi expressamente previsto na Carta da ONU como um princípio a ser observado nas relações internacionais. Antes dessa Carta, ele era aplicado apenas em casos específicos, quando o seu exercício era expressamente previsto em tratados internacionais em relação a determinado povo (HEPP, 2005, p. 6).

Entretanto, a Resolução citada pelos defensores desse movimento, em seu § 6º proíbe a secessão e a ajuda externa a movimentos de secessão, ao determinar que “toda tentativa encaminhada a quebrar total ou parcialmente a unidade nacional e a integridade territorial de um país é incompatível com os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.”

Em termos conclusivos, pode-se afirmar que, apesar da existência e do reconhecimento do princípio da autodeterminação dos povos até mesmo

pela Organização das Nações Unidas, não se pode entender pela secessão de unidades federadas, uma vez que o conceito de autodeterminação não se confunde com o conceito de separação.

3 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise mais profunda em relação ao Princípio da Unidade da Federação, buscando dessa forma, conhecer sua aplicabilidade no sistema federativo brasileiro, bem como, objetivou a análise jurídica do movimento separatista “O Sul é meu País”, o qual pretende a secessão da Região Sul do Brasil para a formação de um país independente.

O federalismo, como forma de Estado, passou a ser reconhecido mundialmente a partir da promulgação da Constituição norte-americana em 1787, o qual foi inserido no país para combater o autoritarismo de seus colonizadores, uma vez que possui como premissa a união entre seus membros de modo a preservar a autonomia destes, mas garantindo a soberania da União. Por este motivo, tal modelo serviu de inspiração para outras nações, que o adotaram e buscam mantê-lo por reconhecerem ser o mais democrático dentre os quais já tiveram a oportunidade de experimentar.

A história do federalismo no Brasil em seus primórdios foi muito parecida com a ocorrida nos Estados Unidos da América, pois surgiu da ânsia do povo em se tornar livre de seus colonizadores. Apesar de tal semelhança, o País enfrentou diversas mudanças em seus textos constitucionais, e por um período sofreu com a volta de um Estado centralizado governado por minorias. Porém, a experiência da democracia e liberdade que o federalismo proporcionou ao Brasil prevaleceu sob o autoritarismo, sendo agora consagrado como um preceito fundamental que rege a Constituição Federal Brasileira.

A forma federativa de Estado está inserida no ordenamento jurídico pátrio como cláusula pétrea, o que impede sua abolição pelo constituinte derivado. De fato, para alterar tal disposição, seria necessária a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte e a criação de uma nova Carta Constitucional. A forma federativa de estado permite ampla integração entre os entes federados e maior participação democrática dos jurisdicionados, e se deixasse de existir, voltar-se-ia a um sistema centralizado, que caracteriza o Estado Unitário, o qual sempre se tentou abolir ao longo da história.

Entretanto, apesar dessa forma de governo democrática, alguns fatores ensejaram a ressurreição de ideais separatistas, como crises econômicas aliadas a fatores políticos e má distribuição de recursos, por exemplo, gerando grande descontentamento por parte dos cidadãos, os quais veem nesses movimentos a oportunidade de serem autônomos e poderem gerir suas próprias riquezas. Tais fatores existem até hoje e fizeram renascer movimentos que se opõe a essas situações, o principal deles, chama-se O Sul é Meu País.

O referido movimento trata-se de uma ideia criada com o objetivo de elaborar estudos e organizar debates livres para avaliar as possibilidades, de forma pacífica e democrática, de autodeterminação do povo Sul Brasileiro, por meio da realização de plebiscito. Ocorre que o plebiscito realizado pelos organizadores do movimento separatista em análise não observou os procedimentos legais para sua realização, sendo, portanto inválido.

Além disso, a partir da análise jurídica desenvolvida no presente trabalho, verificou-se que o movimento “O Sul é Meu País”, apesar de pacífico, é inconstitucional, por ferir o princípio da unidade da federação, e também tem potencial para ser considerado ilegal, por infringir o artigo 11 da Lei de Segurança Nacional, ainda que parte dos habitantes dessa região queira o reconhecimento da nação sulista.

Outrossim, partindo da discussão de que os estados são dotados de autonomia para tomarem decisões pertinentes à sua população, constatou-se

que como os Estados membros não são soberanos, ocorre a impossibilidade de separação da Região Sul do Brasil. Isso porque, se a autonomia dada aos entes estaduais se sobrepusesse à soberania da União, haveria uma espécie de “mutação” no sistema Federal adotado pelo Brasil, o qual não atingiria mais seu objetivo de equilibrar a relação entre todos os entes.

Por fim, ao analisar o argumento de utilização do princípio da autodeterminação dos povos com o fim de reconhecer a possibilidade de separação dessa região brasileira, pode-se afirmar que, apesar da existência e do reconhecimento desse princípio até mesmo pela Organização das Nações Unidas, não se pode entender pela secessão de unidades federadas, uma vez que o conceito de autodeterminação não se confunde com o conceito de separação.

Em termos conclusivos, pode-se afirmar que o movimento em si não é inconstitucional, uma vez que é direito do cidadão a liberdade de expressão bem como sua associação para fins pacíficos. Entretanto, o objeto defendido pelos organizadores do movimento O Sul e Meu País, qual seja, a secessão dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, para o fim de formarem um País independente, não é possível sob a ótica Constitucional, uma vez que fere a forma federativa de Estado, a qual, como já abordado no decorrer da pesquisa, é considerada clausula pétrea pela Carta Magna de 1988.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Roberta Camineiro. *Federalismo no Contexto da Nova Ordem Global: Perspectivas de (Re) Formulação da Federação Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006.

BANDEIRA, Pedro Silveira. A Ressureição do Separatismo no Brasil. *Revista Fundação de Economia e Estatística*, v. 20, n. 4, p. 207-211, 1993. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/755/1010>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CIMADON, Aristides. *Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEUCHER, Celso. *O Sul é Meu País*. 2. ed. Brusque: Gesul, 2016.

DOMINGUES, Gilson Magalhães; AQUINO, Rubim Santos Leão de; BELLO, Marco Antonio Bueno. *Um sonho de liberdade: a conjuração de Minas*. São Paulo: Moderna, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Nação, nacionalismo, Estado. *Estud.*, v. 22, n. 62, p. 145-159, abr. 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000100010>>. Acesso em: 04 set. 2017.

HEPP, Carmem. *O Princípio da Autodeterminação dos Povos e sua Aplicação aos Palestinos*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40400/M529.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: Limites e Possibilidades na Constituição Brasileira de 1988*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Sérgio Alves. *Independência do Sul*. Porto Alegre: Martins Livreiro, 1986.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral de 14 de dezembro de 1960: Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/dec60.htm>>. Acesso em: 12 out. 2017.

REALE, Miguel. *Filosofia e teoria política: (ensaios)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SPERB, Paula. *Tribunal proíbe plebiscito informal em SC para separar a região Sul do país*. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1795704-tribunal-proibe-plebiscito-informal-em-sc-para-separar-regiao-sul-do-pais.shtml>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THOMÉ, Nilson. *A Nacionalização do Contestado, Centro Oeste de Santa Catarina, na primeira metade do Século XX*. 2007. Disponível em: <<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/article/viewFile/1353/1160>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

VOGT, Olgário Paulo. *O Liberalismo Farroupilha e a Escravidão na República Rio-Grandense*. Santa Cruz do Sul, 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/redes/article/view/5159/3566>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

OS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REFORMULAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Bianca Dutra Brocardo¹
Janaína Dias de Deus²

Resumo: Infere-se de toda evolução histórico-jurídica que o positivismo jurídico teve uma influência ímpar nas estruturas dos âmbitos jurídicos no que concerne a legislação de normas e de sua consequente aplicação. O Direito brasileiro, amplamente espelhado nas modelações jurídicas europeias, se manteve positivista, insculpido nas bases da *Civil Law*. Contudo, com o advento da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, denota-se a inserção do instituto dos precedentes judiciais, pilares fundamentais do sistema jurídico da *Common Law*, novo aos olhares tradicionais do Direito nacional. Assim, é de suma importância a análise de toda evolução e reformulação do positivismo jurídico puro, principalmente na esfera nacional, tendo em vista os precedentes judiciais trazidos no bojo do Novo Código de Processo Civil e toda sua implicação social e jurídica.

Palavras-chave: Direito. Positivismo Jurídico. Precedentes Judiciais. *Civil Law*. *Common Law*. Novo Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

O Direito fora atrelado a manifestações culturais e religiosas do homem em grande parte de sua existência, contudo, com a ascensão do positivismo jurídico fundado na estrutura romano-germânica e na estrutura jurídica denominada *Civil Law*, sendo insculpido nos tempos pelo jurista Hans Kelsen, houve uma distinção entre as ciências. Assim, a ciência jurídica

¹ Graduanda em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; bianca.brocardo@yahoo.com.br

² Pós-graduada na Universidade Federal do Estado de Santa Catarina; Graduada no Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; janadias10@hotmail.com

distanciou-se do Direito Natural e de outras influências culturais ou morais, sendo entendido, estudado e percebido pela sua própria natureza.

O Positivismo Jurídico, cuja terminologia remonta o latim *jus*, que significa direito; *positus*, podendo ser entendido como colocar, por, e, *tivus*, que designa uma relação ativa ou passiva, pode ser conceituado como uma filosofia do Direito que restringe seu entendimento e aplicação às normas legisladas por uma autoridade competente que o faz através de um procedimento específico, não sendo passível de aplicações conforme o entendimento dos juristas ou a utilização de outras fontes do Direito de maneira imediata.

De outro norte e, têm-se que a estrutura jurídica denominada *Common Law*, cuja origem remonta a Inglaterra, elenca como uma de suas fontes primordiais do Direito, os precedentes judiciais, a jurisprudência e entendimento dos Tribunais e magistrados, bem como os costumes reiterados por cada povo.

Diante da globalização que o mundo vivencia, ameadado ao desenvolvimento tanto do Direito quanto da sociedade jurídica, a comunidade brasileira, principalmente com o advento do Código de Processo Civil, sancionado pela Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, verifica-se uma aproximação entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, cabendo destaque a normatização dos precedentes judiciais.

2 POSITIVISMO JURÍDICO E O INSTITUTO DA CIVIL LAW

O Direito Positivo em sua essência pura exerceu, e ainda exerce uma grande influência em todo âmbito jurídico, imbuída da dogmática das decisões e do clássico cumprimento estrito de uma legislação aprovada e eficaz pelos procedimentos competentes.

Nessa senda, Kelsen (2009, p. 45) conceitua o Direito como um conjunto de normas que venham a regular a conduta humana, as quais devem estar inseridas na mesma norma superior, fundamental, como princípio

de validade. Igualmente, o autor, em sua análise de que não haverá uma conduta ou norma isolada a uma ação externa única e específica, mormente porque o Direito é um sistema de normas, um ordenamento social que não existe isoladamente.

Os atos e normas jurídicos jamais poderão indicar a forma com que a conduta humana se conduzirá, mas sim, a forma que deverá ser conduzida.

Segundo Kelsen (2009, p. 101), o princípio da validade esta pautado na existência de outra norma, que a valide, a qual nomeia “superior, fundamental e pressuposta”. Assim, não há como se falar em norma sem antes visualizar sua fonte originária, o motivo e a razão legisladora de sua existência.

Consequentemente, a Norma fundamental, esta que é a base única e verdadeira do Direito Positivo, na qual todo o ordenamento jurídico deve se alicerçar, tem como conteúdo e finalidade a instituição de um fato produtor de normas, a estipulação da competência para uma autoridade legisladora ou a indicação de um sistema de formulação e criação de outras regras jurídicas. Dessa forma, seu principal e legítimo objetivo é atribuir a validade às normas, e não atuar como uma norma de Direito material.

Um dos pontos cruciais para o Positivismo Jurídico de Kelsen (2009, p. 68) é a afirmação de que uma lei não será considerada válida em razão de seu conteúdo, se é consoante ou não às demais normas do sistema jurídico, mas sim, se esta observar um devido procedimento estabelecido então pela Norma Fundamental, o qual legitimará a norma produzida. Por conseguinte, as normas serão positivas, realizadas perante um ato de criação especial.

O jurista Kelsen cita a Constituição como fonte primordial para criação das normas consequentes da sociedade, a nomeia como norma geral, com função de representação também.

E, observar o direito é o cumprimento das normas estabelecidas para que não haja necessidade do exercer de sua sanção. Da mesma forma, entende-se pelo viés de Hans Kelsen (2009, p. 264), a descoberta do direito se funde apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto.

Outras características que devem ser frisadas residem no fato de Kelsen extirpar qualquer indução a crença da existência de normas verdadeiras ou falsas, eis que há apenas normas válidas e inválidas, bem como na criação ou aplicação das normas jurídicas, não deverá haver vinculação com o desejo e vontade do sujeito judicante.

Ademais, Kelsen (2009, p. 23) traz em sua teoria jurídica a estrutura da *Civil Law*, quando afasta os costumes como forma constituinte da norma ou do dever-ser.

Pode-se notar que, para Kelsen (2009, p. 198), tanto o direito quanto a moral possuem certas regras que definem e qualificam as condutas humanas. Nesse sentido é possível estabelecer uma linha convergente.

Contudo, é mister salientar que sua maior diferença reside no fato de que a Moral institui normas de foro interior, que dizem respeito ao juízo interno do indivíduo, enquanto as normas elencadas pelo Direito são de ordem externa, destinam-se a todos e é munido de uma sanção ou coação.

De outro lado, cabe destacar a função da ciência jurídica na visão do autor austríaco Kelsen (2009, p. 84), qual seja: conhecer o Direito e o descrever com base em seu conhecimento, na sua formulação, análise e aplicação.

Ao que toca à função dos magistrados, Kelsen (2009, p. 132) ressalta que, “Ao juiz é conferida competência (isto é, ele tem o poder jurídico, que pelo Direito lhe é atribuído, a ele próprio e a mais ninguém) para aplicar uma pena sob determinadas condições.”

Por oportuno, Kelsen (2009, p. 97) define o sujeito jurídico como um indivíduo de dever jurídico ou pretensão, ou titularidade jurídica, devendo ser entendido também como possuidor de um poder de fazer valer seu direito diante do não-cumprimento ou invasão de sua esfera jurídica por outrem.

Sabe-se que tradicionalmente havia um grande dualismo entre o Direito objetivo e o subjetivo, assim, há uma recondução, uma união entre o direito subjetivo do sujeito que age conforme sua consciência individual e o direito objeto da normatização do “dever” e “poder” deste sujeito diante

das normatizações de condutas pelo Estado. Nesse meio, colhe-se dos ensinamentos de Hans Kelsen (2009, p. 213) que a teoria jurídica que utiliza-se de uma análise estrutural do Direito positivo deve ser o mais exata possível, libertando-se de todo juízo ético-político.

Assim, enfatiza-se que o Direito não é fruto da legislação ou do costume, mas puramente do espírito do povo, que através do transcurso do tempo firmou suas posições e ensejou a um Direito Positivo e escrito.

Outrossim, Kelsen determina que a existência de um precedente que venha a solucionar casos idênticos deve estar substancialmente pautada na norma geral. O princípio que fulcra a necessidade de uma harmonização entre a norma fundamental e os precedentes é denominado “segurança jurídica”.

Dessa forma, Hans Kelsen expõe a toda comunidade jurídica global que o Direito Positivo, aquele insculpido na Norma Fundamental e observador do indivíduo como sujeito de direitos e deveres sob também a ótica de outras áreas do conhecimento, contudo alheio à qualquer influência externa, uma salutar maneira de conduzir a sociedade e manter a segurança jurídica.

O Positivismo Jurídico também é largamente exposto nas obras jurídicas de Norberto Bobbio, este que inaugura sua análise do Direito Positivo estabelecendo a distinção essencial entre o direito positivo e o direito natural e, nessa senda, elenca o que é natural, o que é por natureza, citando “*physis*” do grego, e o que é por convenção dos homens, “*thésis*”.

Esse pensamento se fundou no preceito de que a multiplicidade das leis é fruto da corrupção, bem como Bobbio (apud PESCATORE, p. 6) indica a codificação como “uma verdadeira revolução na ciência da legislação. Faz com que, ao mesmo tempo, todas as instituições jurídicas seculares e imemoráveis se manifestem, ela é o triunfo da razão jurídica natural.”

O jurista Norberto Bobbio (1999, p. 195) resgata o instituto das lacunas no Direito ao estabelecer que o magistrado não poderá se abster de julgar determinado caso que não esteja previsto no ordenamento jurídico, ou

seja, que haja obscuridade, insuficiência de lei ou silêncio desta. Nesse cenário, o juiz deverá utilizar-se da interpretação, integração ou deduzindo as normas.

Entretanto, a forma de interpretação consolidada pelo Positivismo Jurídico é a exegese da lei, sendo esta revestida pelo próprio fato da codificação; pela mentalidade dos juristas, que é traduzida na vontade do legislador ao criar determinada norma; a doutrina da separação dos poderes, instituída por Montesquieu (2010, p. 321) e fundamento ideológico da estrutura estatal; o princípio da certeza do direito, o qual defende que há a necessidade de uma ciência prévia dos indivíduos para que ajam na forma da lei e evitem eventuais sanções.

Corroborando, Austin elenca outra classificação, estabelecendo as leis divinas e o direito positivo os comandos soberanos; o direito positivo e as leis da moralidade positiva como comando humanos; e as leis positivas, o direito positivo e as leis da moralidade positiva, apenas comandos, conforme menciona Bobbio (1999, p. 76).

Da mesma maneira, contrapõe-se à estrutura jurídica que eleva aos céus o costume, como Bobbio (2009, p. 120) explicita estes não podem servir como fonte ativa do Direito, uma vez que são incoscientes, irrefletidos e uma forma de Direito que exprime a sociedade como é, não sendo capaz de alterá-la. Assim, apenas a lei é capaz de modificar a sociedade em que está, bem como em ser fonte ativa do Direito.

Por versar sobre organização social e toda uma civilização, o Direito dotado de Positivismo, devendo ser estudado como uma ciência, deve excluir qualquer juízo de valor, por ser um método de conhecimento fulcrado fielmente na realidade, enquanto os valores repousam na área da subjetividade e incertezas.

No mesmo sentido, Bobbio (1999, p. 136) assevera que o Positivismo Jurídico representa um estudo do Direito como um fato, não como um valor, cuja definição deve ser afastada de qualquer juízo valorativo, seja ele de “bem ou mal” ou de “justo ou injusto”.

Para Bobbio, a validade de uma norma é definida pela análise de estar ou não inserida num ordenamento jurídico real, efetivado pela sociedade, o que o caracteriza dentro do conceito de formalismo jurídico. E assim, sendo válida, será automaticamente justa.

Contudo, a equidade não opera como fonte imediata ou principal do Direito eis que o magistrado não aplica a norma jurídica, Bobbio (1999, p. 171) se pronuncia no sentido de que através do princípios acolhidos pelos Estados da atualidade, o judiciário não é uma fonte principal do Direito, nao tendo capacidade de ab-rogar a lei ou os costumes.

O Positivismo Jurídico de Bobbio, segundo Wenpad ([20--], p. 1) entende o instituto da jurisprudência como mecanismo de reprodução do direito, e jamais como sua produção, utilizando-se de meios puramente lógico-rationais sobre as normas já dadas.

No âmbito jurídico brasileiro, Nader (2000, p. 17) se destaca e, em suas diversas obras indica o Direito como elemento essencial da sociedade, sendo criado por um homem então social, e condicionante de seu criador. Assim, fica claro que “o homem só, não possui direitos nem deveres.”

No que concerne especificamente à esfera do Direito Positivo, vê-se a necessidade de um estudo mais rebuscado e específico, tendo maior alocação na ciência e em seus métodos, assim explica Nader (2007, p. 8-9) que uma pesquisa desenvolvida na esfera do Direito Positivo pode e deve conduzir a uma visão hermetica e, quando feita à luz da Dogmática Jurídica, a interligação e o parestesco das disciplinas se patenteiam.

Nessa senda, possuir um método experimental de investigação é um dos pilares que sustentam o Direito Positivo, eis que se trata de um ciência jurídica, baseada na observação dos fatos, podendo ser classificado como metafísico.

Conclui-se de toda evolução humana, que a maneira do estabelecimento de ordem e sociedade emergem das condições do homem,

sendo que o fenômeno do poder, surgiu de uma interdependência natural. Assim, o Direito é um fato social.

Nesse interim, Nader (2007, p. 30) descreve que o Direito Positivo para ser efetivamente uma ordem jurídica, deve apresentar-se como um complexo de normas, fatos e valores, dotado de lógica interna, cuja máxima é “onde houver a mesma razão deverá haver a mesma disposição.”

Assim, Nader (2007, p. 43), “O Direito Positivo conserva, contudo, um coeficiente de universalidade e permanência, justamente na parte que consagra princípios do Direito Natural, como o da preservação da vida e da liberdade humana.”

O positivismo jurídico define o Direito como a união de normas de conduta social ditadas coercitivamente pelo ente estatal, com o escopo final de assegurar a segurança e o bem estar social por meio da justiça, operando como mecanismo fundamental da sociedade.

Amparado pelas fontes que emanam suas diretrizes, o Direito Positivo possui como fontes a analogia, os costumes, as doutrinas e jurisprudências e os preceitos fundamentais do Direito. Mas, em seu caráter imediato a lei disposta nos códigos, que passou por um processo específico de criação nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo cumprida pelo Judiciário, onde o Direito repousa de maneira quase exclusiva.

O Positivismo Jurídico tem como base de criação e desenvolvimento a estrutura jurídica da *Civil Law*, esta que tem como resgate histórico mais profundo as colonizações romano-germânicas.

Inicialmente, é mister destacar que toda cultura jurídica pertencente à família romano-germânica remonta o Renascimento da Europa Ocidental, datado entre os séculos XII e XIII, momento em que se consolida a separação entre o Direito e a Religião, da mesma forma se mostra fundamental a manifestação jurídica dentro todo sistema de comércio existente na época, como assim dispõe Galio (2007, p. 4).

Para a manifestação jurídica da *Civil Law*, a lei sempre ocupou o ponto mais alto na hierarquia das fontes do Direito.

Porém, é após a Revolução Francesa o povo acolheu a lei como única forma pura da manifestação de suas reais vontades e necessidades, afastando assim qualquer interpretação extensiva, levando o magistrado ao estrito cumprimento da norma.

A igualdade é apontada como outro anseio que a legalidade traria, uma vez que em uma Europa Medieval e pré-Renascentista, os magistrados eram nomeados ou tinham seus cargos herdados, bem como aplicavam as leis como lhes convinha e, com a imposição do cumprimento das leis como elas foram legisladas, a igualdade entre os povos, independentemente de suas classes sociais, em tese, imperaria nas terras europeias, segundo Tartuce (2007, p. 307).

O Brasil solidifica a *Civil Law* como sua estrutura principal ao instituir, em sua atual Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, a máxima “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988) elevando a força legislativa aos céus.

Logo, como integrante da *Civil Law*, a estrutura jurídica que tem como fonte fundamental a própria lei, o texto legal, este que irá alicerçar toda e qualquer manifestação que envolva o Direito e suas dissidências.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E A ESTRUTURA JURÍDICA DA COMMON LAW

Os precedentes judiciais possuem como principal origem o Direito inglês, estruturado na *Common Law* e na prescindibilidade de uma compilação legal, onde a principal fonte da ciência jurídica está nos costumes reiterados do povo, e por consequência, nas decisões proferidas por seus tribunais.

A *Common Law*, estrutura jurídica onde os precedentes tiveram sua origem e ascensão no Direito Inglês, tem em sua essência uma

predominância Judiciária, que tem como principal fonte as decisões judiciais e um reconhecimento à autoridade dos precedentes formados por seus juízes (BARBOZA, 2014).

Um dos pontos altos da centralização em um “Direito comum à todos” que ocorreu na Inglaterra, foi a formação de um corpo unitário de juízes., bem como é definida pelo jurista Hobbes como fruto da sapiência dos magistrados.

O sistema da *Common Law* possui como preceito basilar a pacificação entre os litigantes, a re-harmonização são os objetivos diretos, pouco importando o meio legal invocado para a solução do conflito, desde que este seja resolvido entre as partes.

Para Galio (2016, p. 44), a *Common Law* tem sua origem nas regras não escritas criadas no princípio pelos magistrados ingleses e propagadas no decorrer do tempo. Dessa maneira, é uma forma de entender o Direito continuamente, desenvolvido sem interrupções ou interesse em “reconstruções”, o que pode ser visto na estrutura da *Civil Law*, esta que sofreu por “amarras” das codificações.

Com a evolução da sociedade inglesa, a *Common Law* passou a ter regras procedimentais rígidas, se especializando e conferindo mais enfoque no desenvolvimento processual.

De forma sintética, Porto ([20--], p. 3) descreve o início da estrutura jurídica denominada *Common Law* com início da invasão normanda, que fulcrou no tempo a expressão *comunley*, indicando um Direito comum à todos.

Na mesma linha de pensamento, têm-se o entendimento de Wambier (2009, p. 54), onde disserta acerca da *Common Law* e sua essência na obtenção da fonte primordial no Direito nas decisões judiciais prolatadas, assim sua criação se deu de forma “natural”, vez que os casos iam surgindo e sendo decididos. Logo, quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada anteriormente, era repetida.

A valorização específica ao precedente judicial e a doutrina aos direitos humanos foram os meios basilares do Direito estadunidense, bem como a autonomia de magistrados independentes. Com o decorrer dos anos e a formulação da Constituição, os Estados Unidos da América instituíram a separação dos poderes e, mesmo diante de um apogeu ao Legislativo, as leis não tinham capacidade de revogar uma decisão.

Nessa senda, urge destacar a forma conceitual que Barboza (2014) tece sobre a *Common Law*, indicando-a como um Direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente.

A estrutura jurídica inglesa possui como vinculação única os princípios e a razão pela qual se proferiu determinada decisão, o que, de certa forma abre a possibilidade de variação a cada magistrado.

Outro ponto característico da *Common Law* que é evidenciado por Porto ([20--], p. 8) é o prestigiamento superlativo das decisões jurisdicionais, as quais estão focadas mais na experiência, possuindo caráter pragmático e desvinculado de modelos ou procedimento abstratos legalistas. De outro norte, Galio (2016, p. 56) elenca preceitos fundamentais da *Common Law*, sendo sua formação na experiência, na lógica abstrata antecedente aos fatos, reduzindo a aplicação mecânica da lei pelo órgão judiciário.

Todas as decisões proferidas no bojo do Direito Inglês tinham a possibilidade de tornarem-se precedentes judiciais, em razão de sua *ratio decidendi*. Entretanto, o sistema de vinculação aos precedentes judiciais teve seu início no século XIX, quando a Câmara de Lordes atribuiu determinada decisão proferida ao caso *Beamish em face de Beamish no caso concreto London Street Tranways versus London CountyCouncil*.

Na proposta clássica, encerra a ideia: “*staredecisis et non quieta movere*, ou, deixe-se a decisão firmada e não altere-se as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso.”

Diante da compilação história das estruturas jurídicas e, tendo em vista a atual globalização e transmutação de fronteiras, verifica-se a aproximação dos sistemas jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* tão evidenciado no Novo Código de Processo Civil que tem suas origens, como assim disserta Galio (2016, p. 81) na redemocratização do Brasil e institucionalização que ocorreram com o advento da Constituição fundada em princípios e regras que afastam totalmente uma contraposição entre o direito codificado e o direito jurisprudencial.

Nesse cenário, cabe destacar o fenômeno de “*commonlawlização*” da *Civil Law* (ALMALEH, 2014, p. 16), abre caminho a valorização do precedente judicial, da maior importância e relevância as decisões proferidas, da jurisprudência como um todo, afastando a aplicação fria da legislação que, muitas vezes, está muito díspar e ultrapassada da sociedade em que se vive.

Ainda, em uma visão mais abrangente, Porto ([20--], p. 6) entende que a globalização facilitou, indiscutivelmente, as comunicações e o diálogo entre as famílias romano-germânicas e da *common law*, as quais trocam influências diretas.

Dessa forma, e diante da expansão jurídica no que toca à valorização de um Direito voltado para a análise particular e valorização das decisões proferidas pelos juristas, identifica-se a abertura à interpretação da legislação.

Concomitante ao efeito de aproximação entre as tradicionais estruturas jurídicas, urge mencionar o desenvolvimento, principalmente na esfera da *Civil Law* em relação à *ratio legis*, que se vê conceituada por Andrade (1987, p. 23) como o elemento da interpretação que estabelece a conexão da lei e da vida real, estabelecendo assim a mobilidade das necessidades práticas e de novos ideais de justiça.

À título de análise comparativa, identifica-se os Estados Unidos da América, que à princípio era pautado unicamente no *Common Law*, atualmente é caracterizado por um sistema misto, onde há uma Constituição Federal escrita e positivada que é aplicada em consonância aos precedentes tradicionais.

O precedente judicial utilizado como fonte primordial na *Common Law* e, aderido como fonte subsidiária da *Civil Law*, pode ser conceituado como um fato que estará presente em toda e qualquer decisão que for proferida por um Juízo, que possuirá variações haja vista o Direito Positivo que a norteia.

Ademais, em outra definição tecida por Lourenço (2015, p. 9) o “precedente é uma decisão judicial tomada às luz do caso concretos, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos similares.”

Os precedentes nascem vinculados ao contexto fático. O precedente ainda carrega uma natureza transcendental, eis que irradia seus efeitos além do caso concreto que o originou.

Igualmente, Kelsen (2009, p. 278) disserta sobre o precedente judicial, conceituando-o como uma decisão judicial vinculante à casos concretos semelhantes. Dessa forma, a decisão terá caráter de precedentes quando sua norma individual não for predeterminada, quanto ao seu conteúdo, permitindo diferentes possibilidades de interpretação.

Será utilizado quando um órgão utilizar uma decisão anterior para fundamentar outra, desde que possuam os mesmos parâmetros legais. Contudo, cabe mencionar que apenas as decisões que transcenderem o caso concreto poderão ser utilizadas como precedentes.

Outrossim, os precedentes judiciais ainda são destacados por Jesus ([20--], p. 3), como o produto da atividade jurisdicional, que tem potencialidade de se tornar modelo de solução para o julgamento de casos futuros. De forma conclusiva, o precedente é um fato.

Dessarte, o precedente só é formado quando uma decisão judicial possui características passíveis de firmá-la como um paradigma a ser seguido pelo julgador em casos posteriores, sendo cabível a máxima “todo precedente é uma decisão, mas nem toda decisão é um precedente.”

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REFORMULAÇÃO DO DIREITO POSITIVO PURO

No que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro e, de forma específica ao Novo Código de Processo Civil, este desde o seu ante projeto, o novo sistema processualista civil brasileiro teve como escopo trazer princípios e garantias fundamentais ao processo, os quais estenderiam a celeridade, uniformidade e eficiência de todo Direito e sua aplicação.

O aludido *códex*, instituído pela Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, trouxe em seu corpo a inserção dos precedentes judiciais, os quais passaram a integrar legalmente o ordenamento jurídico, uma vez que sua utilização e atuação ganhava forças ao decorrer do tempo (FERNANDES, 2016).

Deste modo, a primeira aparição dos precedentes no *códex* processualista fulcra a sua vinculação à decisão judicial, esta que não será considerada fundamentada, e por conseguinte, não produzirá efeitos se, inobservado e confrontado súmula, jurisprudência ou precedente invocado por uma das partes, como assim ensina o artigo 489, §1º, inciso VI, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015):

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A intenção do legislador em uniformizar os julgamentos tecidos pelos magistrados, afastando a possibilidade de uma insegurança jurídica causada pela diversidade de decisões acerca do mesmo caso concreto, elevando-se ainda mais os precedentes judiciais.

À luz disso, menciona Marinoni, Arenhart e Mididiero (2015, p. 494) que existindo precedente invocado pela parte, este deverá ser analisado pelo Juízo, devendo ser declinada na fundamentação a decisão tomada e o enfrentamento, cuja ausência constitui violação ao dever legal de fundamentação.

O Novo Código de Processo Civil também se preocupa e indica formas de criação e aplicação dos precedentes, os quais devem estar harmonizados com o supracitado artigo 489, §1º, VI do Novo Código de Processo Civil, este que determina a possibilidade da escolha na aplicação de determinado precedente que possa tornar a decisão injusta ou inadequada ao caso concreto, definindo um parâmetro para aplicação do precedente.

No que toca à sua criação, cabe destacar o artigo 10 do mesmo *códex*, o qual ensina que: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dados às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, o qual estabelece a vedação de qualquer decisão judicial ou formação de um precedente sobre o qual não haja a manifestação das partes acerca do que se pretende decidir e garantindo o devido processo legal.

De igual forma, o artigo 8º do Novo Código de Processo Civil elenca a função social, bem como a promoção de princípios como a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência como fundamentos de criação dos precedentes e aplicação da lei, como assim fulcra Lovato (2016, p. 24).

Nesse seguimento da busca pela concretização e consolidação cada vez maior da segurança jurídica, houve a edição dos artigos 926 e 927, ambos do Código de Processo Civil, *in verbis* (BRASIL, 2015):

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;

II os enunciados de súmula vinculante;

III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

No que se refere a análise específica do supramencionado artigo 926, § 1º do Novo Código de Processo Civil, Neves (2016, p. 484), há uma definição regimental interna dos tribunais, uma vez que se trata de um entendimento singular. E, em relação ao § 2º do referido tipo legal, verifica-se uma exigência ao respeito das situações fáticas que fundamentaram determinado precedente, o que consagra a importância da *ratio decidendi*, principalmente no que se refere a criação das súmulas vinculantes.

Ainda no que tange ao artigo 926 do supramencionado *códex*, verifica-se que a vinculação dos precedentes estão intimamente relacionadas com a cultura de respeito de toda comunidade jurídica às decisões já proferidas por outros entes jurisdicionados.

De forma específica, o artigo 927 do Novo Código de Processo Civil é responsável pela indicação de que a decisão judicial proferida também origina uma norma, esta que tem função complementar ao Direito Material já posto pelo Legislativo, enquanto os precedentes, igualmente produzidos pelo Ente Estatal são criados pelo Judiciário, como assim menciona Lovato (2016, p. 25).

A *ratio decidendi* pode ser entendida como o núcleo do precedente, o que tem a possibilidade de vincular, enquanto a *obter dicta* é formada pelos fundamentos imprescindíveis da decisão, os quais definem o precedente e, mesmo invertidos, não mudariam o cerne principal.

Nesse contexto, Neves (2016, p. 505) ainda menciona que o precedente pode ter mais de uma *ratio decidendi*, e todas necessariamente terão poder vinculante, uma vez que não há cabimento, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma “vinculação fatiada”.

A valorização dos precedentes judiciais, o qual cita um magistrado fiel à sua integridade, que ao mesmo tempo que se põe como autor do *decisum*, o critica em sua substância, munindo-se dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal.

A motivação e fundamentação dos precedentes e de eventuais decisões que os analisem veem respaldo no texto do artigo 93, IX, da Constituição Federal, este que declina, entre outros itens, que todos os julgamentos pelo Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade.

O Novo Código de Processo Civil, segundo Galio (2016, p. 98) através da valorização dos precedentes judiciais ainda vislumbra a segurança jurídica que traz consigo, diante da estabilidade e previsibilidade da aplicação do Direito pela concretude dos casos fáticos. Nesse sentido, denota-se que a utilização do precedente no ordenamento jurídico conforme a possibilidade

dos jurisdicionados preverem qual será o viés de decisão que será tomado pelos Tribunais, mediante análise de casos semelhantes.

Também fica evidenciada a isonomia que os precedentes trazem ao Direito e ao Processo Civil Brasileiro, uma vez que uniformidade de decisões em casos semelhantes garantem à parte uma imparcialidade e maior justiça.

O sistema jurídico do qual o Brasil recebeu o Direito é oriundo da tradição dos países romano-germânicos, onde a legislação é a fonte primária a qual é aplicada através de órgãos judiciários que, não teriam legitimidade em interpretar a norma escrita e positivada e dar a ela seu entendimento ou amoldá-la ao caso concreto.

O ordenamento jurídico “legicêntrico” está insculpido na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso II, o qual determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” (BRASIL, 1988).

Diante da impossibilidade de um Estado regido por um ordenamento jurídico essencialmente legalista.

O Direito Brasileiro abriu seu ordenamento jurídico aos precedentes judiciais com o surgimento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual atribuiu as súmulas vinculante editadas pelo Supremo Tribunal Federal um efeito essencialmente obrigatório aos julgamentos e decisões que viessem a ser proferidas pelos demais entes jurídicos, bem como a inserção do instituto denominado “repercussão geral” das matérias discutidas.

Nesse cenário, urge evidenciar a aproximação dos sistemas jurídicos anglo-saxão e romano-germânico em solo brasileiro, segundo a visão de Lourenço (2015, p. 04), onde a lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição. E, por conseqüência, a função dos magistrados, ao contrário do que se proprunha no início do século XX, deixou de ser apenas atuar a vontade concreta da lei, assumindo o caráter constitucional, possibilitando, a função analítica e criativa do Direito.

Não obstante, verifica-se a presença da também Emenda Constitucional nº 03 de 1993, que concedeu efeito vinculante às decisões prolatadas em Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Supremo, sobre as quais, Neves (2016, p. 495), menciona como “transcendência dos motivos determinantes” ou do *efeito transcendente de motivos determinantes*.

A adoção do sistema denominado *staredecisis* no ordenamento jurídico brasileiro, que reformulou o modo de pensar o termo “lei”, com o advento da Constituição Federal de 1988. Tal sistema deve ser entendido como uma norma criada por uma decisão judicial que em razão do órgão que o originou, possui força obrigatória pelos demais órgãos.

Uma das maiores contribuições trazidas no corpo do Novo Código de Processo Civil para toda reformulação da aplicação do Direito no Estado brasileiro essencialmente positivo é a superação do dogma da subsunção (NOGUEIRA, 2016), este que instituiu o magistrado e todos os juristas como meros “repetidores” da legislação.

Nesse âmbito, verifica-se que a possibilidade e normatização dos precedentes judiciais revelam a aproximação da lei fria ao caso concreto e as concepções de cada região do país, assim demonstrada pela realidade jurídica que se vivencia.

Porém, se faz de todo erro afirmar um abandono total à subsunção, uma vez que esta ainda é presente no ordenamento jurídico brasileiro, o que se pode mencionar é uma abertura às decisões fundadas em precedentes judiciais, a princípio, de forma complementar. E, nas palavras de Borges (2000, p. 325), o Direito é a própria decisão que incorpora, absorve e sintetiza o conjunto de problematizações conhecidas, possuindo importância social, “já que é a própria institucionalização do direito cumprindo o seu papel social da forma que a sociedade necessita.”

Sofrendo a lei inúmeras interpretações, inclusive pareceres pessoais dos julgadores, a segurança jurídica não ser plena e diante do

fundamentalismo que os precedentes atribuirão a uma decisão e posterior invocação, consolidará a segurança.

O Direito desenvolvido nos tribunais era norteado, em sua maioria das vezes, pela doutrina desenvolvida e, atualmente, se identifica uma valorização maior à jurisprudência amalhada às diversas formas de manifestação jurídica, diante das tecnologias.

Os precedentes apresentam uma forma de garantir a racionalidade do Direito, uma vez que está em constante evolução conforme a própria sociedade.

Quando houver distinção entre o caso concreto julgado e o paradigma delineado pelo precedente judicial, uma vez que identificada a discrepância entre os fatos fundamentais discutidos ou ainda, que uma peculiaridade do caso fático afaste a aplicação do precedente, haverá a ocorrência da *distinguishing*, na qual o magistrado poderá restringir a aplicação do precedente ou estendê-la, amoldando ao seu cabimento.

Nesse sentido e, no que concerne a técnica do *overruling* é a definição de uma superação do precedente quando esta possui caráter expresso quando tribunal adotar uma nova orientação, abandonando as anteriores, quando ocorre a substituição de teses utilizadas. No entendimento de Neves (2016, p. 509), a técnica do *overruling* é demonstrada no Novo Código de Processo Civil no bojo o artigo 927, § 4º, onde fica estampada a fundamentação da superação de um precedente, com base nos princípios da segurança jurídica, da proteção e isonomia.

Ainda, é mister evidenciar que no Projeto de lei do Novo Código de Processo Civil havia um dispositivo legal que abria o rol de possibilidades de superação de um entendimento baseado na supervivência de alteração econômica, política ou social, o qual era traduzido no artigo 521, § 7º, e que não fora aprovado.

Enquanto o *overriding* ocorre quando há a limitação do âmbito de incidência de determinado precedente, em função da superveniência de um preceito ou princípio legal, havendo assim, uma superação parcial do precedente.

Assim, conclui-se pela modificação do modelo processual civil anteriormente utilizado, atribuindo maior relevância aos precedentes judiciais e a atividade criativa do magistrado, em uma aproximação não só do sistema jurídico da *Common Law*, mas também do sistema unitário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ramo da ciência jurídica do Direito Processual Civil é um dos pilares fundamentais da ordem legal e, conseqüentemente social, estabelecida na República Brasileira, uma vez que determina as diretrizes e o formalismo a ser seguido na resolução de conflitos existentes entre a população, sejam eles regidos por qualquer esfera jurídica, eis que também atua como meio processual subsidiário.

Nesse sentido, vislumbra-se a notável dimensão que o Processo Civil é capaz de alcançar dentro do Direito brasileiro, atuando de maneira principal na esfera do Direito Civil, por exemplo e, de maneira subsidiária, em todas as demais cadeiras do Direito.

A corrente filosófica do Direito denominada Positivismo Jurídico, que norteou a criação de inúmeros sistemas jurídicos estatais no decorrer do tempo, fulcrou a importância da utilização do procedimento, em seu cerne primordial, uma vez que é responsável pela codificação das normas, devidamente elaboradas e aprovadas por um procedimento que, sozinho, as tornam efetivamente legais, afastando qualquer juízo moral ou não científico.

Outrossim, o Direito Positivo moldou a estrutura jurídica adotada pelo Brasil, definida como *Civil Law*, esta que traduz a estrita legalidade e aplicação das normas legisladas, positivadas e elencadas em um Código escrito, afastando a “humanidade” na execução da norma e subsunção ao caso concreto, opondo-se ao sistema da *Common Law*, que possibilita decisões fundamentadas em julgados pretéritos e casos similares.

Conquanto, com a extinção das fronteiras físicas intelectuais e de comunicação que é vivenciada atualmente, avulta-se a aproximação entre o Direito codicista e legalista, da expressão jurídica inglesa. E, no âmbito nacional, em que pese tenha havido manifestações pretéritas de uma aproximação de estruturas jurídicas, esta é realçada pela utilização de precedentes judiciais e do Direito jurisprudencial nos julgamentos prolatados pelo Poder Judiciário.

À vista do exposto, conclui-se que o Novo Código de Processo Civil, concretizado pela Lei nº 13.105 de 16 de março 2015 e explícito meio de concretização do Direito, é entendido como um marco histórico a introdução dos precedentes judiciais e de uma maior amplitude às decisões dentro do cenário do Direito Brasileiro, visando a busca da justiça com base na própria sociedade e em sua constante modificação e assim, reformulando o Direito Positivo com sua extrema frieza da legalidade.

REFERÊNCIAS

- ALMALEH, Carolina Hess. *O desenvolvimento histórico da Common Law e o papel dos Juizes na Inglaterra*. 12 ago. 2014. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/carolina_almaleh.pdf>. Acesso em: 05 maio 2017.
- BARBOZA, Estefania Maria de Queiroz. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:160184>>. Acesso em: 03 jun. 2017.
- BARROSO, Darlan; ARAÚJO JUNIOR, Marco Antônio (Coord.). *VadeMecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BOBBIO, Norberto; PUGLIESI, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos Eduardo Cossenza. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- BORGES, Wilson Hilário. *Decisão Social e Decisão Jurídica. Uma teoria crítico-historicista*. São Paulo: Germinal, 2000.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

DE ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. Coimbra, 1987.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERNANDES, Francis Ted. *O Sistema de Precedentes do Novo CPC, o Dever de Integridade e Coerência e o Livre Convencimento do Juiz*. Disponível em: <O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>. Acesso em: 08 jun. 2017.

GALIO, Morgana Henicka. *História e formação dos sistema Civil Law e Common Law: influência do Direito Romano e aproximação de sistemas*. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em: 06 set. 2016.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling – A Superação do Precedente no Direito Brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

JESUS, Priscilla Silva de. Teoria do Precedente Judicial e o Novo Código de Processo Civil. *Direito Unifacs*, n. 170, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3240>>. Acesso em: 17 set. 2016.

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v. 1, n. 6, dez. 2011.

LOVATO, Luiz Gustavo. *O Novo Modelo Processual Brasileiro, Common Law e a Teoria Dualista do Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU. Charles-Louis de Secondat. *O Espirito das Leis*. São Paulo: Martin Claret: 2010.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NADER, Paulo; REALE, Miguel. *Introdução ao estudo do direito*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NOGUEIRA, Claudia Albagli. *O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pesando um paradigma discursivo da decisão judicial*. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/ef/index.php/noticias/o-novo-codigo-de-processo-civil-e-o-sistema-de-precedentes-judiciais-pensando-um-paradigma-discursivo-da-decisao-judicial-2/>> Acesso em: 23 jun. 2017.

PORTO, Sergio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Método, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

TRIBUNAL DO JÚRI: SISTEMA DEMOCRÁTICO OU INQUISITORIAL

Thayssa Pogorzelski da Cunha¹
Sarajane Rodrigues Candeia²

Resumo: Com o desenvolvimento da sociedade, o aumento da criminalidade e a consequente necessidade da intervenção na regulamentação da vida social, foram desenvolvidos sistemas processuais penais para regulamentar a penalização por tais delitos, evitando assim a máxima da população “fazer justiça pelas próprias mãos”. Ocorre que, como diversos fatos, à época da criação dos sistemas processuais penais, a vontade do soberano prosperava, e para acompanhar tal fato, surgiu o sistema processual penal inquisitório, no qual a função de acusar, julgar e defender cabia a só uma pessoa, e geralmente, apresentava a vontade do soberano. Insatisfeito com o modelo de julgamento, o povo revoltou-se fazendo surgir o sistema acusatório e conjunto a isso, como maneira de efetivar a sua participação no meio judiciário, surgiu o Tribunal do Júri. Garantia da participação direta do povo no Estado Democrático de Direito essa instituição representa uma grande conquista à população, que conforme o decorrer da história sofreu grandes reprimendas e injustiças por parte do soberano. Contudo, mesmo sendo uma instituição que foi criada para representar a vontade do povo, não se pode, nem mesmo em tese, que para alcançar tal objetivo, sejam desrespeitados direitos fundamentais do acusado. Nessa senda, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, fica claro que ainda hoje, existem características inquisitoriais no Tribunal do Júri, que trazem a perda do caráter democrático, como por exemplo, a maneira procedimental da escolha dos jurados, a decisão de pronúncia e impronúncia e a desnecessidade de fundamentação da decisão. O Tribunal do Júri ainda é prova de uma grande conquista do povo, contudo necessita de algumas mudanças para que se torne essencialmente democrático.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Sistema democrático.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste do Estado de Santa Catarina.

² Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; Professora no Universidade do Oeste de Santa Catarina; sarajanerc@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que o Tribunal do Júri é uma das maneiras mais efetivas da participação do povo, naquilo que diz respeito à defesa dos interesses coletivos sociais no âmbito jurídico. Instituído no artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal, na sessão de direitos e direitos e garantias fundamentais, essa instituição tem como competência, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, assegurando ainda o direito de defesa plena, o sigilo das votações e a soberania dos vereditos.

Esta instituição que era para ser essencialmente democrática, conforme instituído constitucionalmente, pode, por vezes, perder tal característica, passando a aplicar o sistema inquisitório, ao invés do acusatório, o qual é aplicado no Processo Penal Brasileiro, posto que muitas vezes não sejam estatuídos ao acusado os direitos que lhe são inerentes. Mesmo assim, não se pode desconsiderar a importância que o Tribunal do Júri apresenta à sociedade, tendo em vista que essa instituição possibilita aos cidadãos, a oportunidade de “fazer justiça”.

Diante disso, o presente trabalho acadêmico tem como objetivo, mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial, fazer uma análise a respeito do instituto do Tribunal do Júri, seus procedimentos no decorrer da história brasileira e dos países que serviram como exemplo, averiguando a real possibilidade de chegar ao ideal procedimento para garantir que essa instituição se torne verdadeiramente democrática, cumprindo o objetivo ao qual lhe é instituído. Ainda, torna-se necessário entender a definição do sistema inquisitório e acusatório tendo em vista que o Tribunal do Júri atualmente adota o sistema acusatório porém, em determinadas situações, acaba adotando direta ou indiretamente, o sistema inquisitório.

Diante de toda a explanação, espera-se que ao final o leitor possa compreender a importância que o Tribunal do Júri representa, principalmente

no que diz respeito à participação da população, como meio de auxiliar na busca da justiça.

2 TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri nasceu se consolidando como um direito fundamental a estar presente num Estado Democrático de Direito, propiciando a participação popular na distribuição da justiça, como corolário do princípio da soberania popular, e tendo por objetivo, em seu caso específico, a promoção da justiça social. Não há pacificação quanto ao seu surgimento, mas acredita-se que se deu em momentos e circunstâncias históricas onde a luta pela democracia era objetivo geral da população (OLIVEIRA, 2008).

No Brasil, por mais que não se encontre na Constituição Federal de 1988 é a garantia da efetivação da democracia. Para compreender de onde nasce a origem democrática do Tribunal do Júri e a significativa conquista que essa instituição representa ao povo, faz-se necessário entender a evolução que o Tribunal do Júri teve no Brasil no decorrer da outorga ou promulgação das diversas constituições que fizeram parte da história do país, bem como necessário analisar as características democráticas presentes nos tribunais do júri mundo à fora.

2.1 O TRIBUNAL DO JÚRI NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A origem do Júri no Brasil, deu-se com o advento da Lei de 18 de julho de 1822, sob o domínio português e conseqüentemente, com grande influência inglesa. Naquele momento, era de competência do Tribunal do Júri, somente o julgamento de crimes de imprensa os quais seriam julgados por jurados eleitos. Outorgada a primeira Constituição Federal ainda no período em que o poder emanava diretamente do imperador, foi imposta por este, defendendo a minoria branca colocando os jurados como integrantes do

judiciário, dando-lhes competência para decidir sobre o fato, porquanto os juízes aplicavam a lei (RANGEL, 2013).

O Código de Processo Criminal de 1832, quando entrou em vigor instituiu o Júri com competência para julgamento da grande maioria dos crimes, ordenando no artigo 23 que os jurados fossem apenas os cidadãos que pudessem ser eleitores, mais uma vez caracterizando a luta entre classes, tendo em vista que seriam jurados, somente aqueles que possuíssem boa situação econômica, uma vez que a capacidade de voto era dada somente a quem auferisse renda superior a cem mil reis (STRECK, 2001).

O procedimento em que o Júri era submetido à época, era coordenado pelos artigos 248 a 253 do Código de Processo Criminal do Império onde a pretensão acusatória era analisada pelo grande júri, e se caso este respondesse positivamente, o réu seria submetido a julgamento pelo pequeno júri. O artigo 248 Código de Processo Criminal do Império tinha como objetivo separar em duas fases o Júri, sendo a primeira exercida pelo Grande Júri o qual ficava com a função de decidir sobre a procedência ou não da acusação, sendo então denominado de Júri de acusação enquanto o Pequeno Júri decidiria sobre a sentença (PACELLI, 2017).

Na época, conforme se extrai do Código Criminal do Império, dos artigos 270 e 289, após a decisão dos 23 jurados que compunham o Grande Júri, sobre a admissibilidade da denúncia ou queixa, os outros 12 jurados decidiam sob o mérito da denúncia. Para Rangel (2013, p. 599) vigorou nessa época, o período mais democrático do Tribunal do Júri.

O Ato Adicional de 1834, o qual alterou e modificou a Constituição de 1824, fez com que o Júri do Império sofresse alterações significativas. Os presidentes eram designados pelo governo central constituindo-se as Assembleias Provinciais, substituindo os Conselhos Gerais, as quais podiam nomear e demitir funcionários públicos e também legislar sobre o judiciário, sofrendo intervenção direta do soberano, uma vez que quem escolhia os presidentes era o governo central (RANGEL 2015).

A reforma processual penal objetivava em tese, conter a suposta violência, trazida pelas lutas entre classes. A Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841 suprimiu o Grande Júri, trazendo um retrocesso tamanho ao processo penal brasileiro, instituindo um sistema inquisitório punitivo, retirando do acusado o direito de ser julgado pelos seus pares. Com essa reforma, o poder de decidir sobre a procedência ou não da pretensão acusatória deixou de ser do Grande Júri, passando a ser realizada pelas autoridades policiais ou pelos juízes municipais, os quais eram nomeados pelo Imperador (OLIVEIRA, 2008).

Após isso, conforme determinado no artigo 29 da legislação mencionada as listas seriam enviadas ao Juiz de Direito, que conjuntamente ao promotor público e o presidente da câmara municipal, que analisariam a lista

excluindo todos aquellos individuos que notoriamente forem conceituados de faltos de bom senso, integridade, e bons costumes, os que estiverem pronunciados, e os que tiverem soffrido alguma condemnação passada em julgado por crime de homicidio, furto, roubo, banca-rotta, extellionato, falsidade ou moeda falsa. (BRASIL, 1841).

Os jurados eram escolhidos por pessoas de confiança do Imperador, o que mais uma vez gerava conseqüentemente um maior poder de controle nas mãos deste, caracterizando acertada a tentativa de destruir o caráter democrático que possuía o Júri (RANGEL, 2015).

Após o fim da Guerra do Paraguai, a lei n. 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto Lei n. 4.824 de 22 de novembro de 1871 trouxe uma nova reforma processual. Nessa reforma várias funções judiciárias sofreram alterações, inclusive, o Tribunal do Júri. O poder que era garantido aos chefes de polícia de julgamento dos crimes foi extinto, ocorrendo naquele momento a criação do inquérito policial (OLIVEIRA, 2008).

O artigo 332 do Código de Processo Criminal foi restabelecido e, conforme doutrina Rangel (2015, p. 73) as decisões passaram a ser tomadas por 2/3 dos votos, sendo necessário unanimidade somente nas questões atinentes

a pena de morte. Nesses casos, mesmo se não houvesse unanimidade dos votos, tendo a maioria decidido pela acusação, seria imposta a pena menor. Na dúvida, haveria a condenação.

Com o fim da Monarquia, e o resultante rompimento com o governo português, o Brasil procurou aproximar-se dos Estados Unidos para conseguir apoio e se tornar a nova potência sul-americana. O decreto-lei n. 848, de 11 de outubro de 1890 que regulamentou a instituição da república, não se esqueceu de fazer menção ao Tribunal do Júri que seria Federal, o qual conforme exarado nos artigos 41, 42, 71 e 91 era composto por doze juízes sorteados dentre trinta e seis cidadãos (BRASIL, 1890).

A sessão seria presidida pelo juiz federal e as decisões seriam tomadas pela maioria dos votos, e o empate seria considerado em favor do réu. Quanto às decisões essas seriam tomadas a portas fechadas, onde os jurados a sós conferenciariam sobre as questões propostas, e o que decidido pela maioria dos votos, seria escrito e publicado (BRASIL, 1890).

Após aproximadamente três anos, foi promulgada a segunda Carta Magna, em 16 de julho de 1934, a qual permitiu no artigo 11, parágrafo 2º, que enquanto não fosse criado o Código de Processo Penal da Federação continuariam em vigor, o Código dos Estados e conforme explica Oliveira (2008, p. 73) o rito do Tribunal do Júri passou a variar nas diversas regiões país, chegando a ser suprimido no Rio Grande do Sul.

A partir de 1920 houve uma crescente aplicação de ideias autoritárias e totalitaristas. Incentivado por isso e diante das crises econômicas e políticas que vinha sofrendo o país, Getúlio Vargas aproveitou-se disso, para mediante golpe aplicar a ditadura brasileira. Iniciado o golpe em 10 de novembro de 1937, outorgada a Constituição de 1937, o Júri nem sequer foi mencionado, passando então, no que concerne ao procedimento, deixar de ser soberano, podendo o tribunal de apelação aplicar a pena justa ou absolver o réu (NUCCI, 2015).

Nos regimes ditatoriais, o Tribunal do Júri perdeu grande parte de seu prestígio dentro da organização estatal. Nesse período, durante a vigência

da Carta Magna de 1937 até a promulgação do Decreto Lei de n. 167, tendo em vista que foi suprimida a soberania, podia-se considerar extinto o Júri, pois Júri sem soberania, não era Júri (OLIVEIRA, 2008).

Com o advento do Decreto-Lei n. 167 de 5 de janeiro de 1938, quanto ao rito do Tribunal do Júri este dispunha que os jurados seriam 21, escolhidos conforme referido no artigo 7º, dentre os cidadãos que “por suas condições, ofereçam garantias de firmeza, probidade e inteligência no desempenho da função.” (BRASIL, 1938).

Quanto às decisões, estas seriam proferidas a porta fechada e mediante a presidência do juiz, julgando os crimes de homicídio, o atentado contra a vida de uma pessoa por envenenamento, o infanticídio, o suicídio, a morte ou lesão corporal seguida de morte por duelo, o latrocínio e a tentativa de roubo, os quais votariam nos quesitos que lhe fossem propostos, sendo observada a incomunicabilidade dos jurados (BRASIL, 1938).

Essas decisões seriam tomadas pela maioria dos votos e somente caberia apelação quando ficasse comprovada nulidade posterior à pronúncia ou por injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário, em consonância ao que estipulava artigo 92 do Decreto-Lei n. 167/38 (BRASIL, 1938).

Com a queda dos poderes ditatoriais mundo a fora, Vargas começou a perder seu poder. A deposição de Vargas e a eleição de Gal. Eurico Gaspar Dutra, fez com que surgisse uma nova Constituição em 1946, a qual prometia além de uma nova roupagem política, uma redemocratização (OLIVEIRA, 2008).

Na voz de Rangel (2013. p. 613) “Coincidência não existe. Instalado o período democrático no país, o Júri volta a ser tratado com dignidade.” Retornando o número ímpar de jurados e a soberanias dos vereditos, demonstravam que o Estado não objetivava acima de tudo a punição, mas sim tentava devolver o caráter democrático ao Estado, bem como a direito ao réu à plenitude da defesa. Ainda, as decisões somente poderiam ser revistas pelo Tribunal do Júri.

Após a ditadura, a dificuldade no país em se recuperar ficou evidente, tanto que o novo período democrático durou apenas dezoito anos e os diversos presidentes que governaram o país, não obtiveram êxito em recuperar o país. Em 1964 quando os militares tomaram o poder e diante da outorga da Constituição de 1967, o Tribunal do Júri foi mantido com a soberania do veredicto, contudo, a competência foi alterada para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1967).

A reforma constitucional trazida pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, acarretou mudanças ao rito Tribunal do Júri, tendo excluído a soberania dos veredictos. Diversas foram as legislações que em época de ditadura, visavam achar meios para não punir os crimes praticados pelos integrantes do próprio regime e com a emenda n. 1/69, não foi diferente (BRASIL, 1969).

A Lei n. 5.941 que foi promulgada em 22 de novembro de 1973 instituiu a possibilidade de caso o réu fosse primário e de bons antecedentes poderia, depois de pronunciado, aguardar o julgamento em liberdade. Mais uma vez aqui ficou demonstrado a intenção de não punir os crimes praticados por integrantes da ditadura. Ainda, a lei reformou o tempo de debates em plenário que foi reduzido para duas horas, mantendo o tempo de réplica e tréplica de meia hora (OLIVEIRA, 2008).

Passados cerca de 15 anos, e com a queda da ditadura e a promulgação da Constituição de 1988, no que diz respeito ao Tribunal do Júri, vigora o disposto no artigo 5º, inciso XXXVII da Carta Magna, encontrando-se na sessão de direitos individuais, que reconhece a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurando a plenitude de defesa, o sigilo das votações a soberania dos veredictos, tendo competência mínima para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Quanto ao rito dessa instituição, entende Pacelli (2017, p. 717) que hoje a composição e a competência do Tribunal do Júri são inteiramente diferentes daquilo que foi instituído pelas outras Constituições que vigoraram no país. No julgamento, o tribunal é composto pelo Juiz-presidente e pelo Conselho de

Sentença, que é integrado por sete jurados leigos, escolhidos dentre pessoas do povo, por meio de procedimento regulamentado por lei própria.

É considerado um órgão do poder judiciário por grande parte da doutrina, mesmo não estando taxativamente expresso no artigo 92 da Constituição Federal de 1988, sendo tido como parte integrante do Poder da República. A respeito disso leciona Nucci (2015, p. 45) que “essa instituição assegura a participação popular direta nas decisões de caráter jurisdicional. Dotada de apelo cívico, demonstra a importância da cidadania e da democracia na vida em sociedade.”

2.3 CARACTERÍSTICAS DEMOCRÁTICAS NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI MUNDO AFORA

Considerado por grande parte dos doutrinadores o berço do Tribunal do Júri, na Inglaterra, esta instituição possui como competência para julgamento de apenas 5% (cinco por cento) dos casos criminais, julgando somente os crimes de estupro e de homicídio, ou aqueles considerados graves, cabendo ao juiz togado decidir se remete ou não ao julgamento pelo Conselho de Sentença. Hoje são escolhidos 12 jurados, não sendo necessário que a decisão se apresente de forma unânime, bastando que esta se dê por maioria simples de 10-2 ou 11-1 (RANGEL, 2015).

A decisão sobre o aceite da votação do Conselho de Sentença caberá ao juiz togado, o que poderá acontecer depois de mais de duas horas de deliberações a respeito do respectivo caso. Se o Conselho não chegar a uma decisão por unanimidade ou por maioria nos moldes aludidos, o juiz designará novo júri, e caso este também não chegue à decisão conforme supracitado, a acusação não será aprovada. Quanto aos recursos, estes são cabíveis, porém são de difícil aceitação, tendo em vista que as decisões são imotivadas, ficando difícil caracterizar as nulidades necessárias para tanto (STRECK, 2001).

A comunicabilidade dos jurados é plena, o que conforme leciona Rangel (2015, p. 45) torna a decisão extremamente democrática tendo em vista que os jurados fazem a promessa solene de dar um veredito de acordo com as provas apresentadas, o que evita o abuso ou arbítrio do poder e aquelas decisões por mero capricho.

Já nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre no Brasil e na Inglaterra, também é competência de julgamento do Tribunal do Júri, além dos crimes dolosos contra a vida, algumas causas cíveis, além das penais. Naquele país, os juízes togados dirigem os debates, a fim de garantir os direitos constitucionais, tendo em vista que o que rege o processo penal nos EUA é o princípio acusatório puro, cabendo ao Ministério Público, trazer ao processo as provas da existência de justa causa (materialidade+autoria) contra o acusado (RANGEL, 2015).

A competência para julgamento está estabelecida no artigo 3º da Constituição Dos Estados Unidos que está em vigor, a qual ordena que os julgamentos de crime de responsabilidade sejam realizados no Estado onde se ocorreu ou, não ocorrendo em nenhum Estado, o Congresso deliberará sobre qual local terá competência para o julgamento. Com o advento de Ementa Constitucional, foi inserida a competência do julgamento em todos os processos criminais, por um Júri imparcial do local onde o crime foi cometido. O juízo de admissibilidade, ocorre pelo Grande Júri enquanto o Pequeno Júri (*Petity Jury*), ao qual cabe julgar se o réu é inocente ou culpado, bem como fazer a recomendação da pena a ser aplicada ao réu (STRECK, 2001).

Em solo Americano, ser jurado é função de honra, sendo direito de todo e qualquer cidadão que preencha os requisitos legais. O que regulamenta o Tribunal do Júri é a Constituição, estando o Processo Penal submetido a ela, havendo, conforme explica Rangel (2015, p. 46), “limite à vontade normativa ordinária, que se ultrapassada, será inconstitucional.”

Berço dos direitos humanos, na França, o Tribunal do Júri representa uma grande conquista o povo Francês. A escolha dos jurados era realizada

após um longo processo seletivo, firmando como um *Cour d'Assises* com formação do escabinato, sendo composto de 12 membros, nove formados por jurados escolhidos dentre o povo e mais três juízes togados, funcionando um como presidente e os outros dois como assessores (STRECK, 2001).

Disciplinado dentre os artigos 231 a 380, do Código de Processo Penal Francês, o Tribunal do Júri atualmente continua nos moldes supracitados, com a formação da *Courd' Assises*. Lá, diferentemente do que ocorre no Brasil, é função do escabinato decidir sobre tudo. Utilizam-se quesitos para definir o fato principal imputado, bem como as circunstâncias agravantes, causa legal de diminuição de pena e questões subsidiárias, que quesitadas separadamente para cada fato (RANGEL, 2015).

O Júri na Espanha, assim como no Brasil, é instituído na Constituição do País, contudo lá é disciplinado por lei específica, a Lei Ordinária 5/95 Del Tribunal del Jurado. Os jurados, em número de nove, são escolhidos em cada província na última quinzena do mês de setembro, podendo ser alistado somente aqueles que podem ser eleitores, o que segundo Rangel (2015, p. 51) “faz com que o tribunal perca um pouco do caráter democrático uma vez que por questões socioeconômicas, para alguns cidadãos não é possibilitado o direito de votação.”

A doutrina possui como entendimento que o Tribunal do Júri na Espanha é um meio de garantir ao sistema liberdade pública, pois o artigo 117 da Constituição, institui que o poder emana do povo e concomitante ele o artigo 125 da Carta Magna ordena que o povo pode participar da administração da justiça, traduzindo-se então como meio de acesso dos cidadãos a participação da administração da justiça (NUCCI, 2015).

O Conselho de Sentença é composto por nove jurados leigos e um Juiz-presidente que faz parte da Audiência Provincial. Para a escolha dos jurados, o procedimento traz uma novidade até agora não vista em nenhum dos países supracitados. Estes podem ser entrevistados pelas partes e ser submetido a estudos de perfil social, de modo a garantir que nenhuma

influência externa, seja ela por política, religião, cor, preconceito, etc., possa apresentar-se durante o julgamento, tornando-o injusto (RANGEL, 2015).

Outra novidade que se apresenta no Tribunal do Júri Espanhol ante os demais países é que pela legislação Espanhola, os jurados serão remunerados em razão da função exercida. O Conselho de Sentença pode ser diluído, caso o Ministério Público retire a pretensão acusatória, tendo como consequência a prolação de sentença absolutória, uma vez que é garantido ao órgão a independência funcional, imparcialidade e objetividade (RANGEL, 2015).

3 O TRIBUNAL DO JÚRI E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes do processo penal, as sanções eram regidas pelas próprias pessoas, as quais por si próprias se vingavam e reagiam as atividades delituosas como bem entendessem. Consolidada a fase em que a vingança e a punição emanavam de cada um, de acordo com a sua vontade, o Estado passou a agir criando as normas e regulamentos a fim de punir respectivamente aqueles que não agiam em conformidade com aquelas (CAPEZ, 2014).

A partir desse momento, o Estado começa a intervir no meio social, nascendo assim o poder público. No decorrer da história, os institutos de caráter privado perderam força, crescendo os institutos públicos, os quais organizaram os processos em três sistemas típicos: Acusatório, inquisitório e misto (SOUZA NETTO, 2014).

Antes de compreendermos o que significa especificadamente cada tipo de sistema, faz-se necessário compreender do que se trata o sistema processual penal. Doutrina Rangel (2015, p.46) “[...] sistema processual penal é o conjunto e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”

Visto isso entende o doutrinador que para que os princípios sejam aplicados e para que o Estado possa se valer da ordem normativa penal faz-se necessário que seja aplicado algum dos sistemas processuais penais, que explanaremos a seguir (RANGEL, 2015).

3.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO

Surgido na época em que o regime monárquico vigorado e largamente aperfeiçoado na época do direito canônico, esse sistema se fez presente em quase todas as legislações Europeias a partir de 1215 quando surgiu o inquisitório religioso. Com o declínio do império e a ascensão da Igreja como parte principal no controle do poder, o inquisitório religioso após certo período de tempo transformou-se no inquisitório laico, passando o Juiz a ser o centro do poder. A aplicação desse sistema se deu diante da necessidade de Estado em retirar o direito dos particulares em reprimir a prática dos delitos, para que então essa função passasse a ele, de maneira que a proteção social não ficasse na mão dos particulares (OLIVEIRA, 2015).

Quanto a separação de poderes, de perseguir, acusar e julgar, no sistema inquisitório não há, pois, as três funções são realizadas por uma mesma pessoa, sendo essa a principal característica do sistema inquisitorial. No Sistema Inquisitório cabe a um só o poder de julgar e acusar, sendo função do juiz iniciar a ação penal e decidir sobre ela proferindo a sentença, fazendo com que o direito de defesa do acusado nem sempre fosse respeitado, em razão de que o julgador era o próprio acusador (LENZA, 2015).

Em razão disso nesse sistema não há a separação de funções, no qual o juiz ao tempo em que acusa, não forma suas convicções pelas provas trazidas pelas partes ao processo e sim tenta convencê-las daquilo que intimamente já emitiu juízo de valor ao iniciar a ação penal. Concomitante a isso, o sistema é considerado primitivo em razão de privar o acusado do contraditório,

prejudicando a possibilidade de defesa, fazendo com que inexista liberdade de acusação (BONFIM, 2012).

Nesse ponto, percebesse que o princípio do contraditório não se faz presente nesse sistema, não havendo igualdade entre as partes, visto que o contraditório não se faz presente somente no momento de contradizer os fatos narrados, mas sim no momento em que se fornece igual oportunidade de tratamento às partes (GRECO FILHO, 2001).

Além disso, pelo fato do monarca (detentor do poder) delegar os funcionários subordinados, a jurisdição fica hierarquizada, concentrando o poder na mão deste, razão pela qual o acusado é tratado como mero objeto, não como um sujeito detentor de direitos. Mais ainda, a investigação é feita de forma secreta e as provas atendem a critérios específicos que podem atrapalhar na formação de convicção e após a decisão, a possibilidade recursal é analisada pelo monarca, cabendo a ele também o julgamento do recurso (DEZEN, 2016).

Esse sistema já chegou a ser aplicado no Brasil, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, na apuração das Contravenções Penais, mediante a aplicação do processo judicialiforme, procedimento este que foi excluído pela Carta Magna que pelo advento do artigo 129, inciso I que conferiu ao Ministério Público, única e exclusivamente o direito de acusar, no caso da ação pública, sistema esse que por vezes não respeitava o direito do acusado, uma vez que quem acusava, era o mesmo que julgava (LENZA, 2015).

Atualmente no Brasil, existem alguns procedimentos concernentes ao Processo Penal que apresentam a presença de características inquisitoriais, como por exemplo na fase pré-processual durante o Inquérito Policial. Além disso, no tocante à produção de provas determinada de ofício pelo Juiz, conforme exarado no artigo 156 do Código de Processo Penal, há a presença de característica inquisitorial porquanto tal fato pode influir na imparcialidade do julgamento, cumulando numa mesma função, o poder de acusar julgar, fato que em nada é compatível com o Estado Democrático de Direito (LIMA, 2016).

Não bastasse o rol de características citadas que ferem o sistema acusatório, Lima (2015) cita diversos procedimentos realizados durante o curso do processo penal e até mesmo antes da instauração deste que possuem características inquisitoriais. O testemunho que se limita a ratificar as declarações prestadas na fase pré-processual, a imprescindibilidade de suspeição do das autoridades e a possibilidade de decretação de busca e apreensão são mais alguns exemplos da presença do sistema inquisitorial no processo penal brasileiro.

Por esse motivo é que diz que o sistema aplicado no Brasil, não é o sistema acusatório puramente simples, pois mesmo havendo a nítida função em acusar e julgar há momentos em que o juiz pode determinar a produção de provas suplementar, tanto na fase pré-processual (Art. 156, I, CPP) quando na fase processual (Art. 156, II, CPP) (LENZA, 2015).

3.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Diferentemente do sistema supramencionado, nesse sistema há a separação dos poderes, ficando a cargo de pessoas diferentes o poder de acusar, defender e julgar, estando ambas as partes em igualdade de condições, sendo a acusação e a defesa, submetidas ao julgamento por um juiz imparcial. Por se aplicar o princípio da Presunção da Inocência, a regra que predomina é de que o acusado ficasse solto e quanto à produção de provas nesse sistema, estas não poderiam ser determinada pelo juiz *ex officio*, para que o conteúdo probatório não influenciasse na sua decisão, devendo ser produzidas pelas partes (LIMA, 2016).

Tido como um grande avanço no sistema processual, a implantação desse sistema foi o meio de garantir que o julgamento se tornasse justo, garantindo a imparcialidade do julgador, uma vez que quem acusava não era mais o mesmo que julgava. Por tal motivo, atualmente, esse sistema é o mais utilizado no processo penal moderno (DEZEN, 2016).

Ainda, algumas características inerentes a esse sistema, além das aludidas anteriormente, são trazidas por Lopes Junior (2016) como o fato das partes possuírem tratamento igualitário, sendo o procedimento plenamente público (na grande maioria), no qual há garantia do contraditório e da ampla defesa. Em relação às decisões, essas se dão pelo livre convencimento do juiz e devem ser motivadas, podendo ser impugnadas e submetidas ao duplo grau de jurisdição (LIMA, 2016).

Outra característica que tem condão de definir se o sistema aplicado é ou não o acusatório, conforme supramencionado, é referente a produção de provas. Nesse sistema, as partes, acusação e defesa, ficam responsáveis pela produção, para garantir que o magistrado mantenha sua imparcialidade. Mesmo que o juiz possua poderes instrutórios, esses devem ser utilizados excepcionalmente, somente para garantir a manutenção o dos direitos e liberdades individuais (LIMA, 2016).

O sistema atualmente em vigor no Brasil é o sistema acusatório, contudo há dificuldade em aplicá-lo pelo fato do Código de Processo Penal possuir diversas características inquisitoriais. Diversas mudanças foram feitas por legislações para tentar adaptar o Código a tal modelo, como por exemplo, a Lei n. 11.709/08, que trouxe mudanças na fase de inquirição de testemunhas, a qual deixou a cargo do magistrado, somente esclarecer os depoimentos (PACELLI, 2017).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe no artigo 129, inciso I que é atribuição do Ministério Público proceder a acusação os doutrinadores que defendem que o sistema acusatório é o sistema processual penal aplicado no Brasil, alegam que é ali que se encontra a nítida separação dos poderes, dando a titularidade da ação penal a órgão diverso daquele que procede ao julgamento (LIMA, 2016).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5104, entendendo que o sistema aplicado no processo penal brasileiro é inequivocamente acusatório. Acompanhando

o posicionamento do STF, Dezen (p. 19, 2016) acredita que o processo penal brasileiro utiliza-se do sistema acusatório, assim como traz em sua obra que os doutrinadores: “Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr e Geraldo Prado” também entendem que o sistema processual trazido pela Carta Magna é o sistema acusatório.

3.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – ADOTADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro, traz em seu preâmbulo que a partir de então, o Brasil é um Estado democrático de Direito. Importante trazer ao conhecimento o significado de democracia. Em concordância com Lincoln, Alexandrino ressalta que democracia é o governo exercido pelo povo, objetivando mediante o exercício do poder, seja ele de maneira direta ou indireta, alcançar as garantias fundamentais para subsistência. Para que isso ocorra, nesse tipo de governo é necessária a presença de três princípios essenciais: da Liberdade, Igualdade e da Maioria (ALEXANDRINO, 2015).

Assim, iniciou-se no Brasil, a aplicação do regime do Estado Democrático de Direito, que conforme doutrina Oliveira (p. 29, 2008) é bem maior que um Estado de Direito, no qual se sobressai somente a lei. No Estado Democrático de Direito, para ser criada a lei levam-se em conta os postulados democráticos, predominando o princípio da soberania popular. Nesse regime, além de ser direito participar na vida política do Estado, são assegurados aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência material, porquanto mesmo havendo a intervenção do Estado, esta é realizada no meio social a fim de garantir que não haja tanta diferença entre as classes (OLIVEIRA, 2008).

A consagração de Estado Democrático de Direito no Brasil, está no caput do artigo 1º da Carta Magna e se dá pelo fato de haver a limitação dos

poderem e a instituição de garantias e direitos fundamentais, desenvolvidos mediante a soberania popular. O meio em que a titularidade e o exercício do povo são exercidos ocorre de duas maneiras diferentes, porquanto o primeiro é exercido diretamente pelo povo, o segundo se dá por meio dos representantes que o povo escolhe, ao formar o poder legislativo (LENZA, 2015).

Aqui no Brasil, conforme trazido pelos artigos 1º cumulado com o artigo 14 da Constituição Federal de 1988, ocorre dois tipos de intervenção do povo, de maneira direta, como por exemplo, na participação de plebiscitos, mediante participação do Tribunal do Júri, etc., e de maneira indireta, quando o povo é representado pelos governantes (DUTRA, 2016).

Tal participação tem como consequência o equilíbrio de forças e a igualdade de poderes e esse equilíbrio é alcançado mediante distribuição igual de poderes, evitando que qualquer grupo domine os demais, preservando assim a ordem jurídica constitucional (ALEXANDRINO, 2015).

No tocante ao Tribunal do Júri, pode-se afirmar que é a maneira mais efetiva da participação direta do povo na manifestação de sua vontade, no meio do Poder Judiciário. É o meio de julgamento em que os valores democráticos do povo são externados, no qual o cidadão exterioriza por meio do voto, o que entende por justiça em cada caso concreto, não estando vinculado às normas jurídicas já existentes. Para Nuccio Tribunal do Júri estando elencando na sessão de direitos individuais, reflete o direito da participação do povo no meio judiciário (NUCCI, 2015).

3.4 MUDANÇA NO TRIBUNAL DO JÚRI PARA A AQUISIÇÃO DO CARÁTER VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICO

Conforme tratado anteriormente o Brasil é um Estado Democrático de Direito o que faz com que todo o poder emane do povo, sendo ele exercido de maneira direta, como por exemplo, na participação do Conselho de Sentença, ou indiretamente, na escolha dos seus representantes. Conforme

pacificado pelo Supremo Tribunal Federal e defendido pela maioria da doutrina, o sistema aplicado no país é o sistema acusatório, no qual os três poderes, de julgar, acusar e defender são realizados por pessoas distintas.

Contudo, já foram citados exemplos que demonstram que o processo penal brasileiro possui algumas características inquisitoriais as quais também se aplicam ao Tribunal do Júri, e que podem trazer a perda do caráter democrático dessa instituição, pois, conforme leciona Pacelli (2017, p. 239) “E o Tribunal do Júri, no que tem, então, de democrático, tem também, ou melhor, pode ter também, de arbitrário.”

A partir de então, existem mudanças que podem ser sugeridas ao rito que o processo penal brasileiro e o Tribunal do júri podem ser submetidos, para que adquiram um caráter verdadeiramente democrático e sem a presença inquisitorial, que serão tratadas a seguir.

O rito do Tribunal do Júri é definido por legislação infraconstitucional e atualmente encontra-se nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal. Analisando os artigos elencados, visualiza-se que a primeira fase do Tribunal do Júri, segue em suma, o rito do procedimento sumário e encerrando a fase de investigação, o artigo 414 permite que caso o juiz não se convença da existência do fato ou de indícios mínimos de autoria, pode este impronunciar o acusado (BRASIL, 1941).

A decisão de impronuncia nada significa, tendo em vista que o réu não é condenado nem absolvido e o pior de tudo é que nem submetido a júri é. Trata-se de uma decisão inconstitucional que desrespeita o princípio da presunção da inocência, quando não há indícios suficientes de autoria, caso este em que o réu deve ser absolvido (RANGEL, 2015).

Apoiando o supracitado, Pacelli (2017) leciona que por essa decisão se dar somente após o esgotamento da instrução probatória realizada presentes o contraditório e a ampla defesa a decisão de impronuncia é de um artificialismo injustificado, porquanto ou cabe pronunciar o acusado, ou cabe absolver.

Esse tipo de decisão é incompatível com o processo penal brasileiro, pois aqui o que prospera é o Estado Democrático de Direito e a decisão de impronúncia trata-se de uma sentença provisória que não condena nem absolve o réu, deixando este no “banco de reservas”. Nesses casos, não havendo a presença fundada de justa causa, o que é medida de justiça é a absolvição e havendo indícios mínimos de autoria e provas sobre a existência do fato cabe ao juiz pronunciar, para que seja submetido ao julgamento pelo órgão competente, *in casu*, pelo Tribunal do Júri (NUCCI, 2015).

Depois de realizada a pronúncia inicia-se então, a segunda fase do Tribunal do Júri. Realizada as diligências necessárias, passa a se formar o Conselho de Sentença, onde são sorteados 25 jurados dentre os alistados, sendo que somente sete constituirão o Conselho em cada sessão de julgamento (BRASIL, 1941).

O ideal seria que os jurados alistados fossem aqueles que o Juiz-presidente tivesse conhecimento sobre a adequação às exigências trazidas no Código de Processo Penal. Contudo, com o crescimento da população, tornou-se praticamente impossível que o Juiz-presidente conheça ou tenha informações sobre todos residentes na comarca e por tal motivo, a reforma de 2008 trouxe, no § 2º do artigo 425 do CPP a possibilidade de requisitar a indicação de pessoas a órgãos públicos e núcleos comunitários (NUCCI, 2015).

Mais um dos motivos que trazem a perda do caráter democrático dessa instituição é que incorretamente, os jurados alistados representam determinados segmentos da sociedade, principalmente no que diz respeito à desocupação profissional, porquanto são alistados na grande maioria das vezes, estudantes, donas de casa, aposentados, ou seja, aqueles que podem passar um dia inteiro numa sessão de julgamento. É estabelecida a ideia de que a função de jurado fica reservada a quem não tenha atividade mais importante a realizar (LOPES JUNIOR, 2016).

Outro ponto que decrítica é que os jurados leigos são facilmente influenciáveis, tanto politicamente, quanto economicamente e principalmente

pelas informações repassadas pela mídia. Somado a isso, a falta de conhecimento sobre o processo e de processo, o caráter não profissional (não sendo dadas as garantias que são fornecidas ao magistrado) e o despreparo psicológico são falhas que comprometem essa instituição e trazem descomprometimento do jurado leigo ao ato de julgar (LOPES JUNIOR, 2016).

Além disso leciona o doutrinador que a participação do povo, escolhidos aleatoriamente, nada tem de democrático, pois a simples participação no julgamento dos pares não significa representatividade. A democracia garantida constitucionalmente não é aferida diante da participação de jurados leigos eleitos dentre o povo, mas sim quando aumenta a participação deste no processo penal, mediante a potencialização do contraditório e da ampla defesa, somados à garantia de ser julgado por um juiz natural e imparcial, que possui conhecimento para aplicar os preceitos constitucionais (LOPES JUNIOR, 2016).

Apoiando o supracitado, Oliveira (2008) assevera que a imprensa tem importante papel na solidificação da democracia, tendo em vista que é grande influenciadora do povo, contudo, tal papel não pode ferir demais direitos garantidos constitucionalmente. Salienta também, que o poder judiciário e a mídia sempre tiveram uma relação conturbada e, com o Júri Popular, também não é diferente.

Para garantir a aplicação do princípio da presunção da inocência ao acusado, é necessário que o direito de imagem e informação seja utilizado de maneira moderada, sendo garantido o contraditório também nesse tocante. Por tal motivo, esse princípio deve ser utilizado para repelir a exploração abusiva da mídia, impedindo que seja montado um espetáculo em torno do fato criminoso (LOPES JUNIOR, 2016).

Nesse passo, fica claro que cabe à mídia informar, contudo sem condenar ou absolver o acusado, pois a este são garantidos princípios constitucionais os quais devem ser respeitados para que não seja exercida

pressão externa aos jurados, e assim sejam isentos, analisando a causa com imparcialidade e proferindo o voto nos ditames da justiça (OLIVEIRA, 2008).

Tal fato preocupou tanto o legislador que com o advento da reforma de 2008, foi inserido no artigo 449, inciso III, que não podem servir como jurados, aqueles que tiverem manifestado prévia disposição em condenar ou absolver o acusado, cabendo no caso em questão, ao jurado se manifestar como impedido (BRASIL, 1941).

Para Rangel (2015) a regra é de complicada descoberta, uma vez que tal feito só se dará se o jurado se manifestar nesse sentido. Para o autor, esse jurado é aquele que sabendo que o caso julgado será aquele comentado na imprensa, ou conhecido na cidade já proferiu a terceiros a sua intenção de voto.

Para que isso ocorra, doutrina Nuccique (2015, p. 177) “tornar-se-ia indispensável ser a sociedade brasileira melhor estruturada e preparada, ao menos no campo educacional.” Não há como o Juiz-presidente adivinhar se o jurado manifestou sua intenção de voto, essa função de arguir o impedimento, cabe ao jurado sorteado auxiliando assim, no julgamento justo dentro dos ditames democráticos.

Assim, sabe-se que conforme estatui o artigo 472 os jurados prometem julgar a causa com imparcialidade de acordo com a própria consciência e os ditames da justiça. A respeito disso, instrui Pereira e Silva (2008) que uma das maiores críticas a essa instituição diz respeito à desnecessidade de observar o ordenamento jurídico. Justifica tal afirmativa, pois o jurado leigo não tem o conhecimento e a vasta experiência que um juiz togado tem. Para o doutrinador, o julgamento não pode desrespeitar totalmente o ordenamento jurídico, devendo os jurados pelo menos fundamentar sua decisão nos argumentos apresentados pela acusação e pela defesa.

Na verdade, o que pode influir no caráter democrático do Tribunal do Júri é a desnecessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, que firmar seu convencimento naquilo em que

acredita ser a verdade. Tal fato pode trazer aos julgamentos riscos em grandes proporções, uma vez que diversos fatores externos podem influir nas decisões do Conselho de Sentença (PACELLI, 2017).

Há que se ponderar que o juiz decidir sem fundamentação faz com que não se possa verificar racionalidade da decisão judicial. Não que o jurado tenha que escrever diversas laudas sobre o porquê de ter manifestado tal voto, mas sim, explicar quais foram os fatos que o levaram a concluir, da existência ou não de justa causa, feito fundamental para existir legitimidade em atuar como julgador. Decidir sem fundamentar, para o doutrinador, é ato totalmente arbitrário (LOPES JUNIORS, 2016).

Ocorre que, para Lopes Junior (2016) a “intima convicção” traz um retrocesso enorme ao processo penal, uma vez que a sentença pode ter sido dada por mero preconceito. Ainda, a desnecessidade de fundamentação atrapalha o grau recursal, tendo em vista que não há como saber se a decisão foi contrária a prova dos autos, pois não se sabe quais foram os motivos que ensejaram a condenação ou absolvição. Para o autor, a fundamentação poderia ocorrer de maneira simples, por meio de relatório a ser preenchido de forma manuscrita pelos jurados ao final dos debates, explicando o porquê de tal decisão.

Por fim doutrina Dezen (2015) que pelo Tribunal Do Júri ser considerado um órgão do poder judiciário a ele também é aplicável o princípio constitucional da motivação das decisões, devendo por tanto, a decisão que emana do povo, ser fundamentada, tendo em vista que é de direito da sociedade e do réu saber quais foram os fatos que ensejaram a condenação ou a absolvição do acusado.

O Tribunal do Júri sempre foi e sempre será alvo de grande polêmica e de divergência doutrinária. Sabendo-se que o país é um Estado Democrático de Direito e que o que rege processo penal brasileiro é o sistema acusatório, somados ao fato de que o Tribunal do Júri é instituído constitucionalmente, não podendo ser revogado ou suprimido, o que resta então é que sejam

efetuadas as mudanças necessárias para afastar a presença de características inquisitoriais e assim alcançar a tão almejada pura democracia.

5 CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri teve sua origem num período em que o que prosperava era a vontade do soberano, no qual o povo estava adstrito as regras que aquele criava, momento em que a única vontade que era respeitada era daquele que estava no poder. O intuito o qual essa instituição foi criada foi para que o povo pudesse ter sua representatividade no meio judiciário e participar efetivamente na busca pela justiça.

O que deve se frisar aqui, é que a decisão do Conselho de Sentença não está vinculada de maneira nenhuma a legislação existente, mas sim pela livre consciência do jurado, que deve manifestar sua decisão tendo por base aquilo que acha justo. Esclarecido esse ponto, outro aspecto que deve ficar claro também, é que não é porque o Tribunal do Júri não está adstrito à legislação penal existe, que pode desprezar princípios constitucionais inerentes ao acusado, muito menos devem os jurados analisar a causa valendo-se de preconceitos e pré-julgamentos, trazendo a essa instituição ditames inquisitoriais.

Acertadamente o Código de Processo Penal ordena que os jurados devem proferir sua decisão analisando a causa com imparcialidade, de acordo com a sua consciência e com os ditames da justiça. Mais ainda, institui o Código de Processo Penal que os jurados devem estes se manifestar como impedidos, quando previamente tiverem demonstrado a intenção de votos, sem nem sequer garantir ao acusado o contraditório e a ampla defesa.

Até esse momento, o legislador acertadamente instituiu o rito que o Tribunal do Júri deve seguir, no entanto o legislador pecou na maneira de como proceder a escolha dos jurados. Lembramo-nos aqui, que o Código de Processo Penal foi criado em 1941 e que à época, era possível que a lista anual

fosse de pessoas que o Juiz-presidente conhecidamente fosse integras. Para além disso, hoje ser jurado, não é mais questão de honra, e sim um simples papel necessário a cumprir-se para que não seja decretado a pena de multa. Outro ponto nesse tocante, é que o julgamento nem sempre é realizado “pelos pares”, uma vez que a dissonância entre as classes sociais no Brasil é muito grande, e na grande maioria das vezes, os crimes dolosos contra a vida são praticados por pessoas de classe baixa e quem faz parte do Conselho de Sentença geralmente pertence às classes mais altas.

Nessa questão, é que o Tribunal do Júri Americano deve servir de exemplo para o Júri Brasileiro, pois nos Estados Unidos, ser jurado é função de honra. Outro país que também serve de exemplo para o Brasil quanto à escolha de jurados é Espanha, pois lá, além da função de jurado ser remunerada, estes podem ser entrevistados pelas partes, sendo até mesmo realizado estudo de perfil social para garantir que os jurados não sofram influência externa na sua formação de opinião.

Talvez aqui, estariam citados exemplos que se seguidos poderiam trazer a perda do caráter inquisitorial no tocante aos jurados em si, pois se aplicadas, não deixariam cumulados a função de julgar inerente ao jurado e acusar, mediante própria “pré-produção de provas” inconsciente pelo próprio jurado, munido de pré-julgamento preconceituoso.

Ainda, no tocante a decisão dos jurados, outro fato que influi em grande monta na presença da característica inquisitorial no Tribunal do Júri é a desnecessidade de fundamentação, uma vez que é nesse momento que jurado demonstraria que a sua decisão não está baseada em preconceitos. Para além disso, é mediante a fundamentação, que pode ser realizada da maneira mais simples que seja, que o jurado demonstra que compreendeu o seguimento do processo, entendeu os quesitos votados, analisou as provas com cautela, e proferiu sua decisão naquilo que entende por ser justo.

Além do supramencionado, pode se dizer que traz ao Tribunal do Júri a perda do caráter democrático, a decisão de impronuncia ou pronuncia

que é proferida pelo Juiz-presidente, que tira a competência firmada constitucionalmente ao Tribunal do Júri. Lembramo-nos aqui, mais uma vez que a função do Tribunal do Júri é fazer com que o povo participe diretamente no julgamento de determinados crimes. Então, deveria caber ao Conselho de Sentença definir se cabe ou não pronunciar o acusado, como por exemplo, já aconteceu no Brasil, no Tribunal do Júri do Império, onde um corpo de jurados definia se cabia ou não a admissibilidade da denúncia ou queixa, e o outro julgava.

Além disso, ao pronunciar o acusado, o juiz exerce grande influência na decisão do Conselho de Sentença, haja vista que o este é tido como exemplo da população, e querendo ou não, mesmo que por mais imparcial que o juiz seja, acaba exercendo um juízo de valor ao proferir a decisão de pronúncia. E não bastasse isso, por vezes, durante o julgamento, o juiz que deveria ser imparcial, tenta impor seu ponto de vista. Nesse ponto, cabe, além da decisão de admissibilidade ser feita por um grande júri, por exemplo, ao juiz a função de ser imparcial dentro dos ditames da justiça.

Por fim, o que se visualiza é que o procedimento do Tribunal do Júri em sua grande maioria respeita o objetivo que lhe é instituído que é a participação do povo de maneira direta, para o julgamento “pelos pares” dos crimes dolosos contra a vida, contudo os quesitos acima citados, podem fazer com que essa instituição perca sua característica essencialmente democrática, trazendo presença de ditames inquisitoriais e a consequente perda de direitos constitucionais e processuais penais garantidos ao réu.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenout. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição. República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Constituição. República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. Constituição. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 set. 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Decreto de 18 de julho de 1822, de 18 de julho de 1822. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 jul. 1822. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-18-7-1822.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. Decreto n. 848, de 11 outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 out. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. *Código de Processo Criminal de Primeira Instância*. 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 11689, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 dez. 1841. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1440787/ES*. Relatora: Maria Tereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1440787&&=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 69.325/GO*. Relator: Néri da Silveira. Brasília, DF, 17 fev. 1992. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(69325.NUME.+OU+69325.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j7e-qh4k](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(69325.NUME.+OU+69325.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j7e-qh4k)>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sumula nº 394* (cancelada). Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario-Sumulas.asp?sumula=1588>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(5104.NUME.+OU+5104.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zh5pkou](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(5104.NUME.+OU+5104.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zh5pkou)>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. *Questão de Ordem no Inquérito nº 687*. Relator: Sydney Sanches. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 25 ago. 1999. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(687.NUME.+OU+687.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jun4k92](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(687.NUME.+OU+687.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jun4k92)>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEZEN, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro (Coord.); REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVEZ, Vitor Eduardo Rios. *Direito Processual Penal Esquematizado*. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. Salvador: Podvim, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal - Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Tribunal do Júri popular na ordem jurídica constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 21. ed. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14. ed. ampl. e atual. São Paulo: Método, 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. 4. ed. rev. e modificada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2014.

TASSE, Adel El. *O novo rito do tribunal do júri: em conformidade com a lei 11.689, de 09 de junho de 2008*. Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

**ARTIGOS ELABORADOS POR DISCENTES
E DOCENTES DO PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC**



A AUTONOMIA DA VONTADE NA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA-MORAL DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM¹

Cassiane Wendramin²

Janaína Reckziegel³

Resumo: Pretende-se com o presente artigo traçar um suporte para a autonomia da vontade do indivíduo pautado na concepção de dignidade humana proposta pelo “enfoque das capacidades” de Martha Nussbaum. Para tanto, utilizando-se de uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, bem como o método dedutivo-indutivo,⁴ propõem-se explorar a teoria das capacidades desenvolvida pela autora referida, na medida em que ela traz uma acepção reformulada da teoria da justiça social e, conseqüentemente, resguardando o ideal de dignidade humana enquanto manifestação da liberdade do indivíduo. Com base nisso, visa-se permear por conceitos de dignidade humana para, ao final, inter-relacioná-los com a autonomia da vontade, de modo a identificar no “enfoque das capacidades” pontos de embasamento para o exercício e garantia da autonomia da vontade do indivíduo. Chega-se à conclusão de que a autonomia da vontade também está resguardada na concepção de capacidades, notadamente porque se

¹ O presente artigo foi encaminhado como requisito para a disciplina “Filosofia Intercultura e Teoria Crítica dos Direitos Fundamentais” – Professor Ministrante Dr. Robison Tramontina.

² Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Área de Concentração: Dimensões Eficaciais e Materiais dos Direitos Fundamentais; Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos. Advogada; cassi.wen@hotmail.com

³ Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito Público; Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” e em “Educação e docência no ensino superior”; Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora e Pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada e Professora Universitária; janaina.reck@gmail.com

⁴ A pesquisa bibliográfica realizada de forma exploratória-explicativa adota como metodologia a análise de material doutrinário a respeito do tema, explorando-o, e, a partir das informações subtraídas desse suporte, explicar determinadas concepções que se propõe. Por sua vez, o método indutivo-dedutivo, na atual proposta, parte de conceitos restritos retirados da teoria das capacidades de Martha Nussbaum, ampliando-os a fim de abordá-los nas acepções da autonomia da vontade; para tanto, necessita-se estender as conclusões do referencial teórico para abarcar e poder trabalhar a autonomia da vontade.

cinge à ideia de dignidade humana proposta pela autora e, portanto capaz de sustentar a necessidade de o Estado resguardá-la na medida das capacidades.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Enfoque das Capacidades. Autonomia da Vontade. Martha Nussbaum.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana abordada no enfoque das capacidades de Martha Nussbaum defende, sucintamente, um ser humano com capacidades e necessidades a todos independente de gênero, classe, raça ou nacionalidade, partindo-se do ponto de partida fundamental de que a justiça social básica deve ser definida a partir dos direitos humanos centrais, os quais são nominados pela autora como capacidades.

A Teoria das Capacidades proposta por ela, alicerce do presente trabalho, pauta-se na ideia de capacidade enquanto “combinação do que uma pessoa pode ser ou fazer.” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 72). A distinção entre capacidade, capacitações e funcionalismo deve ser esclarecida preambularmente para que haja compreensão deste trabalho.

O termo ‘capacitações’ é utilizado por Amartya Sen, explorado no livro *Capability and Well-being*, e, em uma abordagem econômica-filosófica, representa “um leque de combinações do que pode uma pessoa ser ou fazer, a liberdade de capacidades de uma pessoa” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 72), com enfoque baseado na renda e na riqueza.

Por sua vez, ‘funcionamentos’ traduz um ideal aristotélico e idealiza “as diversas coisas que uma pessoa pode ser ou fazer e, de tal maneira, podem variar das mais elementares às mais complexas; o foco é a pessoa e os funcionamentos são partes constitutivas do estado da pessoa.” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 75).

Noutro ponto, as ‘capacidades’ – das quais se fala(rá) – são manifestação da liberdade; traçam “direitos humanos centrais, em função dos quais a justiça social básica é definida”, e somente a partir dessa concepção de

capacidades centrais é que a questão da renda e riqueza podem ser levantadas, visto que as capacidades não são negociáveis, não podem ser resolvidas através da oferta às pessoas em maior ou menor quantidade (NUSSBAUM, 2013, p. 203-204).

Nessa linha, a reformulação da teoria rawlsiana da justiça social realizada pela autora, permitiu ampliar o conceito de dignidade humana, abarcando, também, a manifestação da liberdade do indivíduo, denotando-se, apesar de não haver referência expressa no texto nesse sentido, que dentre as liberdades humanas existe a garantia de se observar e proteger também a autonomia individual.

Uma vez que se faz necessário estabelecer ideais mínimos para que haja a proteção e reconhecimento de uma sociedade justa, dentre elas, é possível notar que implicitamente conduzem à aspectos intimamente ligados ao exercício da autonomia da vontade, notadamente porque permitem àquele indivíduo o exercício de sua liberdade no processo de escolha de suas capacidades.

Para tanto, o presente trabalho busca, *a priori*, nortear o leitor acerca da conotação *lato sensu* da autonomia da vontade, conceituando-a e pairando sobre aspectos dogmáticos essenciais para a compreensão mínima de seu entorno.

Na sequência, a abordagem do enfoque das capacidades proposto por Martha Nussbaum faz-se necessária a fim de verificar se a teoria das capacidades serve de alicerce teórico para a garantia e exercício da autonomia da vontade do indivíduo.

2 AUTONOMIA DA VONTADE EM SUA CONOTAÇÃO LATO SENSU

Em que pese a noção de autonomia poder ser vinculada a um conceito que retoma ideais antigos, fato é que a concepção de autonomia individual

é um tanto quanto respeitável e atrelada, notadamente ao pensamento filosófico-político contemporâneo recendido por Immanuel Kant.

Antigamente o termo 'autonomia' era utilizado não para referenciar indivíduos, mas apenas no que se relacionava com as cidades e a possibilidade de elas editarem suas próprias leis. Uma cidade autônoma deveria ser contrastada com uma colônia, na qual as leis eram dadas, ou melhor, impostas pela cidade-mãe (O'NEILL, 2005, p. 29).

No século XVIII, Rousseau, no Contrato Social, definiu liberdade como "a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, pois o impulso do apetite, por si só, é escravidão e a obediência à lei que ela se prescreveu, é a liberdade"; logo, apesar não nomeá-la como autonomia da vontade, a liberdade prescrita pela lei e a ela submetida nada mais era do que o próprio ideal de autonomia (NASCIMENTO, 2012, p. 15).

Foi, então, no período moderno e na Fundamentação da Metafísica dos Costumes que a filosofia moral de Kant renovou a perspectiva liberal e nomeou-a como autonomia, relacionando-a com o fundamento da moral, intrínseco aos indivíduos, introduzindo a ideia de que a autonomia é fundamental e, portanto, a importância de sua proteção, respeito e promoção (O'NEILL, 2005, p. 29).

A autonomia individual está baseada como uma capacidade ou característica que os indivíduos podem ter em um grau maior ou menor, através de sua manifestação de forma independente, correta e apropriada (O'NEILL, 2005, p. 29).

A definição de autonomia para Kant pode ser transcrita como "a propriedade da vontade de ser ela mesma sua lei", pela qual foi expressada através do imperativo categórico "age segundo a máxima tal de possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal." (KANT, 2009, p. 59).

Nessa linha, para Kant, existe uma inter-relação entre moral e racional, porquanto "os seres humanos são os únicos seres da natureza que não poderiam ser usados unicamente como meios", já que dotados de lei

moral e, portanto, capazes de julgar-se a si mesmo e às suas ações (KANT, 1986, p. 71 apud RECKZIEGEL, 2016, p. 208).

Partindo-se de uma análise literal da palavra, autonomia deriva do grego, *auto* representa próprio, enquanto *nomos* significa lei ou norma, da qual se extrai a ideia de “autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física.” É um conceito que se relaciona, por si só, com a interioridade humana (PEGORARO, 2002, p. 106).

Denota-se, portanto, que a autonomia, sinônimo de liberdade, “é o ponto central do conceito de dignidade humana, pois o homem só pode considerar o exercício de sua vontade através da liberdade, pois ela é inseparável da autonomia, sendo o ser humano dotado de dignidade na liberdade.” (BARRETO, 2010, p. 69 apud RECKZIEGEL, 2016, p. 210).

Dessa forma, a autonomia da vontade refere-se à escolha de modo que nela esteja incluída a liberdade e a racionalidade, na medida em que a liberdade representa a lei universal do indivíduo e a racionalidade a sua transposição a uma sociedade, de modo que haja uma relação dos indivíduos em sociedade.

Logo, “a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade”, sendo a racionalidade do ser humano o ponto que o distingue dos animais (RECKZIEGEL, 2016, p. 213).

Como elemento nuclear da dignidade da pessoa humana, a autonomia – autodeterminação da pessoa – “refere-se à capacidade de autodeterminação de cada ser humano em suas condutas, sendo que o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade de uma pessoa capaz.” (SARLET, 2009, p. 22).

Logo, deve ser entendida “como a capacidade de a pessoa determinar seu próprio destino, por meio da racionalidade e sem pressões do mundo externo.” (RECKZIEGEL, 2016, p. 215).

Quando objetiva um fim, “torna-se um fenômeno que interessa a várias ciências, dentre as quais, a psicologia, a ética, a filosofia e o direito. Para o direito,

a vontade tem especial importância, eis que é um dos elementos fundamentais do ato jurídico.” (CABRAL, 2004, p. 90-91 apud FABRO, 2014, p. 212).

Portanto, a ideia cerne da autonomia é justamente a faculdade de nortear sua conduta, sem que haja imposições externas cogentes. É o direito de tomar decisões independentes em direção a um fim ou valor.

3 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES PROPOSTO POR MARTHA NUSSBAUM

Desenvolvida a partir da releitura do contrato social proposto por John Rawls, o enfoque das capacidades surgiu como alternativa filosófica às abordagens econômico-utilitaristas que vigoravam o ponto central das discussões a respeito da qualidade de vida e desenvolvimento social e político (NUSSBAUM, 2013, p. 84-86).

A *capabilities approach* é principalmente liberal, já que se relaciona diretamente com a autonomia ética de Kant e, ao mesmo tempo, conecta-se com as noções de argumento funcional de Aristóteles, bem como com a concepção de necessidade de Marx (MONEREO ATIENZA, 2012, p. 53 apud ATIENZA, 2015, p. 94).

Nussbaum não apenas confirma essas conexões, como também adota em sua teoria das capacidades alguns aportes pessoais muito relevantes como incidentes sobre os elementos das questões distributivas (MONEREO ATIENZA, 2012, p. 53 apud ATIENZA, 2015, p. 94).

Enquanto uma das precursoras da filosofia moral, Martha Nussbaum nota que a teoria da justiça como equidade formulada por Rawls (em “Uma Teoria da Justiça”), contém falhas e obscuridades – até mesmo por conta do desenvolvimento da sociedade –, desse modo, reconstruiu as ideias da teoria contratualista de modo a incluir indivíduos que não estavam inseridos no contexto do pacto social, dentre eles os deficientes físicos e mentais, os cidadãos de países em desenvolvimento e os animais.

O enfoque das capacidades visou fornecer “a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer.” (NUSSBAUM, 2013, p. 84).

O cerne do projeto está na ideia de que deve haver um conjunto de direitos fundamentais concedidos a todo cidadão de modo a resguardar-lhe uma sociedade dignamente justa. Havendo falha nessa proteção, violam-se os fundamentos da justiça básica, implícitos nas noções de dignidade humana.

Para tal consecução, a autora lista as capacidades humanas centrais, considerada por ela aquilo que “as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano” (NUSSBAUM, 2013, p. 84), voltadas a ideia de vida com dignidade humana.

As capacidades foram dispostas de modo a se tornarem objetivos políticos, pois livres de “qualquer fundamentação metafísica específica” (NUSSBAUM, 2013, p. 85), abarcando, com isso, argumentos que neutralizam opiniões controversas.

A base do enfoque das capacidades é a dignidade humana, pautada na visão kantiana, mas não só, com elementos especificantes que a ampliam e fundamentam.

A lista de capacidades centrais desenvolvida pela autora visa estabelecer um mínimo apropriado para que a sociedade possa ser considerada justa. Trata-se de um rol aberto e é inegável que sofre(rá) modificações com o tempo (NUSSBAUM, 2013, p. 91):

1. *Vida*. Ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.
2. *Saúde física*. Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver.
3. *Integridade física*. Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques

de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.

4. *Sentidos, imaginação e pensamento.* Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e o científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.

5. *Emoções.* Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento.)

6. *Razão prática.* Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa.)

7. *Afiliação.*

A. Ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política.)

B. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. *Outras espécies.* Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. *Lazer.* Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. *Controle sobre o próprio ambiente.*

A. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação.

B. Material. Ser capaz de ter propriedade (tanto bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores.

Nessa exposição, o enfoque das capacidades é universal, notadamente porque seus ideais são abstratos e genéricos, de modo que cada sociedade, conforme suas idealizações, podem se adaptar. A proteção aposta na listagem é propositalmente genérica, como forma de se amoldar as diversas realidades políticas, sociais e religiosas.

Essa generalidade e abstração das capacidades visa proporcionar à vida humana uma série de possibilidade, na medida em que cabe a cada indivíduo qual das capacidades desejará desenvolver e de que forma, representando, por decorrência, a própria faculdade que o indivíduo deve gozar não para eleger suas capacidades, mas para, dentre as mínimas protegidas e garantidas, de que forma a exercer qual escolher.

Esse modo de desenvolvimento corresponde a um funcionamento, denominado “vetor de funcionamentos”, que representam as escolhas feitas pelos indivíduos dentro do liame da dignidade humana (MOREIRA; SILVA, 2012, p. 224).

A ideia central é igualar as capacidades básicas dos indivíduos, concedendo-lhes e protegendo a eles um mínimo de possibilidades para que possam desfrutar de uma vida humana digna e, assim, cada pessoa escolherá quais e em que limites deseja explorar as capacidades (MOREIRA; SILVA, 2012, p. 224).

Pode-se dizer, portanto, que Nussbaum propõe, na teoria das capacitações, uma “universal framework” (estrutura universal) com o fim de fixar e embasar um método para avaliar a qualidade de vida das pessoas (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 89).

Com isso, os direitos humanos – considerado na proposta como aqueles que fundamentam o indivíduo e são inerentes às pessoas humanas – entendidos pelo enfoque de Martha Nussbaum como capacitações, necessitam de aportes e intervenções estatais diretas, como proteção e garantia de um mínimo básico que reflete a dignidade humana.

Além disso, partindo-se do princípio filosófico-moral das capacidades, funcionamentos básicos e liberdade para exercê-los, denota-se que o exercício da teoria das capacidades proposta por Nussbaum necessita da autonomia da vontade do indivíduo para que haja, diga-se, aplicabilidade, de modo que “as capacitações são priorizadas com mais clareza e passam a compor o núcleo central de exigências e de comprometimentos dos Estado e também da arena global para com as pessoas.” (OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 91).

Nesse sentido é que se desenvolve o presente contexto, de modo que se pretende verificar no enfoque das capacidades aspectos voltados à autonomia da vontade.

4 UMA LEITURA DA AUTONOMIA DA VONTADE A PARTIR DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

Impossível cindir dignidade humana de autonomia da vontade. Notando-se, principalmente, que se entrelaçam e servem de alicerce uma para a outra.

A dignidade humana é debatida hoje em várias áreas. Constitui um valor comum sobre o qual as leis e a sociedade pluralista estão enraizadas. Por essa lógica, quase todas – se não todas – as modernas constituições fazem referência a esse direito fundamental.

Apesar dessa previsão extensa e garantida, fato é que não há como definir seu conteúdo de uma única maneira, nem há como haver acordo sobre o seu significado ou mesmo aplicabilidade eficaz (BERNARDINI, 2010, p. 45). Isso porque existem especificidades em cada sociedade, de modo que se faz mais do que necessário um conceito de dignidade humana que seja o mais flexível e abstrato possível, visando amoldar-se a todas as sociedades e culturas.

É natural que “qualquer teoria que pretenda refletir sobre as normas de agir humano, sobre o que é justo e injusto ou sobre o que é desejável, deve dispor, ao menos minimamente, de uma explicação dos motivos pelos quais o ser humano possui uma dignidade e porque ela deve ser respeitada.” (FABRES, 2015, p. 10).

Seguindo a ideia proposta pelo filósofo Oliver Sensen, em seu livro “Kant on Human Dignity”, dois paradigmas norteiam a concepção de dignidade: o tradicional e o contemporâneo (SENSEN, 2011).

A conceituação tradicional remonta ao ideal de dignidade predominante durante a maior parte da história da filosofia, a partir do qual o ser humano ocupa uma posição hierarquicamente superior no universo e na natureza decorrente de sua dignidade.

Baseou-se, portanto, em um valor inerente que “o homem é um ser superior na natureza e, portanto, sua superioridade diante dos outros animais o torna um ser naturalmente possuidor de dignidade”, pressupondo-se, aqui, a dignidade conferida aos deuses e divindades (FABRES, 2015, p. 12).

Noutro ponto, o paradigma contemporâneo traz a noção de dignidade enquanto “uma propriedade de valor inerente com base na qual se pode reclamar o respeito dos outros” (SENSEN, 2011, p. 54); uma propriedade metafísica de valor imutável e independente cuja exigência seria a humanidade de quem a possui.

Funda-se, portanto, na aceção de “um valor inerente que não pode ser definido senão derivando-o da evidência de que o homem é um ser

digno – pelo fato de ser é um ser humano, é um ser possuidor de dignidade.” (FABRES, 2015, p. 12).

Nesse contexto de dignidade, e em uma visão denominada “politicamente exigente” pelo referido autor,⁵ Nussbaum trata-a como sendo um “conjunto maior de capacidades e necessidades pelas quais os seres humanos se diferenciam dos outros animais” e com essas características é que se fala de uma particularidade genérica entre todos eles, justamente a dignidade humana (FABRES, 2015, p. 12).

A noção kantiana de dignidade – não instrumentalização das pessoas humanas – é uma das mais poderosas já desenvolvidas, mormente porque a introdução desse ideal por Kant se realizou a partir de uma conexão com o imperativo categórico, aduzindo que cada pessoa deve ser vista e tratada como um fim em si mesmo e nunca apenas como um meio, a passo que torna a dignidade algo insubstituível (ADORNO, 2009, p. 441), nada mais sendo que a pura expressão da autonomia da vontade.

Quando relaciona os conceitos de dignidade à pessoa humana, atribui à concepção de autonomia moral como “base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” (ADORNO, 2009, p. 441).

De tamanha importância quanto, mas sob o ponto de vista jurídico-filosófico, pode-se também considerar, conforme visão de Ingo Wolfgang Sarlet, que uma conceituação clara do que efetivamente seja dignidade da pessoa humana no mundo jurídico revela-se no mínimo difícil de se obter, mormente porque se tratam de termos vagos e imprecisos, notadamente

⁵ Note-se, aqui, que as denominadas concepções exigentes “não podem fundamentar, senão de forma arbitrária, um respeito humano entre os membros de uma sociedade. Não seria possível, a menos que arbitrariamente, supor que da racionalidade humana deriva a necessidade religiosa e, portanto, o direito à liberdade religiosa, por exemplo. Da mesma forma, a menos que suponhamos o ser humano como um ser essencialmente político, sua dignidade não pressupõe a necessidade de liberdades políticas. Precisamente por isso, supõe-se que seja necessário a descrição do que seria um funcionamento autenticamente humano para fundamentar o que seria uma vida de acordo com esta dignidade humana e, desta forma, o que seria uma violação da dignidade ou uma condição de vida indigna.” (FABRES, 2015, p. 16).

caracterizados pela ambiguidade e porosidade, bem como pela essência polissêmica (SARLET, 2013, p. 18).

A dignidade não existe apenas onde o Direito a assegura – já que detém um viés ontológico e filosófico-moral –, ela é preexistente e anterior a toda experiência especulativa.

Logo, o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, no qual essa liberdade é considerada em abstrato, sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto (SARLET, 2013, p. 23).

Noutro viés, mais individualista, Habermas considera a dignidade da pessoa vinculada às relações humanas, marcadas pela reciprocidade e respeito (SARLET, 2013, p. 25).

Fato é que, no ordenamento jurídico, a dignidade é um conceito em evolução, baseado nos Direitos Humanos como meio de proteção e efetividade e, portanto, impossível de se estabelecer de modo fixista, sob pena de justamente anulá-la (LIMA JUNIOR; FERMENTÃO, 2012, p. 325).

Ademais disso, conceitos etimológicos, sociológicos, filosóficos, psíquico, moral, jurídico, não esgotam individualmente a concepção de dignidade. Interlaçam-se e dependem um do outro para que possam contribuir para a construção da real dignidade humana, defendida de forma mais ampla possível.

No entanto, apesar das doutrinas e conceituações existentes ao redor da dignidade, fato é que seu esgotamento e alcance únicos mostram-se distantes, a par das diferenças existentes em cada sociedade e meio cultural.

Não obstante, de modo positivo, denota-se que, certou ou errado a partir de cada ponto de vista, a grande maioria das sociedades possui um primado de dignidade, que considera, de acordo com aquela realidade,

aspectos que julga intangíveis, intocáveis e absolutos, de modo a serem garantidos e efetivados a todos os indivíduos.

Nessa contribuição, Nussbaum (2013, p. 170) afirmou que “a dignidade não é algo que possa definir-se de forma prévia e independente das capacidades, mas que se encontra de certo modo imbricada nelas em sua definição.”

Mais do que a noção de dignidade enquanto fundamento básico da pessoa definida em John Rawls, o enfoque das capacidades atribui à dignidade as características da racionalidade e da animalidade como fundamentos unificados e, dessa forma, considera que, por existir diferentes dignidades animais, todas merecem respeito (NUSSBAUM, 2013, p. 196-197).

Além disso, a sociabilidade também é entendida pela autora como incluída do conceito de digno, sendo igualmente fundamental e abrangente, de modo a considerar as necessidades corporais uma característica da racionalidade e sociabilidade (NUSSBAUM, 2013, p. 196-197).

Logo, para a autora, essa “nova concepção do que é digno e valioso no ser humano justifica a ruptura com as circunstâncias humanas/rawlsianas da justiça. [...] *Temos o direito ao respeito em função da dignidade mesma de nossas necessidades humanas.*” (NUSSBAUM, 2013, p. 197, grifo nosso).

Essas necessidades humanas nada mais são do que o exercício livre da vontade de cada indivíduo, pautado na autonomia da vontade que dispõem de exercerem seus ideais e, justamente, a racionalidade que os difere dos animais.

A abordagem das capacidades busca saber as “oportunidades reais de funcionalidade e de escolha”, aquilo que se demonstra essencialmente importante para que se alcance a vida adequada nos padrões dignamente impostos e aceitos (DIXON; NUSSBAUM, 2012, p. 557).

Nesse enfoque, parte-se da concepção de que o desenvolvimento de uma pessoa se torna possível no momento em que ela tiver liberdade para

escolher o modo de vida que deseja e, além disso, disponha de condições para exercer plenamente aquilo que entende ser o melhor para sua vida.

Essa abordagem do enfoque da teoria das capacidades refere-se à criação das condições necessárias à liberdade de escolha, oportunidades reais de vida digna, enquanto direito individual (RENCK, 2014, p. 22).

Como exemplo de exercício livre da autonomia da vontade, Nussbaum refere-se aos “pacientes que têm um amplo campo de direitos com relação a tratamento médico, e esses direitos devem ser expandidos (com mais acesso à informação e escolha de assistência) ao invés de restringidos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

É possível notar, ademais, que dentro da lista das capacidades realizada pela autora, a essência da escolha é realizada livremente, de modo que deve haver a proteção dos itens, no entanto, a seleção do método de utilização deve ser realizado pelo próprio indivíduo, justamente como desenvolvimento de sua autonomia e respeito à dignidade humana.

Segundo Nussbaum, “somente na própria área de autorrespeito e dignidade, acredito que a funcionalidade real seja o objetivo apropriado das políticas públicas.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

Segue a autora exemplificando a ideia na medida em que supôs que o Estado dissesse “damos a opção de você ser tratado com dignidade. Aqui está um centavo. Se você nos devolvê-lo, trataremos você com respeito, mas, se preferir, pode ficar com ele e humilharemos você.” (NUSSBAUM, 2013, p. 211).

Condicionar a dignidade à vinculação de determinada forma de atuação é retirar a ideia de autonomia e cingi-la do ideal protegido pela dignidade.

Dentre a concepção de capacidades da autora, denota-se que a dignidade e autonomia estão relacionadas de tal modo que se faz necessário a proteção e garantia de ambas para que haja a construção da sociedade justa, na medida em que haverá respeito à dignidade quando os princípios políticos

ofereçam respeito a todos os cidadãos, e que, nesta instância específica, fosse-lhes fornecida a oportunidade de escolha (NUSSBAUM, 2013, p. 212).

É na ideia central da abordagem das capacidades que se funda a necessidade de o Estado garantir a todos os seus cidadãos que alcancem um nível mínimo adequado de capacidades, conduzindo à perspectiva de que não é o Estado que seleciona quem alcançará determinadas capacidades, mas sim o próprio indivíduo, cabendo ao Estado apenas disponibilizar a eles as mesmas condições.

Desse modo, intrínseca nas capacidades está a ideia de autonomia da vontade, na medida em que fornecendo o Estado condições iguais de sociedade justa, cabe apenas à pessoa a opção de escolher e eleger suas prioridades, incluindo, dessa forma, às pessoas com deficiência a faculdade de escolher dentre a dependência ou individualidade, no entanto, havendo à sua disposição ambas as modalidades de desenvolvimento (NUSSBAUM, 2013, p. 231-232).

Nesse ponto, não há como dissociar a autonomia da vontade da dignidade humana, percebendo-se que a primeira é uma decorrência da garantia da segunda, possuindo pontos de equilíbrio no ideal desenvolvido pelo enfoque das capacidades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva apontada no presente trabalho, pôde-se inferir a existência de uma conexão entre o conceito de dignidade humana e autonomia da vontade, de modo que, retirando-se da ideia de exercício autônomo da vontade, fere-se a essência da dignidade humana.

Dessa forma, o enfoque das capacidades proposto por Martha Nussbaum dentre o qual buscou listar os direitos humanos centrais do indivíduo, o que chamou de capacidades, visou definir a justiça social básica.

Ademais disso, a autora não se afastou do imperativo categórico kantiano, do qual não se pode tratar a outra pessoa como mero objeto, mas o ampliou para abarcar, também, as pessoas descapacitadas, excluídas.

Nota-se, portanto, que a autonomia da vontade está implicitamente abrangida no conceito de dignidade humana proposto por Martha Nussbaum, podendo vê-la em uma conotação mais pragmática nas acepções das funcionalidades.

Fato é que é possível identificar no enfoque das capacidades fundamentos para proteção e respeito à autonomia da vontade, notadamente porque é possível notar tais garantias nas acepções de dignidade humana que implicitamente conduzem à aspectos intimamente ligados ao exercício da autonomia da vontade, em especial porque permitem aquele indivíduo o exercício de sua liberdade no processo de escolha.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana. *Bioética*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 435-449, 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/509/510>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- ATIENZA, Cristina Monereo. Martha C. Nussbaum – Otro Enfoque para la Defensa del Ser Humano y de los Derechos de las Mujeres. *Sequência*, v. 36, n. 70, p. 93-114, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p93>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- BERNARDINI, Paola. Human Dignity and Human Capabilities in Martha C. Nussbaum. *Iustum Aequum Salutare*, v. 6, i. 4, p. 45-52, 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/iaesal6&type=text&collection=journals&id=750>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- DIXON, Rosalind; NUSSBAUM, Martha. Children's rights and a Capabilities Approach: the question of special priority. *Chicago Public Law and Legal Theory*, Chicago: The Law School the University of Chicago, p. 549-594, May 2012.

FABRES, Ricardo Rojas. Considerações em torno de uma concepção exigente da dignidade humana. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 15, n. 1, p. 9-21, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FABRO, Roni Edson. BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Constitucionalização da Autonomia da Vontade como expressão do Direito Fundamental de Liberdade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Spring Unoesc International Legal Seminar*, Chapecó, p. 199-2018, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes – Segunda Seção*: Transição da filosofia moral popular à metafísica dos costumes. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/2400/1651>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MOREIRA, Henrique Brum et al. A querela Nussbaum x Butler como um conflito entre gerações. *Ítaca*, n. 20, 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/download/209/198>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

OLIVEIRA, Fabio Alves Gomes de; GOMES, Jacqueline de Souza. Ética e Direitos Humanos: Um Enfoque a Partir da Teoria das Capacitações. *Diversitates*, v. 5, n. 1, p. 70-91, jun. 2013. Disponível em: <https://diversitatesjournal.files.wordpress.com/2013/08/v5n1-artigo5.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

O'NEILL, Onora. *Autonomy and trust in bioethics*. New York: Cambridge University Press, 2005.

PEGORARO, Olínto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade Humana em Risco: existe limite para as experiências científicas?* Curitiba: Prismas, 2016.

RENCK, Maria Helena Pinheiro. *Restrições legais a direitos humanos: o caso da legislação da Assistência Social do Brasil e os direitos fundamentais da pessoa com deficiência*. 2014. 192 p. Dissertação (Mestrado)–Universidade do Oeste de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Chapecó, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENSEN, Oliver. *Kant on human dignity*. Walter de Gruyter, 2011. v. 166.

WEST, Robin. Human Capabilities and Human Authorities: A Comment on Martha Nussbaum's Women and Human Development. *St. Thomas Law Review*, v. 15, i. 4, p. 757-790, 2003. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stlr15&id=767&collection=journals&index=#>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

A REFORMA TRABALHISTA E O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO NA PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR

Miguel Horvath Júnior¹
Sílvia Helena Grassi de Freitas²

Resumo: Este artigo tem por objetivo a análise da reforma trabalhista enquanto alteração de direitos fundamentais sociais sob a ótica dos aspectos positivos e negativos da terceirização e seu impacto na proteção social do trabalhador.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Direito fundamental social. Impacto da terceirização na proteção social do trabalhador.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A chamada reforma trabalhista foi veiculada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. A reforma é justificada tendo em vista a necessidade da adequação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) à nova realidade econômica e social do País. No entanto, sempre houve questionamento quanto à sua origem, uma vez que não foi fruto de projeto de lei amplamente discutido pelos diversos setores da sociedade, bem como pelo estreitamento ou mesmo o aniquilamento da proteção social do trabalhador brasileiro.

2 DA REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista funda-se em dois pilares, a saber: a) diminuição da proteção do Estado sobre o trabalhador; b) Minimização do peso das relações de trabalho frente as formas de contratações, objetivando

¹ Doutor e Mestre em Direitos das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador Federal (AGU); Professor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Mestre em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto; Especialista em Processo Civil pela Universidade de Ribeirão Preto; Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Buenos Aires; Advogada trabalhista.

facilitar as negociações diretas entre empregados e empregadores, bem como permitir a negociação dos direitos das categorias pelo sindicato.

No Brasil a reforma trabalhista foi operacionalizada em duas etapas. A primeira se deu com a edição da Lei n.º 13.429, de 31 de março de 2017 que alterou a Lei n. 6.019/1974 que regula sobre contrato temporário. Tal alteração veio como mecanismo de proteção do trabalhador terceirizado bem como dar novos contornos ao fenômeno da terceirização. A reforma trabalhista enquanto alteradora de regras constitucionais não pode desrespeitar os direitos sociais enquanto cláusulas pétreas implícitas, nem pode ser vista como uma máquina trituradora de direitos dos trabalhadores, visto que os direitos já incorporados, adquiridos terão que ser respeitados, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais garantidos

Segundo Meirinho (2017, p. 123-124):

Os direitos fundamentais que compõem o conceito de patamar civilizatório mínimo estão imunizados contra alterações que violem a sua integralidade. Estão embutidos no conjunto de norma petrificadas, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição da República de 1988. Modificações no ordenamento que atinjam esse núcleo duro devam ser reconhecidas como inconstitucionais, além de configurarem retrocesso social. Inconstitucionais por previsão expressa na própria Constituição da República nos termos do art. 60, § 4º da CRFB/88, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outras matérias, os direitos e garantias individuais. Na verdade, são inconstitucionais justamente porque geram retrocesso social.

A entrada em vigência da nova legislação certamente demandará ajustes decorrentes da ambientação jurídica e social. Um dos principais impactos dar-se-á no fenômeno chamado terceirização.

3 DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser conceituada sob variados prismas interessando para nós a concepção jurídica. A terceirização pode ser conceituada

como a transferência das atividades laborais consideradas secundárias de uma pessoa jurídica (empresa tomadora) para outra pessoa jurídica (empresa prestadora de serviço) que tenha especialização na área específica visando a concentração nas atividades reputadas como mais significativas e primordiais (atividade fim) possibilitando assim o incremento da atividade da empresa criando espaço para a busca da melhor competitividade gerada pela redução de custos e especialização. Uma das características da terceirização é a de que a empresa que contrata os serviços não tem controle sobre os empregados da empresa terceirizada.

A terceirização tem sérias implicações com o aspecto empresarial e econômico. Segundo Soares Júnior (2013),

a terceirização constitui uma das mais importantes técnicas a ser utilizada nos processos de produção, notadamente do ponto de vista de suas possibilidades quanto à aplicação e implementação objetivando o aumento e principalmente a qualidade da produção. A terceirização enquanto técnica empresarial tem muito para ser desenvolvida e aperfeiçoada, vez que seu campo de atuação é quase ilimitado.

A terceirização na forma adotada não deve ser confundida com a contratação de empresas de fornecimento de trabalhadores temporário. Na terceirização a duração do contrato de prestação de serviços não tem limitação imposta na legislação, a duração estará determinada na forma do pactuado contratualmente. Enquanto que na contratação de trabalhadores temporários há limitação na duração desta contratação que será de 180 (cento e oitenta) dias prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias e sendo admitida para situações específicas como substituição de pessoal permanente e na situação de demanda complementar de serviços da empresa contratante).

Sobre este aspecto vale a pena conferirmos a lição de Vasconcellos (2017, p. 810):

Agora, mais do que antes, essa diferenciação se torna necessária, posto que a nova lei disciplina claramente os dois institutos, de forma distinta, situando o trabalho

temporário, forma lícita de intermediação de mão de obra, no art. 1º, que altera diversos dispositivos da velha Lei n. 6.019/74, e a terceirização, agora denominada de 'prestação de serviços a terceiros', acrescentando os arts. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 5º-B, 19-A, 19-B e 19-C, à mesma Lei 16.019.

O grande desafio entregue aos tribunais com o início da terceirização foi o da construção de seus limites ou não de aplicação, principalmente em relação à extensão de sua utilização. Daí o questionamento acerca da sua abrangência. A terceirização poderia ser utilizada para atividade-fim ou apenas para a atividade meio?³ Ainda mais em um momento em que o instituto não era previsto de forma expressa no direito positivado.

Surge a Súmula 268/1986 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) como farol a iluminar os caminhos a serem desbravados pela terceirização. Esta súmula determinava que salvo nos casos de trabalho temporário e de se serviço de vigilância, previstas nas Leis n. 6.019/74 e 7.102/83 era ilegal a contratação de trabalhadores por pessoa interposta, formando-se vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços. Entendimento de utilização possível, mas com limites bem estritos com a previsão de que o extrapola mento dos limites implicaria em desobediência ao ordenamento pátrio e conseqüentemente o estabelecimento de vínculo direto entre o tomador e o empregado.

A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) originária de 1993, substituiu a Súmula 268 trazendo um escopo de utilização mais alargada ao prever a possibilidade de utilização da terceirização nos serviços de conservação e limpeza, bem como na terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e subordinação, respondendo às pressões das empresas e pavimentando a utilização de forma mais intensa da terceirização.

³ Atividade meio é aquela não relacionada com o objeto social da empresa, caracterizando-se como um serviço não essencial. Por sua vez a atividade fim é que se relaciona diretamente com o objeto social da empresa. Disponível em: <<https://www.jobcenter.com.br/livro-recomendado/5-02-atividade-fim-e-atividade-meio-definicao/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Súmulas A-99 SÚMULAS

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (grifo nosso).

As grandes discussões acerca da terceirização decorrentes da ampliação efetivada pela Súmula 331 no tocante ao estabelecimento do conceito e limite da atividade-fim e de atividade-meio e sua licitude foram parar no Supremo Tribunal Federal (STF), a saber a ADC 16/2007. Em 2007 foi ajuizada Ação Direta de Constitucionalidade ADC nº 16/2007 em que se buscava a declaração da constitucionalidade da previsão do art. 71, § 1º da

Lei de Licitações que expressamente excluiu a responsabilidade trabalhista da Administração Pública nos contratos administrativos de terceirização. No bojo das discussões e do julgamento desta ADC construiu-se a ideia de que a Justiça do Trabalho poderia reconhecer a responsabilidade do Ente da Administração Pública com base em outras normas jurídicas (normas de responsabilidade civil), inclusive quanto ao caráter subsidiário da responsabilidade, para tanto sendo necessária a comprovação de culpa do Estado decorrente de falha no seu dever de fiscalização do contrato. Adequando-se à decisão do STF, o TST alterou a redação da Súmula 331, para determinar que a responsabilidade dos entes da Administração Pública enquanto tomador de serviço ocorreria desde que provada a culpa no tocante à não fiscalização adequada (falha na fiscalização) e incidiram em relação a todas as verbas trabalhistas abrangidas pelo período contratual. Destacamos que a responsabilidade invocada passou a ser a civil e não mais a trabalhista.

No Recurso Extraordinário sob n. 603397 o tema terceirização teve sua repercussão geral reconhecida. No Agravo (ARE) 713211⁴ o Ministro Luiz Fux assim se pronunciou: MANIFESTAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILICITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE.

1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor

⁴ ARE 713211 RG/MG.

de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.

2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa.
3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB.
4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos.
5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, *ex vi* art. 543, CPC.

Com o advento da Lei n.13.467/17 a terceirização sofreu radical alteração atingindo diretamente a proteção do trabalhador, na medida em que houve a autorização ampliativa para seu uso na atividade fim. Destacamos que anteriormente à edição da citada lei a terceirização somente era permitida na atividade meio.

Delgado (2010, p. 425) conceitua atividade fim como as funções e tarefas empresarias e laborais que se ajustam a um núcleo da dinâmica empresarias, laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico.

4 DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO

Quanto às alterações, conquanto sejam discutíveis pode-se alinhar algumas de caráter positivo como a equiparação de direitos aos terceirizados daqueles concedidos aos empregados da empresa tomadora de serviço, como direito à alimentação quando oferecida em refeitórios; direito de utilizar os serviços de transporte; atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir; direito à proteção sanitária, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço (art. 4º-C da Lei n. 6.019/1974 com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

Quanto aos aspectos positivos pode ser destacada que com a adequação da legislação ter-se-á o cenário para que haja maior desenvolvimento econômico e social. Para que ocorra o desenvolvimento social é fundamental o investimento em capital humano e na promoção e formação de capital social. A terceirização pode ainda ser entendida como elemento de inclusão e como elemento gerador de vagas no mercado de trabalho. A terceirização funcionaria como instrumento de efetivação de parceria entre empresas permitindo foco na atividade fim da empresa além do crescimento e ganho de competitividade e vantagens comparativas com a redução de custos e a diminuição dos custos operacionais Pastore (2015, p. 2) afirma:

A terceirização é uma realidade e uma necessidade. Por meio dela, as empresas contratam serviços especializados, aumentam a eficiência, competem melhor, investem mais e geram empregos. A terceirização gera empregos e distribui riquezas; incrementa a produtividade; aumenta a especialização; reduz controles internos; libera a supervisão para outras atividades; simplifica a estrutura empresarial; agiliza decisões; diminui perdas e custos fixos; libera recursos para outras atividades; promove a modernização tecnológica; otimiza o uso de espaço e equipamentos; e permite a concentração de recursos

nas áreas em que a empresa tem nítida vantagens comparativas, elevando a competitividade. Com isto, a terceirização prepara a empresa para novos investimentos e a geração de empregos, tanto indiretos quanto diretos.

Ainda quanto aos aspectos positivos destaca ainda Auricchio (2016):

a terceirização como fator de inclusão social e como importante vetor de crescimento econômico e de um catalizador natural de novos empreendimentos, gerando inúmeros postos de trabalho no lugar onde antes havia somente um. Explicamos. Comum nos países onde a terceirização já se efetivou, e até no Brasil, que, em dado momento, um empregado de determinada empresa deixa o cargo em que laborava para se aventurar na economia aprovada, dando início, assim ao seu próprio negócio. Em muitos casos, a própria empresa, até então empregadora, passa a tomar os serviços da empresa terceirizada pertencente ao seu antigo empregado, que, por sua vez, compõe agora o importante polo criador de postos de trabalho [...] Resta claro que o instituto da terceirização, além de trazer avanços tecnológicos para as empresas e, conseqüentemente, para a sociedade, é entre outros, importante e, por que não dizermos imprescindível ferramenta de geração de empregos e inclusão social em razão de transferência de renda ao trabalhador.

Podem ser alinhados alguns aspectos negativos da terceirização. A nosso ver a modificação da legislação no tocante à terceirização traz alguns prejuízos ao trabalhador, considerando que nem sempre a empresa que presta serviços por meio da terceirização se trata de empresa sólida, muitas vezes são empresas que não possuem estrutura financeira capaz de suportar pagamento dos direitos decorrentes da relação de emprego, e nessa linha de raciocínio, ainda que o trabalhador tenha direitos lesados, dificilmente terá como repará-los, mesmo que na esfera judicial. Além dos aspectos negativos acima elencados podemos identificar ainda a rotatividade de mão de obra, redução da massa salarial com a redução do consumo, potencialização dos acidentes de trabalho (tendo em vista a precarização dos postos de trabalho e aumento da concessão dos benefícios acidentários), desinteresse das empresas no investimento em qualificação e requalificação profissional gerando

desestruturação do mercado de trabalho (hoje a empresa emprega dinheiro na qualificação dos empregados, dentro da qualificação técnica profissional dentro do sistema “S”),⁵ destruição dos planos de carreira e descompromisso do trabalhador com o posto de trabalho a vista da precarização do vínculo (por não ter vínculo fixo, uma hora está numa empresa outra em outra empresa).

O Brasil ao autorizar a terceirização em quaisquer atividades talvez tenha ido além do necessário, gerando desproteção e de certa forma acelerando a extinção do contrato de emprego na forma do art. 3º da CLT.⁶

Segundos dados oficiais no Brasil em 2015 foram gerados 502.942 acidentes do trabalho. A terceirização como elemento precarizador abrangendo também a atividade fim, certamente afetará o meio ambiente laboral⁷ elevando o número de acidentes do trabalho em decorrência do excesso de horas trabalhadas, falta de treinamento adequado, não fiscalização do uso de equipamentos de proteção individuais, aumento na rotatividade de mão de obra nas empresas, dentre outros motivos.

Tabela 1 – Excluídos do mundo do trabalho no Brasil por acidente do trabalho ou doença ocupacional

⁵ Sistema “S” é o nome pelo qual ficou convencionado de se chamar ao conjunto de nove instituições de interesse de categorias profissionais, estabelecidas pela Constituição brasileira e ainda que o sistema S é entendido como o termo que define o conjunto de organizações das entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica, que além de terem seu nome iniciado com a letra S, têm raízes comuns e características organizacionais similares. Fazem parte do sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); e Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac). Existem ainda os seguintes: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); e Serviço Social de Transporte (Sest).

⁶ **Art. 3º** - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. **Parágrafo único** - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

⁷ **É o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a VIDA em todas as suas formas (Lei 6.938/81, art. 3º, inc. I).** Conceito jurídico aberto, harmônico com a CF (art. 225), que buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.”

Ano	Invalidez temporária: + de 15 dias	Invalidez permanente	Mortes	Soma	Excluídos por dia
2010	309.827	15.942	2.753	18.695	51
2011	306.503	16.658	2.938	19.596	54
2012	288.063	17.047	2.768	19.815	54
2013	281.604	17.030	2.841	19.871	54
2014	262.027	15.995	2.819	18.814	52
2015	156.030	11.028	2.502	13.530	37

Fonte: Dados obtidos nos slides da aula ministrada no CESUL em 2017 pelo Des. Sebastião Geraldo de Oliveira – TRT 3ª Região.

A terceirização com as características da nova legislação provavelmente trará maior precarização dos contratos de trabalho com a não garantia de direitos mínimos em clara afronta aos princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, gerando o aumento do número de acidentes de trabalho.

5 A PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHADOR ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos, sua proteção e promoção são de responsabilidades primordiais dos Governos segundo item I.1 da Declaração e Programa de ação de Viena adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25.6.1993. SARLET ainda nos ensina a distinção básica entre direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais:

Os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; A expressão direitos humanos por sua vez, guardará relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional e que, portanto,

aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. Os direitos naturais não se equiparam aos direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos. (SARLET, 1998, p. 49).

Os direitos fundamentais enquanto expressão de direitos do ser humano reconhecidos e positivados lançam suas raízes históricas nas declarações e cartas sociais elaboradas a partir do século XIII. Traçaremos em apertada síntese esta evolução histórica sem a pretensão de esgotarmos todos os diplomas. No século XIII na Inglaterra em 15 de junho de 1215 é outorgada a Carta Magna por João Sem Terra (Magna Charta Libertatum). Esta Carta assegurava liberdades públicas estabelecendo direitos dos homens livres. No século XVII vemos surgir na Inglaterra a Petição de Direitos (Petition of Right) em 1628 e o Habeas Corpus (Habeas Corpus Act) em 1679.

No século XVIII nos Estados Unidos surge a Declaração de Virgínia em 1676 que na sua seção I proclamava o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Na França é promulgada pela Assembleia Nacional a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em 1789. Berço moderno dos direitos fundamentais. Assegurava direito aos princípios da igualdade, liberdade, segurança, resistência a opressão política, legalidade, da reserva legal e da anterioridade em matéria penal, da presunção da inocência, liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento. No século XIX os principais textos que tratam acerca dos direitos fundamentais são: a Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917, a Constituição de Weimar de 11 de agosto de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo e do Trabalhador e Explorados de 17 de janeiro de 1918, a Constituição Soviética (1ª) de 10 de julho de 1918 e a Carta do trabalho (carta de trabalho) editada pela Itália em 21 de abril de 1927 em pleno período do Estado Fascista. Culminado este período de consolidação dos direitos humanos é aprovada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948.

Art. XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

1. Todo Homem tem direito a um produto de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Dentre os direitos fundamentais encontramos o direito à seguridade social.

O direito à proteção laboral é direito fundamental de segunda geração. Com o reconhecimento dos direitos de segunda geração, o direito assume uma dimensão positiva não como forma de aceitar a intervenção do Estado na liberdade individual, mas como meio de proporcionar uma participação do bem estar social.

Cesarino Júnior (1970, p. 294) define direito social como a:

ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto de seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem convenientemente suas necessidades vitais e ter acesso à propriedade privada.

Por sua vez Silva (1993, p. 258) conceitua direitos sociais como:

dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida dos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporcional condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais consistem em cláusulas pétreas implícitas na categoria de normas intangíveis relativas aos direitos fundamentais que englobam o Título II, capítulos I, II, III e IV da Constituição que englobam os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, não podendo ser atingidos por emenda tendentes a aboli-los. Chega-se a esta conclusão com a utilização das técnicas de interpretação extensiva, sistemática, lógica e teleológica do texto constitucional. Uma, porque o legislador ao redigir o inc. IV, § 4º do art. 60 da Constituição disse menos do que efetivamente era do seu desejo. Ao utilizar a expressão ‘direitos e garantias individuais’ quis, referir-se a ‘direitos e garantias fundamentais’ uma vez que o Título II da Constituição trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Duas, porque entre os direitos sociais do trabalhador temos direitos individuais (art.7º da Constituição) e coletivos (arts. 8º, 9º, 10 e 11 da Constituição). Os direitos de natureza individual são intangíveis, em face de estarem atrelados ao direito da igualdade previsto no art. 5º da Constituição.

6 A REFORMA TRABALHISTA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A reforma trabalhista brasileira como operacionalizada fere o princípio da proibição do retrocesso social ao não efetivar ou ter a possibilidade de diminuir o patamar protetivo constitucional garantido no art.5º § 2º e 7º, *caput*. Nesta medida seria a reforma inconstitucional por revogar direitos sociais já regulamentados sem a criação de mecanismo compensador da anulação de tais benefícios.

Segundo Canotilho (2003, p. 338-339):

Os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio

em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, Pinto e Netto (2010, p. 139) entende que é possível a alteração e reconfiguração da proteção social em respeito e observância do princípio democrático.

A objeção fundada no princípio democrático contra uma proibição de retrocesso na seara dos direitos sociais parte da afirmação de que democracia exige espaço de conformação para o Legislador, espaço que envolva decisões importantes para a comunidade política e se abra a diversos projetos, numa perspectiva pluralista e possibilitadora de alternância no poder. Por este prisma, ainda que o princípio democrático, no que tange à liberdade de conformação do Legislador, sofra limitações advindas da superioridade das normas constitucionais, não se concebe, dentre elas uma proibição de retrocesso social, por diversos fatores, entre os quais se destacam: a) a ausência de determinação constitucional de meios, formas e ritmos de concretização dos direitos sociais; b) a intensa conexão destes direitos com escolhas políticas e orçamentárias, com definição das políticas públicas e tarefas estatais; c) a dependência da concretização destes direitos de fatores econômicos que impõem a escolha de prioridades. Neste contexto, não haveria como, sem aniquilar o princípio democrático, proibir o Legislador de uma vez emanada legislação concretizadora de direitos sociais, alterá-la de modo a retroceder no nível de concretização alcançado. Uma tal proibição representa uma cristalização da ordem jurídica, com retirada de espaço de conformação do Legislador e de sua capacidade de autorrevisibilidade em prejuízo da democracia e do pluralismo, além de não se coadunar com os condicionantes fáticos que pesam sobre os direitos sociais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista efetivada no Brasil no tocante ao instituto da terceirização vem causando perplexidade e boa parte dos operadores do

direito vem se posicionando de forma contrária à sua extensão para a atividade fim. Conquanto sob a ótica econômica entenda-se que os efeitos gerados sejam favoráveis em especial quanto ao aumento das vagas de trabalho. Os efeitos da crise financeira do Brasil foram um dos fatores que mais incentivaram a reforma trabalhista, porém não se pode deixar de registrar que o Direito do Trabalho no Brasil também passa por uma crise. E que a reforma da legislação trabalhista efetivada no Brasil com a vigência da Lei 13.467/2017 foi o veículo de adequação aos novos tempos.

A grande questão é se estas transformações nas relações laborais gerarão retrocesso social, na medida em que a nova forma de desenvolvimento de atividades estaria a revogar direitos sociais já regulamentados sem a inserção de mecanismo compensador. Só o futuro breve nos mostrará. Pelas impressões registradas neste artigo entendemos que a terceirização ampla implica em retrocesso social.

Por fim vale registrar decisão proferida pelo STF (Supremo Tribunal Federal) sobre o tema terceirização no bojo do período que antecedeu a aprovação da Lei 13.467/17 e que indica qual o entendimento do tribunal superior acerca deste instituto. PLENÁRIO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 760.931 DISTRITO FEDERALEMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO.

LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16.

EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES.

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores.

3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício.

4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”.

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade

organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art.

37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores.

7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.

9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante

a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em conhecer em parte do recurso extraordinário e, na parte conhecida, a ele dar provimento, vencidos os Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux. Em assentada posterior, em 26/04/2017, o Tribunal, por maioria e nos termos RE 760931 / DF do voto do Ministro LUIZ FUX, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de março de 2017. LUIZ FUX - REDATOR PARA O ACÓRDÃO.

REFERÊNCIAS

AURICCHIO, Leonardo Luiz. *Aspectos Gerais da terceirização e terceirização como fator de inclusão*. 2016. Dissertação (Mestrado)—Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BEORDO, Poliana. Terceirização ou precarização do trabalho: a situação do hipossuficiente. In: SEMINÁRIO DO TRABALHO, 6., 2008, Marília. *Anais eletrônicos...* Marília: UNESP, 2008.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA Alisson. A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124-141, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>>. Acesso em: 01 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro, 1º volume*. São Paulo: Saraiva, 1970.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; DOSSIÊ REFORMA TRABALHISTA. Terceirização: Principais Modificações Decorrentes da Reforma Trabalhista. *GenJurídico*, 16 ago. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/08/16/terceirizacao-principais-modificacoes-decorrentes-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’anna. *O trabalho decente como pressuposto essencial do Sistema de Seguridade Social. O efeito cliquet e a construção do mínimo existencial “beveridgiano”*. 2017. Tese. (Doutorado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo. *Terceirização - Necessidade para economia e desafio para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VASCONCELLOS, Armando Cruz. Nova Lei da Terceirização: O que mudou? *Revista LTr*, São Paulo, ano 81, n. 07, jul. 2017.

AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Alexsandra Fraron¹
Janaina Dias de Deus²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as condições da ação no novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 – NCPC, através de um lineamento histórico abordando as teorias, os elementos e as condições da ação no Código de Processo Civil de 1973. Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil houve muitas mudanças, assim a pesquisa centra-se na necessidade de uma reflexão sobre as alterações, verificando por que se deu essa mudança. Através do método comparativo, percebe-se que houve essa alteração nas condições da ação, com a exclusão da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito. O NCPC não trata mais de condições da ação e carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido. A legitimidade das partes e o interesse de agir estão nos pressupostos processuais, passando a ser causa de indeferimento da inicial e a possibilidade jurídica do pedido passa a ser causa de improcedência liminar do pedido, visando efetividade e celeridade no processo.

Palavras-chave: Condições da ação. Novo Código de Processo Civil. Mudanças nas Condições da Ação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará as alterações que ocorreram com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (NCPC), no que diz respeito às condições da ação.

De acordo com o Código de Processo Civil de 1973, para que fosse exercido o direito de ação, exigia-se a presença concomitante de três requisitos

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; ale.fraron@hotmail.com

² Pós-Graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos; janadias10@hotmail.com

indispensáveis, quais sejam: a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Por quase meio século, esses requisitos, mais comumente conhecidos como condições da ação, foram tidos como imprescindíveis para a sua propositura, chegando ao ponto de sua ausência acarretar a extinção do processo sem resolução de mérito, ocorrendo, assim, a chamada carência de ação.

Entretanto, esse cenário, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, sofreu mudanças, considerando-se a reforma ocorrida no campo das condicionantes da ação, a qual alterou esses requisitos para pressupostos processuais, incidindo, inclusive, na questão de mérito.

Destaca-se que referida alteração faz com que se tenha uma inevitável mudança na doutrina e no entendimento jurisprudencial, fazendo com que os operadores do Direito reavaliem os institutos processuais, verificando sua compatibilidade com as novas normas trazidas pelo novo Código, de modo a conferir uma maior efetividade ao processo.

Neste sentido, o presente artigo tem o objetivo de analisar as alterações ocorridas com a entrada do novo Código de Processo Civil, debatendo a continuidade ou não das condições da ação.

Para tanto, inicia-se a primeira unidade com a exploração histórica do conceito do direito de ação e sua evolução, discorrendo-se sobre as teorias erigidas ao longo dos anos e na sequência, será discorrido sobre os elementos da ação.

Após, e já na segunda unidade, será efetuada uma análise acerca de cada condição da ação, suas peculiaridades e consequências, em consonância com o Código de Processo Civil de 1973, para, então, na terceira e última unidade, trazer as discussões que ensejaram a reforma e as alterações trazidas pelo novo Código, esclarecendo a nova modelagem das condições da ação, inclusive fazendo um comparativo entre o antigo *códex* e o novo diploma de 2015.

No entanto, com o presente artigo, não se almeja esgotar o assunto, mas sim contribuir para o mesmo, de modo a buscar uma nova percepção,

bem como uma reflexão entre os operadores do Direito, acerca dos institutos processuais que durante décadas permaneceram incólumes.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ação é um tema de suma importância para o direito processual, e muito discutido pelos historiadores ao longo dos anos.

Neste sentido, para se chegar a um entendimento sobre as condições da ação no novo Código de Processo Civil, primeiramente é necessário compreender o que é a ação e sua natureza jurídica, através de seu desenvolvimento histórico e processual, até porque foram anos de debates e estudos para se chegar ao entendimento até então vigente.

2.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Inicialmente, verifica-se que, no que tange à ação, é vedado, em regra, ao cidadão promover a autodefesa, a auto composição e a arbitragem, como meio de solução dos conflitos, são limitadas, já que cabe ao Estado moderno o exercício da função jurisdicional, a qual inclusive é uma de suas tarefas fundamentais.

Assim, cabe a ele solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade de acordo com as normas jurídicas. No entanto, a jurisdição é inerte, dependendo de provocação da parte lesionada para que se tenha um caso concreto e o Estado dê a tutela jurisdicional, efetivando-se, desse modo, o exercício da ação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 285).

Entende-se que a jurisdição é a atividade do Estado, atribuída aos juízes no Poder Judiciário, com o fim de resolver conflitos e controvérsias, os quais surgem nas relações sociais e são de difícil solução, impedindo que estes realizem justiça com as próprias mãos.

Ao mesmo tempo, a iniciativa do processo é um direito de parte, ou seja, o direito de provocar o exercício da jurisdição visa obter uma proteção de um interesse próprio, violado ou ameaçado (LIEBMAN, 2005, p. 194).

Em outras palavras, o juiz não age por iniciativa própria, apenas mediante provocação da parte interessada ou, em alguns casos, a requerimento do Ministério Público.

Eis aí que surge a ação, conceituada por Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 285, grifo do autor) “como o direito ao *exercício* da atividade jurisdicional [...] que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.”

Entretanto, a prestação jurisdicional não pode ser dada imediatamente sem participação da outra parte, a qual é, na maioria das vezes, vital para que o julgador compreenda o caso, partindo-se da alegação dos fatos de ambas as partes interessadas, suas provas e suas demonstrações do direito para ao final aplicar uma solução adequada para ambas as partes.

Nesta acepção, o magistrado deve ser o receptor das provas e da sua apreciação, aplicando-se a norma abstrata ao caso concreto para solucionar a espécie controvertida, posta aos cuidados do Estado pelo autor da ação (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 155).

Para tanto, surge a necessidade do preenchimento de certos requisitos e condições para que o processo seja válido e eficaz, de modo que não haverá viabilidade da demanda, se esses requisitos não forem atendidos já na peça exordial do feito.

Neste liame, no que diz respeito às condicionantes da ação, os doutrinadores Dinamarco e Lopes (2016, p. 116, grifo do autor) ensinam que estas “[...] constituem requisitos sem os quais o *direito de ação* *inexiste* em dado caso concreto.”

No mesmo sentido, elucida Theodoro Júnior (2015, p. 156), que é necessário alguns requisitos para a existência da ação, requisitos esses chamados de condições da ação.

Completando, Wambier e Talamini (2015, p. 188) afirmam que, para a regular instauração do processo e obtenção da tutela jurisdicional, as condições da ação devem estar presentes ao mesmo tempo, pois ausente uma delas o processo não se desenvolve de forma válida e o juiz irá decretar a carência da ação, extinguindo o processo sem a realização prática do direito representado na ação.

Em se tratando de carência da ação, não quer dizer que não houve processo e exercício da função jurisdicional, pois o autor é ouvido em juízo, mas, por não preencher os requisitos essenciais, a relação processual não é eficaz e o processo é encerrado antes da apreciação do pleito autoral propriamente dito.

Está apreciação, inclusive, se traduz na própria análise do mérito da causa, a qual, nas palavras de Theodoro Júnior (2014, p. 142), é “[...] a própria lide, e sentença de mérito é aquela que dê solução definitiva ao litígio, isto é, que julgue procedente ou improcedente o pedido formulado pelo autor.”

Neste cenário, Didier Júnior (2005, p. 207) ensina quais são as condições da ação: “[...] a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.”

Desta forma, conclui-se que para que o juiz tenha acesso ao julgamento de mérito é necessária a existência das condições da ação, as quais são requisitos iniciais e fundamentais do processo.

No entanto, antes de partir para a análise das condições da ação e suas peculiaridades, faz-se necessária uma breve explanação sobre a evolução histórica das teorias da ação no Direito Processual Civil, para melhor se compreender como se obteve o entendimento atual acerca dessas condicionantes no Novo Código de Processo Civil de 2015.

2.1.2 Teorias da ação

Diante de muitas discussões na história do direito sobre o conceito da ação, se faz necessária uma breve exploração relativamente às teorias formuladas no decorrer das décadas, desde as primeiras definições até a teoria adotada pelo ordenamento brasileiro.

2.1.2.1 Teoria clássica da ação

A teoria clássica da ação, também denominada de civilista ou imanentista, originou-se no Direito Romano, surgindo da polêmica entre Windscheid e Muther gerada na Alemanha.

Neste sentido, Marinoni (2010, p. 165 apud GOMES; SILVA, 2010, p. 86) elucida que Muther, “defendia que o direito de ação voltava-se contra o Estado (portanto, um caráter público) representado pelos órgãos jurisdicionais, bem como afirmava que a ação seria o direito à ‘fórmula’.”

Ainda nas palavras do autor acima, Windscheid partia da ideia de que a ordenação romana não era como é a moderna, uma ordenação de pretensões que podem ser perseguidas judicialmente, enquanto Muther argumentava que a ordenação romana era de direitos, quem pede a fórmula ao credor também deveria ter direito subjetivo (GOMES; SILVA, 2012).

Explicam Gomes e Silva (2012, p. 83) que, para os adeptos da teoria clássica, “o conceito de ação estava integrado à própria noção de direito material, e entendia-se, no máximo, como uma variação ou transformação deste direito que, quando violado, reagiria.”

Na época, defendia-se que a ação era apenas um direito material, ou seja, o meio de postular em juízo para se ter o que é seu de direito.

A partir dessa polêmica entre Windscheid e Muther, o direito processual no que trata dos pressupostos processuais passou a ser estudado de forma científica e o direito de ação a ser diferenciado do direito material.

2.1.2.2 Teoria concreta da ação

A teoria concreta, desenvolvida por Adolf Wach em 1885, e trabalhada por Chiovenda, parte da premissa de que a ação se trata de um direito autônomo, mas com a existência do direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO 2015, p. 286).³

Neste viés, na concepção de Wach, o direito material não era pressuposto para o exercício do direito de ação, pois, na ação declaratória, não se verificava a pretensão de um direito material, assim, concluiu-se que, nesta teoria, o direito material insatisfeito não é pressuposto ou fundamento do direito de ação, mas, em relação à própria existência daquilo que se afirma, tem-se que, quando ausente o direito material afirmado pelo autor, será prestada ao réu, como reflexo de paridade de oportunidades (GOMES; SILVA, 2012, p. 91).

Nesta linha, vale mencionar que como a existência de tutela jurisdicional só é satisfeita diante de proteção concreta, o direito de ação só existe quando a sentença for favorável, sendo que tal situação resultou no fracasso da teoria concreta, por não explicarem a situação de improcedência (GOMES E SILVA, 2012, p. 88).⁴

Nas palavras de Wambier e Talamini (2015, p. 172), esta teoria não teve êxito no ordenamento, porque “somente admitia a efetiva existência da ação se e quando se tratasse de hipótese em que a sentença fosse favorável ao autor.”

³ Foi Wach, ainda na Alemanha, quem elaborou a teoria do direito concreto à tutela jurídica. A ação é um direito autônomo, não pressupondo necessariamente o direito subjetivo material violado ou ameaçado, como demonstram as ações meramente declaratórias [...] Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição.

⁴ [...] marcada pelo argumento que atinge as bases de sua estrutura, que é sentença de improcedência, ou seja, a teoria da ação como direito concreto, formulada e definida, principalmente por Wach e Chiovenda, fracassaram por, supostamente, não ter explicado a situação de improcedência.

Nesta acepção, esta teoria é inaceitável, pois não seria possível explicar os atos praticados na sentença, quando se julgasse improcedente os pedidos.

2.1.2.3 Teoria abstrata da ação

Criada por Degenkolb e Plósz, a teoria da ação como direito abstrato, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 288) independe da existência do direito material, assim, “não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material.”

Vale dizer, nas palavras de Gomes e Silva (2012, p. 104) que “a teoria do direito de ação como um direito abstrato entende que o direito de ação carece de explicação quando o resultado da demanda for de improcedência.”

Segundo essa teoria, qualquer pessoa é titular de um direito, por meio do qual pode pedir a atuação jurisdicional, tendo ou não razão do que se pede, assim, julgado improcedente o pedido pelo juiz, significando que o autor não tem o direito material alegado, mesmo assim este terá exercido o direito de ação, através da provocação da atuação jurisdicional (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 172).

Para os criadores desta teoria, na visão de Neves (2016, p. 186), “o direito de ação é abstrato, genérico e incondicionado, não existindo nenhum requisito que precise ser preenchido para a sua existência.”

Neste sentido, nessa teoria não existem as condições da ação nem a carência da ação, pois, não necessita de condição para o exercício do direito de ação.

2.1.2.4 Teoria eclética da ação

A teoria adotada pelo ordenamento jurídico de 1973 é a teoria de Enrico Tulio Liebman, chamada de Teoria Eclética da ação, de acordo com

a qual, para Didier Júnior (2005, p. 207) “o direito de ação é o direito ao julgamento do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo.”

Nesta linha, menciona Neves (2016, p. 187) “A teoria eclética defende que a existência do direito de ação não depende da existência do direito material, mas do preenchimento de certos requisitos formais chamados de ‘condições da ação’.”

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 294) a observância dessas condições deve-se ao princípio da economia processual, pois com a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos trazidos com ela já se percebe que a tutela jurisdicional requerida não pode ser concedida, devendo ser negada.

Para os seguidores desta teoria, todos têm direito de pedir a atuação jurisdicional, mas nem todos têm direito a uma sentença de mérito, sendo necessário preencher as condições da ação. Assim, para essa teoria, a abstração não é absoluta, pois, para exercer esse direito é necessário observar as condições da ação (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 172).

Neste liame, Neves (2016, p. 187-188)⁵ esclarece que quando ausentes as condições da ação ocorre a carência da ação sem a formação de coisa julgada material.

Ainda, Dinamarco e Lopes (2016, p. 115-116) elucidam que o direito de ação para Liebman, “é direito a obter o pronunciamento do juiz sobre uma pretensão, ou sobre o mérito [...]. Estando presentes as condições da ação [...] o juiz pronuncia uma sentença de mérito, mas julga a causa contrariamente aos interesses do autor.”

⁵ Para essa teoria, as condições da ação não se confundem com o mérito, ainda que sejam aferidas à luz da relação jurídica de direito material discutida no processo, sendo analisadas preliminarmente e, quando ausentes, geram uma sentença terminativa de carência de ação (art. 485, VI, do Novo CPC) sem a formação de coisa julgada material. Estando presentes no caso concreto, o juiz profere sentença de mérito, que tanto poderá acolher como rejeitar o pedido do autor.

Sendo assim, quando faltar uma das condições o juiz se negará a julgar a pretensão do autor, pois este não terá o direito de ação.

Nesta senda, é importante destacar que esta teoria foi adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, reconhecendo como condições da ação: legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, porém, posteriormente Liebman mudou sua posição e excluiu a possibilidade jurídica do rol das condições da ação.

Desta maneira, o Código de Processo Civil de 1973 adotou as três condições da ação citadas acima, mas para Liebman (2005, p. 203), essas passaram a ser apenas “interesse de agir e a legitimação [...] elas são requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito [...]”

Diante disso, após entender a teoria adotada e o conceito do direito de ação, passa-se a indispensável conceituação e explanação dos elementos da ação, os quais se relacionam com as condições da ação.

2.1.3 Elementos da ação

Os elementos da ação ou da demanda referem-se à ação exercida perante o judiciário, bastando apenas um dos elementos ser diverso da demanda de outra pessoa para se tratarem de ações diversas (SOUZA et al., 2016, p. 210-211).

Os elementos da ação, distintamente das condições da ação, servem para identificar a ação, sendo que esta será modificada, caso esses elementos sofram alterações.

Nesse sentido, os elementos podem ser identificados já na petição inicial, através das partes, fatos e fundamentos e do pedido, com base no artigo 319 do NCPC (SOUZA et al. 2016, p. 216).⁶

⁶ Com efeito, na petição inicial o autor indicará o nome e a qualificação do autor e do réu (art. 319, II). A partir do cumprimento desse requisito podemos saber quem são as partes. Ao indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, III), o autor estará escl-

É por meio dos elementos que se identificam os casos em que haverá litispendência ou coisa julgada, casos idênticos ou, se diferentes, se haverá conexão ou continência.

Portanto, são elementos da ação: partes, causa de pedir e pedido, que serão analisados a seguir.

2.1.3.1 Partes

O primeiro desses elementos a se identificar são as partes, que se consubstanciam em autor e réu.

O autor é aquele que, em nome próprio, vem a juízo para expor sua pretensão e formular o seu pedido, e o réu é aquele em direção a quem ou contra quem o autor formulou o pedido (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 176).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 299) definem que as partes são as pessoas que participam do processo e “vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido (réu), de maneira que uma sua situação jurídica será objeto de apreciação judiciária.”

Deve-se atentar que, no que diz respeito às partes, essas podem ser: processuais, materiais e legítimas.

A parte processual é aquela que está na relação processual, faz parte do contraditório, assume qualquer situação jurídica, atua com parcialidade e pode sofrer consequências com o resultado da decisão final. A parte material é o sujeito da situação discutida em juízo, pode ser ou não parte legítima, pois pode ser outra pessoa com legitimação para defender. Já a parte legítima

recendo os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 319, IV), o autor estará completando a identificação do ultimo elemento da demanda [...] A petição inicial porém é a base de fixação dos elementos da demanda, que assim irão prosseguir no processo caso não haja motivo de alteração previsto em lei.

é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo determinada situação (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 202-203).

Segundo a doutrina existem quatro formas de adquirir a qualidade de parte, as quais, de acordo com Dinamarco (apud NEVES, 2017, p. 207) são: pelo ingresso da demanda, pela citação, pela sucessão processual e de forma voluntária, onde também atua o Ministério Público como fiscal da lei.

Á vista disso, observa-se que o elemento partes é essencial para identificar a ação e requisito indispensável que não se pode abrir mão, pois, caso não se tenha sujeitos, não é dada a tutela jurisdicional.

2.1.3.2 Causa de Pedir

Entendido o conceito de partes, Souza et al. (2016, p. 211), passando ao próximo elemento, assevera que a causa de pedir “deve ser entendida como o motivo que levou o demandante a pleitear algo perante o judiciário.”

Neste aspecto, elucidam Wambier e Talamini (2015, p. 177) que a causa de pedir é “[...] o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável. [...] a causa de pedir é o motivo em virtude do qual a parte autora dirige determinado pedido ao Poder Judiciário.”

E, neste contexto, nas palavras de Theodoro Júnior (2015, p. 176, grifo do autor), a causa de pedir não é uma norma invocada pela parte, mas o fato jurídico que trás a pretensão em juízo, pois, “Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A *causa de pedir*, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica [...]”

Souza et al. (2016, p. 211) elucidam que “o Código de Processo Civil acaba endossando essa divisão quando trata da petição inicial, que o autor deverá apresentar a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido.”

Na concepção de Gonçalves (2012, p. 73), “os fundamentos jurídicos são o direito que o autor quer que seja aplicado ao caso, é a norma geral e abstrata [...] já os fatos são aqueles acontecimentos concretos e específicos que ocorreram [...]”, na vivência da parte autora.

Partindo dessa premissa, averigua-se que o autor deve elaborar a inicial indicando as partes, descrevendo os fatos como realmente ocorreram, elencando os fundamentos jurídicos e, ao final, formulando o pedido, o qual deve estar relacionado aos fatos, sob pena da inicial ser considerada inepta.

2.1.3.3 Pedido

Por fim, o último elemento da ação, mas não menos importante, é o pedido, o qual, nas palavras dos autores Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 300, grifo do autor) “não se justificaria o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou *provimento*.”

Para Souza et al. (2016, p. 213) o pedido “[...] deve ser considerado sob duas vertentes: o pedido imediato, que é um provimento jurisdicional, e o pedido mediato, que é o bem da vida almejado pela parte.”

Em outros termos, o pedido imediato é o provimento condenatório, onde o autor quer que o réu seja condenado, e o pedido mediato refere-se ao que se pretende receber. Para que isso ocorra, o pedido deve ser certo e determinado, devendo o autor não apenas indicar com precisão o que é o objeto da demanda, mas também, especificar a quantidade daquele bem da vida, fazendo-se constar na petição inicial o que se pretende (SOUZA et al., 2016, p. 214).

Neste contexto, para Bezerra (2017), o “Pedido certo é aquele feito de forma expressa, com precisão, de conteúdo explícito. É dizer, a norma, como padrão, desacolhe pedido feito de forma implícita, tácita, velada, etc.”

Já o pedido determinado, nas palavras de Bezerra (2017, grifo do autor), entende-se que é “*aquele definido quanto à quantidade e qualidade*.”

O pedido deve ser certo e determinado, não bastando apenas um ou outro, é necessário ambos, afinal um pedido incerto impede sua defesa, e um pedido indeterminado deixa dúvidas do que se pretende.

Portanto, se o autor almeja ter o seu pedido atendido, este deve observar os requisitos do elemento pedido, destacando-se que todos os elementos da ação devem ser atendidos como requisitos mínimos que identificam a ação.

3 CONDIÇÕES DA AÇÃO

As condições da ação, conceituadas por Liebman (2005, p. 203) “são os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer).”

Nesta linha, Bueno (2014, p. 347) em sua perspectiva, explica que o objetivo das condições da ação é evitar a propositura de ações desnecessárias.

Elucida Dinamarco (2009, p. 325) que “as partes só poderão ter o direito ao julgamento do mérito quando, no momento em que este está para ser pronunciado, estiverem presentes as três condições da ação.”

No Código de Processo Civil de 1973, tinham-se como condições da ação: o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade das partes, sendo que tais condicionantes deveriam estar presentes concomitantemente, sob pena de carência da ação e de decisão sem resolução de mérito.

No que diz respeito à carência da ação Dinamarco (2009, p. 305, grifo do autor), elucida que “*Carece de ação* quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que *apenas um* deles lhe falte.”

Acrescenta, ainda, Santos (2011, p. 203) que as condições da ação são “requisitos que esta deve preencher para que se profira uma decisão de mérito.

São, pois, as condições da ação apreciadas e decididas como preliminares da sentença de mérito quanto à pretensão.”

3.1 INTERESSE DE AGIR

O primeiro requisito para propositura da ação consubstancia-se no interesse de agir, também chamado de interesse processual, o qual está relacionado ao elemento causa de pedir.

Segundo Souza et al. (2016, p. 222), “Essa condição da ação parte da premissa de que o Estado deve prestar jurisdição, com todo o correspondente desenvolvimento processual, quando se possa com ela atingir um resultado útil.”

Nesta perspectiva, entende-se que há interesse de agir quando alguém necessita sanar ou evitar algum prejuízo através da intervenção dos órgãos do judiciário, a qual se dá por meio da ação adequada.

Ainda, constata-se que o interesse de agir exige o preenchimento do binômio necessidade e adequação, sendo que, ainda, alguns doutrinadores incluem a utilidade como interesse de agir.

Neste sentido, Dinamarco (2009, p. 311-312, grifo do autor) defende que para a aferição do interesse de agir é útil apenas à necessidade e adequação, e “só há *interesse-necessidade* quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado.” E, o “*interesse-adequação* liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando uma técnica e sendo destinado à solução de certas situações da vida indicadas pelo legislador.”

A presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas a apreciação de mérito, permitindo que o resultado seja útil (WAMBIER; TALAMINI, 2015 p. 190).

Finalizando, Liebman (2005, p. 207, grifo do autor) resume o interesse de agir na “*relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o*

provimento de tutela jurisdicional pedido. Ele não é requisito só da ação, mas de todos os direitos processuais [...]”

3.2 LEGITIMIDADE DAS PARTES

A legitimidade das partes, também denominada de legitimidade para agir, *legitimatío ad causam* ou legitimidade para a causa, está ligada à identificação de quem pretende postular em juízo, seja como autor, seja como réu.

Nas palavras de Didier Júnior (2017, p. 386) todos têm o direito de provocar a atividade jurisdicional, mas ninguém está autorizado a levar a juízo, qualquer pretensão relacionada a qualquer objeto litigioso, é necessário a existência de um vínculo entre os sujeitos, ou seja, as partes e a situação jurídica.

Deveras, autor e réu devem ser partes legítimas, sendo que, para ter legitimidade, o primeiro deve ser o titular da situação jurídica em juízo, enquanto que para o segundo é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 190).

Deste modo, observa-se que a legitimidade de parte nada mais é do que a capacidade jurídica transportada para o juízo, onde a regra válida é que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres tem legitimidade para ser parte (BUENO, 2014, p. 348).

Ainda, no que diz respeito a legitimidade de partes, verifica-se que esta se divide em: legitimidade extraordinária e legitimidade ordinária.

A legitimidade extraordinária, de acordo com Theodoro Junior (2014, p. 163), ocorre em casos excepcionais e consiste em “permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio.”

Já a legitimidade ordinária, nas palavras de Gomes (2009, grifo do autor) é “quando a lei atribui legitimidade ao titular da relação jurídica discutida, ou seja, a parte corresponde com o legitimado, que defenderá em nome próprio *direito próprio*.”

No entanto, percebe-se que existe uma diferença entre legitimidade ordinária e a extraordinária, a primeira ocorre quando o próprio titular do direito pleiteia em juízo e a segunda ocorre quando o sujeito não é titular do direito, mas torna-se parte na causa.

3.3 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido sempre foi alvo de muita discussão e críticas, pela dificuldade de ser traçada uma distinção precisa entre a decisão que extingue o processo por impossibilidade jurídica do pedido e a decisão de mérito que julga a demanda improcedente.

Por isso, cabe mencionar, que a condição explanada neste tópico diz respeito ao Código de Processo Civil de 1973, sendo que na próxima unidade será abordado apenas os estudos referentes ao Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe mudanças no que diz respeito a essa condicionante da ação.

Para Liebman (2005, p. 205), defensor e criador da teoria eclética, a possibilidade jurídica do pedido “é representada pela admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, pelo fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade judiciária pode emitir, não sendo expressamente proibido.”

Em outros termos, Fuhrer (1992, p. 55) assevera que “o pedido deve ser apto, em tese, a poder ser atendido pelo ordenamento jurídico em vigor”, não podendo, deste modo, ser impossível, devendo estar previsto no ordenamento jurídico, sob pena de caracterizar impossibilidade jurídica do pedido.

Ocorrendo a impossibilidade jurídica do pedido, a ação será recusada sem que o juiz considere as alegações do autor e independentemente de provas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 294).

Importante destacar que essa categoria se desenvolveu devido à doutrina de Liebman, mas durante suas reedições a possibilidade do pedido acabou sendo afastada, permanecendo apenas a legitimidade de parte e o

interesse de agir, conforme será explorado adiante (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 144).

3.4 TEORIA DA ASSERÇÃO E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

No que diz respeito às teorias que explicam as condições da ação, é imperioso destacar ainda que, para alguns doutrinadores, a teoria eclética subdividiu-se em outras duas, a teoria da asserção e teoria da exposição.

Neste contexto, como bem assevera Gomes e Silva (2012, p. 116) “[...] a teoria eclética do direito de ação pode ser inserido na teoria da exposição, pois as condições da ação devem ser devidamente comprovadas por aquele que propõe a demanda; de outro, a teoria da asserção busca maior aproveitamento da atividade processual [...]”

Para os seguidores da teoria da asserção, as condições deveriam ser apresentadas pelo autor em sua petição inicial, assim estaria diante de questões de mérito, por estarem já expostas de forma correta, e só após se verificasse a falta de implementação (DINAMARCO; LOPES, 2016, p. 118).

Nesta linha, Gomes e Silva (2012, p. 119) elucidam sobre a ausência das condições da ação, pois, “[...] caso a ausência de alguma das condições da ação não tenha sido verificada naquele instante, quando do juízo de admissibilidade da demanda, tais condições passam a ser requisitos para a qualidade da decisão definitiva que determina a improcedência.”

Importante destacar que para a decisão definitiva, as condições da ação serão requisitos que, caso não preenchidos, culminaram na improcedência, mas se verificados, necessariamente, não importarão em procedência (GOMES; SILVA, 2012, p. 119).

Porém, Didier Júnior (2011, p. 208) deixa claro que a teoria adotada é a de Liebman, mesmo que a teoria da asserção seja melhor e minimize os problemas, pois, a falta de condição da ação já os leva ao caso de improcedência manifesta, dispensando a produção de provas.

Neste sentido, Souza et al. (2016, p. 228) elucidam que esta teoria é medida de economia processual, pois através da cognição superficial, extingue desde logo, todos os processos que não possuem viabilidade alguma.

4 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Após a análise do conceito de ação, teorias e elementos, o estudo das condições da ação uma a uma, no que dizem respeito ao Código de Processo Civil de 1973, o qual vigorou por mais de 40 anos, passar-se-á ao estudo dos motivos e das mudanças advindas com o Código de Processo Civil de 2015.

4.1 LEI N. 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2016

O Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15, mais comumente denominado de “NCPC” –, entrou em vigor dia 16 de março de 2016, revogando a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com muitas mudanças, visando, principalmente, maior celeridade no andamento processual e evitando prejuízos para todos os envolvidos no processo.

Com efeito, a partir dos anos noventa, ocorreram significativas alterações com o objetivo de adaptar as normas processuais às mudanças da sociedade, as quais geraram resultados positivos, bem como negativos, tendo em vista que com essa inclusão gerou uma desorganização no código da época, comprometendo a sua forma sistemática e acarretando uma polêmica entre os magistrados (BRASIL, 2010, p. 12).

Foram leis e dispositivos acrescentados, revogados e modificados ao longo dos anos, o que incutiu nos operadores do Direito a necessidade de um Novo Código de Processo Civil.

Essa necessidade exposta através de verdadeiros fundamentos e objetivos no anteprojeto do novo código (BRASIL, 2010, p. 14).⁷

Neste liame, no que tange às condições da ação, como visto anteriormente, foram anos de muitas discussões entre doutrinadores, as quais, inclusive foram objetos de mudanças no novo código.

Deveras, com a entrada em vigor da Lei n. 13.105, em 16 de março de 2016, as condições da ação não são mais assim chamadas, mas os seus elementos permanecem, o que demonstra que o novo *codex* acolheu algumas críticas que não se refere mais à possibilidade jurídica do pedido, a carência da ação e a expressão condição da ação, surgindo novos questionamentos entre os operadores do direito, conforme será visto na sequência.

4.2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As condições da ação, em momento anterior, foram definidas por Liebman (2005, p. 203) como sendo “[...] os requisitos de existência da ação, devendo por isso ser objeto de investigação no processo, preliminarmente ao exame do mérito (ainda que implicitamente, como costuma ocorrer).”

No Código de 1973, as condições da ação eram requisitos mínimos para a propositura da ação, sendo eles: o interesse de agir, a legitimidade de partes e a possibilidade jurídica do pedido.

Esses requisitos sempre foram relacionados com os elementos da ação, o que gerou muitas críticas por encontrar-se entre as questões de mérito e de admissibilidade.

⁷ 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

A discussão entre doutrinadores a respeito das condições da ação, principalmente no que tange à possibilidade jurídica do pedido, durou por muitos anos, e com a entrada do novo Código de Processo Civil esse conflito parece ter sido resolvido.

Aí que surge a discussão se as condições da ação desapareceram ou não do novo *códex*, neste sentido, Souza et al. (2016, p. 219) traz o questionamento se essas seriam requisitos de admissibilidade para exame de mérito, englobando nos pressupostos processuais.⁸

Do mesmo modo em que traz o questionamento, responde que ao empregar a expressão “requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito” não significa que a categoria “condições da ação” desapareceu (SOUZA et al., 2016, p. 219).

Neste aspecto, inicialmente, como bem destaca Didier Júnior (2017, p. 345, grifo do autor), é necessário deixar claro que as condições da ação não desaparecem do Novo Código de Processo Civil, apenas o conceito condições seria eliminado, visto que a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido ainda deveriam ser analisados “[...] ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).”

O novo código não traz mais a expressão “condição da ação” e nem a expressão “possibilidade jurídica do pedido”.

No artigo 17, do Código de Processo Civil de 2015, tem-se que: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”, o juiz ao verificar a falta desses indeferirá a petição inicial (BRASIL, 2015).⁹

⁸ Já foi dito que o NCPC não fala mais em carência da ação. Além disso, a nova lei processual não emprega nem mesmo a expressão “condições da ação”. Essa opção do legislador fez surgir a discussão sobre a eventual extinção da categoria processual “condições da ação”. Seria o caso de se falar apenas em requisitos de admissibilidade para exame de mérito, englobando as antigas “condições da ação” dentro dos pressupostos processuais?.

⁹ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual [...];

Nas palavras de Didier Júnior (2017, p. 385), “o interesse e legitimidade são exigidos para qualquer postulação em juízo, não apenas para a propositura da demanda ou apresentação da respectiva defesa.”

Ainda, o antigo Código de 1973, em seu artigo 267, inciso VI, autorizava que o processo fosse extinto sem resolução de mérito quando não concorressem a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de partes e o interesse processual (BRASIL, 1973).¹⁰

Já, o novo Código no artigo 485, inciso IV (BRASIL, 2015),¹¹ diz que o juiz não resolverá o mérito quando verificar a falta de legitimidade ou interesse processual, não incluindo a possibilidade jurídica do pedido.

Salienta Didier Júnior (2017, p. 385) que “interesse e legitimidade são exigidos para qualquer postulação em juízo, não apenas para a propositura da demanda ou apresentação da respectiva defesa.”

E, argumenta Fonseca Filho (2015), que a possibilidade jurídica do pedido passou a ser questão de mérito, ou seja, quando a parte apresenta demanda de manifesta impossibilidade jurídica, não seria carência de ação, mas uma improcedência do pedido, resolvendo o mérito da causa.

Partilhando deste entendimento, Alberto (2015, grifo nosso) traz que mesmo o juiz sabendo da impossibilidade jurídica do pedido a causa será julgada, uma vez que este deverá “[...] citar o réu para que no prazo de 15 dias ofereça defesa em obediência ao primordial contraditório [...], só então, após a citação e a devida contestação (caso o demandado a apresente) o juiz julgará antecipadamente o mérito, obviamente indeferindo o pedido [...]”

Assim, no novo Código de Processo Civil a legitimidade e o interesse processual foram deslocados para a categoria dos pressupostos processuais e a possibilidade jurídica do pedido passou a ser questão de mérito, ou seja,

¹⁰ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]

¹¹ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...]VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...]

quando o pedido possuir vedação no ordenamento jurídico, será proferida uma sentença de mérito da coisa julgada material (SCHINKI, 2016).

Referindo-se em pressupostos processuais, Didier Júnior (2017, p. 350, grifo do autor) define: “são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, *que é ato-complexo de formação sucessiva.*”

Enfim, não há mais razão para o uso do conceito condição da ação. A possibilidade jurídica do pedido passa a ser examinada como hipótese de improcedência liminar do pedido e a legitimidade de partes e o interesse de agir passarão a ser explicados nos pressupostos processuais (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 347).

4.2.1 Teoria usada pela doutrina de acordo com o novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil 1973 adotou a Teoria Eclética da ação, criada por Enrico Tulio Liebman, a qual depois de alguns anos se subdividiu em teoria da exposição e teoria da asserção, sendo que, para a última, as condições deveriam ser apresentadas já na petição inicial (GOMES; SILVA, 2012, p. 116).

Nesta linha, Dinamarco e Lopes (2016, p. 116) asseveram que as condições da ação foram muito debatidas a luz dos conceitos lançados por Liebman que “[...] em sua formulação original de 1949 enunciou como condições da ação a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade ad causam.” Essa formula foi integralmente acolhida no sistema do Código de Processo Civil de 1973.

Por sua vez, os autores Dinamarco e Lopes (2016, p. 115-116)¹² elucidam que a teoria adotada pelo Novo Código de Processo Civil é a eclética

¹² Em resumo. Na teoria de Liebman, que o novo Código de Processo Civil adota, o direito de ação é direito a obter o pronunciamento do juiz sobre uma pretensão, ou sobre o *mérito*, ainda quando o autor não tenha razão no plano do direito material. Estando presentes as duas condi-

e o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* estão entre os pressupostos de admissibilidade.

Destaca-se que, diante de muitas críticas, o novo Código de Processo Civil não faz mais referência à possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, acolhendo o novo entendimento de Enrico Tulio Liebman, retirando a possibilidade jurídica do pedido do rol das condicionantes da ação (SCHIAVI, 2015, p. 6).¹³

No entanto, no Novo Código de Processo Civil, quando não houver a possibilidade jurídica do pedido, a ação deve ser julgada improcedente.

Assim, prevê o artigo 332do NCPC (BRASIL, 2015)¹⁴ que quando não necessitar de produção de provas, além das citadas na inicial, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido.

Vale destacar, que o legislador impõe as causas em que o juiz julgará liminarmente o pedido, mas não há previsão no artigo citado que abre a possibilidade de ser julgado liminarmente improcedente um pedido considerado impossível (ALBERTO, 2015).

A improcedência liminar do pedido é conceituada por Prado (2016) como “uma decisão que resolve o mérito da demanda, nos casos em que a improcedência possa ser verificada desde já, mesmo antes da citação do réu.”

Ainda, nas palavras de Didier Júnior (2017, p. 667) considera-se improcedência liminar do pedido “a decisão jurisdicional que, antes da citação do demandado, julga improcedente o pedido formulado pelo demandante. É

ções da ação (interesse de agir e legitimidade) o juiz pronuncia sim uma sentença de mérito, mas julga a causa contrariamente aos interesses do autor (improcedência da demanda). Quando uma das condições faltar o juiz nega-se a julgar a pretensão do autor, porque nesse caso ele não terá o direito de ação. O interesse de agir e legitimidade *ad causam* incluem-se entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito.

¹³ Posteriormente, Liebman alterou sua teoria quanto às condições da ação, para reduzi-la a duas, quais sejam: o interesse de agir e a legitimidade, retirando a possibilidade jurídica do pedido como integrante das condições da ação. A possibilidade jurídica do pedido, segundo ele, integra o interesse processual, pois, se o pedido é juridicamente impossível, a parte não tem interesse processual em obtê-lo judicialmente.

¹⁴ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

a decisão de mérito, definitiva, apta a coisa julgada e possível objeto de ação rescisória.”

Mas, mesmo o novo Código ter adotado a teoria eclética á doutrinadores que defendem a teoria da asserção mais útil e mais fácil para distinguir a mérito de condições da ação (SOUZA et al., 2016, p. 229).

4.2.2 Condições da ação como pressuposto de extinção do processo sem resolução de mérito

A relação processual tem com objetivo a composição ou a solução da lide, pela qual, quando atingida, o processo segue naturalmente, mas existem fatos que podem impedir o prosseguimento provocando uma dissolução sem ter solucionado. Diante disso, se fala em extinção do processo com resolução de mérito ou sem resolução de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 462).

As hipóteses de extinção do processo estão previstas nos artigos 316 e 317 (BRASIL, 2015),¹⁵ na parte geral do novo Código de Processo Civil, mas este não trata muito do assunto, diferente do que ocorre na parte especial.

O processo em algum momento precisa chegar ao fim, as hipóteses em que isso ocorre chama-se de extinção do processo, neste sentido, explica Souza et. al. (2016, p. 402) que será sem resolução do mérito quando “[...] o pedido formulado pelo autor não é apreciado pelo juiz, e assim a lide permanece incomposta e o mérito, não decidido. [...] É a denominada extinção anômala, já que, quando alguém busca o Judiciário, o esperado é que se decida o mérito.”

De acordo com Theodoro Junior (2014, p. 462), ocorre a extinção do processo sem julgamento de mérito quando “[...] o juiz põe fim à relação processual sem dar uma resposta (positiva ou negativa) ao pedido do autor,

¹⁵ Art. 316. A extinção do processo dar-se-á por sentença.

Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

ou seja, sem outorgar-lhe a tutela jurisdicional, que se revelou inadmissível diante das circunstâncias do caso concreto.”

As hipóteses de extinção sem resolução de mérito previstas na parte especial estão no artigo 485 do NCPC, nesta linha, Souza et al. (2016, p. 230) explica o que a falta de uma das condições da ação “[...] leva à sentença que não resolve o mérito (art. 485, VI, do CPC/2015). Essa falta de condição da ação pode acarretar indeferimento de inicial (art. 330, II e III, do CPC/2015) ou ser reconhecida posteriormente (art. 354 e art. 485, § 3º, do CPC/2015).”

Neste ponto, os autores Gomes e Silva (2012, p. 331)¹⁶ elucidam que quando o processo for extinto sem resolução de mérito por carência da ação, isso não impedirá que o autor proponha demanda idêntica desde que os vícios sejam sanados.

Diante disso, Didier Júnior (2017, p. 801) deixa claro que a apenas as sentenças processuais terminadas em abandono ou desistência, poderá ser proposta a demanda com os mesmo elementos e nos mesmos termos, porque o processo não era defeituoso.

Ainda, o novo Código de Processo Civil trata da extinção do processo com resolução de mérito no artigo 487 e 488 (BRASIL, 2015).¹⁷

Neste sentido, para Theodoro Júnior (2014, p. 473) a extinção do processo com resolução de mérito ocorre quando as partes encontram a própria solução, assim cabe apenas ao juiz homologar para integra-los ao processo para dar-lhe eficiência equivalente ao julgamento do mérito.

¹⁶ A jurisprudência estabelece que para a propositura da segunda demanda é necessária a comprovação de que foram sanados os vícios que ensejaram a extinção anterior, não se atentando ao fato de que a alteração em qualquer condição da ação implica a alteração de um dos elementos estruturais da demanda. Se a demanda é nova, não se faz necessário o entendimento jurisprudencial, pois é nova, e o direito de ação é inafastável.

¹⁷ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

Diferente do que ocorre na sentença sem resolução de mérito, na sentença com resolução de mérito, quando a lide for encerrada não há propositura da mesma ação (SOUZA et al., 2016, p. 415).

Portanto, quando a sentença julgada for sem resolução do mérito a parte pode ingressar com nova ação depois de corrigido o defeito, mas quando for julgado com resolução de mérito não é possível, pois, se encerra a lide.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou uma análise a respeito de como ficaram as condições da ação com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015.

Para obter o resultado deste estudo, partiu-se de um estudo histórico das condições da ação, para compreender o que é ação e sua natureza jurídica, afinal, foram anos de estudos para se chegar ao entendimento até então vigente.

Inicialmente, verificou-se que cabe ao Estado solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade de acordo com as normas jurídicas, mas para isso era necessário o preenchimento de certos requisitos chamados de condições da ação para que o processo fosse válido.

Para compreender o entendimento acerca dessas condicionantes, foi necessário um estudo sobre as quatro teorias da ação, sendo elas: teoria clássica, teoria abstrata, teoria concreta e por último a teoria eclética da ação.

Do estudo das teorias da ação conclui-se que a teoria adotada pelo antigo código foi a teoria Eclética desenvolvida por Enrico Tulio Liebman, na qual era necessário o preenchimento de requisitos processuais, os quais reconheceu como condições da ação: interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido, caso não fossem preenchidos esses requisitos ocorreria a chamada carência da ação, mas logo, Liebman mudou o seu entendimento e renunciou uma das condições.

Desta forma, o novo Código de Processo Civil de 2015 adotou também a chamada teoria eclética, mas com o novo entendimento de Liebman excluindo a possibilidade jurídica do pedido.

No antigo códex, quando o pedido fosse juridicamente impossível era causa de indeferimento da inicial sem exame de mérito, pela falta de uma das condições da ação, no novo Código não ocorre mais esse indeferimento na inicial, mesmo quando o juiz esteja ciente da impossibilidade jurídica do pedido, por ser um pedido absurdo, o juiz cita o réu para oferecer defesa e só após a contestação o juiz julgará antecipadamente indeferindo o pedido.

Portanto, a possibilidade jurídica do pedido passou a ser questão de mérito e foi retirada do rol das causas de indeferimento da inicial.

Apesar de o legislador indicar as causas em que o pedido pode ser julgado liminarmente improcedente, não há previsão de ser julgado o pedido impossível.

A legitimidade das partes e o interesse de agir passaram aos pressupostos processuais.

Diante disso, todo processo precisa chegar ao fim, a parte busca solucionar um conflito que as vezes segue normalmente, mas também podem existir impedimentos, com isso ocorre a extinção do processo que pode ser com ou sem resolução de mérito.

A extinção do processo sem resolução de mérito ocorre quando o juiz põe fim a uma relação sem respostas ao pedido do autor, ou seja, quando ocorre a falta de uma das condições da ação leva-se a uma sentença que não resolve o mérito, já a sentença com resolução de mérito ocorre quando as partes encontram a própria solução.

O novo Código de Processo Civil foi elaborado com o objetivo de suprir as necessidades atuais, dar mais celeridade e economia processual.

Por fim, através de entendimentos doutrinários atuais conclui-se que a legitimidade das partes e o interesse de agir passaram a integrar os pressupostos processuais e a possibilidade jurídica do pedido passou a ser

questão de mérito, portanto, as condições da ação não foram excluídas do novo Código de Processo Civil, até por que essas possuem ligação com os elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir, mas só o tempo irá dizer se esses institutos ainda serão usados.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Yuri Martins Calixto. O fim da possibilidade jurídica do pedido no Novo CPC e sua (possível) consequência morosa. Uma abordagem sobre o fim da impossibilidade jurídica do pedido como forma de indeferimento da exordial. *Jus.com.br*, set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43073/o-fim-da-possibilidade-juridica-do-pedido-no-novo-cpc-e-sua-possivel-consequencia-morosa>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BEZERRA, Alberto. *Pedido Certo e o Determinado no CPC/2015*. 2017. Disponível em: <<http://www.albertobezerra.com.br/pedido-certo-e-o-determinado-no-cpc2015/>>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 19 de jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 13. ed. rev. e ampl. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2011. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19. ed. rev. e ampl. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Condições-da-ação-e-o-projeto-de-novo-CPC.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FONSECA FILHO, Otavio Bueno da. *Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das “condições da ação”*. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>>. Acesso em: 26 set. 2017.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Americo. *Resumo de Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *O que se entende por legitimidade ad causam?* 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1041638/o-que-se-entende-por-legitimidade-ad-causam>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

GOMES, Magno Federici; SILVA, Henrique Medeiros. *Condições da ação e resolução de mérito no Processo Civil: análise sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil Esquematisado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PRADO, Jéssica Duarte. *Improcedência Liminar do Pedido no Novo Código de Processo Civil*. 2016. Disponível em: <<https://jessicaduarteprado.jusbrasil.com.br/artigos/322930645/improcedencia-liminar-do-pedido-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

SOUZA, André Paganini et al. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHIAVI, Mauro. *O Novo Código de Processo Civil e os pressupostos processuais e as condições da ação – impactos no processo do trabalho*. 2015. Disponível em <http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/O_novo_CPC_e_os_pr_essupostos_processuais_e_condicoes_da_acao.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

SCHINKI, Luiza. *O Novo CPC e as Inovações no Instituto das “Condições das Ações”*. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18885&revista_caderno=21>. Acesso em: 18 jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 55. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

DIREITO À MEMÓRIA NO BRASIL: IDENTIDADE(S) E PRESERVAÇÃO EM PERSPECTIVAS BRASILEIRAS

Thaís Janaina Wenczenovicz¹
Vitor Salino de Moura Eça²

Resumo: A memória e a identidade são características de inúmeras sociedades. No Brasil a preservação da memória está assegurada pela Constituição, entretanto inúmeros são os espaços que não estão devidamente protegidos. Objetiva-se nesse estudo abordar os princípios constitucionais em que se fundamenta a preservação da memória, à luz dos espaços de guarda e preservação dos imigrantes poloneses, mais especificamente no Estado de Santa Catarina/Brasil. Considera-se que o interesse se deve, em grande parte, ao novo ordenamento constitucional, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito de patrimônio cultural e memória. Além dessa inovação conceitual, a carta constitucional trouxe importantes princípios que devem nortear a ação preservacionista no Brasil. Esses princípios propiciam a construção de uma memória plural que enseje o exercício da pluralidade identitária dos brasileiros.

Palavras-chave: Arquivos Históricos. Brasil. Direito à Memória. Identidade. Preservação.

1 INTRODUÇÃO

Analisar a constituição sócio-histórica do Brasil, bem como indagar o processo de ocupação e colonização perpassa notoriamente por considerar os espaços de memória. A memória nada mais é que a possibilidade de integração e pertencimento dos grupos sociais e um determinado espaço geográfico e sua historicidade.

¹ Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Professora Adjunta e Pesquisadora Sênior na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; t.wencze@terra.com.br

² Pós-doutor em Direito Processual Comparado na Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha; Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor conferencista na Escola Nacional de Magistratura do Trabalho na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil; vitorsalino@gmail.com

Nesse aspecto, a devida reflexão tem por objetivo apresentar alguns espaços de memória a qual colaboram com a guarda e ressignificação dos espaços a qual designam dentre seus objetivos salvaguardar a participação dos imigrantes poloneses no Brasil.

Recuperar e preservar a memória de uma comunidade ou grupo social é dar sentido e significado à sua existência anterior. No entanto, essa (re) elaboração teórica do passado traz implícita uma nova opção: a diversidade étnica. Mesmo porque, a história, ao longo do tempo, como aponta Walter Benjamin, acabou tendo uma afinidade afetiva com apenas alguns grupos. É preciso, sistematicamente, (re)construir o passado a partir da significância da ação humana. Consequentemente, cabe a todos o comprometimento da reescrita à luz da emergência dos conflitos, da divergência, dos elementos obscuros, bem como da minimização de alguns segmentos.

O devido ensaio tem por objetivo elencar alguns municípios do Estado de Santa Catarina – região sul do Brasil – que possuem espaços de guarda e preservação de memória através de Arquivos Históricos, Galerias e Museus, tendo por objeto central a memória local.

Também far-se-á uma breve análise acerca do respeito à memória, enquanto Direito Fundamental assentado na Carta Magna. O Direito Fundamental à Memória corresponde à necessidade individual e coletiva de afirmação e conhecimento atuais do passado, implicitamente previsto pelo art. 5º, §2º da CF/88, cuja existência e eficácia pode ser deduzida das normas de competência legislativa ou material, e das disposições contidas nos arts. 215, 216 e 225.

Ainda pode ser concebido como uma faceta do direito fundamental à herança, previsto pelo art. 5º, XXX, da CF/88. Sua eficácia é manifestada em posições jurídicas de primeira, segunda, terceira ou quarta dimensões: no aspecto individual, abrange a memória dos vivos e dos mortos, enquanto que na dimensão prestacional, envolve o direito a participar da elaboração de

políticas públicas para a conservação do patrimônio cultural e à utilização dos bens públicos que o constituem.

Já a dimensão transpessoal compõe-se da manifestação como direito de terceira e de quarta dimensão, abrangendo sujeitos atuais e as gerações futuras, que são ligados por laços de solidariedade intergeracional. A elaboração de políticas públicas para a preservação da memória, de cunho marcadamente discricionário, demanda a superação dos valores consagrados, como a beleza e a monumentalidade, dissonantes do art. 216 CF/88. A representatividade social hoje é o critério para a instituição da proteção estatal dos bens culturais, sendo passível de controle, inclusive judicial, para atender ao máximo a diversidade e a fragmentação de interesses de uma sociedade pluralista e democrática como é a brasileira.

O devido artigo divide-se em três partes e utilizou-se do procedimento metodológico bibliográfico-investigativo, acrescido de pesquisa de campo. Enquanto espaço de pesquisa foram realizadas buscas nos acervos digitais do Arquivo Público do Estado de Santa Catarina³ – localizado em Florianópolis, Secretaria de Administração, Cultura e Turismo do Estado de Santa Catarina, Secretarias Municipais de Educação – contato direto com os secretários municipais, Associações de Comunitárias e as Igrejas (Cristãs Católicas e Luteranas) no período de junho de 2014 a dezembro de 2016. Também colaborou com a elaboração dessa pesquisa alguns livros publicados pelo Arquivo Público do Estado de Santa Catarina.

2 SOBRE MEMÓRIA E PRESERVAÇÃO

Segundo Henri Bergson, não há percepção que não esteja impregnada de algum tipo de lembrança. Nesse contexto, pode-se afirmar

³ Esse espaço foi criado com base na Lei nº 1.196 de 26 de setembro de 1918, no Governo de Felipe Schmidt. Atualmente, o Arquivo Público do Estado está subordinado à Secretaria de Estado da Administração e, desde 1960, vem desempenhando a função de recolher, preservar, organizar e prestar assessoramento técnico e cultural no Estado de Santa Catarina.

que a memória é o lado subjetivo do nosso conhecimento das coisas e dos relacionamentos com aspectos materiais da vida cotidiana. A percepção e a consciência são importantes para a formação da representação imagética da lembrança. Com efeito, ela é a sobrevivência do passado. Este, sublinha Ecléa Bosi, se conservando no espírito de cada ser humano, aflora à consciência na forma da imagem-lembrança, sendo sua forma para os sonhos e devaneios. Sem lembrança não há memória, nem a possibilidade de recuperá-la. Por fim, convém ressaltar que a lembrança envolve aspectos subjetivos do relacionamento de um indivíduo com a família, com a classe social, com a escola. Em suma, com os vários grupos de convívio humano e as várias referências peculiares e inerentes a eles (BOSI, 1987, p. 12-39).

De acordo com uma passagem de Pierre Nora retomada por Jacques Le Goff em seu verbete sobre a “Memória”, a Memória Coletiva seria concebida como “o que fica do passado no vivido dos grupos ou o que os grupos fazem do passado (BOSI, 1987, p. 472-473). Desse modo, o mesmo autor afirma:

[há] os lugares topográficos, como os arquivos, as bibliotecas e os museus; lugares monumentais como os cemitérios e arquiteturas; lugares simbólicos como as comemorações, as peregrinações, os aniversários ou os emblemas; lugares funcionais, como os manuais, as autobiografias ou as associações. (LE GOFF, 1990, p. 473).

Mas há, por fim, aquilo que se pode chamar de ‘lugares por trás dos lugares’, aqueles nos quais iremos encontrar não a produção ou elaboração da memória coletiva, mas os seus criadores maiores, as forças que impõem a memória coletiva de modos diversos, gerando os lugares de memória mais específicos. São estes ‘lugares por trás dos lugares’ “os Estados, os meios sociais e políticos, as comunidades de experiências históricas ou de gerações, levadas a constituir os seus arquivos em função dos usos diferentes que fazem da memória.”

Ao registrar a memória de certos grupos que viveram determinada experiência, é possível reunir a experiência comum que partilharam, como corrobora a explanação de Nora (1993, p. 111).

Quando a memória não está mais em todo lugar, ela não estaria em lugar algum se uma consciência individual, numa decisão solitária, não decidisse dela se encarregar. Menos a memória é vivida coletivamente, mais ela tem necessidade de homens particulares que fazem de si mesmos homens-memória.

Na maior parte das vezes lembrar não é somente reviver mas, sobretudo, refazer, reconstruir, repensar com imagens e representações de hoje as experiências vivenciadas no passado. Memória não é só sonho, é também trabalho. Lembrar é, em uma palavra, construir uma imagem por materiais que estão, agora, à nossa disposição no conjunto de representações que povoam nossa consciência. Entretanto, o instrumento decisivo para lembrar é a linguagem. Aliás, é nela que praticamente tudo acontece. Ela reduz, unifica e aproxima no mesmo espaço histórico e cultural as imagens lembradas, que não são criações individuais, mas representações sugeridas por situações vividas coletivamente pelo indivíduo em seu meio social. Assim, as convenções produzidas em sociedade, especialmente verbais, constituem o quadro ao mesmo tempo mais elementar e mais estável da memória coletiva. Não há como negar que na memória sempre fica o que marcou individual e coletivamente (MASSEI, 2017).

3 MEMÓRIA E GESTÃO DOCUMENTAL DE FATOS PRIVADOS

O armazenamento de dados no âmbito privado se relaciona exclusivamente com a vontade das pessoas, seus interesses e necessidades, não sendo dado ao governo intervir na autonomia de seus cidadãos. O mesmo não ocorre no âmbito público, onde os agentes políticos têm o dever de historiar e certificar a totalidade dos atos praticados, a fim de permitir

posterior conferência, tanto por parte dos órgãos de governo, quanto pelos cidadãos interessados.

Há, no entanto, categorias de fatos do âmbito privado que interferem na vida e na tomada de decisões por outras pessoas, razão pela qual precisam ser anotados em registros acessíveis ao público em geral. São circunstâncias atinentes à vida das pessoas que vivem em sociedade, tais como o nascimento, a morte, o casamento, a aquisição de um bem imóvel, e assim por diante.

Os estabelecimentos que se ocupam dos registros de tais fatos são os *cartórios*, existentes em todas as cidades do Brasil, com as mais diversas atribuições. São regulados pelo Poder Público, mas administrados por particulares que prestam concursos para demonstração de habilidades específicas.

Eles têm como escopo conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos, e cabe-lhes organizar e disponibilizar a informação, preservar a memória dos fatos pertencentes ao grupo, a fim de preservar a memória da sociedade. Este registro permite que acompanhem as transformações políticas, científicas, econômicas, tecnológicas e culturais que envolvem determinada coletividade.

Convém pontuar que a Lei 6.015, de 1973, estabelece os fatos que devem ser registrados em cartório, mas a responsabilidade de levar esses dados aos *cartórios* é distribuída entre várias pessoas. As anotações são feitas a pedido dos interessados, mas também por determinação judicial. Várias entidades fornecem documentos para viabilizar o registro, como as maternidades, para os nascimentos de pessoas naturais; os hospitais em casos de óbitos; as construtoras para os novos imóveis, e assim por diante.⁴

Importam esclarecer que tais registros são pagos pelos interessados e não são custos econômicos, porém os reconhecidamente pobres deixam de

⁴ Cfe. BRASIL (1973).

pagar pelos atos, sendo que esta condição será comprovada por declaração do próprio interessado.

Os oficiais responsáveis pelos *cartórios* e os seus ajudantes são obrigados a lavrar certidão (descrição do fato anotado) do que lhes for requerido, bem como a fornecer às partes as informações solicitadas. Note-se que qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido.

O documento que certifica o fato registrado é a *certidão*, que é lavrada para descrever por inteiro ou em resumo, as informações que garantem o direito dos respectivos titulares e que podem ser úteis a terceiros. Aliás, esse acervo de informações deve permanecer guardado em meio físico – papéis, em meio eletrônico – digitais, ou em qualquer outro que vier a ser criado, eternamente.

Os principais fatos que devem ser certificados obrigatoriamente são: os nascimentos; os casamentos; os óbitos; as emancipações; as interdições; as sentenças declaratórias de ausência; as opções de nacionalidade; as sentenças que deferirem a legitimação adotiva. Notem que são circunstâncias que afetam o direito e o interesse de terceiros, repita-se. Assim, apesar de particulares os atos, impõe-se o registro.

É interessante notar que dados para políticas públicas e registros governamentais são extraídos dos cartórios. Os titulares dos respectivos estabelecimentos são obrigados a enviar ao serviço oficial de estatística do Brasil um documento individualizando os nascimentos, casamentos e óbitos. Por isso, todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias. O registro de nascimento deverá conter: o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada; o sexo do registrando; o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido; o nome e o prenome, que forem postos à criança, dentro outros dados de individualização.

Outro relevante fato que conta com registro público é o casamento. Este, logo depois de celebrado deve ser anotado e do documento consta: os nomes, prenomes, nacionalidade, data e lugar do nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges e de seus pais, além do lugar de celebração do casamento, e o regime de casamento adotado.

Fato civil igualmente importante é o óbito. Nenhum sepultamento pode ser feito sem a respectiva certidão, do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.

A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por dois médicos ou por um médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária.

São obrigados a fazer declaração de óbitos: o marido, a respeito de sua mulher, filhos, hóspedes, agregados e fâmulos; a viúva, a respeito de seu marido, e de cada uma das pessoas indicadas no número antecedente; o filho, a respeito do pai ou da mãe; o irmão, a respeito dos irmãos e demais pessoas de casa, ou o parente mais próximo maior e presente. Também podem levar o óbito a registro: o administrador, diretor ou gerente de qualquer estabelecimento público ou particular, a respeito dos que nele faleceram, salvo se estiver presente algum parente antes indicado; na falta de pessoa competente, nos termos dos números anteriores, a que tiver assistido aos últimos momentos do finado, o médico, o sacerdote ou vizinho que do falecimento tiver notícia; a autoridade policial, a respeito de pessoas encontradas mortas.

O registro de óbito deverá conter: a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento; o lugar do falecimento, com indicação precisa; o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente; se viúvo, o do cônjuge predefunto; e o cartório de casamento em ambos os casos; se faleceu

com testamento conhecido; se deixou filhos, nome e idade de cada um; se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; lugar do sepultamento; se deixou bens e herdeiros menores ou interditos; se era eleitor; o número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor.

O oficial do *cartório* comunicará o óbito à Receita Federal e à Secretaria de Segurança Pública da unidade da Federação que tenha emitido a cédula de identidade, para efeito de baixa.

Socialmente muito relevante também o registro das empresas, que contam a história comercial da comunidade, bem como de outras entidades representativas. Assim, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos: os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública; as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas; os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos.

O registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, contendo: a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração; o modo pelo qual se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo; se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino do seu patrimônio; os nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do apresentante dos exemplares.

Também os imóveis, apesar de bens particulares, devem ser levados a registro em *cartórios*, no caso o do “Registro de Imóveis”. Além da propriedade imobiliária eles também anotam: a instituição de bem de família;

hipotecas legais, judiciais e convencionais; as penhoras e os arrestos; as servidões em geral; o usufruto, dentro outros atos jurídicos relevantes e que bem historiam a vida das pessoas e das empresas.

Este registro de imóveis é um pouco mais peculiar. Destarte, somente são admitidos como prova de transmissão do bem: as escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; os escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas; atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação judicial; as cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo. E assim por diante.

4 ESPAÇOS DE GUARDA E MEMÓRIA NO RIO GRANDE DO SUL

Em um mundo onde a globalização e a pós-modernidade tem trazido consequências no tocante às identidades locais, os espaços de memória (Arquivos, galerias e museus) adquirem uma importância vital para a sua preservação, contribuindo em simultâneo para que essas mesmas identidades possam permitir aos cidadãos refletirem sobre a sua coletividade, a sua identidade, bem como sua cotidianidade.⁵

A respeito da memória de grupos, Pollak (1998) propõe a introdução do conceito de enquadramento de memória, no qual historiadores – e pesquisadores, têm papel preponderante. E há ainda o trabalho da própria memória em si, por sua manutenção, coerência, unidade, continuidade, organização.

Nesse diapasão, inscrevem-se abaixo os municípios aos quais estão disponibilizadas fragmentos da memória individual ou coletiva de diversos

⁵ Para essa temática recomenda-se Cook e Schwartz (2004) e Derrida (2001).

grupos étnicos, com destaque aos da imigração polonesa no Brasil, com recorte geográfico ao Estado de Santa Catarina.

Quadro 1 – Espaços de Memória (Imigração Polonesa) no Estado de Santa Catarina

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Abelardo Luz	Registro de batismos e Livro Tombo	Paróquia São Sebastião	Exige liberação	Sem catalogação
Antônio Carlos	Livros Tombo. Registros de batismos e óbito	Igreja Santa Maria	Exige liberação	Sem catalogação
Apiúna	Mapas e Lista dos primeiros moradores poloneses	Prefeitura Municipal – Secretaria de Educação e Obras	Exige liberação	Sem catalogação. Documentação em bom estado de conservação. Documentos dos séculos XIX e XX
Araranguá	Registro de batismos e óbito	Igreja Matriz Nossa Senhora Mãe dos Homens	Exige liberação	Sem catalogação
Ascurra	Registro de batismos e óbito	Igreja Matriz Santo Ambrósio	Exige liberação	Sem catalogação
Bela Vista do Toldo	Objetos históricos diversos e fotografias	Museu Schimborski	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Objetos higienizados mensalmente e bom estado de conservação
Belmonte	Registro de batismos e óbito	Igreja Matriz São Miguel Arcanjo. Localizada em São Miguel do Oeste	Exige liberação	Sem catalogação

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Benedito Novo	Estatísticas de ingresso	Prefeitura Municipal – Secretaria de Educação	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temporalidade. Documentos em razoável estado de conservação
Bom Jardim da Serra	Livro Tombo	Capela Nossa Senhora do Perpétuo Socorro	Exige liberação	Sem catalogação
Brusque	Livro Tombo	Museu Arquidiocesano	Exige liberação	Acervo catalogado e organizado por temporalidade. Documentos dos séculos XIX e XX em bom estado de conservação.
Campo Alegre	Livro Tombo	Igreja Matriz Santíssima Trindade	Exibe liberação	Sem catalogação
Benedito Novo	Livro Tombo Mapas das localidades	Capela Santo Estanislau Prefeitura Municipal – Secretaria de Obras	Exige liberação Livre Acesso	Sem catalogação Sem catalogação. Documentos em razoável estado de conservação
Bom Jardim da Serra	Livro Tombo	Capela de Nossa Senhora do Perpétuo Socorro	Exige liberação	Sem catalogação
Brusque	Livro Tombo e fotografias	Museu Arquidiocesano	Exige liberação	Sem catalogação
Campo Alegre	Livro Tombo. Livro de Batismo	Igreja Pinheiro Marcado	Exige liberação	Sem catalogação

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Canoinhas	Objetos diversos	Museu Orty Machado	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática
	Livro de Casamentos	Capela Nossa Senhora Aparecida	Exige liberação	Sem catalogação
	Peças Sacras	Capela Santa Cruz	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática e/ou temporalidade
	Livro Tombo. Livro de Batismo e Óbito	Igreja Matriz Cristo Reis	Exige liberação	Sem catalogação
Catanduvas	Livro Tombo	Paróquia São Sebastião	Exige liberação	Sem catalogação
Chapecó	Escrituras, Fotografias e documentação da empresa colonizadora Bertazo Possui uma Biblioteca Setorial – especializada em História Regional e em linhas as quais desenvolve pesquisa	Centro de Memória do Oeste de Santa Catarina	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Possui documentos registrados em papel e meio magnético
Cacoal do Sul	Utensílios diversos	Museu Histórico Municipal	Livre Acesso	Acervo catalogado manualmente e organizado por temática
	Livro Tombo	Igreja Matriz	Exige liberação	Sem catalogação
Corupá	Peças Sacras e Livro Tombo	Seminário Sagrado Coração de Jesus	Exige liberação	Acervo catalogado e organizado por temática.

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Criciúma	Documentos de empresas colonizadoras e Fotografias	Casa de Cultura Neuza Nunes Vieira. Abriga o Arquivo Histórico	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Bom estado de conservação
	Livro Tombo	Catedral São José	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temporalidade
	Fotografias e Imagens digitais	Fundação Cultural de Criciúma	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Bom estado de conservação. Documentos dos séculos XIX e XX
	Peças sacras e cotidiano das colônias. Numismática	Museu Histórico Augusto Casagrande	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática
Descanso Inicialmente conhecida como Linha Polonesa	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento	Igreja Matriz Santo Estanislau Kostka	Exige liberação	Sem catalogação
Dona Emma	Croquis e Plantas das colônias	Prefeitura Municipal	Exige liberação	Sem catalogação

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Florianópolis	Processos Crime, Documentos de hasta Pública em geral	Arquivo Público do Estado	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Possui documentos dos séculos XVII, XIX, XX. O Arquivo possui diversas publicações
Grão-Pará	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento	Paróquia São João Batista	Exige liberação	Sem catalogação
Itaiópolis Também conhecida como “Pequena Varsóvia”	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias	Igreja de Santo Estanislau	Exige Liberação	Sem catalogação. Parte do acervo fotográfico possui legenda
Jacinto Machado	Peças do cotidiano. Fotografias	Museu Histórico Municipal Jacinto Machado	Livre Acesso	Acervo catalogado manualmente e organizado por temática
Luis Alves	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias	Igreja São Vicente de Paulo	Exige Liberação	Sem catalogação
Mafra	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Livro de Óbito	Igreja São José	Exige Liberação	Sem catalogação
Major Vieira	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias	Igreja Matriz Divino Espírito Santo	Exige Liberação	Sem catalogação

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
Orleans	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias Fotografias, Objetos do Cotidiano, Mapas, Moedas e Cédulas. Cartões temáticos (Postais e Datas Comemorativas)	Igreja matriz Santa Otilia Arquivo Histórico Público Municipal	Exige Liberação Livre Acesso	Sem catalogação Acervo catalogado e organizado por temática
Papanduva	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias Arquitetura Colonial	Igreja Matriz São Sebastião Moinhos Werka e Schadeck	Exige Liberação Livre acesso	Sem catalogação Possui catalogação realizada pela Secretaria do Turismo
Porto União	Objetos do cotidiano e fotografias Periódicos, Atas e Fotografias	Museu Municipal Prefeito Salustiano Costa Júnior Museu Rural Leovegildo Ramos	Livre Acesso Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática Acervo catalogado e organizado por temática. Bom estado de conservação. Fotografias legendadas
Rio Negrinho	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografias	Igreja Matriz Rio Negrinho	Exige Liberação	Sem catalogação

Município	Documento/ Série Documental	Acervo	Acessibilidade/ Disponibilidade	Outras Informações
São Bento do Sul	Livro Tombo. Livro de Batismo e Casamento. Fotografia Peças como armas, ferramentas e instrumentos agrícolas, artigos religiosos e fotografias.	Igreja Matriz Puríssimo Coração de Maria Museu Municipal Dr. Felipe Maria Wolff	Exige Liberação Livre Acesso	Sem catalogação Acervo catalogado e organizado por temática
São Domingos	Livro Tombo	Paróquia São Domingos	Exige liberação	Sem catalogação
Tubarão	Coleção de Jornais locais e regionais. Documentos públicos diversos	Arquivo Histórico Municipal	Livre Acesso	Acervo catalogado e organizado por temática. Bom estado de conservação.
Xanxerê	Depoimentos Oraís	Laboratório de História Oral (UNOESC)	Livre acesso	60 depoimentos Acervo catalogado e organizado por temática

Fonte: os autores.

Dentre as fontes com maior informação e detalhamento foi possível encontrá-las nos Registros Paroquiais – especialmente nos Livros de Registro de Batismo, Livro de Registro de Casamento, Livro de Registro de Óbitos e Anotações diversas. As informações contidas nos Livros Paroquiais presentes nos espaços de memórias pesquisados seguem em sua maioria 3 níveis de descrição:

1. Nome e numeração nos Livros (Em ordem crescente). Uso predileto dos números arábicos;
2. Nome, ano e localização no livro – com base na catalogação desenvolvida pela Mitra;
3. Nome, data completa e localização do livro – seguido de pequeno índice em caderneta avulsa.

Atualmente grande parte dos pedidos para o manuseio dessas fontes – Livros Paroquiais – se dão por parte de pedidos dos fiéis a fins de comprovar endereço, idade, ou outras necessidades legais. Essa pesquisa é realizada pelo pároco ou funcionário da Secretaria Canônica. Demais pesquisadores – somente sob autorização do responsável pelo Arquivo e Patrimônio da Igreja ou da Congregação religiosa a qual pertence o acervo.

A pesquisa nos registros paroquiais pode ser feita, considerando:

- a) apenas um nome (Homem ou Mulher);
- b) os dois nomes de um casal pretendido (Casamentos);
- c) um nome, de homem ou mulher, e os dos pais (ou só pai/só mãe), no caso de se tratar do livro de Batismo ou data em que se deu o ritual religioso.⁶

Ao nos referirmos a Patrimônio Documental da Igreja, deve-se ressaltar que o mesmo refere-se não apenas a documentos escritos em suporte papel, mas também à documentação iconográfica, audiovisual, multimeios. A Igreja dá grande importância à documentação por ela produzida, principalmente à documentação das dioceses e paróquias, a respeito da qual trata o Direito Canônico, normatizando que a documentação seja custodiada com diligência e responsabilidade.

⁶ Nomes e sobrenomes de imigrantes poloneses em alguns casos sofreram alteração da grafia trazida no passaporte.

O atual Código de Direito Canônico, promulgado em 1983, no cânon 535 parágrafos de 1º ao 5º dispõe da maneira seguinte acerca dos livros paroquiais:

§ 1 - E cada paróquia, haja os livros paroquiais, isto é, o livro de batizados, de casamentos, de óbitos, e outros, de acordo com as prescrições da Conferência dos Bispos ou do Bispo Diocesano; cuide o pároco que esses livros sejam cuidadosamente escritos e diligentemente guardados.

§ 2 - No livro de batizados seja anotada também a confirmação, como ainda o que se refere ao estado canônico dos fiéis, por motivo de matrimônio, salva a prescrição do cân. 1133, por motivo de adoção, de ordem sacra recebida, de profissão perpétua emitida em instituto religioso e de mudança de rito; essas anotações sejam sempre referidas na certidão de batismo.

§ 3 - Cada paróquia tenha o próprio selo; as certidões que se dão a respeito do estado canônico dos fiéis, como também os atos que podem ter valor jurídico, sejam assinados pelo pároco ou por seu delegado e munidos com o selo da paróquia.

§ 4 - Em cada paróquia haja um cartório ou arquivo, em que se guardem os livros paroquiais, juntamente com as cartas dos Bispos e outros que devem ser conservados por necessidade ou utilidade; tudo isso, que deverá ser examinado pelo Bispo Diocesano ou seu delegado na visita canônica ou em outro tempo oportuno, o pároco cuide que não chegue a mãos de estranhos.

§ 5 - Também os livros paroquiais mais antigos, sejam guardados diligentemente, de acordo com as prescrições do direito particular. (FONTES; ROSA, 2000).

Sobre Arquivos Particulares constantes no Estado de santa Catarina, pode-se citar:

Quadro 2 – Arquivos Particulares e Públicos em Santa Catarina/Brasil

Município	Total de Habitantes	OBS
Blumenau; Brusque; Florianópolis;	300 MIL HABITANTES OU MAIS	Possuem diversos Arquivos Particulares os quais não foram possíveis de mapear
São José;	200 MIL HABITANTES OU MAIS	Possuem diversos Arquivos Particulares os quais não foram possíveis de mapear
Tubarão; Balneário Camboriú; Joinville; Palhoça; Jaraguá do Sul; Lages; Itajaí; Criciúma;	100 MIL HABITANTES OU MAIS	Possuem diversos Arquivos Particulares os quais não foram possíveis de mapear

Fonte: os autores.

No tocante aos Museus, o Estado de Santa Catarina figura como o segundo do Brasil com melhor taxa de museus por habitantes – há um para cada 28.299 pessoas.⁷ Fica atrás apenas do Rio Grande do Sul, segundo levantamento com base em dados do Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM) (2015). Em torno de uma centena dos 295 municípios catarinenses contam com museus, dos quais apenas nove estão fechados.

De acordo com a Coordenação Geral de Sistemas de Informação Museal do Ibram (2015), entre os museus que se destacam em Santa Catarina está o Museu do Carvão, em Criciúma, Museu da Terra e da Vida, em Mafra, o Museu do Vinho, em Videira, a Fortaleza de Santa Cruz de Anhatomirim, em Governador Celso Ramos, o Museu do Homem do Sambaqui, o Museu Victor Meirelles, em Florianópolis e o Museu da Baleia, em Imbituba.⁸

⁷ As regiões Sul e Sudeste concentram 67,2% dos museus do país, segundo um levantamento com base em dados do Instituto Brasileiro de Museus (Ibram). São 3.586 instituições cadastradas e mapeadas no país, sendo que, do total, 2.408 estão no Sul e no Sudeste.

⁸ O maior museu entomológico da América Latina, localiza-se no Oeste catarinense. O Fritz Plaumann possui mais de 80 mil insetos e deu à Seara, onde fica localizado, o apelido de ‘terra das borboletas’.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão é necessário sinalizar a necessidade de uma efetiva política de proteção ao Patrimônio Histórico e Cultural brasileiro, bem como a(s) memória(s). Afinal, é através dessa manutenção do passado que ocorrem as ações de entrelaçamento entre a identidade e o pertencimento dos grupos sociais. O exercício da cidadania é uma prática que se impõe à cultura e o acesso a bens culturais é um direito que deve ser reivindicado como outro qualquer.

Nesse contexto, permitir que os municípios e Estados tenham e efetivem a prática da guarda e ressignificação da memória corresponde a garantir um direito fundamental. De um total de 295 municípios no Estado de Santa Catarina, salvo engano, foram encontrados 37 com a possibilidade de guarda de fontes primárias, secundárias e museológicas que indicam presença da Imigração Polonesa. Os documentos versam sobre registro, chegada e instalação dos imigrantes e aspectos de sua coletividade (artes, música, religião, dentre outros).

Grande parte dos espaços contam com a participação efetiva (investimento de rubricas) e não efetivas (apenas apoio) para a manutenção e conservação dos acervos. Nas cidades em que há a presença de Instituições de Ensino Superior as mesmas costumam desenvolver ações diretas (Estágios e Projetos de Extensão) e indiretas (sensibilização da comunidade acadêmica) para com os locais de preservação. Entretanto, observa-se na maioria dos municípios uma espécie de apoio voluntariado por parte de alguns segmentos sociais.

Muitos dos prédios que abrigam os espaços de memória local e regional, encontram-se em estado precário de conservação, o que leva a muitos dirigentes buscarem apoio com a comunidade ou ONGs para preservarem os acervos. Os dirigentes são unânimes em afirmar que a preservação desses espaços incide diretamente nos traços culturais-históricos, muitas vezes irreproduzíveis, de patrimônio intangível especialmente frágil, e

tangível que resulta de décadas de especialização e de identidades ameaçadas pela uniformização de uma era global que fomenta a progressiva perda de identidades.

Desse modo, através desse ensaio, demonstra-se que, através da implementação preservação de uma rede de arquivos, galerias e museus nos diversos municípios do Estado de Santa Catarina, tende-se ao reforço da autoestima e identidades locais que ao longo de sucessivas décadas, e devido às características locais específicas, foram sendo minimizadas.

Para além de se apresentar como um meio de reflexão e discussão sobre a sua realidade e potencial local, proporcionando uma forma de desenvolvimento social, funcionam também como fomento e implementação do turismo (sustentável) nos municípios reforçando e potencializando as distintas regiões e diversificando a economia local.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972.
- BARROS, José D' Assunção. História e Memória - uma relação na confluência entre Tempo e Espaço. *Mouseion*, v. 3, n. 5, jan./jul. 2009.
- BENJAMIN, Walter. O Narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica; Arte e Política (Obras Completas)*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BOSI, Ecléa. *Memória e Sociedade*. 2. ed. São Paulo: T. A. Queiroz/EDUSP, 1987.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Museus. *Lista de Museus*. Disponível em: <<http://sistemas.museus.gov.br/cnm>>. Acesso em: 15 jan. 2017.
- BRASIL, Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

COOK, Terry; SCHWARTZ, Joan M. Arquivos, Documentos e Poder: a construção da memória moderna. *Revista do Arquivo Público Municipal de Indaiatuba*, São Paulo: Fundação Pró-Memória de Indaiatuba, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

FONTES, Paulo F. O.; ROSA, Maria de Lurdes. *Arquivística e arquivos religiosos: Contributos para uma reflexão*. Lisboa: Centro de Estudos de História Religiosa/Universidade Católica Portuguesa, 2000.

LE GOFF, J. *História e memória*. Campinas: Unicamp, 1990.

MASSEI, Roberto. *Do direito à memória*. Disponível em: <<http://www.avesso.net/memoria.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

NORA, Pierre et al. (Org.). *Mémoire collective*. La nouvelle histoire. Paris: Retz, 1978.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. Projeto História. *Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados em História e do Departamento de História da PUC-SP*, São Paulo, n. 10, p. 111, 1993.

NORA, Pierre. Documento/Monumento. In: LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas: Unicamp, 1990.

PEIXOTO, Nelson Brissac. O olhar do estrangeiro. In: NOVAES, Adauto (Org.). *O olhar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 361-365.

POLLAK, Michel. Memória, esquecimento e silêncio. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, n. 3, 1998.

SANTA CATARINA. *Guia de Museus*. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina. *Pequeninos Poloneses: crianças e suas famílias durante a Imigração Polônia/Brasil (1920-1960)*. 3. ed. Passo Fundo: Mérito, 2014.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina. *Montanhas que furam as nuvens: Imigração Polonesa em Áurea*. 1. ed. Passo Fundo: EDIUPF, 2002.

